

Juristische Methodenlehre in China und Ostasien

Herausgegeben von
YUANSHI BU

Mohr Siebeck

Juristische Methodenlehre
in China und Ostasien



Juristische Methodenlehre in China und Ostasien

herausgegeben von
Yuanshi Bu

Mohr Siebeck

Yuanshi Bu ist Inhaberin des Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

ISBN 978-3-16-154260-2 / eISBN 978-3-16-163807-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2016. www.mohrsiebeck.com

© Yuanshi Bu.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Wie wird das Recht von den Richtern in China, Japan und Korea angewandt? Spielt die juristische Methodik in der juristischen Ausbildung und Forschung eine Rolle? Finden Methodendiskussionen ebenfalls in der Rechtswissenschaft in Ostasien statt? Zu all diesen Fragen findet man in der deutschen Literatur kaum eine Antwort, obwohl die Methodenfrage in Ostasien aktuell viel diskutiert wird und die deutsche juristische Methodik dabei eine wichtige Rolle spielt. Dies verwundert deshalb nicht, da die Rechtsordnungen in den drei ostasiatischen Ländern in ihrer Entstehung und Weiterentwicklung durch das deutsche Recht wesentlich beeinflusst wurden und werden. Gleichzeitig finden die amerikanischen interdisziplinären Rechtsmethoden immer mehr Gehör in Ostasien. Die Besonderheiten der richterlichen Rechtsfindung ergeben sich aber auch aus der kulturellen Tradition, dem politischen Umfeld und den gesellschaftlichen Strukturen in Ostasien

Anlass dieses Buches war ein vom DAAD gefördertes Austauschprojekt unter der Teilnahme von Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner und drei Freiburger Doktorandinnen. Das ursprüngliche Ziel des Projekts war die Untersuchung der Rezeption deutscher juristischer Methoden in China. Schnell wurde im Zuge der Konzeptionierung des vorliegenden Sammelbandes klar, dass ohne die Einbeziehung der Diskussion in Japan und Taiwan die Darstellung der gegenwärtigen Methodenrezeption in China unvollständig wäre. Die Aufnahme Koreas erklärt sich nicht nur dadurch, dass es sich ebenfalls in Ostasien befindet, sondern auch dadurch, dass es einen weiteren Beleg für die Beantwortung der Frage liefert, ob die Rezeption des materiellen Rechts und die der juristischen Methodenlehre den gleichen Weg oder divergierende Wege gehen. Erfreulicherweise konnten namenhafte ausgewiesene japanische, koreanische und taiwanesischen Fachvertreter trotz der Kurzfristigkeit gewonnen werden, damit das Konzept in Erfüllung gehen konnte. Mein herzlicher Dank gebührt allen Autoren, die mit Ihren Einsichten zu dieser Sammlung beigetragen haben, insbesondere Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner für die Abrundung des Bandes durch seine nüchterne und zugleich sehr aufschlussreiche abschließende Anmerkung aus vergleichender Perspektive.

Ziel des vorliegenden Bandes ist es, die Methodenfragen in Ostasien den deutschsprachigen Lesern zu erschließen und einen Beitrag zur Methodenvergleichung zu liefern. Damit soll ein intensiverer Austausch zwischen Deutschland und Ostasien im Bereich der Rechtsmethoden angestoßen und eine erste Grundlage dafür geschaffen werden. Ebenfalls soll dadurch für die

Methodendiskussionen in Europa eine andere Perspektive geboten werden. Besonders wertvoll ist die deutsche Übersetzung der Materialien aus Anwaltsprüfungen und Urteilen in China, Japan und Korea, die bisher deutschen Lesern unzugänglich waren. Dafür und für die Übersetzung einiger chinesischer Beiträge möchte ich mich bei den freiwilligen Übersetzern Frau Berit Roth-Mingram, Frau Dr. Yiyang Yang, Herrn Dr. Patrick Hübner, Herrn Prof. Dr. Shinuk Park, Herrn Bodo Wawrzyniak und Herrn Dr. Simon Werthwein für die Bewältigung der literarisch sehr anspruchsvollen Texte herzlich bedanken. Der Dank gilt ebenfalls Herrn Prof. Dr. Youngjoon Kwon und Herrn Benjamin Rätz für die Hilfe bei der Kontaktvermittlung, sowie Herrn Okuto Gunji für die sorgfältige Überarbeitung der japanischen Schriftzeichen und Herrn Prof. Dr. Shinuk Park für die sorgfältige Überarbeitung der koreanischen Schriftzeichen. Die für die jeweiligen Länder geltende übliche Zitierweise wird beibehalten. Im Anhang finden sich Literaturverzeichnisse in Originalsprachen mit deutschen Übersetzungen.

Mein Dank gilt meinen Mitarbeitern Frau Xuyang Huo, Herrn Sebastian Bertolini, Herrn Frederic Dreher, Herrn Lennart Kriebel und Herrn Vincent Winkler und vor allem Frau Daniela Ritter, die die sprachliche und technische Überarbeitung des Manuskripts tatkräftig unterstützt haben, sowie Herrn Dr. Franz-Peter Gillig und Herrn Matthias Spitzner für die organisatorische Unterstützung auf Seiten des Verlages.

Bedanken möchte ich mich auch bei der Baden-Württembergischen China-Gesellschaft e.V. für die großzügige Unterstützung bei den Druckkosten.

Es handelt sich um einen ersten Versuch, die methodische Problematik in der ostasiatischen Region vorzustellen. Viele Facetten der angesprochenen Fragen können noch nicht aufgezeigt werden. Es bleibt zu hoffen, dass noch mehr Publikationen zu diesem Thema folgen werden.

Freiburg i. Br., im November 2015

Yuanshi Bu

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XI

Teil I Einleitung

Yuanshi Bu

Juristische Methodenlehre in China und Ostasien: eine Einleitung	3

Teil II Methodendiskussionen in der Wissenschaft in China

Lei Lei

Die Verbreitung der Juristischen Methodenlehre auf dem Festland Chinas...	17

Wei Feng

Methodenfrage der Rechtswissenschaft in China: Rückblick und Ausblick ..	45

Meng Hou/Zhuang Liu

Die chinesische sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft und das Vorbild der Rechtsdogmatik.....	77

Weixing Shen

Die Rezeption der deutschen juristischen Methodenlehre in China und deren Einfluss auf die chinesische Zivilrechtswissenschaft.....	105

Hui Huang

Über die Entstehung und Entwicklung der Verfassungsinterpretationslehre in der Volksrepublik China	131

Su Jiang

Kontroverse über die Methodenlehre des chinesischen Strafrechts 159

Teil III

Methodendiskussion in der Praxis in China

Zheng Liu

Urteilsfindungsmethoden chinesischer Gerichte – zur Ausrichtung
und Wirkung der Methode der Fallentscheidung 193

Berrit Roth-Mingram

Methodenfrage in der juristischen Ausbildung und im juristischen
Staatsexamen in der Volksrepublik China 223

Teil IV

Methodendiskussionen in Ostasien

Takehiro Ohya

History and Present of Legal Interpretation in Japan 241

Guntram Rahn

Die Entwicklung der Zivilrechtsmethodik in Japan 257

Young-Whan Kim

Theorie und Praxis der juristischen Methodenlehre in Korea.....279

Congzhou Wu

Historische Entwicklung und aktueller Stand der Zivilrechtsmethodik
in Taiwan 311

Chin-Fa You

Die juristische Methodenlehre in Taiwan aus zivilrechtlicher Perspektive..325

Teil V
Schlussbetrachtung

Rolf Stürner

Die Entwicklung der juristischen Methodenlehre in Deutschland und der westlichen Welt – Lehren für China und Ostasien?	339

Teil VI
Materialien

China

Examensklausur 2013 mit Musterlösung	399
Urteil des 2. Mittleren Gerichts in Shanghai vom 04.09.2009	417
Urteil des 1. Mittleren Gerichts in Beijing vom 15.11.2011	423

Japan

Examensklausur Zivilrecht 2013 mit Lösungsvorschlag	435
Urteil des Obersten Gerichts vom 22.04.2011	445

Korea

Examensklausur 2014 mit Lösungsvorschlag	453
Urteil des Koreanischen Gerichtshofs (KGH) vom 24.04.1998	477

Taiwan

Urteil des Obersten Gerichtshofs Taiwan vom 15.11.1991	483
Urteil des Obersten Gerichts Taiwan vom 24.10.2012	487

Literaturverzeichnis	491
Autorenverzeichnis	519

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
a. M.	am Main
abgedr.	abgedruckt
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
Bde	Bände
bearb.	bearbeitet
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
betr.	betreffend
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CCCLE	Committee of Chinese Clinical Legal Education
ch.	chapter
chStGB	chinesisches Strafgesetzbuch
c.i.c.	culpa in contrahendo
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CLB	Cabinet Legislation Bureau (Japan)
CNKI	eine chinesische Online-Suche
CNY	Chinesischer Yuan
Co.	Company
CPC	Communist Party of China
CSSCI	Chinese Social Science Citation Index
CUPL	China University of Political Science and Law
d.	der/die/des
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Dr. jur.	Doktor der Rechtswissenschaften
ebd.	ebenda
ed.	edition (Englisch)
e.g.	exempli gratia
et al.	and others (et alii)
etc.	et cetera

Fn.	Fußnote
f.	folgende
ff.	folgende
GesG	Gesellschaftsgesetz
GIZ	Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GTZ	Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit
HGB	Handelsgesetzbuch
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
i.e.	das heißt (id est)
i.H.v.	in Höhe von
iS.e.	im Sinne einer
IPR	Internationales Privatrecht
IVR	Internationalen Vereinigung für Sozial-und Rechtsphilosophie
jap.	japanisch
JCP	Japanese Communist Party
J.M.	Juris Master
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KPCh	Kommunistische Partei China
KRW	Südkoreanischer Won
LDP	Liberal Democratic Party (Japan)
LG	Landgericht
LL.B.	Bachelor of Laws
LL.M.	Master of Laws
Ltd.	Limited
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MA	Master of Arts
Mio.	Millionen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
Nov.	November
Nr.	Nummer
NU	Nanjing University
o. J.	ohne Jahresangabe
OR	Obligationenrecht
OVG	Oberstes Volksgericht
PECL	Principles of European Contract Law
Ph.D.	Doctor of Philosophy
PICC	Principles of International Commercial Contracts
PR	People's Republic
Prof.	Professor
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privat- recht
Ref. Jur.	Referendar der Rechtswissenschaften
RMB	Renminbi (chinesische Währungseinheit)
Rn.	Randnummer
RSFSR	Russische Sozialistische Föderative Sowjetrepublik

S.	Seite
s.	siehe
SCAP	Supreme Commander of Allied Powers
SDF	Self Defense Force (Japan)
sog.	sogenannte
SDP	Social Democratic Party of Japan
StGB	Strafgesetzbuch
THGH	Oberster Gerichtshof in Taiwan
TZGB	Taiwanesisches Zivilgesetzbuch
TZPG	Taiwanesisches Zivilprozessgesetz
u.a.	unter anderem/und andere
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken (Sowjetunion)
übers.	übersetzt
u.	und
US	United States
USA	United States of America
usw.	und so weiter
v.	von
v. a.	vor allem
v. Chr.	vor Christus
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VR	Volksrepublik
vs.	versus
wiss.	wissenschaftlich
z.B.	zum Beispiel
ZChinR	Zeitschrift für Chinesisches Recht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
zit. n.	zitiert nach
Zschr.	Zeitschrift
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.Z.	zur Zeit

Teil I

Einleitung

Juristische Methodenlehre in China und Ostasien: eine Einleitung

Yuanshi Bu

I. Begriff

1. China

Was ist der Gegenstand der juristischen Methodenlehre? „Methoden der Rechtswissenschaft“ oder „Methoden der Rechtspraxis“? Mit dieser Frage beschäftigen sich chinesische Juristen seit der Einführung des juristischen Methodenbegriffs in den 1990-er Jahren intensiv. Ursprünglich wurde dieser Begriff mit „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ (法学方法论) übersetzt. Diese Übersetzung kam wohl so zustande, weil die erste ins Chinesische übersetzte ausländische Monographie zur Methodenlehre – nämlich das Werk von *Karl Larenz* – so betitelt ist. Allerdings finden sich in der chinesischen Rechtssprache noch zwei weitere verwandte Begriffe: nämlich Rechtsmethoden (法律方法; Rechtsanwendungsmethoden) und Forschungsmethoden der Rechtswissenschaft (法学研究方法; Methoden der rechtswissenschaftlichen Forschung).¹ Das Verhältnis zwischen diesen drei Begriffen ist bis heute noch nicht geklärt. Ein beachtlicher Teil des Schrifttums zur Methodenlehre in China widmet sich ausschließlich dieser Thematik.² In den dogmatischen Fächern wird ebenfalls versucht adäquate Definitionen hervorzubringen. Denn tieferliegende Diskussionen setzen zunächst eine klare Begrifflichkeit voraus. Im vorliegenden Band setzen sich einige Beiträge ebenfalls mit der begrifflichen Abgrenzung auseinander.

Es besteht insoweit Einigkeit, dass unter Rechtsmethoden im engeren Sinne Methoden des richterlichen Entscheidens³ und im weiteren Sinne Anlei-

¹ *Feng Wei* bezeichnet beide jeweils mit dem Begriff „rechtliche Methodenlehre“ und „rechtswissenschaftliche Methodenlehre“, S. 45 in diesem Band.

² *Wang Guolong*, A Dispute of the Name of „Method“ or the Legal View – A Rising Dispute on Defending the Self-Sufficiency of Law in Judicial Process, Seeking Truth 2008/5, 83ff.

³ *Zhao Yuzeng*, Abgrenzung zwischen den Begriffen der Rechtsmethoden und rechtswissenschaftlichen Methoden, Study & Exploration 2007/2, 117f.; *derselbe*, The Practice Oriented of Legal Methodology Research, Legal Forum 2014/6, 87 Fn. 7.

tungen für die praktischen juristischen Arbeiten auf der Basis des geltenden Rechts verstanden werden.⁴ Es wird vertreten, dass für diese Bedeutung der Begriff der Rechtstechnik viel präziser sei, welcher die Technik der Rechtsanalyse, der Sachverhaltsfeststellung und der Rechtsanwendung umfasse.⁵

Forschungsmethoden der Rechtswissenschaft beziehen sich auf die Methoden zur kritischen Bewertung des geltenden Rechts auf seine Richtigkeit und Rechtfertigung aus ideologischer Sicht und stammen vor allem aus den Nachbarwissenschaften wie Philosophie, Soziologie, Wirtschaftswissenschaft und Psychologie etc.⁶ Mit anderen Worten geht eine weit verbreitete Ansicht in China, vor allem die Vertreter der „sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft“, davon aus, dass die Rechtswissenschaft keine eigene Forschungsmethode habe.⁷ Es verwundert nicht, dass damit der Rechtswissenschaft der Status einer autonomen Disziplin abgesprochen wird. Beide Begriffe „Rechtsmethoden“ und „juristische Methodenlehre“ werden von einem Teil der Literatur aber auch als Synonyme verwendet.⁸

Mit dieser begrifflichen Diskussion hängt die Verortung der Methodenlehre innerhalb der Rechtswissenschaft zusammen. Die Methodenlehre im deutschen Kontext wird in China als ein eigenes Fachgebiet parallel zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und gleichzeitig als ein Synonym zur Methodik der Gesetzesauslegung betrachtet.⁹

2. Andere Rechtskulturen Ostasiens

Die begriffliche Klarheit scheint jedoch nur in China ein ernsthaftes Problem zu sein. In Japan hat sich bereits früh ein einheimischer Begriff, der auf Deutsch entweder mit „Rechtsauslegungslehre“¹⁰ oder mit „Methodenlehre der Rechtsauslegung“¹¹ zu übersetzen ist, zur Bezeichnung der Methodenlehre entwickelt. Juristische Methodenlehre ist hingegen keine geläufige Wendung. Korea und Taiwan kennen einen derartigen Streit um die Terminologie

⁴ Vgl. *Feng Wei*, S. 61ff. in diesem Band; *Ge Hongyi*, The Comparison between Legal Method and some Relevant Concepts, *Law and Social Development* 2010/3, 130.

⁵ *Hu Yuhong*, Inhalt und Umfang der Rechtstechnik, *Modern Law Science* 2006/5, 51f.

⁶ Vgl. *Feng Wei*, S. 57ff. in diesem Band; *Ge Hongyi* (Fn. 4), 126f.

⁷ *Hou Meng/Liu Xin*, S. 80 in diesem Band; *Zhang Binfeng*, Die mehrdimensionale Erläuterung des Untersuchungsgegenstandes der juristischen Methodenlehre, *Rule of Law Study* 2013/3, 7ff..

⁸ *Wang Xiahao*, Über den Begriff und die Stellung der juristischen Methodenlehre, *Tsinghua Law Journal* 2008/1, 147ff.; *Zhang Binfeng* (Fn. 7).

⁹ *Ge Hongyi* (Fn. 4), 126f.

¹⁰ *Rahn*, S. 257, in diesem Band.

¹¹ *H. Hattori*, Die Entwicklung deutscher und japanischer juristischer Methodenlehren und ihre Differenzen in der früheren Nachkriegszeit, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Rechtsangleichung: Grundlagen, Methoden und Inhalte: deutsch-japanische Perspektiven*, 2006, S. 142.

der Methodenlehre ebenso wenig. In der Vergangenheit wurde in Taiwan und China die aus Japan übernommene Bezeichnung „Rechtsauslegungslehre (法释义学)“ für die Methodenlehre verwendet.¹² Wegen ähnlicher Zusammensetzung der Schriftzeichen hat es zur Verwechslung mit dem Begriff der Rechtsdogmatik (法教义学) geführt und wurde deswegen allmählich verworfen.¹³

Da die deutsche, japanische und taiwanische Literatur die chinesische Methodendiskussion wesentlich geprägt haben, stellt sich die interessante Frage, weshalb die inhaltliche Definition der Methodenlehre gerade in China für Kontroversen gesorgt hat. Mehrheitlich wird der Grund genannt, dass bei der Übersetzung der Methodenlehre der Rechtswissenschaft übersehen wurde, dass im chinesischen Sprachgebrauch bereits ein gleichnamiger Begriff besteht, der allerdings einen anderen Inhalt aufweist als die juristische Methodenlehre. Um Verwechslung zu vermeiden, müsse daher ein anderer chinesischer Begriff für juristische Methodik gefunden bzw. geschaffen werden.¹⁴

Diese begriffliche Diskussion ist in der Hinsicht sinnvoll, dass sich der Gegenstand der juristischen Methodenlehre und der der Rechtswissenschaft klarer herauskristallisiert. Mit der Zeit ist sie aber weniger erkenntnisreicher geworden, so dass neben dem Versuch der wissenschaftlichen Profilierung kaum praktischer Nutzen mehr zu erkennen ist. Damit die inhaltliche Auseinandersetzung mit der juristischen Methodenlehre in China vorwärtsschreitet, müsste dieser in Irrweg geratende Begriffsstreit überwunden werden. Zumal in den gegenwärtigen wissenschaftlichen Arbeiten unterscheidet sich der Schwerpunkt der Rechtsmethodenforschung (nämlich die Rechtsauslegung) gar nicht von dem der juristischen Methodenforschung.¹⁵

II. Entwicklungsgeschichte

Die Entwicklungsgeschichte der juristischen Methodik in ostasiatischen Rechtskulturen ist bereits in den einzelnen Beiträgen der vorliegenden Sammlung detailliert geschildert. An dieser Stelle sollen daher die Erkenntnisse kurz zusammengefasst und ggfs. ergänzt werden, um die Gemeinsamkeit und Verschiedenheit in der Entwicklungslinie aufzuspüren.

¹² Zu China: *Feng Wei*, S. 53 und zu Taiwan: *Wu Congzhou*, S. 311, in diesem Band.

¹³ Zu Taiwan: *Wu Congzhou*, S. 311, in diesem Band.

¹⁴ *Ge Hongyi* (Fn. 4), 130.

¹⁵ *Zhao Yuzeng* (Fn. 3), *Legal Forum* 2014/6, 87.

1. China

a) Der Anfang

Die Methodendiskussion blickt in China auf eine kurze Geschichte zurück. Erst Anfang der 90er Jahre entwickelte sich langsam das Bewusstsein für die Methodenfragen. In dieser Zeit wurden vereinzelte kleinere Beiträge zur Gesetzesauslegung veröffentlicht. 1995 folgte die Veröffentlichung „Hermeneutik des Zivilrechts“ von *Liang Huixing*, welches in China allgemein als das erste grundlegende Werk über die juristische Methode gilt. In diesem Buch wurden die verschiedenen Auslegungsmethoden, die man auch in Deutschland kennt, systematisch vorgestellt. Dabei bemüht sich *Liang* nicht um die Entwicklung neuer Auslegungsansätze, sondern führt vielmehr die Erkenntnisse aus dem japanischen Recht nach China ein,¹⁶ welche wiederum stark vom deutschen Recht beeinflusst sind.¹⁷

Die Tatsache, dass die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Methodenproblematik nicht zeitgleich mit dem Beginn des Aufbaus der chinesischen Rechtsordnung im Jahr 1978, sondern um etwa ein Jahrzehnt verzögert erfolgte, hat mehrere Gründe. Zum einen wurde der Wechsel von der Planwirtschaft auf die Marktwirtschaft als die geltende Wirtschaftsordnung erst 1993 durch eine Verfassungsänderung ideologisch anerkannt und rechtlich abgesichert, so dass sich folglich eine Interessendivergenz in der Gesellschaft entwickeln konnte, die juristisch beigelegt werden musste.¹⁸ Zum anderen wurde das chinesische Zivilrecht erst mit der Verabschiedung der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts¹⁹ im Jahr 1986 zum ersten Mal in der Geschichte der VR China grob kodifiziert, die einige Grundprinzipien des Zivilrechts wie das Prinzip der Gerechtigkeit festlegten, so dass die Gesetzesauslegung im geltenden Recht ein Gesetz zum Gegenstand hatte. In der Tat ging es in der Anfangszeit der Methodendiskussion hauptsächlich um die Auslegung von Grundprinzipien und Generalklauseln. Wie *Lei* und *Shen* aufgezeigt haben, lag in China der Fokus der Rechtswissenschaft lange Zeit auf der wissenschaftlichen Begleitung der Gesetzgebungstätigkeiten.²⁰ Erst nachdem eine vollständige Rechtsordnung 2011 für entstanden erklärt wurde, rückte die Gesetzesanwendung noch näher ins Augenmerk der Rechtswissenschaftler.

Die Ursache dafür, dass weder Rechtsphilosophen noch Rechtswissenschaftler anderer Teilgebiete des Rechts, sondern gerade Zivilrechtler die

¹⁶ *Shen Weixing*, S. 122, in diesem Band.

¹⁷ *H.Hattori* (Fn. 11), S. 141.

¹⁸ *Liang Huixing*, Soziale Gerechtigkeit umsetzen, Mission der Zivilrechtsauslegungslehre <http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=1797>.

¹⁹ Deutsche Übersetzung von *Münzel*, Chinas Recht, 12.4.86/1.

²⁰ *Lei Lei*, S. 17ff. in diesem Band; *Shen Weixing*, S. 121f., in diesem Band.

Auseinandersetzung mit der Methodenfrage in China initiiert haben, kann nur vermutet werden.²¹ Das Interesse der chinesischen Rechtsphilosophie lag in den 90-er Jahren woanders. Unter allen Fachsäulen des geltenden Rechts gilt das Zivilrecht als am fortschrittlichsten. Das Strafrecht ist zwar ebenfalls weit entwickelt, kennt allerdings die Auslegungsprobleme nicht in demselben ausgeprägten Ausmaß. Vor allem stellt sich hier das Problem der Anwendung von Grundprinzipien, die unmittelbar zur Verurteilung herangezogen werden können, nicht. Wie *Jiang* gezeigt hat, konzentrieren sich die Auslegungsfragen in China auf die Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip.²²

b) Entwicklungsschübe

Einen weiteren Schub in der Entwicklung der Rechtsmethodik erhielt man in China durch die Übersetzung des Werks von *Karl Larenz* „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ in die chinesische Sprache (erschien 1996 zum ersten Mal in Taiwan, 2003 auf dem Festland Chinas), sowie die Veröffentlichung der Schriften von *Yang Renshou*, *Wang Tze-Chien* und *Huang Maorong* um 2001, alle Rechtswissenschaftler aus Taiwan, die aber auf dem Festland ebenfalls weit bekannt sind.²³ Erst dadurch wurde eine Sensibilisierung dieser Thematik bei Rechtstheoretikern und Rechtsphilosophen ausgelöst.²⁴

2006 wurde die erste wissenschaftliche Tagung zur Methodenlehre an der Chinese University for Law and Politics (CUPL) in Beijing veranstaltet.²⁵ Daran nahmen über 140, z.T. auch hochkarätige Rechtswissenschaftler teil. In den darauf folgenden Jahren fand jährlich ein solches Kolloquium statt, welches zu einem wichtigen Forum für die Methodendiskussionen in China geworden ist.²⁶ Themen solcher Kolloquien sind breit gefächert und umfassen neben typische Methodenfragen auch die aktuelle Rechtspolitik. In diesen Bänden werden Gesetzesauslegung, Rechtsfindung, Rechtsdeduktion, Rechtsrhetorik, Lückenfüllung, Interessenabwägung und Tatsachenfeststellung der Methodik zugeordnet. Die Anzahl der Teilnehmer, i.d.R. Rechtstheoretiker und Rechtsphilosophen, bleibt bei etwa 100-200.

2002 wurden zwei neue Schriftenreihen ausschließlich zur Methodik gegründet: eine von *Ge Hongyi*, Rechtsphilosoph an der Südchinesische Uni-

²¹ Dies ist auch keine singuläre Erscheinung. Auch Japan beschäftigt sich hauptsächlich im Zivilrecht mit der Methodenlehre der Auslegung. Vgl. unten II 2.

²² *Jiang Su*, S. 178ff. in diesem Band.

²³ *Lei Lei*, S. 26ff. in diesem Band; *Shen Weixing*, S. 124f. in diesem Band.

²⁴ *Zheng Yongliu*, Wie soll man Dogmen erklären? Ein Gespräch über die Methoden des Rechts, *Tribune of Political Science and Law* 2006/5, 181.

²⁵ Tagungsbericht von *Wang Xiahao/Yang Bei*, Praktische Vernunft und juristische Methoden, *Tribune of Political Science and Law* 2006/4, 189-191.

²⁶ Tagungsberichte werden in der *Academic Journal of Shandong University* veröffentlicht.

versität für Naturwissenschaft und Technik mit dem Titel: „Juristisches Denken und juristische Methoden“ und eine von *Chen Jinzhao/Xie Hui*, beide Rechtsphilosophen an der Shandong Universität mit dem Titel „Rechtsmethoden“.²⁷ Beide Reihen bringen bis heute jährlich bzw. zweijährig einen Band hervor.

c) Beteiligung der Vertreter der juristischen Fachsäulen

Aufgrund der hohen fachlichen Spezialisierung fehlt Rechtstheoretikern und Rechtsphilosophen in China üblicherweise ein Standbein im geltenden Recht. Ohne die Beteiligung der Rechtswissenschaftlern, die auch im eigenen Fachbereich angesiedelt sind, würde die vom geltenden Recht losgelöste, abstrakt geführte Methodendiskussion einen ihrer Zwecke verfehlen, nämlich die Bearbeitung konkreter Rechtsfragen methodisch zu unterstützen bzw. zu kritisieren. Seit etwa 2005 ist daher zu beobachten, dass sich das Interesse für die juristische Methodenlehre langsam vom Kreis der Rechtsphilosophen auf die einzelnen Fachsäulen verbreitet hat, wobei die Aufmerksamkeit vorwiegend auf der Rechtsauslegung liegt,²⁸ wie *Shen, Jiang* und *Huang* in ihren Beiträgen verdeutlicht haben.

d) Bestandsaufnahme 2015

An der kurzen Entwicklungsgeschichte der Methodenlehre in China gemessen, sind die Erträge in den letzten zwei Jahrzehnten beachtlich. Erschienen sind zahlreiche Übersetzungen,²⁹ Monographien zur systematischen Methodendarstellungen,³⁰ Lehrbücher zur Methodenlehre³¹ und jährlich eine Vielzahl von Beiträgen in juristischen Zeitschriften. Drei weitere Schriftenreihen wurden zur Methodenlehre gegründet.³² Über den Forschungsstand wird jährlich umfassend berichtet. Das Forschungsspektrum erweitert sich. Neuere Methoden wie die Topik, Argumentationstheorie und rhetorische Jurisprudenz fielen bereit ins Blickfeld chinesischer Methodenforscher.³³ Tagungen

²⁷ Die Schriftenreihe „Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie“, herausgegeben von *Zheng Yongliu*, Professor an der CUPL, widmet einen beachtlichen Anteil an die Methodenfrage.

²⁸ *Zhao Yuzeng* (Fn. 15), 87.

²⁹ *Lei Lei*, S. 20ff., in diesem Band.

³⁰ Vgl. *Lei Lei*, S. 20ff., in diesem Band.

³¹ Beispiele: *Wang Liming*, Juristische Methodenlehre, 2012; *Zheng Yongliu*, Die Treppe der juristischen Methoden, 2008.

³² Schriftenreihe zur Rechtsmethoden, Schriften zu Rechtsmethoden, Schriftenreihe zur juristischen Methodenlehre.

³³ *Lei Lei*, S. 32f., im vorliegenden Band.

zur Methodenlehre florieren landesweit. Die Auslegungslehre wird mancherorts bereits als Lehrveranstaltung angeboten.³⁴

Die chinesische Methodendiskussion weist allerdings noch offensichtliche Defizite auf. Es fehlen noch originale Methodenkonzepte und der Bezug zum geltenden Recht und der Rechtsanwendungspraxis ist ebenfalls schwach.³⁵ Zum ersten Mangelpunkt herrscht die Einsicht in China, dass sich die juristische Methodenforschung noch in einer Phase der Aufarbeitung und Rezeption bestehender westlicher Theorien befindet.³⁶ Es braucht noch Zeit, um eigene Konzepte zu entwickeln. Zum zweiten Mangelpunkt besteht die Einigkeit, dass die Methodenforschung mehr Wert auf die Verbindung zum normativen Text und der Rechtsprechung legen muss, damit die Methodenfrage nicht zum reinen Selbstvergnügen der Rechtstheoretiker wird, sondern auch von der Justizpraxis ernst genommen wird.³⁷

2. Andere Rechtskulturen in Ostasiens

Sowohl *Ohyas* Beitrag als auch *Rahns* Beitrag geben die historische Entwicklung der Methodenlehre in Japan detailreich wieder und gehen auf den ersten und zweiten Rechtsauslegungstreit in den 1950-Jahren bzw. in den 1980-Jahren ein.³⁸ Aus dem ersten Streit ging die Interessenabwägungstheorie um 1965 als führende Auslegungsmethode hervor,³⁹ die bis heute das juristische Denken in Japan prägt.⁴⁰ Bei der zweiten Methodendiskussion ging es um die Auseinandersetzung zwischen der Interessenabwägungslehre und der Argumentationslehre, welche sich zu etablieren versuchte.⁴¹ Erträge deutscher Methodendiskussion finden in Japan durchaus Beachtung, nehmen gegenwärtig aber eher die Rolle des Spiegelbilds der Selbstreflexion der japanischen Rechtswissenschaft ein.⁴² In Japan beschäftigen sich vorwiegend Zivilrechtswissenschaftler mit Methodenfragen, auch wenn im Verfassungsrecht die Rechtsauslegung zahlreiche Fragen aufwirft, wie *Ohya* in seinem Beitrag zeigt.⁴³

Die Methodendiskussion in Taiwan begann bereits in den 1970er Jahren. Das erste Lehrbuch dazu erschien 1982.⁴⁴ Die Auseinandersetzung wurde

³⁴ Zhao Yuzeng (Fn. 15), 87.

³⁵ Xie Hui, <http://www.dffyw.com/faxuejieti/xuezhe/201206/29179.html>.

³⁶ Lei Lei, S. 17f., in diesem Band.

³⁷ Xie Hui (Fn. 35); Zhao Yuzeng (Fn. 15), 87ff.

³⁸ Rahn, S. 264; Ohya, S. 249, in diesem Band.

³⁹ Hattori (Fn. 11), S. 148f.; Rahn, S. I 6.

⁴⁰ Rahn, S. 277, in diesem Band.

⁴¹ Hattori (Fn. 11), S. 143; Rahn, S. 275, in diesem Band.

⁴² Hattori (Fn. 11), S. 142ff.

⁴³ Ohya, S. 253, in diesem Band.

⁴⁴ Wu Congzhou, S. 314, in diesem Band.

wesentlich beeinflusst von deutscher und japanischer Literatur. Nach *Wu* ist vor allem die Wertungsjurisprudenz, die gründlich in Taiwan rezipiert wurde und der von Larenz entwickelte dreistufige Rechtsfindungsaufbau stellt die gängige Rechtsanwendungsmethode dar.⁴⁵ Die taiwanischen Werke werden wiederum fruchtbar gemacht für die Methodenforschung auf dem Festland Chinas.

In Korea begann die intensive Rezeption der deutschen Methodenlehre und amerikanischer *legal reasoning* ebenfalls erst in der ersten Hälfte der 1990er Jahre, was eine Konjunktur der Methodenforschung in Korea zur Folge hatte.⁴⁶ Bislang sind einige deutsche Werke zur Methodenlehre ins Koreanische übersetzt worden. Allerdings fehlt noch eine systematische Aufarbeitung dieses Themas.⁴⁷

Bemerkenswert ist, dass Methodenansätzen von *Karl Larenz* eine überproportionale Auswirkung in Ostasien zukommt, weil sein Standardwerk zur Methodenlehre in alle drei asiatischen Sprachen übersetzt worden ist und einflussreiche ostasiatische Schüler, teilweise auch Schüler von *Canaris*, sich für die Verbreitung seines Methodenkanons in der Wissenschaft und Praxis eingesetzt haben.⁴⁸

III. Methodik in der Rechtspraxis

Um den Umgang mit der Rechtsmethodik in der Praxis zu veranschaulichen, werden für jede Rechtsordnung ein oder zwei repräsentative Urteile in die deutsche Sprache übersetzt. An dieser Stelle erfolgt nur eine Zusammenfassung der allgemeinen Lage in Ostasien.

1. China

Dadurch, dass es der Methodendiskussion im akademischen Kreis am Praxisbezug mangelt und den Rechtsanwendern nur wenige brauchbare Instrumente zur Verfügung zu stellen vermag, war die Justiz gegenüber der Methodenfrage eher zurückhaltend. Lange Zeit galt die Gesetzesanwendung auch nicht als eine schwierige Tätigkeit, die eine methodische Schulung voraussetzt. Auch

⁴⁵ *Wu Congzhou*, S. 314f., , in diesem Band.

⁴⁶ *Lee Kye-Il/Yoon Zai-Wang*, Die Rezeption der deutschsprachigen Rechtsphilosophie in Korea, www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net, Rn. 20.

⁴⁷ *Kim*, S. 307, in diesem Band.

⁴⁸ Zu Japan: *H.Hattori* (Fn. 11), S. 143; zu Korea: *Kim*, S. 284, in diesem Band. *Lee Kye-Il/Yoon Zai-Wang* (Fn. 46), Rn. 22; zu Taiwan: *Wu Congzhou*, S. 318 ff., in diesem Band.

wird der materiellen Gerechtigkeit vor der methodischen Plausibilität Vorrang eingeräumt.⁴⁹

Die einheitliche Rechtsanwendung ist erst seit der Veröffentlichung des Fünfjahre-Abrisses der Reform der Gerichte durch das Oberste Volksgericht (OVG) 2004 offiziell zu einem Anliegen der chinesischen Justiz geworden. Da die Falllösungstechnik nicht Bestandteil der juristischen Ausbildung in China ist,⁵⁰ fehlt eine methodische Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung durch die Richter. Allerdings wurde die fehlende Methodenausbildung in dieser Zeit weder als ein Problem wahrgenommen noch mit Gegenmaßnahmen erwidert. Vielmehr sollte zur Einschränkung des richterlichen Ermessens und Gewährleistung der einheitlichen Rechtsanwendung u.a. die Qualität der justiziellen Auslegung, die vom OVG jeweils zu Einzelgesetzen oder Rechtsproblemen erlassen wurden und für die Gerichte verbindlich sind, erhöht werden. Auch sollte nach dem Fünfjahre-Abriss ein Mechanismus zur Koordinierung der Ansichten zu Rechtsfragen zwischen den Gerichten, Gerichtskammern und Spruchkörpern eingerichtet werden. Eine weitere Maßnahme war die Einrichtung der Institution der „Anleitung durch Fälle“, die aber erst 2010 umgesetzt wurde.⁵¹

Lius Beitrag beschäftigt sich in diesem Band umfassend mit der Thematik der Fallanleitung. Grundsätzlich können alle Entscheidungen, gleich von welcher Instanz erlassen, zur Leitentscheidung aufgewertet werden, wenn eine Vorbildfunktion darin zu erkennen ist. Offensichtlich ist die Rolle derartiger Leitentscheidungen aber noch hoch umstritten. Da nicht klargestellt ist, ob die Beachtung der Leitentscheidungen tatsachenbezogen oder normbezogen geschieht, ist man notgedrungen mit den Fragen konfrontiert, was die Grundlage für die Verbindlichkeit der Leitentscheidung darstellt und wie die unteren Gerichte sie befolgen sollen. Aus den in diesem Band abgedruckten ins Deutsche übersetzten Leitentscheidungen bestätigt sich der Eindruck, dass es bei den Leitentscheidungen vielmehr um eine Art vereinfachter justizieller Auslegung handelt. Der Erlass einer umfassenden justiziellen Auslegung ist aufwendig und kann oft nur mit zeitlicher Verzögerung erfolgen. Mit Leitentscheidungen kann das OVG rascher auf Rechtsanwendungsfragen reagieren und Maßstäbe für eine einheitliche Rechtsanwendung aufstellen. Die Leitentscheidungen stellen aber wie die justizielle Auslegung keine Rechtsquelle dar.

Die gegenwärtig gängige Methode der Rechtsanwendung ist die Analyse des Rechtsverhältnisses. Dabei wird durch die Aufarbeitung des Rechtsverhältnisses der Streitparteien das Recht- und Pflichtverhältnis festgestellt, um in einem zweiten Schritt mit Hilfe der „*judicial syllogism*“ (das chinesische

⁴⁹ *Liu Zheng*, S. 193, in diesem Band.

⁵⁰ *Roth-Mingram*, S. 231ff., in diesem Band.

⁵¹ Einzelheiten auch *Ahl*, Justizreform in China, 2004, S. 200ff.

Äquivalent zur Subsumtionstechnik) die richtigen Gesetze zu finden, sie anzuwenden und zu einem Urteil zu kommen. Der interdisziplinäre Ansatz spielt in der Praxis noch keine Rolle.⁵²

2. Andere Rechtskulturen Ostasiens

Im Gegensatz zu China können Richter in Japan und Taiwan bewusst und souverän mit den juristischen Methoden umgehen. Dies wird belegt durch zahlreiche Urteile in den Beiträgen von *Ohya*, *Rahn*, *Wu* und *You*. Die Grundlage für die Rechtsanwendungsmethoden wird in § 1 TZGB gesehen, der dem Art. 1 des schweizerischen ZGB nachgebildet ist. Auch die Hinwendung zur Präjudizienforschung in China erfolgt in Anlehnung an das japanische Vorbild, welches sich bereits in den 1960er-Jahren etabliert hatte.⁵³ In Korea wird das Methodenbewusstsein in der Justizpraxis als unbefriedigend empfunden.⁵⁴ Beklagt wird die defizitäre Zusammenarbeit zwischen der Wissenschaft und Praxis sowie die Verwirrung über Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung.

IV. Methodik in der juristischen Ausbildung

Der methodischen Schulung während des Jurastudiums wird kein großes Gewicht beigemessen in allen Rechtsordnungen Ostasiens wie in Deutschland.⁵⁵ Dies ist die Ursache und zugleich das Ergebnis der inhaltlichen Gestaltung der juristischen Staatsexamen bzw. Anwaltsprüfungen in Ostasien. Standardisierte Tests werden bevorzugt oder nehmen ein beachtliches Gewicht an. Selbst bei Klausuraufgaben steht oft die Abfrage des Gedächtnis im Vordergrund. Die Anwendung des juristischen Fachwissens auf komplizierte Sachverhalte rückt nach hinten. Mit der Einführung der Law Schools in Japan und Korea ist eine Hinwendung der juristischen Ausbildung, auch in Bezug auf die methodische Ausbildung, zum US-amerikanischen Modell statt. In China werden neben Moot Courts, Legal Clinics aber auch Übungen im deutschen Stil experimentiert.⁵⁶

⁵² *Liu Zheng*, S. 196f., in diesem Band.

⁵³ *Hattori* (Fn. 11), S. 148.

⁵⁴ *Kim*, S. 281, in diesem Band.

⁵⁵ *Bu*, ZEuP, 2009, 789ff.

⁵⁶ *Roth-Mingram*, S. 231ff., in diesem Band.

V. Zukunftsperspektive

China und Korea wollen auf der Grundlage der Rezeption eine eigene juristische Methodik aufbauen. Bei diesem Rezeptionsvorgang ist daher mit rezeptionspezifischen Herausforderungen zu rechnen. Dies erfordert die präzise Erfassung der historischen Entwicklung und des Forschungsstandes im Ausland, was innerhalb kurzer Zeit angesichts der knappen Forscherkapazität und Fragmentierung der Forschungskräfte schwer zu bewerkstelligen ist.⁵⁷ Die Schaffung der begrifflichen Klarheit, die Überwindung der Abhängigkeit und die Übertragung der wissenschaftlichen Erträge auf die Praxis und die Integration der Methodenschulung in die juristische Ausbildung sind weitere Schwierigkeiten. Was den Einfluss Deutschlands in diesem Prozess betrifft, ist zu beobachten, dass China über die Kette Deutschland – Japan – Taiwan mittelbar, aber jeweils auch unmittelbar aus allen Kettengliedern die deutsche Methodendiskussion zu verfolgen versucht.⁵⁸ In der Auseinandersetzung mit westlichen Gedanken verringert sich die zeitliche Verzögerung zunehmend. Ein besonderer Aspekt in China liegt in der Beseitigung der sowjetischen Einflüsse in den Grundlagefächern und den einzelnen Fachsäulen. Daneben wird die genuine chinesische Methode, nämlich die Methode der Kodexwissenschaft, von der Rechtswissenschaft mit noch völlig offenem Ausgang aufgegriffen.⁵⁹

Die Erfahrung in Japan zeigt, dass eine geeignete Methodik helfen kann, übernommenes fremdes Recht mit Wertvorstellungen des Empfängerlandes zu domestizieren und zu systematisieren.⁶⁰ Gestützt darauf wäre es möglich, die Gesetzesanwendung zu vereinheitlichen und eine Dogmatik in den Teilrechtsgebieten zu konstruieren, um das Ziel – die Bildung einer juristischen Gemeinschaft aller Rechtsanwender – zu erreichen.

⁵⁷ Zu China: *Lei Lei*, S. 40ff., im vorliegenden Band; zu Korea: *Lee Kye-Il/Yoon Zai-Wang* (Fn. 46), Rn. 22f.

⁵⁸ Vgl. Beiträge von *Lei Lei*, *Feng Wei*, *Shen Weixing*, in diesem Band.

⁵⁹ *Shen Weixing*, S. 118 f. und *Jiang Su*, S. 163 ff., in diesem Band.

⁶⁰ *Rahn*, S. 237 ff. in diesem Band.

Teil II
Methodendiskussionen in der Wissenschaft
in China

Die Verbreitung der Juristischen Methodenlehre auf dem Festland Chinas

Konzentration auf kontinentaleuropäische und taiwanische Schriften

Lei Lei

I. Einleitung

Die juristische Methodenlehre hat sich in den letzten Jahren in der Volksrepublik China vor allem im rechtstheoretischen Kreis durch ein „signifikantes Lernen“ ausgezeichnet. Dieses Phänomen ist meines Erachtens mit den folgenden Faktoren eng verbunden: Erstens haben sich die Forschungsinteressen von der Gesetzgebungsorientierung zur Justizorientierung verlagert.¹ Zweitens hat sich die Rechtswissenschaft mehr auf die schwierigen Fälle (*hard cases*), mit denen die Richter in der Rechtspraxis konfrontiert wurden, konzentriert. Drittens ist es für die chinesische Rechtswissenschaft dringend notwendig, aus der „Kritik des Infantilismus“ befreit zu werden und um den Status einer „Wissenschaft“ oder des „Wissens“ zu kämpfen. Um dieses Ziel zu erreichen sind eine strengere methodische Disziplinierung und das Heranzüchten einer dogmatischen Tradition notwendig.²

Nicht umstritten ist, dass die juristische Methodenlehre eine Importware aus dem Westen ist. Dies schließt freilich die Domestizierung mancher Elemente in China nicht aus. Jedenfalls handelt es sich aus historischen Gesichtspunkten um einen Rezeptionsvorgang durch die chinesische Rechtswissenschaft genauso wie bei anderen Rechtstheorien. Die derzeitige Konjunktur der Methodenforschung ist gerade auf die Verbreitung ausländischer Werke zur Methodenlehre auf dem Festland Chinas zurückzuführen. Die vorliegende Arbeit bezweckt, dieses Phänomen zu sortieren und statistisch zu analysieren,

¹ *Shu Guoying*, Kein wünschenswertes Manifest: Weshalb hat die Jurisprudenz unserer Zeit die Methoden zu berücksichtigen hat, *Modern Law Science* 2006/5, 8ff.

² *Shu Guoying* nennt dies einen Prozess von „Rechtswissenschaft außerhalb des Rechts“ zur „Rechtswissenschaft innerhalb des Rechts“. Eingehend dazu *ders.*, Die Entwicklung von abstrakten Rechtstheorien aus Sicht der Methodik, *Zhejiang Social Sciences* 2004/5, 40.

ohne jedoch den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben. Hierbei möchte ich mich auf die folgenden vier Punkte beschränken: (1) Die Diskussion wird sich auf die Werke über juristische Methodik beschränken; die Rechtsdogmatik, vor allem die Werke der Teilrechtsgebiete, bleiben außer Betracht.³ Obwohl beide eng miteinander verbunden sind und zahlreiche Publikationen zur Rechtsdogmatik Inhalte der Methodenlehre berühren, unterscheiden sie sich jedoch voneinander. (2) Die Diskussion wird sich auf kontinentaleuropäische (vor allem deutsche) und taiwanische Schriften über juristische Methodik beschränken. Zwar hat das „*legal reasoning*“ aus der anglo-amerikanischen Tradition einen gewissen Einfluss auf den akademischen Kreis auf dem Festland ausgeübt, jedoch steht dieser unter größeren Einflüssen durch die kontinentaleuropäischen Methodenlehren, die hauptsächlich durch die deutsche Methodenlehre vertreten werden, und die von der deutschen Methodenlehre tief geprägten taiwanischen Methodenlehren. (3) Die Diskussion wird sich auf die chinesischen Übersetzungen der Werke kontinentaleuropäischer Autoren und die auf dem Festland veröffentlichten Werke taiwanischer Autoren beschränken. (4) Begrenzt ist die Diskussion auf Arbeiten über die allgemeine juristische Methodenlehre im rechtstheoretischen Kreis auf dem Festland Chinas. Obwohl die Anbahnung der Methodendiskussion in China nicht in der Rechtstheorie erfolgte, schafften es hauptsächlich chinesische Rechtstheoretiker ein klares Problembewusstsein zu entwickeln und die Theorien zu systematisieren, um sodann die Diffusion auf die Teilrechtsgebiete zu ermöglichen. In dem vorliegenden Text wird der Begriff der „Methodologie“ im engeren Sinne verwendet. Es betrifft keine Methode der Teilrechtsgebiete, z.B. Auslegungslehre des Strafrechts oder Auslegungslehre des Verfassungsrechts.

II. Allgemeines

Wegen des späten Beginns des Forschungsinteresses für die Methodenlehre sind die Übersetzungen der kontinentaleuropäischen Werke und die Veröffentlichung der Schriften Taiwans in wissenschaftlichen Zeitschriften eine neue Erscheinung in den letzten zehn Jahren im chinesischen rechtstheoretischen Kreis, aber diese hat sich schnell entwickelt. Nach meiner groben Statistik beläuft sich die Anzahl der übersetzten kontinentaleuropäischen Monographien und taiwanischen Bücher bis Ende Mai 2014 auf 23. Außerdem wurden 56 übersetzte und taiwanische Abhandlungen veröffentlicht. Man

³ Einige Werke zum Thema der „Rechtswissenschaft“ betreffen die juristische Methodenlehre im weitesten Sinne. Angesichts der engen Verbindungen zwischen Rechtsdogmatik und Rechtswissenschaft (dazu vgl. *Alexy/Dreier*, *The Concept of Jurisprudence*, *Ratio Juris* 1990/3, 4.), betrachten wir auch die letzteren, aber nur in Einzelfällen.

sollte nicht von einer einfachen Zahl ausgehen, d.h. genau rechnen wie viele Publikationen erschienen sind, sondern man sollte gleichzeitig Faktoren berücksichtigen, wie die eingangs vorgenommenen engen Einschränkungen bezüglich des Themenumfangs, den Zeitrahmen und den alten Forschungsstand der Volksrepublik China. Dann wird man bemerken, wie groß dieser Fortschritt ist.

Innerhalb von zwei Dekaden sind die Themenbereiche, von denen die oben genannten Veröffentlichungen handeln, bereits deutlich umfangreicher geworden. Fast alle Fragen jeder Epoche in der über 170 jährigen Entwicklungsgeschichte der modernen Methodenlehre seit *Friedrich Carl von Savigny* – Pionier der modernen juristischen Methodenlehre – und bis in die Gegenwart wurden durch diese Veröffentlichungen erfasst. Man kann sagen, dass die Problematik der „Kompression der Modernisierung“⁴ parallel zur Rechtsrezeption und Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit in China auch in der Transplantation der Methodologie anzutreffen ist. Das bringt natürlich eine Menge Probleme mit sich. Die größten davon sind die „Verzerrte historische Verortung“ und die „Verlegung und Umkehrung (Störung) der theoretischen Tradition“. Manchmal wählten Wissenschaftler diejenigen Werke aus den unzähligen abendländischen Schriften aus, an denen sie selbst großes Interesse hatten und fingen dann an, sie zu übersetzen und nach China einzuführen. Das Publikum war zum gleichen historischen Zeitpunkt (und vor dem historischen Hintergrund der Gegenwart Chinas) mit diesen Werken konfrontiert. In dieser Flut der Vielzahl von Veröffentlichungen war es für sie schwierig festzustellen, welche einen Meilenstein in der Literaturgeschichte darstellte und welche nicht. Hierdurch entstanden viele Missverständnisse und phantasievolle Interpretationen. Trotzdem finden sich mehrere anerkannte Klassiker über die juristische Methodenlehre, welche chinesischsprachige Rechtswissenschaftler in einer nicht zu unterschätzenden Art und Weise beeinflusst haben. Nach der inhaltlichen Orientierung lässt sich die Verbreitung und Rezeption der kontinentaleuropäischen und der taiwanischen Methodenlehre auf dem Festland Chinas grob in zwei Bereiche unterteilen:⁵ Der erste ist die *traditionelle Methodenlehre*, das heißt eine Lehre, die Modelle, Elemente, Methoden der Rechtsgewinnung und Rechtsfindung zum Gegenstand hat; der zweite ist die *Theorie der juristischen Argumentation*, deren Kern in der Rechtsbegründung und Verwendung der Rechtsgründe liegt.⁶ Darüber hinaus

⁴ Vgl. *Shu Guoying* (Hrsg.), *Theoretische Grundlagen der Modernisierung des Rechtssystems*, 2010, S. 407.

⁵ Der Grund, warum ich es nicht „Stadien“ nenne, liegt an der Natur der Sache, dass sich zwar die beiden Bereiche in verschiedenen Deutschen Geschichtsstadien entwickelten, sie jedoch in enger Verbundenheit mit sich durch die Übersetzung und Verbreitung auf dem Festland stehen und es keine effektive Unterscheidung aufgrund der Zeit gibt.

⁶ Die Unterscheidung zwischen diesen beiden hängt von der Dichotomie des „*process of discovery*“ und „*process of justification*“ (Vgl. *Wasserstrom*, *Judicial Decision*, Stan-

betrachten wir die wissenschaftliche Geschichte der Methodenlehre als einen unabhängigen Bereich, weil sie eine einzigartige Position in der wissenschaftlichen Forschung des Empfängerlandes hat. In diese Kategorie fallen Werke der allgemeinen Geschichte und der Geschichte nach Epochen bezüglich der Methodenlehre sowie Werke, die sich einzelnen Schulen der Methodenlehre oder wissenschaftlichen Gedanken einzelner Wissenschaftler widmen.

Diese drei Bereiche sind unsere Kriterien, hiernach werden die auf dem Festland Chinas veröffentlichten Übersetzungen der Monographien und Aufsätze aus Kontinentaleuropa und Schriften aus Taiwan aufgeteilt, analysiert und verglichen.

1. Übersetzte ausländische bzw. auf Festland Chinas veröffentlichte taiwanesischen Monographien

a) Traditionelle Methodenlehre

aa) Deutschland

1. *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, übersetzt v. *Chen Ai-e*, 2003.
2. *Karl Engisch*, Einführung in das juristische Denken, übersetzt v. *Zheng Yongliu*, 2004 [Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart].
3. *Reinhold Zippelius*, Juristische Methodenlehre, übersetzt v. *Jin Zhenbao*, 2009 [Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart].
4. *Ingeborg Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, übersetzt v. *Cai Shengwei*, 2011.
5. *Carl Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, übersetzt v. *Su Huijie*, 2012 [Bibliothek der westlichen Rechtsphilosophie].

bb) Taiwan

1. *Yang Renshou*, Juristische Methodenlehre, 1999.
2. *Huang Maorong*, Juristische Methoden und das moderne Zivilrecht, 5. Aufl., 2007.

cc) Andere Länder/Regionen

Es wurden keine Titel veröffentlicht.

ford/London: Stanford University Press, 1961, S. 27). Analoge Begriffspaar sind „Herstellung“ und „Darstellung“ (dazu *Schroth*, Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung, in: *Kaufmann/Hassemer/Neumann* (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., 2004, S. 296.) , „Motiv“ und „Argument“ (dazu *Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation, in: *Brugger/Neumann/Kirste* (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, S. 236).

b) Theorie der juristischen Argumentation

aa) Deutschland

1. *Robert Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, übersetzt v. *Shu Guoying*, 2002 [Bibliothek der westlichen Rechtsphilosophie].
2. *Robert Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie, übersetzt v. *Zhu Guang* und *Lei Lei*, 2011 [Bibliothek der westlichen Rechtsphilosophie].
3. *Robert Alexy*, Recht als Institutionalisierung der Vernunft, hrsg. und übersetzt v. *Lei Lei*, 2012 [Bibliothek der westlichen Rechtsphilosophie].
4. *Theodor Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, übersetzt v. *Shu Guoying*, 2012 [Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart].

bb) Taiwan

Es wurden keine Titel veröffentlicht.

cc) Andere Länder/Regionen

1. *Eveline T. Feteris*, Fundamentals of Legal argumentation, übersetzt v. *Zhang Qishan*, *Jiao Baoqian* und *Xia Zhenpeng*, 2005.
2. *Giovanni Sartor*, Legal Reasoning: Legal Doctrine as Knowledge of Law, übersetzt v. *Wang Xigeng* u.a., 2011 [A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence].
3. *Ilmar Tammelo*, Modern Logic in the Service of Law, übersetzt v. *Li Zhenjiang*, *Zhang Chuanxin* und *Chai Panpan*, 2012 [Bibliothek der westlichen Rechtsphilosophie].
4. *Alf Ross*, Directives and Norms, übersetzt v. *Lei Lei*, 2013 [Bibliothek der westlichen Rechtsphilosophie].

c) Wissenschaftliche Geschichte der Methodenlehre

aa) Deutschland

1. *Friedrich Carl von Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, übersetzt v. *Xu Zhangrun*, 2001 [Bibliothek der westlichen Rechtsphilosophie].
2. *Friedrich Carl von Savigny/Jacob Grimm*, Savignys Vorlesung über juristische Methodologie und Nachschrift Jacob Grimm, übersetzt v. *Yang Daixiong*, 2008 (überarbeitete Übersetzung 2014).
3. *Friedrich Carl v. Savigny*, Grundgedanken der Historischen Rechtsschule (1814-1840), hrsg. v. *Eric Wolf*, übersetzt v. *Zheng Yongliu*, 2009 [Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart].
4. *Rudolf von Jhering*, Der Kampf um das Recht, übersetzt v. *Hu Baohai*, 2004 [Taschenbuch der Rechtswissenschaft]. (Eine andere Version, übersetzt v. *Zheng Yongliu*, 2007. [Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart]).
5. *Rudolf von Jhering*, Zum juristischen Begriffshimmel, übersetzt v. *Ke Weicai* und *Yu Qingshen*, 2009 [Taschenbuch der Rechtswissenschaft].
6. *Rudolf v. Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, hrsg. v. *Okko Behrends*, übersetzt v. *Li Juntao*, 2010 [Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart].

7. *Hermann Kantorowicz*, Kampf um die Rechtswissenschaft, übersetzt v. *Lei Lei*, 2011 [Übersetzungen der Deutschen Rechtsdenkern].

bb) Taiwan

1. *Wu Congzhou*, Begriffsjurisprudenz, Interessenjurisprudenz, und Wertungsjurisprudenz: Versuch einer Entwicklungsgeschichte der Methodenlehre der Zivilrechtswissenschaft, 2007; Nachdruck auf vereinfachtem Chinesisch, 2011.
2. *Lin Li*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft und Dworkin, 2002.

cc) Andere Länder/ Regionen

Es wurden keine Titel veröffentlicht.

2. Übersetzte ausländische bzw. auf Festland Chinas veröffentlichte taiwanesishe Aufsätze

a) Traditionelle Methodenlehre

aa) Deutschland

1. *Ulrich Schroth*, Philosophische Hermeneutik und juristische Hermeneutik, übersetzt v. *Zheng Yongliu*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2001/4.
2. *Karl Engisch*, Wie die Juristen Denken?, übersetzt v. *Zheng Yongliu*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2002/5.
3. *Rudolf von Jhering*, Die Entstehung des Rechtsgefühls, übersetzt v. *Wang Hongliang*, Journal of Comparative Law 2002/3.
4. *Hans Kelsen*, On the Theory of Legal Interpretation, übersetzt v. *Zhang Shuyou*, Legal Methods and Legal Thoughts 2008/5 (eine andere Übersetzung von *Li Xin*, Legal Methods 2008/7).
5. *Katja Langenbucher*, Argument by Analogy in European Law, übersetzt v. *Lei Lei*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2010/15.
6. *Winfried Brugger*, Gemeinwohl, Konkretisierung und Auslegung des Rechts, übersetzt v. *Lou Yu*, 2012/3.
7. *Jan Schapp*, Methodenlehre, Allgemeine Lehre des Rechts und Falllösung, übersetzt v. *Feng Wei*, Archiv für juristische Methodenlehre 2012/1.
8. *Martin Hochhuth*, Methodenlehre zwischen Staatsrecht und Rechtsphilosophie: Zugleich eine Verschleierung des Theorie-Praxis-Bruchs?, übersetzt v. *Zhao Jing*, Archiv für juristische Methodenlehre 2012/1.

bb) Taiwan

1. *Thomas Weisheng Huang*, Convergence of Legal Methodology and Philosophy of Science: The Fusion of Fact and Law, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2011/16.
2. *Wu Congzhou*, Über Rechtsgefühl: Sein Status in den richterlichen Entscheidungen zum Beispiel an Zivilfällen, Archiv für juristische Methodenlehre 2014/2.

cc) Andere Länder/ Regionen

1. (Switzerland) *Philippe Mastronardi*, Juristisches Denken, übersetzt v. *Gao Jiawei*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2003/6.
2. (Italien) *Alberto Vespaziani*, Towards a Hermeneutic Approach to Legal Metaphor, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2011/16.
3. (France) *Guy Canivet*, Judicial activism and Prudential Interpretation: General Introduction, übersetzt v. *Chen Ping* und *Zhang Ping*, Legal Methods 2013/13.

b) Theorie der juristischen Argumentation

aa) Deutschland

1. *Robert Alexy*, Probleme und Ansätze der juristischen Argumentationslehre: Einleitung zu Theorie der juristischen Argumentation, übersetzt v. *Shu Guoying*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2001/4.
2. *Robert Alexy*, Chaim Perelmans Theorie der Argumentation, übersetzt v. *Shu Guoying*, Legal Methods and Legal Thoughts 2002/1.
3. *Robert Alexy*, Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft, übersetzt v. *Zhang Yan*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2006/9.
4. *Robert Alexy*, On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison, übersetzt v. *Liu Yeshe*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2006/10.
5. *Robert Alexy*, Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse, übersetzt aus dem Englischen v. *Wan Ping*, Zhongnan University of Economics and Law Journal of Postgraduates 2006/4 (eine andere Übersetzung aus Deutsch von *Lei Lei*, BIT Law Journal 2013/3).
6. *Robert Alexy*, Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung, übersetzt v. *Zhou Xingsheng*, Journal of Chongqing Institute of Technology 2007/10.
7. *Robert Alexy*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, übersetzt v. *Zhang Qingbo*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2008/13.
8. *Robert Alexy*, On The Structure of Legal Principles, übersetzt v. *Lei Lei*, Studies on Public Law 2009/7.
9. *Robert Alexy*, Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker, übersetzt v. *Zhang Qingbo*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2013/18.
10. *Robert Alexy*, Juristische Begründung als rationaler Diskurs, übersetzt v. *Zhang Qingbo*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2008/13.
11. *Aulis Aarnio*, *Robert Alexy*, *Alexander Peczenik*, Grundlagen der juristischen Argumentation, übersetzt v. *Feng Wei*, Archiv für juristische Methodenlehre, 2014/2.
12. *Ulfrid Neumann*, Struktur der juristischen Argumentation, übersetzt v. *Zheng Yongliu* und *Nian Chun*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2005/8.
13. *Ulfrid Neumann*, Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation, übersetzt v. *Zhang Qingbo*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2008/13.
14. *Ulfrid Neumann*, Theorie der juristischen Argumentation, übersetzt v. *Zhao Jing*, Archiv für juristische Methodenlehre 2014/2.
15. *Helmut Rüßmann*, Theorie der juristischen Argumentation, übersetzt v. *Zhang Qingbo*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2004/7.
16. *Thomas Riehm*, Balancing all the Factors of Cases—An Unknown Phenomenon, übersetzt v. *Zhang Shuhan*, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2013/18.

17. *Ralf Poscher*, Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles, *Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law* 2013/18.

bb) Taiwan

1. *Yan Jue'an*, Preliminary Study on Normative Gaps, Legal Methods and Legal Thoughts 2005/3.
2. *Yan Jue'an*, From Normative Gaps to Normative Ontology: Preliminary Study on Practical Statements in Legal Argumentation, Legal Methods and Legal Thoughts 2008/6.
3. *Zhang Yuguang*, Legal Argumentation and Methods of Legal Interpretation: Criticism on Formal Logic, *Zhejiang University Law Review* 2003.
4. *Wang Pengxiang*, The Argument Structure of Teleological Restriction, *Cross-Strait Law Review* (Supplement: Legal Methodology), 2004.
5. *Lin Li*, On the Limits of Economical Conceptions in Legal Reasoning: Taking the economic analysis of Posner as Example, *Zhejiang Social Science* 2004/5.

cc) Andere Länder/ Regionen

1. (Belgium) *Chaïm Perelman*, Legal Reasoning, übersetzt v. *Zhu Qingyu*, Legal Methods 2003/2.
2. (Belgium) *Chaïm Perelman*, Law and Rhetoric, übersetzt v. *Zhu Qingyu*, Legal Methods 2003/2.
3. (Belgium) *Chaïm Perelman*, Old Rhetoric and New Rhetoric, übersetzt v. *Yang Bei*, *Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law* 2005/8.
4. (Belgium) *Chaïm Perelman*, Law, Philosophy and Argumentation, übersetzt v. *Yang Bei*, *BIT Law Journal* 2013/3.
5. (Holland) *Henry Prakken*, On Formalizing Burden of Proof in Legal Argument, *Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law* 2005/8.
6. (Finland) *Hannele Isola-Miettinen*, Balancing and Legitimacy: the Reflections on the Balancing the Legal Principles, *Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law* 2011/16.
7. (Slovenia) *Marijan Pavčnik*, *Friedrich Lachmayer*, The Principle of Proportionality, *Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law* 2011/16.
8. (Poland) *Lech Morawski*, Law, Facts, Legal Language, übersetzt v. *Tian Lizhi* und *Zhang Tingting*, Legal Methods 2013/13.

c) Wissenschaftliche Geschichte der Methodenlehre

aa) Deutschland

1. *Hermann Kantorowicz*, Savigny and the Historical School, übersetzt v. *Xu Zhangrun*, *Qinghua Law Journal* 2003/3.
2. *Hermann Kantorowicz*, Some Rationalism about Realism, übersetzt v. *Qing Ling*, Legal Methods 2012/12.
3. *Thomas Würtenberger*, Die neuzeitliche Entwicklung der juristischen Methodenlehre, *Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law* 2005/8.
4. *Philipp Heck*, Interessenjurisprudenz, übersetzt v. *Fu Gungyu*, *Journal of Comparative Law* 2006/6.

5. *Bart Van Klink*, Law and Facts: The unending Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen, Legal Methods and Legal Thoughts 2011/8.
6. *Hans-Peter Haferkamp*, Begriffsjurisprudenz, übersetzt v. *Ji Hailong*, Journal of Comparative Law 2012/5.
7. *Rainer Schröder*, Die Deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: Wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz?, übersetzt v. *Lei Lei*, Archiv für juristische Methodenlehre 2012/1.

bb) Taiwan

1. *Chen Ai'e*, Savigny: Historical School and the Founder of modern Legal Methodology, Tsinghua Law Journal 2003/3.
2. *Lin Duan*, The German Historical School: Concurrently on the Relations between it and theory of legal interpretation, legal history and legal sociology, Tsinghua Law Journal 2003/2.
3. *Li Juntao*, Legal Construction and Theory of Personality Rights in 19. Century: Analysis an Jhering's Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2014/2.

cc) Andere Länder/ Regionen

1. (Poland) *Jerzy Stelmach, Bartosz Brozek*, The Disputes over Legal Methods in 19. and 20. Century, übersetzt v. *Sun Haitao*, Legal Methods 2009/9.
2. (Austria) *Günther Kreuzbauer*, Kleine Einführung in die Forschungsgeschichte der juristischen Argumentationslehre, Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2010/15.
3. (Brazil) *Nuno M.M.S. Coelho*, Aristotle on Equity and Practical Wisdom: the Endless Task of Justice, in: Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2011/16.

Dadurch haben wir die folgenden Ergebnisse festgestellt: (1) Zeitlich gesehen, außer einer einzigen taiwanischen Monographie, erschienen alle Übersetzungen bzw. taiwanesischen Schriften nach 2001. Das entspricht der Zunahme des Interesses für die juristische Methodenlehre unter den Rechtstheoretikern auf dem Festland Chinas. (2) Inhaltlich gesehen sind die Anzahl der übersetzten Monographien bzw. die der auf dem Festland Chinas erschienenen taiwanesischen Schriften in drei Bereichen ungefähr gleich, aber die Proportion unter den übersetzten Aufsätzen und den auf dem Festland erschienenen taiwanesischen Aufsätze ist ungleichmäßig. Die größte Anzahl besteht in *der juristischen Argumentationstheorie*, nämlich 53% der gesamten Schriften. Sie konzentriert sich auf die Diskurstheorie, die rhetorische Theorie und die Theorie von Normen. Die *traditionelle juristische Methodenlehre* und die *wissenschaftliche Geschichte der Methodenlehre* haben den gleichen Grad an Aufmerksamkeit gewonnen. Das Interesse der wissenschaftlichen Geschichte der Methodenlehre richtet sich schwerpunktmäßig nach der „historischen Schule“. (3) Wenn man das Augenmerk auf die Herkunft der Autoren richtet, dann ist es bemerkenswert, dass davon die Deutschen eine absolu-

te Mehrheit ausmachen. Von den gesamten Übersetzungen der Monographien, insgesamt 15, beträgt der Anteil der deutschen Autoren 65%; bei den Aufsätzen beträgt der deutsche Anteil mit insgesamt 32 Stück 57%. Der Autor, dessen Schriften am häufigsten übersetzt wurden, ist *Robert Alexy* (3 Monographien, 10 Aufsätze), zeitgenössischer Rechtsphilosoph und emeritierter Professor des Öffentlichen Rechts in Kiel. Außerdem sind *Friedrich Carl von Savigny*, *Rudolf von Jhering*, *Hermann Kantorowicz* und *Ulfrid Neumann* beliebt in China. Der führende Autor aus anderen Ländern und Regionen ist der belgische Wissenschaftler *Chaïm Perelman* (4 Aufsätze). (4) Bei den Trägern dieser Veröffentlichungen fällt eine starke Konzentration auf: Auf China Legal Publishing House und China Law Press entfielen 75% der Marktanteile. Von den 23 Übersetzungen⁷ und taiwanesischen Monographien hat *China Legal Publishing House* 11 veröffentlicht, darunter 7 in der Reihe „Bibliothek der westlichen Rechtsphilosophie“, und 2 in der Reihe „Taschenbuch der Rechtswissenschaft“. *China Law Press* hat 7 Übersetzungen und taiwanesischen Monographien verlegt, darunter 6 in der Reihe „Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart“. Bezüglich der Aufsätze nimmt das *Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie* (Herausgeber: Prof. *Zheng Youliu*) mit einer Gesamtanzahl von 24 Aufsätzen eine Vorreiterrolle ein. Die anderen drei Schriftenreihen der Methodologie sind *Archiv für juristische Methodenlehre* (Herausgeber: Prof. *Shu Guoying*), *Legal Methods* (Herausgeber: Prof. *Chen Jinzhao* und Prof. *Xie Hui*) und *Legal Methods and Legal Thoughts* (Herausgeber: Prof. *Ge Hongyi*). Sie haben auch bereits 18 Aufsätze über die Methodenlehre veröffentlicht. Insgesamt ergeben sich folgende Merkmale hinsichtlich der Erscheinungen über die Methodenlehre: Sie sind innerhalb einer kurzen Zeit, bei einigen wenigen Verlagen und auf einige wenige Themen konzentriert.

Freilich haben die Übersetzungen der Aufsätze weniger Einfluss als die der Monographien, welche aufgrund ihrer Länge und der Größe der Zielgruppe mehr Publikum angezogen haben. Darunter fallen nicht nur Wissenschaftler, sondern auch normale Leser.

III. Die traditionelle juristische Methodenlehre

Die erste in China eingeführte Monographie über die traditionelle Methodenlehre ist die *Juristische Methodenlehre* von einem Richter der Justiz-Yuan in Taiwan, Herrn *Yang Renshou*. Das Buch wurde ursprünglich im Jahr 1987 durch den Taiwan San Min Book Verlag veröffentlicht und 1999 dann durch den Zivilrechtswissenschaftler Prof. *Wang Liming* auf dem Festland vorge-

⁷ Darunter auch „Der Kampf ums Recht“ (*Rudolf v. Jhering*). Da hier zwei chinesische Ausgaben existieren, es sich damit wiederholt, wurde es nur einmal berechnet.

stellt.⁸ In jener Zeit wurde die Methodenforschung auf dem Festland Chinas gerade in Angriff genommen, selbst der Name dieser Disziplin unterscheidet sich nicht von der seit den 90er Jahren verbreiteten „Auslegungslehre des Gesetzes (Zivilrechts)“. Dies spiegelte sich in der *Einleitung* bei Wang, die Methodenlehre sei eine „Praktische und neue Disziplin“ und das Buch „ein Meisterwerk, das die Rechtsauslegungslehre systematisch dargelegt hat“ wider.⁹ Weil Herr Yang lange Zeit als Richter tätig war, ist dieses Buch mit erklärenden Beispielen versehen und als Einführungslektüre über Methodik sehr gut geeignet. Außerdem stellt dieses Buch aufgrund der Ausbildung des Autors in Japan die Ansichten vieler japanischer Gelehrter dar. Unter Berücksichtigung der deutschen Einflüsse auf die Entwicklung der japanischen Rechtswissenschaft könnte dieses Buch grundsätzlich auch als ein Produkt des kontinentaleuropäischen akademischen Kontexts betrachtet werden. Aber es zeigt auch einige „japanische Spezialitäten“, zum Beispiel die „soziologische Interpretation“ als ein unabhängiges Kapitel,¹⁰ was nicht häufig in der traditionellen deutschen Interpretationstheorie zu finden ist.¹¹ Diese Anordnung hat auch Teile der Gelehrten des Festlandes beeinflusst.¹² Eine zweite Auflage dieses Buches erschien im Jahr 2013.¹³

Dennoch hat dieses Buch nicht so stark die Rechtstheoretiker des Festlandes Chinas geprägt wie die erste Monographie aus Deutschland: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, das Meisterwerk von Karl Larenz, dem berühmtesten zeitgenössischen deutschen Methodiker. Dieser Klassiker im Bereich der Methodologie wurde von der taiwanischen Wissenschaftlerin Chen Ai'e ins Chinesische übersetzt und 2003 von *The Commercial Press*, Beijing, veröffentlicht.¹⁴ Einmal veröffentlicht, wurde es sofort ein unentbehrliches Nachschlagewerk in diesem Bereich und in den damit verbundenen Kursen. Obwohl die Übersetzung von Karl Larenz vier Jahre später als *Juristische Methodenlehre* von Yang Renshou auf dem Festland herauskam, wurde deren taiwanische Übersetzungsausgabe schon von Wu-Nan Book Compang Ltd., Taiwan 1996 veröffentlicht, die durch verschiedene informelle Kanäle auf dem Festland bei Rechtstheoretikern, vor allem unter Doktoranden, Verbreitung fand. Aus diesem Grund ist der Anfang des Einflusses des Larenz'schen Werks auf das Festland Chinas nicht unbedingt später als

⁸ Yang Renshou, *Juristische Methodenlehre*, 1999.

⁹ A.a.O., *Einleitung*.

¹⁰ A.a.O., S. 172-178.

¹¹ In der deutschen Welt kam vor kurzem eine ähnliche Theorie, i.S.e. Folgenorientierung, auf. Siehe z.B. anziehend Deckert, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995.

¹² Siehe zum Beispiel Chen Jinzhao (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre*, 2007, S. 182-190; Liang Huixing, *Methoden der Fallentscheidung*, 2. Aufl., 2012, S. 205-208.

¹³ Yang Renshou, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., 2013.

¹⁴ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, übersetzt v. Chen Ai'e, 2003.

der des Buchs von *Yang*. Diese Übersetzungsausgabe entspricht der 6. Auflage 1991 in Deutschland (die 2. Studienausgabe).¹⁵ Diese Ausgabe ließ die ursprünglichen ersten vier Kapitel, nämlich den historischen und kritischen Teil, der sich mit der Entwicklungsgeschichte der Methodenlehre vom neunzehnten Jahrhundert bis zum Ende des Ersten Weltkrieges befasst, aus.¹⁶ Sie schloss eine Einleitung und sieben Kapitel (siehe die Form wie folgt) ein. Die Übersetzerin setzte einen weiteren langen „Übersetzungsprolog“ als Vorwort ein, welcher einer besseren Einführungsfunktion dient.

Zahlreiche Gedanken des Buches wurden einst als Maßstab von Festland-Rechtswissenschaftlern betrachtet, z.B. die Natur der Rechtswissenschaft, Typen der Rechtssätze, Methoden der Gesetzesinterpretation, Klassifizierung der Rechtslücken, die zwischen innerem und äußerem System unterschied (obgleich der Initiator Vertreter der Interessenjurisprudenz, *Philipp Heck*, ist). Darüber hinaus kann der Einfluss des Buches auf Rechtswissenschaftler des Festlandes auch von zwei Tatsachen belegt werden: auf der einen Seite zeigt die Suche mit CNKI (einer chinesischen Online-Suche), dass zwischen 2004 und 2014 insgesamt 26 veröffentlichte Abhandlungen und Qualifikationsschriften direkt mit „Methodenlehre der Rechtswissenschaft von Larenz“ im Titel oder deren einschlägigen Theorien erschienen sind, d.h. jährlich 2,4 im Schnitt. Zwischen 2001 und 2014 erreichten Zeitschriftenartikel und Qualifikationsschriften, die die juristische Methodenlehre von *Larenz* zum Gegenstand hatten, 126 Stück, d.h. jährlich 9 im Schnitt. Nach CSSCI (Chinese Social Science Citation Index) Datenbank-Suchergebnissen wurde das Buch von 2005 bis 2013 insgesamt 806-mal zitiert. Andererseits hat die strukturelle Anordnung dieses Werkes tiefgreifende Auswirkungen auf methodologische Monographien der Rechtswissenschaftler und die Lehrpläne der juristischen Fakultäten auf dem Festland. An dieser Stelle werde ich das Inhaltsverzeichnis einer populären inländischen Monographie¹⁷ und das eines relativ neuen Lehrbuches¹⁸ wiedergeben, um Vergleiche mit dem Inhaltsverzeichnis des Larenz'schen Werks zu ziehen; gleichzeitig wird auch das Curriculum zweier Veranstaltungen zur Methodenlehre an zwei inländischen Rechtshochschulen¹⁹ mit engen Kontakten zu Deutschland mit dem Inhaltsverzeichnis des Larenz'schen Werks verglichen. Zum Zwecke der Veranschaulichung sind die Vergleiche in der nachfolgenden Liste zusammengefasst:

¹⁵ Nach der Netzwerkinformation wird die 4. Studienausgabe (8. Auflage insgesamt), hrsg. v. Schülern *Larenz*, *Canaris*, beim deutschen Springer Verlag 2015 veröffentlicht.

¹⁶ A.a.O., Präambel der Studienausgabe.

¹⁷ *Shu Guoying/ Wang Xiahao/ Liang Xingxiu*, u.a., Untersuchung zur Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2007.

¹⁸ *Shu Guoying* (Hrsg.), Juristische Methodenlehre, 2013.

¹⁹ Juristische Fakultät, CUPL (China University of Political Science and Law), und Juristische Fakultät, NU (Nanjing University).

<i>Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft</i>	<i>Probleme der juristischen Methodenlehre (Monographie)</i>	<i>Juristische Methodenlehre (Lehrbuch)</i>	<i>Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Vorlesung der CUPL)</i>	<i>Juristische Methode (Vorlesung der NU)</i>
Kap.1 Die Methodendiskussion in der Gegenwart	Kap.2 Der Ursprung und Entwicklungstrend der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit	Kap.2 Die Geschichte der juristischen Methode	Lek.1 (2. Hälfte) Einleitung: die Geschichte der juristischen Methode	Lek.1 Überblick: die Punkte und theoretischen Ursprünge der juristischen Methode
Kap.2 Allgemeine Charakteristik der Jurisprudenz (inkl. Aufgabe und Status der Methodenlehre)	Kap.1 Der Begriff der juristischen Methode Kap.3 Sinn und Funktion der juristischen Methode	Kap.1 Der Begriff der juristischen Methodenlehre	Lek.1 (1. Hälfte) Einleitung: der Gegenstand und die Aufgabe der juristischen Methodenlehre	
Kap.3 Die Lehre vom Rechtssatz (inkl. Das logische Schema der Gesetzesanwendung)		Kap.3 Juristischer Schluss	Lek.3 Rechtsätze Lek.4 Rechtsnormen Lek.5 (1. Hälfte) Der Grundrahmen der Rechtsanwendung	Lek.3 Die Lehre vom Rechtssatz Lek.6 Der Schluss und die Argumentation in der Jurisprudenz
Kap.4 Die Bildung und rechtliche Beurteilung des Sachverhalts	Kap.6 Die Bildung des Sachverhalts	Kap.5 Die Bildung des Sachverhalts	Lek.5 (2. Hälfte) Sachverhalt	Lek.4 Die Bildung des Sachverhalts
Kap.5 Die Auslegung der Gesetze	Kap.7 Die Auslegung der Gesetze	Kap.6 Die Methoden der Gesetzesauslegung	Lek.7 Gesetzesauslegung	Lek.5 (1. Hälfte) Gesetzesauslegung
Kap.6 Die Methoden der richterlichen Rechtsfortbildung	Kap.8 Die Feststellung und Erfüllung der Rechtsfortbildung	Kap.7 Die Rechtsfortbildung und deren Erfüllung	Lek.8 Rechtsfortbildung Lek.9 Abwägung der Prinzipien	Lek.5 (2. Hälfte) Rechtsfortbildung
Kap.7 Die Bildung der Begriffe und Systeme in der Jurisprudenz	Kap.9 Rechtssysteme	Kap.8 Rechtssysteme	Lek.2 Rechtsbegriffe	

<i>Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft</i>	<i>Probleme der juristischen Methodenlehre (Monographie)</i>	<i>Juristische Methodenlehre (Lehrbuch)</i>	<i>Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Vorlesung der CUPL)</i>	<i>Juristische Methode (Vorlesung der NU)</i>
	Kap.4 Vergleichsforschung der juristischen Methodenlehre Kap.5 Theorie der Rechtsquellen	Kap.4 Theorie der Rechtsquellen	Lek.6 Rechtsquellen	Lek.2 Theorie der Rechtsquellen

Es ist deutlich, dass der wesentliche Inhalt dieser Bücher und Vorlesungen nach der Monographie Larenz' eingerichtet ist. Gleichzeitig finden wir, dass die oben genannten, von chinesischen Autoren geschriebenen Bücher und Vorlesungen eine Rubrik der „Theorie der Rechtsquellen“ haben, die nicht im Werk von Larenz gefunden werden kann. Diese Gestaltung kommt sehr wahrscheinlich von dem Buch *Juristische Methode und das Moderne Zivilrecht* des taiwanischen Gelehrten *Huang Maorong*. Die aktualisierte Auflage des Buches erschien zum ersten Mal im Jahr 1982 in Taiwan (1. Ausgabe unbekannt), im Jahr 2009 erschien die 6. Auflage. Auf dem Festland führte die *China University of Political Science and Law Press* die 4. Auflage dieses Buches im Jahr 2001 ein, im Jahr 2007 wurde die 5. Auflage von der *China Law Press* eingeführt.²⁰ Das erste Kapitel des Buches macht „Die Quellen des Rechts“ zum Thema, welches eine detaillierte Liste der Rechtsquellen und Status sowie Anwendung ähnlicher normativer Texte darstellt. Im Vergleich zu Teilrechtsgebieten mit einer Hauptrechtsquelle (z.B. Strafrecht) ist die Theorie der Rechtsquelle für die Zivilrechtslehre deutlich sinnvoller. Dadurch, dass Professor *Huang* mit seinem akademischen Hintergrund im Zivilrecht gleich am Anfang seines Buches diese Problematik anspricht, kommt deren Gewicht klar zum Ausdruck. Der Ansatz, die Rechtsquellen als Teil der Methodik zu erachten, beeinflusst auch manche Rechtswissenschaftler auf dem Festland.²¹ Zusätzlich zu dem ersten und zweiten Kapitel „Rechtsbegriffe“ sind die Kapitel 3-7 dieses Buches entsprechend den Kapi-

²⁰ *Huang Maorong*, *Juristische Methoden und das moderne Zivilrecht*, 4. Aufl., 2001; ders., *Juristische Methoden und das moderne Zivilrecht*, 5. Aufl., 2007. Der Hauptunterschied zwischen den beiden Versionen liegt darin, dass das in der Ausgabe 2007 eingebaute 8. Kap. „Ergänzung der Gesetzeslücken auf Gewohnheitsrecht“ der Ausgabe aus dem Jahr 2001 fehlt.

²¹ Neben diesen oben genannten Monographien und Lehrbüchern, siehe auch *Ge Hongyi* (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre*, 2013, Kap. 3, *Juristische Methode und Rechtsquellen*, und *Liu Zhibin*, *Juristische Methodenlehre*, 2007, Kap. 2. III, *Rechtsgrundlage für Gerichtsbarkeit*.

teilen 3-7 von *Larenz'* Buch aufgebaut. Bezüglich des Inhalts stimmt *Huang's* Methodologie auch mit *Larenz'* Methodologie oft überein. *Huang's* Begründungen sind lediglich noch ausführlicher und basieren außerdem auf Beispielen aus Taiwan. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Prof. *Huang* durch seinen deutschen akademischen Hintergrund auch tief von *Karl Larenz* beeinflusst worden ist.²² Somit trägt das Buch wesentlich dazu bei, die Ausstrahlung der *Larenz'schen* Theorien zu erweitern.

Eine andere einflussreiche Übersetzung ist die des Standardwerks der Methodenlehre, *Einführung in das juristische Denken* von *Karl Engisch*. Die 9. Auflage dieses Buches wurde von Professor *Zheng Yongliu* im Jahr 2004 übersetzt.²³ Verglichen mit der *Larenz'schen* Methodik liegt die Besonderheit des *Engisch'schen* Werks darin, dass über das Ziel der Gesetzesauslegung im ganzen 5. Kapitel diskutiert wird. Im 6. Kapitel befasst er sich mit Rechtsbegriffen und Generalklauseln und in Kapitel 8 mit der Beziehung zwischen juristischer Methodenlehre und Rechtsphilosophie. Das herausragendste Merkmal dieses Buches liegt darin, dass es die „traditionelle Rechtsfindungsmethode“ als Ausgangspunkt²⁴ zugrunde legt, um die asymmetrische Beziehung zwischen „Normen“ und „Tatsachen“ zu diskutieren. Diese Ansicht als die theoretische Grundlage der Methodik beeinflusst viele chinesische Gelehrte. Das Zitat, das die Rechtsanwendung als „ein Hin-und-Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Sachverhalt“²⁵ bezeichnet, hat auch bei chinesischen Rechtswissenschaftlern viel Ruhm geerntet. Ein paar Jahre später veröffentlichte Prof. *Zheng* ein Lehrbuch mit großer Verbreitung „*Institution der juristischen Methode*“.²⁶ Obwohl die Struktur des Buches nicht im gleichen Stil ist, so kann man doch zwischen den Zeilen immer noch den Schatten *Engischs* spüren.

Darüber hinaus wurde auch *Juristische Methodenlehre* (10. Aufl.) von *Reinhold Zippelius* im Jahr 2009 übersetzt.²⁷ Die Besonderheit liegt in drei Aspekten: Erstens, im 1. Kapitel wird über den „Rechtsbegriff und seine

²² Doktorvater *Huang's* ist *Josef Esser*, renommierter Rechtsphilosoph an der Universität Tübingen. *Esser* war der Hauptvertreter der zeitgenössischen Rechtshermeneutik. Und *Larenz*, zumindest von der dritten Auflage der Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1975 aus, wanderte in dessen Lager (Vgl. *Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei *Larenz* und *Esser*, 1981, S. 1.).

²³ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, übersetzt v. *Zheng Yongliu*, 2004. Die deutsche Version des Buches hat die Bearbeitung der 11. Auflage 2010.

²⁴ A.a.O., S. 7.

²⁵ Dies ist ein Satz aus einer anderen bekannten Monographie *Engischs*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., 1963, S. 15.

²⁶ *Zheng Yongliu*, Die Treppen der juristischen Methoden, 2008, 2. Auflage 2012 erschienen.

²⁷ *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, übersetzt v. *Jin Zhenbao*, 2009. Die deutsche Version ist in der 11. Auflage 2012 erschienen.

Funktionen“ diskutiert, denn nach *Zippelius* ist die „Methode vom Gegenstand bestimmt“²⁸; zweitens berücksichtigt es den neuen Trend in der Entwicklung der Methodik, i.e., Theorie der juristischen Argumentation und des Typus; drittens widmet sich das 5. Kapitel der „formalen Logisierung des Rechts und Datenverarbeitung“, was die Folge der letzten Entwicklung der Rechtslogik und Rechtsinformationswissenschaft und ihres Einflusses auf die Methodenlehre ist. Kürzlich wurde eine Übersetzung der *Kleinen Schule des juristischen Denkens* von *Ingeborg Puppe* veröffentlicht.²⁹ Die Ausführungen sind kurz und bündig durch Fälle aus dem Bereich des Strafrechts untermauert. Dies ist für die Hochschuldidaktik als Lehrbuch gut geeignet. Das größte Highlight ist ein separates Kapitel für „Recht und Logik“, das die Merkmale, Form und Funktion der Logik vollständig erläutert und Vorurteile gegenüber der Logik abbaut. Die Autorin diskutiert nicht nur einzelne Methoden und Argumente, sondern stellt auch ein einziges Kapitel dazu zur Verfügung, wie man die Argumente für den Rechtsdialog (Diskurs) organisiert, den sie anschaulich als „Tennisspiel der Argumentationen“ bezeichnet.³⁰ Das Buch vergleicht auch die Vorteile und Nachteile von Systematik und Topik.

IV. Theorie der juristischen Argumentation

Bei der 9. Weltkonferenz der IVR (Internationalen Vereinigung für Sozial- und Rechtsphilosophie) in Brüssel wurde juristische Argumentation erstmals zum Thema der Konferenz, was dem Anstieg der Theorie der juristischen Argumentation geschuldet war.³¹ Bis zum Ende des 20. Jahrhunderts, also nach dreißig Jahren der Entwicklung, haben verschiedene Schulen Gestalt angenommen. Im Hinblick hierauf veröffentlichte die niederländische Autorin *Eveline T. Feteris* ihre Dissertation *Fundamentals of Legal argumentation* 1999. Diese wurde 2005 in der Volksrepublik China ins Chinesische übersetzt.³² Die wichtigsten Inhalte dieses Buches liegen in der „Vorstellung im Outline-Stil über die wichtigsten Ergebnisse des Faches“.³³ Die verschiedenen Ansätze der Vertreter der Argumentationstheorie werden in drei Gruppen

²⁸ A.a.O., S. 1.

²⁹ *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, übersetzt v. *Cai Shengwei*, Beijing: Peking University Press, 2011. Es ist eine Übersetzung der ursprünglichen ersten Auflage. 2011 hat Vandenhoeck & Ruprecht die 2. Auflage ausgeliefert.

³⁰ A.a.O., S. 162.

³¹ See *Wellmann*, Hundred Years of IVR, übersetzt v. *Lei Lei*, Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie 2010/15, 285.

³² *Feteris*, Fundamentals of Legal argumentation, übersetzt v. *Zhang Qishan*, *Jiao Baoqian* und *Xia Zhenpeng*, 2005.

³³ A.a.O., „Präambel für Chinesische Version“.

unterteilt, nämlich in die logische, rhetorische und dialogische Linie.³⁴ Der chinesischen Rechtswissenschaft, die gegenüber der Tradition und dem Gesamtbild der Argumentationstheorien völlig orientierungslos war, kam diese Übersetzung wie ein Kissen für einen Schläfrigen vor, weshalb das Buch sofort zu einem Studienführer wurde. Ihre Einteilung wurde auch allgemein akzeptiert. Das Buch hat vielmehr eine Rolle der Aufklärung gespielt. Hingegen erlangte die eigene Auffassung der Autorin keine Aufmerksamkeit.³⁵

Im Folgenden wird die Verbreitung der kontinentaleuropäischen Übersetzungen im rechtstheoretischen Kreis des Festlandes nach diesen drei Linien zusammengefasst. Allerdings enthält die dialogische Linie zwei Unterlinien – die prozedurale und die pragmatisch-dialektische Linie. Letztere ist fast unbekannt in China.³⁶ Daher beschränken sich die Erträge auf die erste Linie, die als „die prozedurale Linie“ im Folgenden bezeichnet wird. Zweitens, die Topik hat zwar eine enge Verbindung zur Rhetorik, ist damit aber nicht identisch. Somit werden sie gemeinsam als „die Topik-Rhetorische Linie“ bezeichnet. Drittens, die Theorie der Normen steht in sehr enger Beziehung mit der Rechtslogik. Deshalb werden wir aus der Sicht der Methodik die Themen über Normen in die „logische Linie“ aufnehmen.

1. Die prozedurale Linie

Die Doktorarbeit von *Robert Alexy*, die 1976 an der Universität Göttingen vorgelegt wurde, *Theorie der juristischen Argumentation* (Suhrkamp Verlag 1978), stellt zweifellos einen Gipfel der prozeduralen Linie dar. Das Buch wurde von Prof. *Shu Guoying* als Gastwissenschaftler an der Universität Göttingen (1993-1994) entdeckt und acht Jahre nach der zweiten Auflage der deutschen Fassung 1991 ins Chinesische übersetzt.³⁷ Prof. *Shu* hat einen langen Einführungsprolog in die Übersetzung eingefügt, der Alexys Leben, Schriften, Hintergrund und Hauptinhalt des Buches vorstellt. Er beschreibt den Zweck des Buches anschaulich mit einem Zitat aus dem Buch „weg von ‚Münchhausen-Trilemma‘“. ³⁸ Bedauerlicherweise wurde aus Zeitgründen das

³⁴ A.a.O., S. 11-17.

³⁵ A.a.O., S. 195ff.

³⁶ In der Tat gibt es zwei Bücher dieser Linie, die ins Chinesische übersetzt wurden: *van Eemeren, Grootendorst*, *Critical Discussion: The Pragma-dialectical Approach to argumentation*, übersetzt v. *Zhang Shuxue*, 2002. *van Eemeren, Henkemaans*, *Argumentation: A Guide to Critical Thinking*, übersetzt v. *Xiong Minghui* und *Zhao Yi*, 2006. Aber, weil *Eemeren* ein reiner Theoretiker in seiner Argumentation ist, betraf seine Theorie die juristischen Kreise des Festlands selten.

³⁷ *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, übersetzt v. *Shu Guoying*, 2002.

³⁸ A.a.O., „Gehen aus ‚Münchhausen-Trilemma‘ (Übersetzungsprolog)“, S. 1. Dieser Begriff stammt von dem rationalistischen Kritiker *Hans Albert*, der verwendet wird, um

„Postscriptum“ der zweiten deutschen Auflage nicht übersetzt, sodass es an der Reaktion auf Kritik und ergänzenden Argumenten mangelt.³⁹ Nachdem die Übersetzung veröffentlicht wurde, wurde es schnell von der festländischen Rechtswissenschaft gelobt. Relevante Forschungen begannen.

Laut der CNKI Ergebnisse wurden zwischen 2004 bis 2011 insgesamt 14 Abhandlungen und Qualifikationsschriften mit „Juristische Argumentationslehre von Alexy“ im Titel veröffentlichten, d.h. im Schnitt 1,75 jährlich; von 2004 bis 2013 wurden 43 Zeitschriftenartikel und Qualifikationsschriften zu diesem Thema veröffentlicht, dies entspricht 4,3 jährlich. Zwischen 2004 und 2014 bezogen sich die veröffentlichten Aufsätze zu Themen der „Juristischen Argumentation“ mehr oder weniger auf *Alexys* Theorie. Anders als bei ihrer Haltung zu *Feteris* Buch interessieren sich die Leser für *Alexys* eigene theoretische Aussage, aber nicht für verschiedene theoretische Schulen, die im ersten Abschnitt vorgestellt wurden. Dies ist wahrscheinlich damit zu begründen, dass diese Theorien mit Ethik, Philosophie der Sprache, Argumentationstheorie, Logik und vielen anderen Disziplinen verbunden sind. Sie sind darüber hinaus sehr komplex, schwierig und umfassend. Aber dies bringt auch einige Missverständnisse mit sich, von denen das Größte zur Gleichsetzung der „prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation“ mit der juristischen Argumentationslehre selbst führte, welches erst zwei Jahre nach der Veröffentlichung von *Feteris* Monographie aufgeklärt wurde.

2012 erschien die chinesische Version der Abhandlungen *Recht, Vernunft, Diskurs* von *Alexy*.⁴⁰ Der erste Abschnitt „Logik und Interpretation“ und der zweite Abschnitt „Diskurs und Recht“ enthalten insgesamt 7 Aufsätze über Argumentationslehren. Diese Schriften sind Stärkung, Ergänzung, Verbesserung und Entwicklung der Argumente in *Theorie der juristischen Argumentation*, die denjenigen Lesern, die mit seinen grundlegenden Theorien nicht vertraut sind, einen nützlichen Zugang verschaffen. Ein Jahr später wurde eine andere Sammlung desselben Autors auf dem Festland Chinas veröffentlicht, nämlich *Recht als Institutionalisierung der Vernunft*.⁴¹ Die Anthologie umfasst sechzehn Aufsätze, wobei sich der erste Abschnitt „Vernunft, Diskurs und juristische Argumentation“ und der zweite „Theorie der Rechtsprinzipien“ auf Modellprobleme der juristischen Argumentation beziehen. Diese Aufsätze sind Ergebnisse vertiefender Überlegungen von *Alexy*, die seinen

sich auf die Not, in der man nicht in der Lage ist einen „letzten Grund“ wissenschaftlich zu beweisen, zu beziehen.

³⁹ Dieses Manko wurde nun beseitigt, vgl. *Alexy*, Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker, übersetzt v. *Zhang Qingbo*, Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie 2013/18.

⁴⁰ *Alexy*, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, übersetzt v. *Zhu Guang* und *Lei Lei*, 2011.

⁴¹ *Alexy*, *Recht als Institutionalisierung der Vernunft*, hrsg. und übersetzt v. *Lei Lei*, 2012.

Gedankengang verkörpern und in diesem Sinne für die fortlaufende Forschung auf dem Festland Chinas von großem Nutzen sind.

2. Die Topik-Rhetorische Linie

Forschung der Rechtsrhetorik wird in der zeitgenössischen festländischen Rechtswissenschaft kräftig betrieben. Innerhalb von nur wenigen Jahren geschah anscheinend eine kollektive Umorientierung unter den Rechtswissenschaftlern der Methodenlehre. Zahlreiche Konferenzen wurden zu diesem Thema veranstaltet. Die Anzahl der relevanten Aufsätze hat sich durch ein geometrisches Wachstum vervielfacht, außerdem erschienen auch bereits Monographien und Sammelbände.⁴² Aber viele Autoren haben es noch nicht geschafft, die akademische Tradition der Rechtsrhetorik sorgfältig aufzuarbeiten bzw. die Thesen der Vertreter der Rhetorik zu verinnerlichen. Zum Beispiel wurden keine Monographien wie die des großen Argumentationstheoretikers *Stephen Toulmin* und Vertreter der neuen Rhetorik, *Chaïm Perelman*, ins Chinesische übersetzt. Glücklicherweise hat *Prof. Shu Guoying* auf der Grundlage zur Topikstudie in den letzten Jahren das Meisterwerk des Pioniers der Mainzer Schule *Theodor Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz*, übersetzt und veröffentlicht, welches die Lücken in diesem Bereich füllte.⁴³ Die Auswirkungen auf die chinesische Wissenschaft sind noch zu beobachten. Aber ich glaube, dass Studien mit diesem Ansatz durch Zusammenarbeit mehrerer Rechtswissenschaftler in Zukunft eine größere Perspektive haben werden.

3. Die Logische Linie

Die Forschung über die Rechtslogik hat auf dem Festland nicht spät begonnen, jedoch wurde die Übersetzung der extraterritorialen Werke zur Rechtslogik, vor allem der Schriften über die Rechtslogik aus Kontinentaleuropa, erst sehr spät durchgeführt. Bisher gibt es vor allem Übersetzungen von drei Monographien.

Die erste ist vom italienischen Juristen *Giovanni Sartor*, *Legal Reasoning: Legal Doctrine as Knowledge of Law*, im Jahr 2011.⁴⁴ Dies ist das fünfte Buch in der Reihe „A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence“, das von *Enrico Pattaro*, Professor an der Universität Bologna, her-

⁴² Siehe z.B. *Jiao Baoqian* u.a., Einleitung zur Theorie der Rechtsrhetorik, 2012, und *Xiong Minghui* (Hrsg.), Juristische Argumentation und Rhetorik, 2014.

⁴³ *Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz*, übersetzt v. *Shu Guoying*, 2012. Dieses Buch wurde erstmals im Jahr 1953 auf Deutsch veröffentlicht. Die chinesische Übersetzung entspricht der fünften Auflage von 1974.

⁴⁴ *Sartor*, *Legal Reasoning: Legal Doctrine as Knowledge of Law*, übersetzt v. *Wang Xigeng* u.a., 2011. Das Original wurde im Jahr 2005 veröffentlicht.

ausgegeben wurde. *Sartor* ist ein international anerkannter Wissenschaftler im Bereich der künstlichen Intelligenz und juristischen Begründung. Diese Monographie mit mehr als tausend Seiten ist in zwei Serien aufgeteilt: die erste Serie der juristischen Argumentation ist der praktischen Vernunft gewidmet und die nicht auf monotoner Logik basierende andere Serie zielt darauf ab, eine genauere Beschreibung der grundlegenden Formen der juristischen Begründung zu liefern. Die zweite Übersetzung ist *Modern Logic in the Service of Law*, die vom österreichischen Juristen *Ilmar Tammelo* geschrieben wurde und in der chinesischen Fassung 2012 erschien.⁴⁵ *Tammelo* befürwortet seit langem dezidiert eine fundamentale Rolle der Logik im Recht und hat eine Art des Rechtslogiksystems, welches durch „den intensiven Einsatz von mathematischen Symbolen“ gekennzeichnet ist,⁴⁶ konstruiert. Dies wird auch vollständig in dem Buch reflektiert. Das Buch ist in zwei Teile aufgeteilt. Der eine Teil betrifft die theoretische Grundlage der Rechtslogik und der andere die Anwendung dieser Logik. Damit ist am Ende eine kurze Erklärung zur Rechtslogik verbunden.⁴⁷ Nachfolgender Satz im Vorwort drückt vielleicht die Interpretation des Buchs am besten aus: „the difference between the lawyer equipped with legal logic and the one not so equipped is as stark as the difference between a man who walks on all fours and a man who walks upright”.⁴⁸ Zuletzt die Übersetzung von *Directives and Norms*, das späte Meisterwerk des dänischen Juristen und Vertreter der skandinavischen Schule, *Alf Ross*, erschienen im Jahr 2013.⁴⁹ Das insgesamt 120.000 Wörter umfassende „kleine Buch“ versucht, das „große Problem“ – sogenanntes „Jorgensen Dilemma“ – zu lösen: wenn Logik einen wahren Wert hat und Normen keine Wahrheit darstellen, handelt es sich bei der normativen Deduktion noch um eine logische Folgerung? Die Grundidee dieses Buches ist, dass möglicherweise Ideen für eine deontische Logik auf der Basis einer umfassenden Ausstellung der Gebote (Normen) geliefert werden. Der Übersetzer fügt im Anschluss zum Haupttext noch drei Abhandlungen ein: eine davon ist von *Ross* zur Logik der Gebote als Ausgangspunkt des vorliegenden Buches, eine zweite ist von *Alexy* über die Kompetenzen in *Ross'* Theorien und zugleich ein anderes wichtiges Thema des vorliegenden Buches sowie eine kleine von *Ross'* Kollegen verfasste Bibliographie über ihn.

⁴⁵ *Tammelo*, *Modern Logic in the Service of Law*, übersetzt v. *Li Zhenjiang*, *Zhang Chuanxin* und *Chai Panpan*, 2012. Das Original wurde im Jahr 1978 veröffentlicht.

⁴⁶ *Bodenheimer*, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, übersetzt v. *Deng Zhenglai*, 1998, S. 141.

⁴⁷ „A Declaration of Legal Logic“, in *Tammelo*, *Modern Logic in the Service of Law*, S. 148.

⁴⁸ A.a.O., Vorwort, S. 2.

⁴⁹ *Ross*, *Directives and Norms*, übersetzt v. *Lei Lei*, 2013.

V. Die wissenschaftliche Geschichte der Methodenlehre

1. Werke über Auszüge der Geschichte der Methodenlehre

Soweit sind noch keine Übersetzungen und Monographien über die allgemeine Geschichte der Methodenlehre verfügbar. Als unübertroffener Auszug der methodischen Geschichte zählt die Dissertation des taiwanischen Rechtswissenschaftlers *Wu Congzhou*, *Von der Begriffsjurisprudenz zur Interessenjurisprudenz* (2003). Mit *Rudolf Jhering* und *Philipp Heck* als Zentrum handelt es sich bei diesem Buch um eine sehr detaillierte Studie über den historischen Hintergrund, Lebensläufe der Vertreter, die Grundthesen, Entwicklung der Lehre und ihren Einfluss in Bezug auf die Begriffs- und Interessenjurisprudenz. Mit der Zivilrechtspraxis als Beispiel und Beleg sind die Ausführungen des Autors informativ, stringent und detailreich. In einer Zeit, in der viele festländische Methodikforscher den Weg zur akademischen Tradition nicht kannten, ist dieses Buch zweifellos als ein Leuchtturm in der Dunkelheit der Nacht, der die weitere Route beleuchtet, zu betrachten. Obwohl es damals nicht formell veröffentlicht wurde, war es schon früh in dem kleinen Kreis von Enthusiasten und Doktoranden verbreitet. Im Jahr 2007 veröffentlichte Yipin Culture Publishing Group die Dissertation und benannte sie in *Begriffsjurisprudenz, Interessenjurisprudenz und Wertungsjurisprudenz* um. Im Jahr 2011 führte China Legal Publishing House sie ein.⁵⁰ Obwohl sich der Titel geändert hat, blieb der Hauptinhalt unverändert. Darüber hinaus wurde der neuen Version eine „Einführung in das Buch“ und drei Anhänge: Bibliographie von *Jhering*, ein Aufsatz von *Helmut Coing* (*Der Begriff des Rechtssystems von Jhering*), und *Hecks* Vertretungspapier: *Die Interessenjurisprudenz* beigelegt.

2. Werke über einzelne Schulen

Die aktuellen Übersetzungen umfassen drei Bereiche, nämlich die historische Schule, die Zweckjurisprudenz und die freirechtliche Bewegung.

a) Die historische Schule

Als Gründer und Pionier des modernen Zivilrechts und der Methodenlehre ist *Friedrich Carl von Savigny* auf dem Festland ein bedeutender Name. Gegenwärtig sind drei kleine relevante Bücher von ihm ins Chinesische übersetzt worden. Das Erste ist eine im Jahr 1814 erschienene, sehr polemische und programmatische Schrift, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und*

⁵⁰ *Wu Congzhou*, *Begriffsjurisprudenz, Interessenjurisprudenz, und Wertungsjurisprudenz: Versuch einer Entwicklungsgeschichte der Methodenlehre der Zivilrechtswissenschaft*, 2007; Nachdruck auf vereinfachtem Chinesisch, 2011.

Rechtswissenschaft. Es ist von den Befürwortern der „historischen Schule“ in China, Prof. *Xu Zhangrun*, im Jahr 2001 aufgrund der englischen Fassung des Buchs übersetzt und veröffentlicht worden.⁵¹ Das Buch führte das berühmte Konzept des „Volksgeistes“ an. Die verbundene Romantik und der Konservatismus haben eine starke Anziehungskraft auf die VR China, welche bei der Modernisierung durch ihre schwere traditionelle Kultur belastet ist und auch durch diejenigen chinesischen Rechtswissenschaftler, die versuchen, eine größere Rolle in diesem Prozess zu spielen. Die Gründung der Zeitschrift „Die historische Schule“ durch Prof. *Xu* ist mit der Kulturpflege, die durch dieses Buch angeregt worden ist, verbunden.⁵² Das Zweite ist *Savignys Vorlesung über juristische Methodologie und Nachschrift Jacob Grimms*, das im Jahr 2008 in der Volksrepublik China veröffentlicht wurde.⁵³ Das Buch besteht aus zwei Teilen, Vorlesung und Nachschrift. Im Gegensatz zu Monographien ist dieses kleine Buch kurz und knapp, ohne Literaturangaben und komplexe Argumentation, somit ist es sehr geeignet für Studenten. Die chinesische Version dieses Buches wurde im Jahr 2014 veröffentlicht.⁵⁴ Die neueste chinesische Übersetzung sind die im Jahr 2009 erschienenen *Grundgedanken der Historischen Rechtsschule (1814-1840)*.⁵⁵ Das von dem deutschen Rechtshistoriker *Eric Wolf* zusammengestellte Originalwerk besteht aus drei Schriften Savignys aus dem Jahr 1967.

Es gab noch einen Vortrag, den der Rechtshistoriker *Franz Wieacker* im Jahr 1967 in Karlsruhe vor der juristischen Studiengesellschaft hielt. Diese Broschüre hilft, die Idee der historischen Schule umfassend zu erfassen.

b) Die Zweckjurisprudenz

Vertreter der Zweckjurisprudenz, als Vorläufer der Interessenjurisprudenz ist später *Jhering*. Festländische Rechtswissenschaftler untersuchen gerade die späte Idee *Jherings* und die drei übersetzten Bücher, welche sich alle auf diese Zeit konzentrieren.

Das als erstes übersetzte und den meisten Ruhm bringende Buch ist *Der Kampf um das Recht*. Das Vortragsblatt war angeblich in Deutschland nach der Veröffentlichung noch im selben Jahr ausverkauft und wurde mehrfach

⁵¹ v. *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, übersetzt v. *Xu Zhangrun*, 2001.

⁵² Gegründet 2008, bis 2013 wurden sieben Bände veröffentlicht.

⁵³ v. *Savigny/Grimm*, Savignys Vorlesung über juristische Methodologie und Nachschrift Jacob Grimm, übersetzt v. *Yang Daixiong*, 2008.

⁵⁴ v. *Savigny/Grimm*, Savignys Vorlesung über juristische Methodologie und Nachschrift Jacob Grimms (überarbeitete Übersetzung), übersetzt v. *Yang Daixiong*, (überarbeitete Übersetzung), 2014.

⁵⁵ v. *Savigny*, Grundgedanken der Historischen Rechtsschule (1814-1840), hrsg. v. *Wolf*, übersetzt v. *Zheng Yongliu*, 2009.

nachgedruckt und übersetzt.⁵⁶ Das Buch wurde auch bei festländischen Akademikern angepriesen. Der Titel im Parole-Stil und manche berühmten Aussprüche aus dem Buch, z.B. „Kampf um das Recht ist die eigene Pflicht der Rechtshalter zu sich“, „Anspruch auf Recht ist Pflicht zur Gesellschaft“, sind mit der Zeit das Mantra der Jurastudenten Chinas geworden. Die chinesische Übersetzung hat zwei Fassungen, jeweils aus 2004 und 2007.⁵⁷ Ein Unterschied zwischen beiden Versionen liegt darin, dass die erste Übersetzung auf einer japanischen Übersetzung der deutschen Originalschrift basierte und die zweite Übersetzung auf der Originalschrift der ersten Auflage 1872.

Das Zweite wurde im Jahr 2009 übersetzt und veröffentlicht mit dem Titel *Zum juristischen Begriffshimmel*.⁵⁸ Diese Broschüre ist ein Auszug aus dem dritten Teil von *Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig 1884. Es ist schwer vorstellbar, dass ein Meisterwerk so in einem Stil der Fantasie – als ein interessanter Traum in entspanntem und humorvollem Ton aufgezeichnet – geschrieben wurde. Es trieb immer wieder mit *Puchta*, dem Senior der Begriffsjurisprudenz, Spott. Die neuste Übersetzung wurde 2010 veröffentlicht: *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*⁵⁹ Es war ursprünglich *Jherings* Antrittsvorlesung an der Universität Wien im Jahr 1868. In diesem Buch legte *Jhering* eindeutig den erkenntnistheoretischen Grundstein für die juristische Methodenlehre: Rechtswissenschaft ist das wissenschaftliche Bewusstsein in Rechtssachen. Solange sich dieses Bewusstsein in der Rechtsphilosophie, der Rechtsgeschichte und der Dogmatik hinreichend entwickelt, kann Rechtswissenschaft zur echten Wissenschaft werden.⁶⁰

c) Die freirechtliche Bewegung

Obwohl viele der Begriffe und Ideen der zeitgenössischen festländischen Rechtswissenschaft von der freirechtlichen Bewegung profitierten, wurde doch bisher nur eine einzige Monographie ins Chinesische übersetzt, *Kampf um die Rechtswissenschaft* von ihrem Fahnenträger – dem deutschen Juristen *Hermann Kantorowicz*.⁶¹ Dieses programmische Werk wurde zusammen mit

⁵⁶ Vgl. *Wu Congzhou* (Fn. 50), S. 122.

⁵⁷ Vgl. v. *Jhering*, *Der Kampf um das Recht*, übersetzt v. *Hu Baohai*, 2004. Und v. *Jhering*, *Der Kampf um das Recht*, übersetzt v. *Zheng Yongliu*, 2007.

⁵⁸ v. *Jhering*, *Zum juristischen Begriffshimmel*, übersetzt v. *Ke Weicai* und *Yu Qingshen*, 2009.

⁵⁹ v. *Jhering*, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, hrsg. v. *Behrends*, übersetzt v. *Li Juntao*, 2010.

⁶⁰ A.a.O., S. 86.

⁶¹ Natürlich zählen wir hier den österreichischen Jurist *Eugen Ehrlich* und sein Werk nicht dazu: *Grundlage der Rechtssoziologie*, übersetzt v. *Shu Guoying*, 2011. Während *Ehrlich* auch als Vertreter dieser Bewegung behandelt wird, liegt der Schwerpunkt des oben genannten Buches nicht darin. Was seinen Methodenanspruch reflektiert, ist ein

dem späten Meisterwerk *Kantorowicz*’ ins Chinesische übersetzt und 2011 veröffentlicht.⁶² In diesem polemischen Artikel stellte *Kantorowicz* die wichtige These auf, dass Gesetze nicht weniger Lücken als Wörter enthalten und es neben Gesetzen noch „freies Recht“ gibt. Zu der Zeit als junger Wissenschaftler waren die Ansichten *Kantorowicz* zwangsläufig etwas radikal, doch hatte diese Reflexion auf das alte Methodendogma erhellende Wirkung. Das Buch wurde von einer Reihe von Dozenten an juristischen Fakultäten als Lektüre empfohlen.

3. Werke über individuelle Meinungen

Die Übersetzungen und Monographien (aus Taiwan), die die Gedanken einzelner Rechtswissenschaftler der Methodenlehre untersuchen, sind gering. Die einzige Monographie, die auf dem Festland verbreitet ist, ist die im Jahr 2002 veröffentlichte *Methodenlehre der Rechtswissenschaft und Dworkin* von der taiwanischen Autorin *Lin Li*.⁶³ Anfang 2005 wurde das Buch von der *New Academia Press* in Taiwan veröffentlicht. Das Hauptthema ist die Diskussion um die juristische Interpretationslehre von dem amerikanischen Rechtsphilosophen *Ronald Dworkin*. Das Buch hat einen einfachen Sprachstil und eine klare Struktur, wodurch ein Einstieg in die Welt *Dworkins* den allgemeinen Leser und Studenten ermöglicht wird. Es fehlen jedoch noch Forschungen zu Gedanken einzelner europäischen Rechtswissenschaftler der Methodenlehre.

VI. Fazit: Reflexion und Erwartung

Der Umstand, dass nach etwas mehr als einem Jahrzehnt die Rechtstheoretiker auf dem Festland so viele Werke aus Kontinentaleuropa und Taiwan eingeführt und übersetzt haben, ist dem starken akademischen Interessen, der aktiven Verfolgung der theoretischen Tradition und dem Streben nach wahrer Erkenntnis geschuldet. Wenn man aber über die Situation bezüglich der Übersetzung und Verbreitung der oben genannten Werke nachdenkt, findet man leicht einige mögliche Mängel aufgrund des überhitzten wissenschaftlichen Großsprungs:

Obwohl die Themen dieser Werke alle Aspekte abgedeckt haben, gibt es in bestimmten Bereichen und an bestimmten Punkten immer noch unzureichende Bemühungen. Im Bereich der traditionellen juristischen Methodenlehre sind die Mehrheit der übersetzten Werke Bestseller in ihren jeweiligen Märk-

weiteres kleines Buch, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. Es gibt bis jetzt noch keine chinesische Version davon.

⁶² *Kantorowicz*, Kampf um die Rechtswissenschaft, übersetzt v. *Lei Lei*, 2011.

⁶³ *Lin Li*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft und Dworkin*, 2002.

ten. Dies ist dadurch ersichtlich, dass diese Werke mehrfach neu verlegt wurden und die aktuelleren Auflagen nicht mehr rechtzeitig ins Chinesische übersetzt werden können. Aber eine Reihe anderer international renommierter Werke, welche ebenfalls eine sehr wichtige Stellung in der Wissenschaft einnehmen, wurde noch nicht berücksichtigt. Im Bereich der Theorie der juristischen Argumentation konzentrieren sich die übersetzten Werke auf die prozedurale Linie. Unzureichende Aufmerksamkeit erhielt die Topik-Rhetorische Linie. Das Meisterwerk *Neue Rhetorik* von *Perelman* wurde bisher noch nicht ins Chinesische übersetzt. Trotz der Konjunktur deutscher Werke für chinesische Übersetzungen bildet die logische Linie eine noch „unbekannte Größe“. Bisher hat aus mangelndem Interesse noch niemand deutsche Werke dieses Ansatzes eingeführt.⁶⁴ Im Bereich der wissenschaftlichen Geschichte der Methodenlehre konzentrieren sich die Übersetzungen lediglich auf einige Schulen und Figuren und ein „ganzes Bild“ wird noch nicht erzeugt. Eine allgemeine Entwicklungsgeschichte der Methodenlehre wurde noch vernachlässigt.

Die Herkunft der Autoren der Werke ist zu konzentriert. Der Heiligenschein deutscher Autoren stellt wissenschaftliche Beiträge und Eigenheiten anderer europäischer Länder in den Schatten. Wissenschaftliche Übersetzungen dieser Länder sind selten. Es fehlt in anderen Ländern eigentlich nicht an guten Rechtswissenschaftlern der Methodenlehre: die Österreicher *Weinberger* und *Bydlinski*, der Franzose *Gény*, die Italiener *Pattato* und *La Torre*, der Pole *Wróblewski*, der Ungar *Šolum*, der Spanier *Atienza*, der Schwede *Peczenik*, der Finne *Aarnio*, der Norweger *Eckhoff*, der Slowene *Pavčnik*, die Holländer *Haag* und *Prakken*, etc. Diese kleinen akademischen Traditionen innerhalb derselben großen Tradition haben ihre verschiedenen Eigenschaften. Wir sollten den Arbeiten der Wissenschaftler aus diesen Ländern unsere hinreichende Aufmerksamkeit schenken.

Der Kreis der Übersetzer ist auch zu konzentriert. Dies spiegelt sich in zweierlei Hinsicht wider. Zunächst beschränken sich die Übersetzer auf die Rechtstheoretiker. Bei den oben genannten Übersetzern, abgesehen von wenigen Wissenschaftlern mit bürgerlich-rechtlichem Hintergrund, sind fast alle Übersetzer Rechtstheoretiker. Das System der Juristischen Ausbildung auf dem Festland Chinas trennt die Rechtsphilosophie und andere Teilrechtsgebiete zwingend voneinander ab, doch in den europäischen Ländern, insbesondere in Deutschland, gibt es keine eigenen Lehrstühle nur für die Rechtsphilosophie. Autoren dieser Methodenwerke sind neben der Rechtsphilosophie grundsätzlich auch Experten eines Teilrechtsgebiets. Somit haben die chinesi-

⁶⁴ Diese Situation könnte sich bald ändern. Gemäß des Plans von der „Repräsentativen Deutschen Rechtsliteratur der Gegenwart“, erfolgt auf Wunsch die Veröffentlichung des klassischen Lehrbuchs, *Juristische Logik* (1982), des berühmten deutschen Rechtslogikers *Ulrich Klug* im nächsten Jahr oder im Jahr darauf.

schen Rechtsphilosophen als Übersetzer unweigerlich solche Werke gewählt, welche abstrakte Theorien beinhalten. Andere Arbeiten, welche sich mehr mit der praktischen Seite beschäftigen, sind entsprechend unbeachtet geblieben. Bei der Verbreitung übersetzter Werke wurde auch mehr Aufmerksamkeit den grundlegenden Konzepten und den abstrakten Prinzipien geschenkt und weniger Wert auf die Anwendung dieser Konzepte und Prinzipien in der Praxis der ursprünglichen Länder gelegt. Ich hoffe, dass mehr Rechtswissenschaftler aus einzelnen Teilrechtsgebieten in Zukunft bereit sind, an der Übersetzung und Verbreitung der juristischen Methodenlehre teilzunehmen. Ein weiterer Faktor ist, dass sich die jetzigen Übersetzer aus der Rechtsphilosophie ebenfalls hauptsächlich auf einige wenige Personen beschränken. Ein erheblicher Teil der vorhandenen Übersetzungen wurden von jungen Wissenschaftlern mittleren Alters mit Auslandserfahrungen angefertigt. Die beschränkte Kapazität dieser Wissenschaftler ist mit ein Grund für den Mangel, der als erster Punkt oben angeführt wurde. Wenn in der Zukunft immer mehr junge Menschen Deutsch, Französisch, Spanisch und andere europäische Sprachen lernen und beherrschen, wird dieses Phänomen umgekehrt.

Fernerhin bauen mehrere Rechtswissenschaftler ihre wissenschaftliche Laufbahn auf der Grundlage der von ihnen übersetzten Werke, welche die Ansichten der Übersetzer stark beeinflussen, auf. Weil die übersetzten Werke unterschiedlichen akademischen Traditionen folgen, gehen die Meinungen der Übersetzer ebenfalls auseinander (z.B. der Streit über die Begrifflichkeiten „Methoden der Rechtswissenschaft“ und „Rechtsmethoden“). Falls ein Übersetzer noch übermäßige persönliche Interpretation betreibt, würde die Auseinandersetzung noch mehr in die Bezugs- und Bodenlosigkeit geraten. Es ist an sich nicht zu beanstanden, welches Werk ein Rechtswissenschaftler für die Übersetzung heranzieht. Nicht zu bestreiten ist aber, dass die Wahl der Werke dadurch zum großen Teil dem Zufall überlassen wird. Jedes Werk stellt nur einen winzigen Ausschnitt der westlichen akademischen Tradition dar. Bei den Lesern, die mit dieser Tradition nicht vertraut sind, könnte diese zufällige Auswahl zur Voreingenommenheit oder dazu führen, dass man vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr sieht. Freilich kann diese Schieflage nicht über Nacht behoben werden. Nur wenn alle Kollegen unparteiisch, kooperativ, engagiert und Schritt für Schritt die klassischen Werke umfassend übersetzen, wäre es möglich, die akademische Tradition der kontinentaleuropäischen Methodenlehre allmählich den Lesern des Festlandes zu präsentieren.

Der römische Gelehrte *Celsus* sagte einmal: „*Ius est ars boni et aequi*“. Dieser Ausspruch ist unter Juristen sehr bekannt. Aber in der Vergangenheit neigten wir zu sehr dazu, uns um die transzendente Bedeutung der „*boni et aequi*“ für das Recht zu sorgen und doch die Bedeutung der „*ars*“ für das Recht zu ignorieren. Vor allem für die chinesische Rechtswissenschaft, die an der Auseinandersetzung mit Wegen und Konzepten hängt, scheint die Metho-

de noch mehr „kleiner Trick“ zu sein. Aber wir sollten den berühmten Satz *Philipp Hecks* nicht vergessen, „von allen Änderungen ist die Änderung der Methode der größte Fortschritt“. ⁶⁵ Bei dem Versuch der chinesischen Rechtswissenschaft, die „Kritik des Infantilismus“ loszuwerden, hat die Methodenforschung die größte mögliche Chance, die kopernikanische Wende zu bringen. Um diese zu realisieren, ist die Einführung umfassender und angemessener extraterritorialer Methodenlehren ein wichtiger Teil unserer Aufgaben.

⁶⁵ *Heck*, *Interessenjurisprudenz*, 1933, S. 32.

Methodenfrage der Rechtswissenschaft in China: Rückblick und Ausblick

*Wei Feng**

Die Disziplin, die als „Juristische Methodenlehre“ bezeichnet wird, ist gegenwärtig chinesischen Juristen nicht fremd, sie stammt aber ursprünglich aus dem deutschen Sprachraum.¹ In der Literatur finden sich auch verwandte Ausdrücke wie „Juristische Methodologie“,² „Juristische Methodik“³ bzw.

* Der Entwurf wurde im ersten Kolloquium bei Prof. *Martin Borowski* am 5. Nov. 2014 in Heidelberg vorgetragen. Dafür bedankt der Autor sich herzlich auch bei *Julia Sandner*, *Jan Seidel*, *Layla Jaber* (aus Mannheim) und *Lance Su*.

¹ Eine Übersicht der ins Chinesisch übersetzten deutschsprachigen Bücher vgl. *Lei Lei*, S. 20ff., in diesem Band. Es gibt in Deutschland zahlreiche Literatur, die sich der juristischen Methodenlehre widmet. Hier sollen vor allem die schon übersetzten Bücher nach zeitlicher Reihenfolge der Übersetzungen genannt werden: *Larenz*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, verkürzte Studienausgabe der 6. Aufl., 2. neu bearbeitete Aufl., 1992; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl., 1997. *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 1998. *Savigny/Grimm*: Savignys Vorlesung über juristische Methodologie 1802-1842, hrsg. von *Mazzacane*, 2. Aufl., 2004. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, 1840; ins Chinesische übersetzt von *Zhu Hu*, 2010. *Zippelius*: Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., 2006; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 1. Aufl., 2008; *Carl Schmitt*: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934. Daten zu den chinesischen Übersetzungen finden sich im Beitrag von *Lei Lei* in diesem Band. Die Bücher, deren einzelne Kapitel auch die juristischen Methodendiskussionen in China geprägt haben, sind u. a.: *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1997; ins Chinesische (traditionell) übersetzt von *Liu Xingyi* u. a., 2001; Nachdruck auf Chinesisch (vereinfacht), 1. Aufl., 2004; 2. Aufl., 2011. *Kaufmann/ Hassemer* (Hrsg.): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl., 1994, ins Chinesische übersetzt von *Zheng Yongliu*, 2002; nachgedruckt in 2013. *Rüthers*, Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 1999; ins Chinesische übersetzt von *Ding Xiaochun* und *Wu Yue*, 2003, 2005, 2013. *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1993; ins Chinesische übersetzt von *Lin Rongyuan*, 2002. Auch in Österreich wird die juristische Methodenlehre studiert, wie z. B. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991. Allerdings ist keine chinesische Übersetzung vorhanden. Im Folgenden werden nur die Originaltexte zitiert, trotzdem sind die betroffenen chinesischen Übersetzungen unter relevanten Gesichtspunkten auch beizufügen.

² Vgl. beispielsweise v. *Savigny/Grimm* (Fn. 1).

„Methodenlehre der Rechtswissenschaft“.⁴ Seit Anfang des 21. Jahrhunderts wurde ihre Rezeption in China durch zwei Übersetzungen gekennzeichnet, nämlich die „rechtswissenschaftliche Methodenlehre“ (*faxue fangfalun*) und die „rechtliche Methodenlehre“ (*falü fangfalun*). Neben der herkömmlichen Methodenlehre entwickelte sich auch eine jüngere Theorie der juristischen Argumentation, die die weltweite Aufmerksamkeit sogar außerhalb Deutschlands auf sich lenken konnte⁵ und deren Bestand in China einen ganz selbständigen Abschnitt verdient. Als Hintergrund dafür soll von vornherein ein Blick auf die Entwicklungen der chinesischen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie nach 1978 und demzufolge auf die Entstehung der Methodenfrage in der chinesischen Rechtswissenschaft geworfen werden.

³ Vgl. beispielsweise *Müller/Christensen: Juristische Methodik*, Band I, 11. neu bearbeitete Aufl., 2013. Dieses Buch wurde aber noch nicht ins Chinesische übersetzt.

⁴ Vgl. insbesondere *Larenz* (Fn. 1).

⁵ Hier werden nur die umfassenden Werke der juristischen Argumentationstheorie, die schon ins Chinesische übersetzt wurden, benannt. Die Werke aus Deutschland sind: *Alexy: Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 1. Aufl., 1978; ins Chinesische übersetzt von *Shu Guoying*, 2002. *Alexy, Nachwort* (1991): Antwort auf einige Kritiker, in: *ders.: Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl., 1991; ins Chinesische übersetzt von *Zhang Qingbo*, in: *Zheng Yongliu* (Hrsg.): *Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie*, 2013/18, S. 166-190. *Aarni/Alexy/Peczenik, Grundlagen der juristischen Argumentation*, in: *Krawietz/Alexy* (Hrsg.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, 1983, S. 9-87; ins Chinesische übersetzt von *Feng Wei*, in: *Shu Guoying* (Hrsg.), *Archiv für juristische Methodenlehre*, 2014/2, 5-71ff. *Viehweg, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforsch.*, 5. Aufl., 1974; ins Chinesische übersetzt von *Shu Guoying*, 2012. *Neumann, Juristische Argumentationslehre*, 1986; ins Chinesische übersetzt von *Zhang Qingbo*, 2014. *Neumann, Theorie der juristischen Argumentation*, in: *Brugger/Neumann/Kirste* (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, S. 233-260; ins Chinesische übersetzt von *Zhao Jing*, in: *Shu Guoying* (Hrsg.), *Archiv für juristische Methodenlehre*, 2014/2, 72-92.

Es folgen Untersuchungen aus Großbritannien und den Niederlanden: *MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory*, 1994; ins Chinesische übersetzt von *Jiang Feng*, 2005. *MacCormick, Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, 2009; ins Chinesische übersetzt von *Cheng Zhaoyang/Sun Guangning*, 2014. *Feteris, Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, 1999; ins Chinesische übersetzt von *Zhang Qishan/Jiao Baoqian/Xia Zhenpeng*, 2005.

I. Die Entwicklungen der chinesischen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie nach 1978

1. Von der „Staats- und Rechtstheorie“ bis zur Theorie des Rechts (*falixue*)

Es ist festzustellen, dass die chinesische Rechtstheorie und Rechtsphilosophie nach 1978 nicht nur offene Erwartungen erfüllt, sondern sich auch in viele Richtungen entfaltete. Ohne Zweifel war dies den theoretischen Leistungen zu verdanken, die die kontinentaleuropäischen sowie anglo-amerikanischen Rechtswissenschaften seit dem 19. Jahrhundert und insbesondere nach den 1960er Jahren beigetragen haben und heute noch beitragen können. Man darf jedoch auch nicht verkennen, dass die sogenannte Staats- und Rechtstheorie in der ehemaligen Sowjetunion in nicht unwichtigen Aspekten die chinesische Rechtstheorie und Rechtsphilosophie von 1949 (genauer seit 1956)⁶ bis 1978 geprägt hat und auch gegenwärtig, implizit oder explizit, noch Einfluss nimmt. Die erste Veränderung geschah als die Disziplin nicht mehr als Staats- und Rechtstheorie bezeichnet wurde,⁷ sondern als Theorie des Rechts (*falixue*) schlechthin. Die von 1956 bis 1978 verwendete Bezeichnung als Staats- und Rechtstheorie erklärte schon, dass die marxistische Staatstheorie vor der Theorie des Rechts stehen solle und in welcher Betrachtungsweise die Theorie des Rechts zu erforschen und zu lehren sei. Im Gegensatz dazu eröffnete die neue Bezeichnung neue Zugänge der rechtstheoretischen Forschung und Lehre.

Eigentlich war die Bezeichnung „Theorie des Rechts“ nicht wirklich neu, sondern war in China bereits Anfang des 20. Jahrhunderts selbstbewusst angewandt worden, insbesondere von *Liang Qichao*.⁸ Zum Teil konnte diese Rezeption der Theorie des Rechts in China vor 1949 auf seinen Nachbarn Japan zurückgeführt werden.⁹ Im Jahr 1881 übernahm *Hozumi Nobushige* den Lehrstuhl an der ehemaligen Reichsuniversität Tokyo, wo er versuchte, eine neue Benennung des Kurses außer „*fake lilun*“ (Theorie der juristischen Disziplin) oder „*falun*“ (etwa wie Dialektik des Rechts) zu finden. Endlich wählte er „*falixue*“ (etwa wie Theorie des Rechts) als Übersetzungsalternative der

⁶ Vgl. beispielsweise *Kachekayan* u.a.: Staats- und Rechtstheorie (Original auf Russisch); ins Chinesische übersetzt von *Li Jia'en/Mao Tianyou* u. a., 1956.

⁷ Zuerst wird noch „Grundtheorie des Rechts“ (*falü jichu lilun*) benutzt, vgl. z. B. *Sun Guohua/Shen Zongling* (Hrsg.), Grundtheorie des Rechts, 1982. Seit den 1990er Jahren wird „Theorie des Rechts“ dann im Allgemeinen gebraucht, vgl. z.B. *Zhang Wenxian* (Hrsg.), Theorie des Rechts (mit englischem Titel: *Jurisprudence*), 4. Aufl., 2011; auch *Shu Guoying* (Hrsg.), Einführung in die Theorie des Rechts, 2. Aufl., 2012.

⁸ Vgl. *Liang Qichao*, Zur Entwicklungsgeschichte der chinesischen Theorie des Rechts, Archiv für die Erneuerung des Bürgertums, 1905/5, 6.

⁹ Vgl. *N.Hozumi*, Kapitel 49: Theorie des Rechts, in: *ders.*: Hosoya Yawa (Nachtgespräch am Fenster über das Recht), 1916, S. 145-146.

deutschsprachigen „Rechtsphilosophie“ („*falü zhexue*“ sowohl auf Japanisch als auch auf Chinesisch), um nicht auf die sog. Metaphysik des Rechts beschränkt zu sein, sondern auch die anderen möglichen Schulen einzuschließen.¹⁰ Sein Sohn *Hozumi Shigeto* erzählte diese Geschichte und bereits 1928 wurde diese Erzählung dieser Geschichte ins Chinesische übersetzt und sogar häufiger zitiert.¹¹ Es ist aber zu bemerken, dass *Hozumi Shigeto* selbst sehr offensichtlich von dem amerikanischen Juristen *Roscoe Pound* beeinflusst wurde, insbesondere von seiner *Outlines of Lectures on Jurisprudence*.¹² Die zweite Auflage enthielt noch seine *Introduction to Study of Law*, deren chinesische Übersetzung im Jahr 1928 erschien.¹³ Nach *Pounds* Auffassung schließe die *Jurisprudence* alle möglichen Studien des Rechts ein, unter anderem sowohl diejenigen aus dem Europa der Gegenwart und sogar aus der römischen Zeit (auf Latein: *jurisprudentia*), als auch die aus Amerika, soweit sie beanspruchten Rechtswissenschaft (*science of law*) zu sein.¹⁴ Dies könnte erklären, weshalb die chinesische Theorie des Rechts vor 1949 geschichtlich gesehen aus der deutschsprachigen Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts stammte, sich aber im Laufe der Rezeption davon löste, sei es mittelbar wegen der Rolle Japans oder unmittelbar, indem sie sich der anglo-amerikanischen *Jurisprudence* annäherte.¹⁵

2. Die Differenzierung zwischen der Rechtstheorie und der Rechtsphilosophie

Die oben ausgeführte Geschichte der Rezeption der Theorie des Rechts entsprach einst den Auffassungen vieler chinesischer Autoren während der „Rückkehr“ der Bezeichnung als *falixue* (Theorie des Rechts) in China nach

¹⁰ *N.Hozumi* (Fn. 9), S. 145-146. „Als ich die Leitung des Lehrstuhls im Jahr 1881 übernahm, fand ich aber die Bezeichnung von ‚*falun*‘ [etwa „Dialektik des Rechts“, Anmerkung d. Autors] als ein Predigen mit kirchlichem Geschmack. [...] Deshalb ersetzte ich sie durch ‚*falixue*‘ [etwa „Theorie des Rechts“]. Früher dachte ich auch daran ‚*falü zhexue*‘ als Übersetzung der deutschsprachigen ‚Rechtsphilosophie‘ zu verwenden. Aber im Allgemeinen wird immer befunden, dass sich die Philosophie auf die sog. Metaphysik beschränken soll. Deshalb wählte ich eine Bezeichnung, die von Leuten aus allen Schulen gebraucht werden kann. Also habe ich mich für *falixue* [etwa „Theorie des Rechts“] entschieden.“ Hier bedanke ich mich herzlich bei Frau *Hamada Mayuko* für ihre Suche und Übersetzung der vorgelegten Kapitel aus dem Japanischen.

¹¹ Vgl. *S.Hozumi*: Umriss der Theorie des Rechts, 1917; ins Chinesische übersetzt von *Li Heming*, 1928, S. 5; Nachdruck, korrigiert von *Wei Qiong*, 2005, S. 20.

¹² Vgl. a.a.O., S. 10 und 23-27; auch vgl. *Pound*: Outline of Lectures on Jurisprudence, 2nd ed., 1914.

¹³ Vgl. *Pound*: Introduction to Study of Law, 1912; ins Chinesische (traditionell) übersetzt von *Lei Peh Hung*, 1928; Nachdruck auf Chinesisch (vereinfacht), 2005.

¹⁴ *Pound* (Fn. 13), S. 1-4.

¹⁵ Die Frage, ob bei *Pound* tatsächlich eine Vermischung von Jurisprudenz (und zwar als Rechtswissenschaft) und Rechtsphilosophie stattfand, kann aber hier nicht einfach beantwortet werden.

1978, weil manche fanden, dass die Bezeichnung *falixue* als eine geeignetere chinesische Übersetzung der englischsprachigen *Jurisprudence* betrachtet werden sollte.¹⁶ Zugleich war einigen chinesischen Autoren aber auch bewusst, dass eine Tendenz zur Differenzierung zwischen der Rechtstheorie (auf Englisch: *legal theory*; auf Chinesisch normalerweise aber: *falü lilun*) und der Rechtsphilosophie in Kontinentaleuropa und in Angloamerika stattfand.¹⁷ Trotz der Vielfalt der theoretischen Möglichkeiten wird z. B. in Deutschland aber darauf hingewiesen, dass die Rechtstheorie im Wesentlichen als Rechtsphilosophie der Juristen oder „Juristenphilosophie“¹⁸ zu verstehen sei. Im Gegensatz dazu beschränkt sich die herkömmliche Rechtsphilosophie in der deutschen Literatur stets auf den ewigen oder „ontologischen“ Streit um den Rechtsbegriff und der Rechtsgeltung von Naturrechtslehre und Rechtspositivismus.¹⁹ Überraschend war es, dass die von *Hozumi Nobushige* zufällig gewählte Übersetzungsalternative von Rechtsphilosophie als *falixue* (Theorie des Rechts) sehr gut zu der gegenwärtigen Rechtstheorie in Kontinentaleuropa und in Angloamerika passte.²⁰ Dieses breite Verständnis von *falixue* wurde in China aber nicht geteilt, wobei die genaue Grenze zwischen der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie bis heute jedoch noch nicht gezogen wird oder werden kann. Deshalb könnte man heutzutage über *falixue*

¹⁶ Vgl. *Shu Guoying* (Fn. 7), S. 1-3, und 11-13. Dort legt er fest, dass die von *N. Hozumi* gewählte *falixue* (Theorie des Rechts) wesentlich der *Jurisprudence*, insbesondere der von *John Austin*, nahe kommt. Vgl. auch *Zhang Wenxian* (Fn. 7), S. 61-65. Dieses weit verbreitete Lehrbuch mit dem englischen Titel von „*Jurisprudence*“ wird auch von *Richard A. Posner* beeinflusst. Dazu vgl. *Austin: The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, S. 1; ins Chinesische übersetzt von *Liu Xing*, 2003, S. 1. Auch *Posner, The Problems of Jurisprudence*, 1990, S. xi; ins Chinesische übersetzt von *Zhu Suli*, 2. Aufl., 2002, S. 1.

¹⁷ Vgl. *Shu Guoying*, Heraus dem Sumpf des Begriffs: Debatte von „Rechtstheorie“ und „Rechtsphilosophie“, in: *Akademie in China* 2001/1, S. 101-116. Die Auseinandersetzung in Deutschland, vgl. *Dreier*, *Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, 1981, S. 8-12, und 17-47. Dort weist *Dreier* auf die Integrierungstendenz der Rechtstheorien hin. Auch vgl. *Kaufmann/Hassemer* (Fn. 1), S. 10-13. *Legal theory* im anglo-amerikanischen Sprachraum, vgl. *H.L.A. Hart*, *Postscript*, in: *ders., The Concept of Law*, 2. Aufl., 1994, S. 238-276. Dort bezeichnet „*legal theory*“ nicht nur „*jurisprudence*“ sondern auch „*legal philosophy*“ [d.h. „*legal theory*“ und „*legal philosophy*“ sind nicht miteinander gleichzusetzen.]. Zudem versucht *Hart* auch, die deskriptive und die normative „*legal theory*“ zu unterscheiden.

¹⁸ *Kaufmann*, 1997 (Fn. 1), S. 13.

¹⁹ Nach *Dreier* „hat die Rechtstheorie sich historisch als Theorie des positiven Rechts herausgebildet. Darin liegt ihre theoriegeschichtliche Differenz zu den klassischen Rechts- und Sozialphilosophien als Natur- und Vernunftrechtstheorien“. *Dreier* (Fn. 17), S. 27. Nach *Kaufmann* jedenfalls „hat die Rechtstheorie mit der Rechtsphilosophie gemein, dass sie sich nicht auf das geltende Recht beschränkt (auch sie verfährt grundsätzlich systemtranszendent), sondern, wenn auch oft nur indirekt, auf das richtige Recht „zielt“ (Hervorhebung vom Autor). *Kaufmann/Hassemer* (Fn. 1), S. 11.

²⁰ Vgl. *Shu Guoying* (Fn. 17), S. 104.

(Theorie des Rechts) reden, wenn man die Rechtstheorie (*falü lilun*) und/oder Rechtsphilosophie (*falü zhexue*) in China erforscht.²¹

Wenn man noch einmal auf die Auseinandersetzung über die Rechtstheorie und Rechtsphilosophie zurückblickt, kann man über das methodologische – in China nach 1978 sehr wahrscheinlich auch das erste – Selbstbewusstsein der Rechtswissenschaft reden. Auf der einen Seite wird in China die Rechtsphilosophie wiederbelebt, wobei sie nicht nur auf die Metaphysik des Rechts einzuschränken ist. Es finden sich weit verbreitete chinesische Übersetzungen und Diskussionen über *John Austin*, *W. N. Hohfeld*, *Hans Kelsen*, *H. L. A. Hart* als analytische Rechtstheorie einerseits und *Gustav Radbruch*, *Lon L. Fuller*, *Ronald Dworkin* als Symbole der Wiederkehr des Naturrechts andererseits. Daneben werden in den meisten Lehrbüchern die Theorie der Rechtsnormen (einschließlich der Regeln und Prinzipien) und Funktionen jeweiliger Rechtsinstanzen (vor allem der Legislative, Judikative, sowie der Administrative) analysiert. Zudem werden auch einige Themen der Rechtsethik und der Rechtssoziologie ausgeführt. Die Doktrin der Entstehung und des Untergangs des Staates und damit des Rechts bleibt nur ein akzessorisches Kapitel.²² Trotzdem konnten und wollten die chinesischen Rechtstheorien und Rechtsphilosophien nach 1978 die Abhängigkeit von der politischen Entwicklung, einschließlich von der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Politik, nicht vermeiden.²³

Auf der anderen Seite entsteht auch in China ein großes Interesse darzustellen, was Recht ist und eine Rechtstheorie zu konstruieren, die adäquater für die Alltagstätigkeiten der Juristen ist. Diese Rechtstheorie ist wiederum unvermeidbar zum Brennpunkt der neuerlich aufgestellten juristischen Theorien geworden: der normativistischen Rechtstheorie (*Hans Kelsen*), der analytischen Rechtstheorie (*H. L. A. Hart*, *Joseph Raz*), der interpretativen Rechtstheorie (*Ronald Dworkin*), der institutionalistischen Rechtstheorie (*Neil MacCormick*), der prozeduralen Diskurstheorie des Rechts (*Robert Alexy*), der Systemtheorie des Rechts (*Niklas Luhmann*), der ökonomischen Theorie des Rechts (*Richard A. Posner*), der Prinzipientheorie des Rechts (*Ronald Dworkin*, *Robert Alexy*), um nur einige Beispiele zu nennen. Diese Rechtstheorie muss sich nicht unbedingt am Rechtspositivismus orientieren. Auch

²¹ Es soll offen bleiben, ob man *falixue* (Theorie des Rechts) immer noch nur auf Rechtsphilosophie zurückführt, oder nur auf Rechtstheorie beschränkt, oder trotzdem auf beide zugleich anwendet.

²² Vgl. *Zhang Wenxian* (Fn. 7), insbesondere Teil 3: „Die Entstehung und Entwicklung des Rechts“, S. 189-221.

²³ Vgl. a.a.O., Teil 6: „Recht und Gesellschaft“, S. 355-429. Dahin werden die Beziehungen des Rechts mit der Wirtschaft, der Politik, dem Kultur, der Rechtsstaatlichkeit sowie der harmonisierten Gesellschaft umfasst.

kann der Nichtpositivismus eine Rolle spielen.²⁴ Die vielfältigen und manchmal entgegenstehenden Rechtstheorien haben immer mehr zu den gegenwärtigen juristischen Methodendiskussionen, wie sie auch in China stattfinden, beigetragen und umgekehrt werden diese von den Diskussionen angeregt. Es ist nicht ungewöhnlich, dass ein neuer Methodenversuch auf einem der oben erwähnten Ansätze oder Paradigmen der Rechtstheorie begründet wird. Auf dieses Verhältnis zwischen juristischer Methodenlehre und Rechtstheorie wird im Folgenden noch genauer eingegangen.

II. Die Rezeption und Diskussion der Methodenlehre in der chinesischen Rechtswissenschaft

1. Die Entstehung der Methodenfrage in der Rechtsprechung und Ausbildung

Die Methodenfrage in China tritt nicht grundlos auf. Neben der Wiederkehr der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie wurde in der Rechtswirklichkeit eine neue umfassend veränderte Verfassung mit einem Grundrechtskatalog im Jahr 1982 vom Nationalen Volkskongress beschlossen und verkündet. Durch viermalige Verfassungsänderungen wurden u. a. das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit im Jahr 1999 und die Staatspflicht zur Beachtung und zum Schutz der Menschenrechte im Jahr 2004 hinzugefügt. Gleichzeitig begann ein umfangreich angelegtes Projekt der modernen Gesetzgebungen in fast allen Rechtsgebieten, welches noch bis zum heutigen Tag andauert. Dementsprechend ist der Bedarf der Rechtsvergleichungen und damit der Rechtsrezeptionen sehr dringend.

Wie Recht und Gesetz aber anzuwenden sein sollen, ist noch eine andere Frage. Die Auslegung einer Gesetzesvorschrift gehört seit langem zu den Kompetenzen des betroffenen Gesetzgebers. Für die Auslegung der Verfassung bzw. die Aufsicht der Durchführung der Verfassung ist der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses zuständig. Hingegen ist der Richter nicht ermächtigt in einem konkreten Fall die Gesetzesauslegung vorzunehmen, geschweige denn die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu beurteilen. Wenn in der Gerichtspraxis unklare Fälle zu entscheiden sind, die bloß gemäß dem Gesetz, sei es formell oder informell, nicht unmittelbar entschieden werden können, kann sich das zuständige Gericht über Amtswege an das OVG wenden, mit der Bitte um Klärung der Anwendung des Gesetzes im konkreten Fall. Darüber hinaus darf das OVG „justizielle Auslegungen“ erlassen, die aber oft auf eine abstrakte und systematische Weise formuliert

²⁴ Vgl. *Feng Wei*, Der Anspruch des Rechts auf Richtigkeit und seine methodologischen Bedeutungen. Zu *Alexys* Antwort auf den Rechtspositivismus, *Chaoyang Law Review* 2010/Band 3, 122-141.

werden und von jedem Richter beachtet werden sollen. Auf die Frage, ob diese Auslegungskompetenz überhaupt der Auslegung im eigentlichen Sinne entspricht, wird weiter unten noch eingegangen.

Was dringender scheint ist die Bemühung um ein unabhängiges Justizsystem, das bis heute noch nicht verwirklicht wurde. Derzeit besteht noch ein erheblicher Prozentsatz der Richter aus demobilisierten Offizieren.²⁵ Die Unabhängigkeit der Justiz bereitet auf zwei Ebenen Probleme: Wie soll das Gericht personell und fiskalisch frei von Verwaltungseingriffen organisiert werden? Und zweitens, wie kann der Richter sachlich und auch noch unparteiisch entscheiden? Die Unabhängigkeit der Justiz setzt zunächst eine entsprechende politische Rahmensetzung voraus.

Vor diesem Hintergrund wendeten sich viele Juristen der Unabhängigkeit der Justiz durch die Professionalisierung der Richter zu. Demnach ist eine professionelle Gemeinschaft der Juristen, in deren Mittelpunkt die Richter stehen, aufzubauen. Diese Professionalisierung, isoliert betrachtet, setzt aber ein adäquates juristisches Ausbildungsmodell voraus.²⁶ Deshalb wurde 2002 ein juristisches Staatsexamen eingerichtet, das einmal im Jahr stattfindet. Was in der Rechtsprechung und Ausbildung eine nicht unwichtige Rolle spielen soll, ist selbstverständlich die Rechtsdogmatik mit ihrer Methodenlehre, die früher nicht im Blickfeld lag.

2. Die Rezeption der juristischen Methodenlehre in China

a) Die frühe Rezeption der juristischen Hermeneutik über Japan und Taiwan

Es ist anerkannt, dass *Liang Huixing* der erste Rechtsgelehrte war, der eine hermeneutisch geprägte Methodenlehre der Rechtswissenschaft, insbesondere die der Zivilrechtswissenschaft, um 1993 nach China einführte.²⁷ In seinem Buch „Hermeneutik des Zivilrechts“ aus dem Jahr 1995 zitierte dieser die

²⁵ Vgl. *He Weifang*, Gerichtliche Reform und justizielle Unabhängigkeit in China: Beobachtung und Reflexion eines Teilnehmers, *Zhejiang Social Sciences* 2003/2, 83-87.

²⁶ Vgl. *Fang Liufang*, Beobachtung über die juristische Ausbildung in China, *Journal of Comparative Law* 1996/2, 116-144; *ders.*, Frage nach der juristischen Ausbildung, *China Legal Science* 2008/6, 14-21. Zur Darstellung des juristischen Ausbildungsmodells in Deutschland vgl. *Zheng Yongliu*, Wissenschaftsfreiheit, Professorenselbstverwaltung, Berufstreue: Kurzdarstellung der juristischen Ausbildung in Deutschland, *Journal of Comparative Law* 1997/4, 277-368; *ders.*, Juristische Berufe und das Staatsexamen: Ein Blick auf das Ausbildungs- und Auswahlmodell der beruflichen Juristen in Deutschland, *Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law)* 2001/5, 19-22; *Xu Xianming/Zheng Yongliu*, Reform der juristischen Ausbildung nach dem Sechs-Jahres-Modell, 2009. Zur Ausführung des Ausbildungsmodells in Anglo-Amerika vgl. *Ho Betty Mayfoon*, Über die anglo-amerikanische Rechtsausbildung in China, 2005.

²⁷ Vgl. *Liang Huixing*, Grundprobleme der Methodenlehre der Rechtsauslegung, *Peking University Law Journal* 1993/1, 15-22; und *ders.*, Zu Methoden der Rechtsauslegung, *Journal of Comparative Law* 1993/1, 47-64.

Literatur und sogar die Rechtsprechung²⁸ hauptsächlich aus Japan²⁹ und teilweise aus Taiwan³⁰. Damit war die Theorierezeption von *Liang Huixing* der damaligen Rechtspraxis in China weit voraus. Im Jahr 2003 veröffentlichte er noch ein weiteres Buch namens „*Methoden der Fallentscheidung*“ mit einer großen Anzahl von neueren chinesischen Urteilen.³¹ In diesem Buch plädierte er immer wieder dafür, dass „auch die Richter auf dem Festland Chinas eines Tages vom Albtraum des lokalen Protektionismus, der Einmischung von Verwaltungsbehörden, sowie der Justizkorruption befreit werden können“.³²

Während die Hermeneutik bei ihm ins Chinesische mit „Auslegungslehre (*jieshixue*)“ übersetzt wurde, umfasst die juristische Hermeneutik nicht nur die Rechtsauslegungslehre (oder: „Auslegung im engeren Sinne“), sondern auch die Rechtsquellenlehre und die Rechtsfortbildungslehre (oder: „Auslegung im weiteren Sinne“).³³ Deshalb könnte sie tatsächlich als Synonym der juristischen Methodenlehre in Deutschland betrachtet werden.³⁴ Zudem sei die Geschichte, die sich von der römischen *Jurisprudentia* über die Begriffsjurisprudenz und Pandekten bis zur jüngsten Interessenjurisprudenz erstreckt, als eine Geschichte der juristischen Hermeneutik zu verstehen.³⁵

Es ist interessant zu beobachten, wie die Rechtsdogmatik mit der Methodenlehre der Rechtswissenschaft in China in Verbindung gebracht wurde. Die hermeneutische Auffassung der juristischen Methodenlehre und sogar der Jurisprudenz als solche, spiegelt das Verständnis der Methodenlehre im zeit-

²⁸ Vgl. *Liang Huixing*, Hermeneutik des Zivilrechts, 1. Aufl., 1995; 3. Aufl., 2009.

²⁹ Die Literatur aus Japan war und ist auch heute nicht zugänglich für die meisten Juristen und Jurastudenten in China. Vgl. z. B. *Yoko Watanabe*, Rechtssoziologie und Rechts hermeneutik, 1959; *Ishida Minoru*, Die Methode der Rechtsauslegungswissenschaft, 1976; *Matsusaka Saichi*, Grundprobleme der Auslegung des Zivilrechts, 1985. Eine Darstellung der Kontroverse über die Wissenschaftlichkeit und Objektivität der juristischen Hermeneutik in Japan, vgl. *Liang Huixing*, a.a.O., S. 150-188. Dort wurde auch die japanische Übersetzung von *Larenz'scher Methodenlehre der Rechtswissenschaft* zitiert.

³⁰ Die Literatur aus Taiwan war seit langem nur zugänglich für wenige spezialisierte Juristen nach eigenem Forschungsinteresse, wurde dann aber wegen zunehmendem Bedarf auch auf vereinfachtem Chinesisch im Festland Chinas veröffentlicht. Vgl. z. B. *Yang Ren-Shou*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1986; Nachdruck auf Chinesisch (vereinfacht), 1. Aufl., 1991; 2. Aufl., 2013. *Huang Mao-Rong*, Juristische Methoden und das moderne Zivilrecht, 3. Aufl., 1993; Nachdruck auf Festlandchinesisch (vereinfacht), 2001; 6. Aufl., 2009. *Wang Tze-Chien*, Juristisches Denken und Fallbearbeitung des Zivilrechts. Systematik der Anspruchsgrundlagen, Taiwan 2001, 2003, auf Festlandchinesisch (vereinfacht) 2009. Auch die Übersetzungsarbeiten aus Taiwan sind vor allem: *Larenz* (Fn. 1); *Kaufmann* (Fn. 1), 1997; *Kaufmann* (Fn. 1), 1998; *Puppe* (Fn. 1). Unten werden ohne weiteres nur die Versionen auf vereinfachtem Chinesisch zitiert.

³¹ Vgl. *Liang Huixing*, Methoden der Fallentscheidung, 1. Aufl., 2003; 2. Aufl., 2012.

³² *Liang* (Fn. 31), S. 1.

³³ *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 192-193.

³⁴ A.a.O., S. 190.

³⁵ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 3-75.

genössischen Japan, sowie in Taiwan wider. Dementsprechend wird in Taiwan die sog. Rechtsdogmatik oft als „Lehre der Bedeutungserklärung des Rechts“ (*falü shiyi xue*) übersetzt.³⁶ Noch überraschender ist, dass die vielfältigen Theorien der juristischen Argumentation, seien sie mittelbar über Japan aus Deutschland³⁷ oder unmittelbar aus dem englischen Sprachraum,³⁸ auch als eine Strömung der juristischen Hermeneutik in China vorgestellt wurden. Deswegen kann man bis heute die Spur dieser hermeneutischen Auffassung in den neueren Werken in den einzelnen Rechtsgebieten in China finden.³⁹

b) Die jüngste Rezeption der juristischen Methodenlehre aus Deutschland

Während *Liang Huixing* nur die japanische Übersetzung der *Karl Larenz'schen Methodenlehre der Rechtswissenschaft* zitieren konnte, erschien ein Jahr später, im Jahr 1996, eine Übersetzung dieses Werks in traditionellem Chinesisch in Taiwan. 2003 wurde die Schrift dann auch in vereinfachtem Chinesisch auf dem Festland Chinas veröffentlicht.⁴⁰ Zugleich waren die betreffenden Forschungsergebnisse aus Taiwan zugänglich.⁴¹ Seither ist die Methodenlehre der Rechtswissenschaft nicht mehr unbekannt, sondern wird selbstverständlich als ein Teilbereich der Abteilung der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie eingerichtet. Dazu werden auch zahlreiche Werke, beispielsweise von *Carl v. Savigny*, *Karl Engisch*, *Arthur Kaufmann*, *Reinhold Zippelius*, *Carl Schmitt* usw., ins Chinesische übersetzt.⁴²

c) Die jüngste Rezeption der juristischen Argumentationstheorie weltweit

Chronologisch wurde die Übersetzung von *Robert Alexy*, nämlich die *Theorie der juristischen Argumentation*, im Jahr 2002 als das erste Werk im Bereich

³⁶ Vgl. z.B. *Wang Tze-Chien*, Persönlichkeitsrecht: Rechtsdogmatik, Rechtsvergleichung und Fallbearbeitung, Taiwan 2002, auf Festlandchinesisch (vereinfacht) 2013.

³⁷ Vgl. *Ji Weidong*, Der Sinn der Rechtsauslegung: Suche nach einem dritten Weg der praktischen Jurisprudenz 1. Teil, *Peking University Law Journal* 1998/6, 1-16. Dort wurden die japanischen Übersetzungen oder Darstellungen von *Habermas*, *Alexy* (Fn. 5), *Neumann* (Fn. 5), *Müller* (Fn. 3) zitiert.

³⁸ Vgl. a.a.O., S. 1-16. Vgl. auch *Zhang Zhiming*, Analyse zur Operation der Rechtsauslegung, 1998, S. 69-219. Mehrfach zitiert wird: *MacCormick/Summers* (Hrsg.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, 1991. Darin enthalten ist u.a. ein Beitrag von *Alexy/Dreier*, *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany*, S. 82-91.

³⁹ Vgl. *Wang Liming*: Einführung in die juristische Auslegungslehre (Hermeneutik): Aus zivilrechtlicher Perspektive, 2009; *Gao Qinwei*, Auslegungslehre (Hermeneutik) der Normen im Verwaltungsrecht, 2008; *Wang Xu*, Auslegungslehre (Hermeneutik) des Verwaltungsrechts, 2010; *Zhang Xiang*, Bedeutungserklärungslehre (Dogmatik) des Verfassungsrechts, 2013.

⁴⁰ Vgl. *Larenz* (Fn. 1).

⁴¹ Vgl. Fn. 30 und 36.

⁴² Andere Übersetzungen neben *Larenz* vgl. Fn. 1.

der juristischen Methodenlehre in China veröffentlicht.⁴³ Auch in Taiwan geht die Forschung darüber auf das Jahr 1995 zurück.⁴⁴ Der zeitliche Vorsprung der Erscheinung von Alexys Werk im chinesischen Sprachraum ist nicht ohne Bedeutung, weil sich der Stil von Alexy und damit der Stil der juristischen Argumentationstheorie⁴⁵ von der juristischen Methodenlehre unterscheidet und moderner erscheint. Die Argumentationstheorie macht bewusst, dass die Rechtsfindung durch Auslegung und sogar durch Fortbildung, wie sie bei der juristischen Hermeneutik erfolgt, nicht mehr genügend ist, sondern die Rechtfertigung und Überzeugung des richterlichen Urteils von Belang ist. So gesehen ist die juristische Hermeneutik heutzutage bereits als eine traditionelle Methodenlehre zu betrachten.

Ein anderer Vorteil der juristischen Argumentation liegt in den Beiträgen aus der ganzen Welt. Während im englischen Sprachraum sehr wenige Werke mit dem Titel „*legal methodology*“ vorhanden sind, die sich relativ unabhängig von den Einzelbereichen der Rechtsordnung des *Common Law* einerseits und von der *Jurisprudence* andererseits entwickelt haben, bestehen noch zahlreiche Untersuchungen, die als „*legal reasoning*“, „*legal argumentation*“, „*legal interpretation*“, „*judicial process*“ usw. bezeichnet werden. Sie sind nichts anderes als parallele Literatur über die juristische Methodenlehre und insbesondere über die Argumentationstheorie. Diese Untersuchungen sind ein Hauptgrund dafür, dass die jüngste Theorie der juristischen Argumentation sich in größerer Breite und mit intensiverer weltweiter Zusammenarbeit als die herkömmliche juristische Methodenlehre entwickelt hat und entwickeln wird. Auch die Übersetzungen der juristischen Argumentationstheorie werden nicht mehr mittelbar über Japan und Taiwan durchgeführt. Und diese Entwicklung von der mittelbaren Übersetzung zur unmittelbaren Übersetzungsarbeit spiegelt auch den Rezeptionsvorgang in China wider.

3. Die Probleme der Rezeption

a) Die Übersetzungsabhängigkeit

Trotz der Bemühungen der chinesischen Übersetzer in fast jedem Bereich der Wissenschaften, insbesondere nach 1978, sind die Bedürfnisse noch längst nicht befriedigt. Dies gilt auch für die Rechtswissenschaft in China. Freilich sind dieser stetige Mangel und damit die Abhängigkeit von der Übersetzung ein Nebenprodukt der Rezeption der kontinentaleuropäischen und der anglo-amerikanischen Rechtswissenschaft in China. Es ist für die juristische Me-

⁴³ Vgl. Alexy (Fn. 5).

⁴⁴ Vgl. Yen Chueh-An, Recht, Vernunft und Argumentation: Alexys Theorie der juristischen Argumentation, Chengchi Law Review 1995/6, 1-44; Nachdruck in: ders.: Recht und praktische Vernunft, 1998; Nachdruck auf Chinesisch (vereinfacht), 2003.

⁴⁵ Andere Übersetzungen neben Alexy vgl. Fn. 5.

thodenlehre sehr ungünstig, dass nur der zweite systematische Teil der *Larenz'schen Methodenlehre der Rechtswissenschaft* – und zwar die Studienausgabe – ins Chinesische übersetzt wurde.⁴⁶ Der erste historische Teil dagegen fehlt. Deswegen bleibt die Entwicklungsgeschichte der Methodenlehre von *Savigny* bis hin zur Wertungsjurisprudenz und zu den jüngsten Ansätzen nicht geklärt.⁴⁷ Die Geschichte der römischen Rechtspraxis und ihrer Methoden konnte lange nicht nachvollzogen werden.

b) Die Unübersichtlichkeit

Zahlreiche rechtsphilosophische Werke setzen sich mit juristischen Methoden und Argumentationen auseinander. Die Beziehung zwischen der juristischen Methodenlehre und der Rechtstheorie wird jedoch nicht in ihrer Gesamtheit untersucht sondern teilweise stark segmentiert betrachtet. Dies lässt sich auf Übersetzungsprobleme, aber auch auf die oben bereits dargestellte Tendenz der Differenzierung zwischen der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie als „Juristenphilosophie“ zurückführen. So werden die Werke von *Kelsen*, *Hart* und *Dworkin*, obwohl sie in China ebenfalls als rechtsphilosophische Standardwerke gelten und in den einschlägigen Diskussionen erhebliche Beachtung finden, in den Methodendiskussionen nur in Ausnahmefällen berücksichtigt oder zitiert. Zudem wurde es immer komplexer, die Entstehung der Hermeneutik, Topik und Rhetorik der Antike oder des Mittelalters nachvollziehbar darzustellen und ihre Beziehung zu zeitgenössischen Rechtswissenschaften aufzudecken.⁴⁸

⁴⁶ Vgl. *Larenz* (Fn. 1).

⁴⁷ Vgl. vertrauend aber nur *Wu Congzhou*, Begriffsjurisprudenz, Interessenjurisprudenz, und Wertungsjurisprudenz: Versuch einer Entwicklungsgeschichte der Methodenlehre der Zivilrechtswissenschaft, 2007; Nachdruck auf vereinfachtem Chinesisch, 2011.

⁴⁸ Vgl. vertrauend aber nur *Shu Guoying*, Suche nach dem Standpunkt der Rechtswissenschaft: Zugleich zur Denkweise der topischen Jurisprudenz, *Chinese Journal of Law* 2005/3, 3-20; *ders.*, Antike Rhetorik im Abendland: Ursprung, Leitsatz und Technik, *Journal of China University of Political Science and Law* 2011/4, 33-52; *ders.*, Die „Statuslehre“ enträtselt, *Tribune of Political Science and Law (Journal of China University of Political Science and Law)* 2012/2, 12-34; *ders.*, Kasuistik: Methode, Ursprung, ihre(r) Entstehung und Niedergang, *Journal of China University of Political Science and Law* 2012/2, 5-21; *ders.*, Untersuchung von Ciceros *Topika*, *Law and Social Development* 2012/4, 85-95; *ders.*, Zur Aristotelischen Topik, *Journal of China University of Political Science and Law* 2013/2, 5-40; *ders.*, Die methodologischen Elemente im Werdegang der römischen Jurisprudenz, *Journal of Comparative Law* 2013/1, 1-42; *ders.*, Wiederentdeckung der *Digesten* und Ursprung der neuzeitlichen juristischen Ausbildung, *China Law Review* 2014/2, 99-117; *ders.*, Bolognas Glossatoren: Methode und Stil, *Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law)* 2013/3, 33-44; *ders.*, Entstehung und Krise der Kommentatoren: eine Untersuchung aufgrund der Epistemologie und Methodologie, *Peking University Law Journal* 2013/5, 1006-1038.

c) „Der Blindflug der Methodenlehre“ in der Rechtswissenschaft

Vor dem Hintergrund der Übersetzungsabhängigkeit und zugleich der Unübersichtlichkeit des Gesamtbildes der geschichtlichen Entwicklung der Methodenlehre herrscht in China tatsächlich ein „Blindflug der Methodenlehre“ in der Rechtswissenschaft.⁴⁹ Manche neueren Werke sind in ihrer Auswahl eher dem Zufall überlassen und deshalb überraschend statt hilfreich für die Rechtstheorie und Rechtspraxis in China. Auch die jüngste rezipierte Theorie der juristischen Argumentation vermag an dieser Situation nichts zu ändern.

Neben den Übersetzungstätigkeiten ist es keine Übertreibung zu sagen, dass sich fast alle chinesischen Rechtstheoretiker und Rechtsphilosophen um die Entwicklung einer ihrer Ansicht nach adäquaten Modells der Rechtsstaatlichkeit bemühen und zu diesem Zweck den Fokus auf den Charakter der Rechtswissenschaft in China gelegt haben. Eine andere gleichrangige Problematik bezieht sich auf die Unabhängigkeit der Justiz. Auch die Rezeptionen der Rechtsinstitute und die der juristischen Methodenlehre müssen unvermeidlich diesen bis heute noch nicht gelösten, rechtsstaatlichen und zugleich rechtswissenschaftlichen Fragen begegnen.

4. Der Charakter der Rechtswissenschaft: kulturell, sozial oder dogmatisch?

a) Die Rechtswissenschaft als „Kulturwissenschaft“

Wie oben bemerkt, wird das Prinzip der Herrschaft des Staates aufgrund und durch Recht (*yifa zhiguo*), welches viele Teilaspekte des deutschen Rechtsstaatsprinzips enthält, auch auf eine besondere Weise mit chinesischer Prägung praktiziert. Dieses Prinzip – oder kurz: das Prinzip der Herrschaft aufgrund und durch Recht (*fazhi*) – ist als Gegensatz zur Herrschaft aufgrund und durch Menschen (*renzhi*) zu verstehen. Die letztere hat ihre tiefen Wurzeln in der chinesischen Rechtsgeschichte. Deswegen fördert das neue Rechtsstaatsprinzip neue Auseinandersetzungen mit der Rechtsidee und Rechtskultur im alten China.

Seit den 1990er Jahren erlebt die Forschung zur antiken chinesischen Rechtskultur, die die selbstbewusste Bewährung der eigenen Kultur und zugleich die Erwiderung gegen den sog. „Westzentrismus“ behauptet, einen

⁴⁹ Vgl. Rüthers (Fn. 1), S. 367-369; ders., Anleitung zum fortgesetzten methodischen Blindflug?, NJW 1996, 1249ff. Dort kritisiert Rüthers die doppelte Illusion der geschichtslosen als auch unpolitischen Rechtsanwendung, die Deutschland insbesondere in der Nachkriegszeit lange beherrschen sollte. Diese Metapher vom „Blindflug der Methodenlehre“ wird dann auch, *mutatis mutandis*, im gegenwärtigen China angewandt. Vgl. z.B. Chen Linlin, Der methodologische Blindflug: Bemerkung zur Methode der Interessenjurisprudenz, Zhejiang Social Sciences 2004/5, 63-71.

Aufschwung.⁵⁰ Dieser Westzentrismus sollte sich vermutlich in jedem Gebiet der Wissenschaft durch einen Vergleichs- und Rezeptionsvorgang verbreiten. Freilich war dieses Forschungsinteresse nicht mit der „wertbeziehenden Kulturwissenschaft“ im Sinne von *Gustav Radbruch*⁵¹ gleichzusetzen, vielmehr wurde es sehr stark vom semiotischen Kulturbegriff des amerikanischen Ethnologen *Clifford Geertz* angeregt.⁵² Das Recht sei als kultureller Sinngehalt und entsprechendes Symbol oder als „lokales Wissen“ zu verstehen und damit nur unter verschiedenen Wertbetrachtungen erklärbar.⁵³ Deshalb ist eine neue, adäquate Erklärung der chinesischen Rechtsgeschichte erforderlich, die aber wiederum nur mit Hilfe der relativ neuen und toleranten Kulturwissenschaft aus dem Westen aufgebaut werden kann.

Über das Interesse an der geschichtlichen Erklärung kann hier nicht hinreichend diskutiert werden. Zweifelfrei weist der jahrtausendlange Herrschaftstypus bzw. das Straf- und Verwaltungsrechtssystem Chinas Defizite der Rechtsstaatlichkeit auf, weil aus Sicht der Konfuzianer und auch aus der der chinesischen Legalisten die Herrschaft aufgrund und durch Menschen, die tugendlich oder utilitaristisch sind, übermäßig betont wurde.⁵⁴ Neuerdings ist aber die Verbindung zwischen rechtmäßigen und tugendlichen Herrschaftstypen des Staats, die vom den konfuzianischen Ideal geprägt wird, wieder hervorzuheben. Trotzdem behandelt das im Spannungsverhältnis stehende gegenwärtige Rechtssystem nicht mehr nur bloße traditionelle Straf- bzw. Verwaltungsgesetze, sondern ein zunehmend modernisiertes privates und öffentliches Recht.

Eine andere interessante Methodenfrage bezieht sich auf die Forschungen zur sog. *lǐxue* (etwa wie die Lehre der Kommentierung vom Gesetzesbuch) im antiken China, die jetzt aber ungehindert aus der hermeneutischen Perspektive unternommen wird.⁵⁵ Ob die philosophische und die juristische

⁵⁰ Vgl. *Liang Zhiping*, Kulturelle Interpretation des Rechts, in: ders. (Hrsg.): Kulturelle Interpretation des Rechts, 2. Aufl., 1998, S. 41-49.

⁵¹ Die Definition der Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft von *Gustav Radbruch* vgl. vor allem *Radbruch: Rechtsphilosophie*. Studienausgabe, hrsg. von Ralf Dreier, 1. Aufl., 1999, S. 115; ins Chinesische übersetzt von *Wang Pu*, 2005, 2013, S. 122. Eine Diskussion in China darüber vgl. *Feng Wei*, Gustav Radbruchsche Rechtsphilosophie und vier betreffende Dialoge“, *Natur des Rechts*, 2008/Band 3, S. 108 und 112.

⁵² Vgl. *Geertz*, Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective, in: ders., *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, Basic Books 1983, S. 167-234; ins Chinesische übersetzt von *Deng Zhenglai*, in: *Liang Zhiping* (Hrsg.) (Fn. 50), S. 73-171.

⁵³ Vgl. *Geertz*, a.a.O., S. 126-131. Auch vgl. *Liang Zhiping*, Kulturelle Interpretation des Rechts (Fn. 50), S. 53-55.

⁵⁴ Vgl. *Liang Zhiping*, Auseinandersetzung um das „Recht“, in: ders. (Hrsg.) (Fn. 50), S. 379-382.

⁵⁵ Vgl. *He Min*, Über den praktischen Wert der traditionellen Lehre der Kommentierung des Gesetzbuchs ausgehend von der privaten Kommentierung in der Qing Dynastie, *Law*

Hermeneutik auf das traditionelle chinesische Rechtssystem angewandt werden können, wäre jedoch selbst eine Methodenfrage. Sollte man dies bejahen, würde sich wiederum die anschließende Frage stellen, ob die chinesische *lǐxue* weiterhin besondere Methoden oder Argumentformen anbieten kann, die unter sorgfältiger Betrachtung als neu und unersetzbar anzusehen sind. Die Antwort bleibt noch offen. So konnten zahlreiche Forscher bisher lediglich die Existenz einer spezifischen Werteordnung des Rechts im antiken China nachweisen, nicht jedoch eine besondere Methode der Rechtsanwendung.⁵⁶

b) Die Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft

Eine andere, nicht einfach anzufechtende Auffassung nimmt an, dass die Herrschaft des Staates aufgrund und durch das moderne Recht nicht einseitig und isoliert verwirklicht werden könne, solange die sogenannten „einheimischen Ressourcen“ (*bentu ziyuan*) in China außer Betracht bleiben würden.⁵⁷ Umso trauriger ist es, dass die bloße Rezeption des ausländischen Rechts die Ideen der Rechtsstaatlichkeit missverstehe und damit ein adäquater Plan für die Modernisierung des chinesischen Rechtssystems fehle. Zudem wird behauptet, dass allein die Professionalisierung der Rechtsgemeinschaft mit Hilfe der Rezeption der juristischen Hermeneutik nicht genügend sei und auch den tatsächlichen Entwicklungsvorgang der Rechtspraxis in China nicht sachgerecht erklären könnte.⁵⁸ Deswegen wenden sich viele Autoren der Rechtssoziologie zu und betrachten Jurisprudenz im Wesentlichen als ein Teil der Sozialwissenschaft.⁵⁹ Demnach hält sich der Nutzen der juristischen Hermeneutik und Rechtsdogmatik stark in Grenzen.

Science 1997/5, 7-14; Nachdruck in: *Liang Zhiping* (Hrsg.): Probleme der Rechtsauslegung, 1998, S. 323-350. Auch vgl. *Xie Hui*, Die philosophische Dimension der juristischen Hermeneutik im antiken China, 2005.

⁵⁶ Vgl. *Xie Hui*, a.a.O., S. 68-134.

⁵⁷ Vgl. *Zhu Suli*, Rechtsreform, Aufbau der Rechtssysteme und ihre einheimischen Ressourcen, *Peking University Law Journal* 1995/5, 1-9; Nachdruck in: *ders.*, Die Rechtsstaatlichkeit und ihre einheimischen Ressourcen, 1996, S. 3-22.

Es soll aber hier bemerkt werden, dass weder im Deutschen noch im Chinesischen der Begriff der „einheimischen Ressourcen“ des Rechts (bzw. der Rechtsstaatlichkeit) existiert. Dieser wurde tatsächlich von *Zhu Suli* selbst nach dem Vorbild des „lokalen Wissens“ von *Geertz* (Fn. 52) geprägt. Dagegen ist ein anderer Begriff vom „einheimischen Recht“ im Vergleich zum Römischen Recht schon vorhanden gewesen, sei es in Deutschland oder England. Dazu vgl. v. *Savigny* (Fn. 1), S. 37; und *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts, 3. Aufl., 1956, S. 6.

⁵⁸ Vgl. *Zhu Suli*, Schwierigkeiten der Auslegung: Frage nach einigen Auslegungsmethoden der Rechtstexte, *Social Sciences in China*, 1997/4, 12-31.

⁵⁹ Vgl. *Zhu Suli*, Vielleicht hat es schon angefangen: Ein Überblick über die Entwicklung der Rechtswissenschaft im gegenwärtigen China, *Journal of Comparative Law* 2001/3,

c) *Die Rechtswissenschaft als Normenwissenschaft*

Angesichts der beiden Charakterisierungen der Rechtswissenschaft bleiben die folgenden Fragen noch unbeantwortet: Wie ist die Rechtsstaatlichkeit in China aufzubauen? Woher könnte eine chinesische juristische Methodenlehre überhaupt kommen ohne die Theorierezeption von außen und demzufolge die Forschungen zu den konkreten Methodenfragen von innen? Vor diesem Hintergrund taucht die „rechtswissenschaftliche“ Methodenlehre⁶⁰ auf, die auf der einen Seite die juristische Methodenlehre nach China übernimmt, auf der anderen Seite die Rechtswissenschaft vor den Einwänden aus den Kultur- und Sozialwissenschaften des Rechts schützen will.

Die Rechtswissenschaft im Zusammenhang mit der Methodenlehre der Rechtswissenschaft bezieht sich nicht auf andere Teildisziplinen wie die Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung usw., sondern nur auf die Rechtsdogmatik. Unbeschadet kann man sie auch als „dogmatische“ Rechtswissenschaft bezeichnen.⁶¹ Genau diese Rechtsdogmatik ist die eigentliche, im engeren Sinne gemeinte Jurisprudenz, die auf die römische Tradition der „*Jurisprudentia*“ zurückzuführen ist.⁶² Jedenfalls entwickelten sich in Angloamerika auch aufgrund des verbindlichen Richterrechts und damit der Doktrin der *stare decisis* seit langem eine Reihe von *legal doctrines*, die eine sehr ähnliche Funktion wie die Rechtsdogmatik in Kontinentaleuropa haben.⁶³

Bei der Übersetzung des Begriffs der Rechtsdogmatik versuchen verschiedene Autoren eigene Wortschöpfungen zu kreieren. Während sich die Benennung als „Lehre der Doktrinen des Rechts“ (*falü jiaoyi xue*)⁶⁴ zunehmend

1-9. Darin unterscheidet er die mehr wünschenswerte „sozialwissenschaftliche“ Jurisprudenz von der „rechtspolitischen“ als auch der „hermeneutischen“ Jurisprudenz in China. Neuerlich nach ungefähr dreizehn Jahren benannte er letztere „hermeneutische“ Jurisprudenz in die „Rechtsdogmatik“ um, trotzdem bevorzugt er immer noch seine „sozialwissenschaftliche“ Jurisprudenz. Vgl. *Zhu Suli*, Änderung der Situation in chinesischen juristischen Forschungen, *Studies in Law and Business* 2014/5, 58-66.

⁶⁰ Vgl. *Shu Guoying*, Die Entwicklung von abstrakten Rechtstheorien aus Sicht der Methodik, *Zhejiang Social Sciences* 2004/5, 39-47. Dorthin werden *Larenz* (Fn. 1) und/oder *Alexy* (Fn. 5) mehrfach zitiert.

⁶¹ *Larenz* (Fn. 1), S. 77-79; auch *Alexy* (Fn. 5), S. 307-314.

⁶² *Larenz* (Fn. 1), S. 5.

⁶³ Die ähnliche Behauptung von *Aarnio*, vgl. *Aarnio/Alexy/Peczenik* (Fn. 5), S. 58-59; Chinesische Übersetzung von *Feng Wei*, S. 50-51. Auch *H. L. A. Hart* hat u.a. „a specific form of legal science concerned with the systematic or dogmatic exposition of the law and its specific methods and procedures“ oder kurzum „dogmatic studies of law“ gefordert. Dazu *H.L.A. Hart*, *Problems of the Philosophy of Law*, in: *ders.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, S. 88-89; ins Chinesische übersetzt von *Zhi Zhenfeng*, 2005, S. 95-96.

⁶⁴ *Alexy* (Fn. 5), S. 307; Chinesische Übersetzung von *Shu Guoying*, S. 310-311. Auch *Kaufmann/Hassemer* (Fn. 1), S. 1-3; Chinesische Übersetzung von *Zheng Yongliu*, S. 3-5.

durchgesetzt hat, werden andere Namen, die von obengenannter Hermeneutik geprägt sind, wie beispielsweise „Lehre der Dogmen des Rechts“ (*falü xintiao lun*)⁶⁵ und „Lehre der Bedeutungserklärung des Rechts“ (*falü shiyi xue*)⁶⁶ nach wie vor häufig benutzt. Außerdem unterscheiden einige Autoren zwischen der „Rechtswissenschaft innerhalb der Rechtsdogmatik“⁶⁷ und der Rechtswissenschaft außerhalb derselben, zu der vor allem die Kultur- und Sozialwissenschaften des Rechts gehören.

Nach der herrschenden Meinung in China soll die gegenwärtige Rechtswissenschaft durch mindestens vier Elemente charakterisiert werden:

1. Die Rechtswissenschaft beschäftigt sich stets mit dem positiv geltenden Recht. Dies bedeutet, dass ein Jurist nur innerhalb eines Rechtssystems seine Alltagstätigkeiten durchführen kann. Er darf zwar auf eine kritische Weise Stellung nehmen, diese Kritik ist aber wiederum innerhalb dieses positiven Rechtssystems vorzubringen.⁶⁸

2. Die Rechtswissenschaft gehört zu den normativen Geisteswissenschaften. Ungeachtet zahlreicher Einwände verdient die Rechtswissenschaft die Bezeichnung als Wissenschaft und zwar als ein Inbegriff der lehr- und lernbaren Erkenntnisse (*epistēmē, scientia*). Diese Wissenschaft des Rechts beschäftigt sich nicht mit der Naturwelt, sondern betrachtet das geltende Recht als ein normatives Regelungssystem. Dementsprechend können die in Bezug auf das Recht genommenen Ausdrücke nicht als deklaratorische Aussagen (oder: Propositionen) umformuliert werden, die bestimmte Dinge tatsächlich als wahr oder falsch beschreiben. Sie sind stattdessen als normative Aussagen zu verstehen, die als „rechtmäßig“ oder „rechtswidrig“ bzw. „gültig“ oder „ungültig“ eingestuft werden dürfen.⁶⁹ In diesem Zusammenhang kann man von einer normativen Geisteswissenschaft sprechen. Ob die Rechtswissenschaft weithin aus der Perspektive von *Kelsens* normativistischer Rechtstheorie zu verstehen wäre, wird noch unten bei der Theorie des Rechtsnormensatzes behandelt werden.

3. Die Rechtswissenschaft ist auch ein wertorientierter Betrieb.⁷⁰ Ohne Wertung kommt die Jurisprudenz nicht aus.⁷¹ Seit langem wurde die Kommentierung der Rechtsvorschriften ausschließlich als die Hauptaufgabe der Rechtswissenschaft angesehen, deshalb passierte es sehr leicht, dass der Wertorientierung der Rechtswissenschaft, absichtlich oder unabsichtlich, nicht genügend Rechnung getragen wurde. Es ist deshalb ein Beitrag der gegen-

⁶⁵ Kaufmann, 1997 (Fn. 1), S. 1-2; Chinesische Übersetzung von Liu Xingyi u.a., S. 15-16.

⁶⁶ Vgl. Wang Tze-Chien (Fn. 36).

⁶⁷ Shu Guoying (Fn. 60), 40.

⁶⁸ Vgl. Kaufmann, 1997 (Fn. 1), S. 12; auch vgl. Shu Guoying (Fn. 7), S. 3-4, S. 7-8.

⁶⁹ Vgl. Larenz (Fn. 1), S. 83-91, und S. 138-141.

⁷⁰ Vgl. Larenz (Fn. 1), S. 112-117; vgl. auch Shu Guoying (Fn. 7), S. 4 und S. 9-10.

⁷¹ Vgl. Alexy (Fn. 5), S. 23.

wärtigen Rechtswissenschaft, diese wertorientierte Denkweise aufzuzeigen und mittels der juristischen Methodenlehre durchzusetzen.

4. Bei der Rechtswissenschaft handelt es sich schließlich um Einzelfälle und individuelle Entscheidungen, die gegebenenfalls der Berücksichtigung aller relevanten Umstände bedürfen. Angesichts der Komplexität der Wertebewertung im Recht hat die Rechtswissenschaft nicht die Absicht eine Rangfolge zwischen den verschiedenen wichtigsten Werten auf eine abstrakte Weise zu bestimmen. Vielmehr sind die konkurrierenden Güter in Einzelfällen gegeneinander abzuwägen. Schon in der römischen Jurisprudenz sprach Celsus: „*Ius est ars boni et aequi*.“ Dies deutet an, dass das Recht und damit die Rechtswissenschaft nicht nur von einem Inbegriff der Erkenntnisse ausgehen, sondern von der Anwendung und damit Verwirklichung dieser Erkenntnisse im Einzelfall.

5. *Das Selbstverständnis der juristischen Methodenlehre: rechtlich oder rechtswissenschaftlich?*

Das Wort Methodenlehre stammt aus dem Griechischen *óδός* (Weg), *óδηγητής* (Wegweiser) und damit *óδηγητική* (Anleitung, Belehrung).⁷² Dem entsprechend ist die juristische Methodenlehre dem Wortlaut nach die Wegweisung des Rechts für die Lehrlinge und zwar die Methoden, die Rechtswissenschaft zu lernen und die Erkenntnisse des Rechts zu gewinnen.

Dies bedarf es aber weniger zu erklären als vielmehr das, was mit „Juristisch“ eigentlich gemeint ist. Bei der Rezeption der juristischen Methodenlehre in China wurde dieselbe Disziplin unterschiedlich benannt: am Anfang als „rechtswissenschaftliche“ Methodenlehre (*faxue fangfalun*), wie in Japan und Taiwan,⁷³ und dann bei nicht wenigen Autoren als die „rechtliche“ Methodenlehre (*falü fangfalun*) oder ganz einfach als „Methoden des Rechts“ (*falü*

⁷² Gareis, Rechtszyklopädie und Methodologie als Einleitung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1900, S. 187, Anm. 1.

⁷³ Es ist hervorzuheben, dass die Literaturen aus Japan und Taiwan in der Nennung als „rechtswissenschaftliche“ Methodenlehre übereinstimmen, vgl. dazu Fn. 29 und Fn. 30. Dann wurde diese Nennung auch selbstbewusst im Festland Chinas durchgesetzt, vgl. *Shu Guoying* (Fn. 60); *ders.*, Suche nach dem Standpunkt der Rechtswissenschaft: Zugleich zur Denkweise der topischen Jurisprudenz, *Chinese Journal of Law* 2005/3, 3-20; *ders.*, Kein wünschenswertes Manifest: Weshalb hat die Jurisprudenz unserer Zeit die Methoden zu berücksichtigen, *Modern Law Science* 2006/5, 3-12; *ders.*, Zu welcher Disziplin gehört die Rechtswissenschaft? Ausgehend von römischer Jurisprudentia, *Tsinghua Law Journal* 2013/1, 89-99. Vgl. auch *Wang Xiaohao*, Weshalb ist die „rechtliche Methode“ nicht adäquat? Suche nach der Jurisprudenz im eigentlichen Sinne, *Journal of China University of Political Science and Law* 2007/2, 138-144; *Shu Guoying/Wang Xiaohao/Liang Yingxiu u.a.*, Untersuchung zur Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2007.

fangfa).⁷⁴ Manchmal sind sie austauschbare Synonyme, wie es in der deutschsprachigen Literatur der Fall ist,⁷⁵ manchmal aber werden sie von beiden Seiten ernsthaft ausdifferenziert. Auf den ersten Blick scheinen es nur Übersetzungsalternativen zu sein, ein Phänomen, das beim akademischen Austausch überall auftaucht und sogar unvermeidbar ist. Es ist dann interessant, wenn – meistens von den Vertretern der „rechtlichen“ Methodenlehre⁷⁶ – behauptet wird, dass diese sich primär an zwei verschiedenen Gesichtspunkten orientieren und zwar an einem praktischen und einem theoretischen.

Zum einen behaupten manche Autoren mit der Bezeichnung von Methoden(lehre) des Rechts die Absicht zu verfolgen, die juristische Methodenlehre nur auf die Gewinnung, Anwendung, Auslegung und Fortbildung des Rechts zu beschränken. Diese soll sich mit genau denjenigen Methoden beschäftigen, die in allen einzelnen Bereichen der Rechtsdogmatik und von jedem Juristen und Rechtsstudent/in eingesetzt werden.⁷⁷ Wäre die „rechtliche“ Methodenlehre ausschließlich so zu verstehen, würde die „rechtswissenschaftliche“ Methodenlehre im Gegensatz dazu sehr abgeschwächt, wenn nicht sogar nutzlos sein, weil die letztere dann nichts anderes als die vielfältigen Forschungsmethoden der einzelnen Rechtsdisziplinen oder sogar der einzelnen Rechtswissenschaftler bedeuten würde.⁷⁸

Zum anderen wird bei der „rechtswissenschaftlichen“ Methodenlehre vielmehr hervorgehoben, dass die juristische Methodenlehre zwar die Alltagstätigkeit der Juristen behandelt, darüber hinaus aber die Methodenlehre der eigentlichen Rechtswissenschaft sein soll und zwar die der oben erwähnten Rechtsdogmatik.⁷⁹ Die verschiedenen heterogenen Methodenansätze, die in beliebigen Rechtsdisziplinen auftauchen könnten, werden jedenfalls nicht von der „rechtswissenschaftlichen“ Methodenlehre tatsächlich erfasst. Ange-

⁷⁴ Vgl. Zheng Yongliu, Die Methoden der Rechtswissenschaft oder die Methoden des Rechts? in: ders. (Hrsg.), *Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law*, 2003/6, 20-32; ders., Wie soll man Dogmen erklären? Ein Gespräch über die Methoden des Rechts, *Tribune of Political Science and Law* 2006/5, 176-182; ders., Die Treppen der juristischen Methoden, 1. Aufl., 2008; 2. Aufl., 2012. Auch vgl. Chen Jinzhao, Konzeption und Bedeutung der rechtlichen Methoden, *Seeking Truth* 2008/5, S. 72-80; ders. (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre*, 2007; Jiao Baoqian, Natur und Charakter der juristischen Methode, *Zhejiang Social Sciences* 2008/1, 74-79; Ge Hongyi, Vorlesung der rechtlichen Methodenlehre, 2009; Chen Jinzhao/Xie Hui (Hrsg.), *Methoden des Rechts*, 2002 (1) – 2014 (15); Ge Hongyi (Hrsg.), *Methoden und Denken des Rechts*, 2002/1 – 2005/3; 2007/4 – 2012/8.

⁷⁵ Vgl. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, ins Chinesische übersetzt von Chen Ai-E, Fn. 1. Es ist aber zu bemerken, dass Larenz auch die Bezeichnung der „juristischen Methodenlehre“ zugleich benutzt hat. A.a.O., S. 6.

⁷⁶ Vgl. Zheng Yongliu (Fn. 74), 2003, 20f.

⁷⁷ Vgl. Zheng Yongliu (Fn. 74), 2003, 22-28; auch vgl. Zhang Wenxian (Fn. 7), S. 272-274.

⁷⁸ Vgl. Zheng Yongliu (Fn. 74), 2003, 28-31; auch vgl. Zhang Wenxian (Fn. 7), S. 24.

⁷⁹ Vgl. Shu Guoying (Fn. 60), 40; auch ders., 2013 (Fn. 73), 89-91.

sichts der Rechtsentwicklungen im gegenwärtigen China ist es auch besonders erforderlich, nicht nur die Rechtsanwendungen isoliert im Einzelfall durchzuführen, sondern auch eine dogmatische Forschungs- und Ausbildungsmethodik aufzubauen.

In Anbetracht dessen, dass beide Seiten die dogmatische Dimension der juristischen Methodenlehre betonen, ist es heutzutage nicht mehr erforderlich, zwischen den beiden Übersetzungsalternativen ernsthaft zu differenzieren.⁸⁰ Beide beziehen sich auf die Methoden der Rechtsdogmatik. Freilich ist besorgniserregend, dass eine Kluft zwischen Theorie und Praxis des Rechts immer wieder auftauchen könnte. Und die vielversprechende Rechtsdogmatik würde entweder zu theoretisch oder zu praktisch vorgehen. Es ist aber einzusehen, dass die juristische Methodenlehre – neben der Dimension der Rechtsdogmatik – ohne irgendwelche Rechtstheorie unmöglich und auch nicht vollständig ist. Wenn man sich noch die Auseinandersetzung zwischen der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie vergegenwärtigt, liegt es nahe, dass während die Methodenlehre der Rechtswissenschaft sehr selten der Rechtsphilosophie zugeordnet wird, sie in der deutschen Literatur aber normalerweise als Teilbereich der Rechtstheorie anerkannt ist.⁸¹ Dies betrifft auch die Theorie der juristischen Argumentation, die sogar zu den Lösungen der Problematik in der Rechtstheorie beitragen kann.⁸² Deshalb liegt der Ausweg der Kluft von Theorie und Praxis des Rechts, wie auch während ihres Rezeptionsvorgangs in China, wiederum in oben erwähntem Charakter der Rechtswissenschaft.

III. Die herkömmliche juristische Methodenlehre in China

1. Rechtsnormen, Rechtsquellen und die betroffene Tendenz der Wahrheitssuche

Die herkömmliche – einschließlich die hermeneutisch geprägte – juristische Methodenlehre erstreckt sich von der Theorie des Rechtsnormsatzes, der

⁸⁰ Vgl. z. B. *Shu Guoying*, Frage nach dem Verhältnis zwischen antiker Rhetorik und der Technik der juristischen Argumentation, *Law Science* 2012/9, 11-15. In dieser kurzen Anmerkung interessiert er sich nicht mehr so sehr für den Wörterstreit, sondern vielmehr für die geschichtliche Überlieferung der Jurisprudenz und Rechtswissenschaft und ihrer Methoden. Auch vgl. *Feng Wei*, Das Konzept der juristischen Methodenlehre, in: *Shu Guoying/Wang Xiaohao/Li Lei* (Hrsg.), *Lehrbuch der Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2013, S. 1f.

⁸¹ Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 79-81; auch *Kaufmann/Hassemer* (Fn. 1), S. 12; nicht zuletzt vgl. *Dreier* (Fn. 17), S. 17 und 33-34, insbesondere Anmerkung 4.

⁸² Vgl. *Aarnio/Alexy/Peczenik* (Fn. 5), S. 9-13.

Rechtsauslegung, der Rechtsfortbildung bis hin zur Theorie der Rechtssystembildung.

Die Theorie des Rechtsnormsatzes wurde wesentlich von *Kelsens* normativistischer Rechtstheorie beeinflusst, so dass der Rechtssatz unter dem Sollen-satz einzuordnen ist⁸³ und demzufolge nur durch einen Stufenbau der Ermächtigung endlich auf die konstruierende Grundnorm zurückzuführen ist.⁸⁴ Zugleich möchten viele Wissenschaftler auch die ältere, aber immer noch nützliche Terminologie, nämlich die Rechtsquellen, in Gebrauch nehmen, um eine Rangfolge zwischen verschiedenen Rechtsbestimmungen zu bilden.⁸⁵ Im Vorgang der Rechtsgewinnung ist aber zu fragen, ob es nach der Stufenbaulehre eine ordnungsmäßige Ermächtigung für die betroffene Norm gebe oder ob der Rechtsquellenlehre nach die Anerkennung einer Bestimmung als Rechtsquelle möglich sei. Es wird anerkannt, dass beide Konstellationen gut funktionieren können und nicht unbedingt miteinander gleichzusetzen sind. Während heutzutage in China die Konzeption der Ermächtigung und des Stufenbaus noch eine Diskussion der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie bleibt,⁸⁶ wird die Rechtsquellenlehre und die betroffenen Vorrangregeln – wie z. B. *lex specialis derogat legi generali*, und *lex posterior derogat legi priori* – aber allgemein anerkannt und gut verstanden.⁸⁷

Das von der Hermeneutik angetriebene Forschungsinteresse an den Rechtsnormen in China konzentriert sich weithin auf die Unbestimmtheit der Rechtsnormen, nämlich die Vagheit, die Mehrdeutigkeit, sowie die evaluative Offenheit der Rechtsnorm, um sich danach anderen, alternativen Methodenansätzen zuzuwenden.⁸⁸ Dementsprechend überwiegt heutzutage die kritische Stimme gegen den sog. Justizsyllogismus oder die Subsumtion, insbesondere wegen des übersetzten Werks von *Larenz* und des von *Kaufmann*.⁸⁹ Verbreitet wird angenommen, dass die Anwendung der Rechtsnormen oder Rechtsquellen im Einzelfall durch die Subsumtion nicht genügen kann, sondern

⁸³ Vgl. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., 1934, S. 20-25. Auch vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 138-154.

⁸⁴ Vgl. *Kelsen*, a.a.O., S. 73-89.

⁸⁵ Vgl. v. *Savigny* (Fn. 1), S. 11f. Kritisch aber vgl. *Kelsen*, a.a.O., S. 78.

⁸⁶ Vgl. z. B. *Feng Wei*, Könnte es ein Rechtssystem sein? Von Axiomatik durch Wertordnung bis zum Prinzipienmodell, *Journal of Soochow University (Law Edition)* 2014/1, 34-48.

⁸⁷ Vgl. *Shu Guoying/Wang Xiaohao/Liang Yingxiu, u.a.*, Fn. 73, insbesondere Kapitel 5: „Rechtsquellenlehre“, S. 223-279.

⁸⁸ Vgl. a.a.O., S. 340-353.

⁸⁹ Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 10-11, und S. 341-345; *Kaufmann* (Fn. 1), 1998, S. 16-20, und S. 33. Es ist aber recht interessant, dass *Engisch* doch noch die Subsumtion oder Entscheidungssyllogismus bewährt hat, vgl. *Engisch*, (Fn. 1), S. 83-114.

auch die Auslegung und sogar die richterliche Rechtsfortbildung vorgenommen werden muss.⁹⁰

Es ist interessant, dass der Justizsyllogismus normalerweise nach dem Schema von *Larenz* formuliert wird⁹¹ und dann mit Hilfe der Hermeneutik und der sog. Typenlehre von *Larenz* kritisiert wird.⁹² In diesem Sinne kann man sagen, dass sich eine Tendenz der juristischen Methodenlehre auch in China zeigt, die auf den Justizsyllogismus verzichtet, um so die Rechtsfindung bzw. -gewinnung durch Auslegung und Fortbildung des Rechts zu verwirklichen. Es soll als eine Tendenz der Wahrheitssuche der Erkenntnisse von Rechtsnormen bzw. Rechtsquellen genannt werden, wenn man das epistemologische Konzept hier anwendet.⁹³

2. Die Rechtsauslegung und die betroffene Objektivitätstendenz

Es ist verbreitet anerkannt, dass die Auslegung des Rechts nicht durch Subsumtion durchgeführt wird, sondern nur durch eine schrittweise Konkretisierung verwirklicht werden kann. Im Konkretisierungsvorgang muss man das „Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“⁹⁴ unternehmen: einerseits sind die konkreten Momente der betroffenen Tatsache festzustellen und damit unter den Tatbestand einer Norm zu subsumieren;⁹⁵ und andererseits sind die wesentlichen Merkmale des Obersatzes – abstraktes juristisches Urteil – aus dem Gesetz zu vervollständigen.⁹⁶ Dies ist genau die Aufgabe der Rechtsauslegung, die zweifellos im Mittelpunkt aller –

⁹⁰ Vgl. *Wang Tze-Chien* (Fn. 30), S. 198-200; *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 191-194; *Zhang Zhiming* (Fn. 38), S. 1-4.

⁹¹ Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 159:

$T \rightarrow R$ (d. h. für jeden Fall von T gilt R)

$S = T$ (S gleicht T, ist ein Fall von T)

$S \rightarrow R$ (für S gilt R)

Und *Larenz* hat in der Anmerkung 34 zur „ $S = T$ “ auch zugegeben, dass das Gleichheitszeichen das Gemeinte nur schlecht trifft. Es soll aber bemerkt werden, dass diese Anmerkung zumindest in China nicht hinreichend berücksichtigt wird.

⁹² Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 159-165, und S. 349-361; demzufolge vgl. *Wang Tze-Chien* (Fn. 30), S. 200-209; *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 191-194; auch *Liang Yingxiu*, Denken des Typus und seine Anwendung in der Rechtswissenschaft, Studium und Erforschung, 2008/1, S. 105-109.

⁹³ Es befindet sich auch ähnliche Kritik in deutscher Literatur. Kritische Meinungen im Allgemeine vgl. *Aarnio/Alexy/Peczenik* (Fn. 5), S. 50-71. Auch vgl. *Neumann*, Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie 2001/32, S. 242-243; ins Chinesisch übersetzt von *Zhang Qingbo*, in: *Zheng Yongliu* (Hrsg.), Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law 2008/13, 30-43.

⁹⁴ *Engisch* (Fn. 1), Kapitel IV, S. 117-119, Anm. 4.

⁹⁵ Vgl. Kapitel III, a. a. O., S. 96-98.

⁹⁶ Vgl. Kapitel IV, a. a. O., S. 117-119.

insbesondere der von Hermeneutik geprägten - Untersuchungen der juristischen Methodenlehre auch in China steht.

Für Anfänger an einer chinesischen juristischen Fakultät wirkt es einschüchternd, dass es zahlreiche Auslegungsansätze gibt und die Anzahl voraussichtlich noch steigen wird. Beispielsweise hat *Liang Huixing* insgesamt zehn Methoden der Auslegung zusammengefasst.⁹⁷ Man kann sich jedoch erinnern, dass ursprünglich bei *Savigny* nur vier Elemente oder *Canones* der Auslegung vorhanden waren, nämlich grammatisches, logisches, historisches und systematisches.⁹⁸ *Larenz* formulierte fünf Kriterien der Auslegung und zwar den Wortsinn, den Bedeutungszusammenhang des Gesetzes, die Regelungsabsicht, Zwecke und Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers, die objektiv-teleologischen Kriterien, sowie das Gebot der verfassungskonformen Auslegung.⁹⁹ Er betonte, genau wie *Savigny*, dass „es sich *nicht* ... um verschiedene Auslegungsmethoden handelt, wie man immer wieder gemeint hat, sondern um methodische Gesichtspunkte, die alle zu berücksichtigen sind. ...“¹⁰⁰ Zudem schlägt *Alexy* noch die komparative Auslegung vor.¹⁰¹ Neben diesen sechs Kriterien hat *Liang Huixing* im Jahr 1995 mit Hilfe der japanischen und der taiwanischen Literatur noch weitere vier Kriterien, die er einheitlich als zehn Methoden der Auslegung benannte,¹⁰² hinzugefügt: einschränkende und ausdehnende Auslegung, „Vermutungsauslegung“ (*dangran jieshi*), die tatsächlich aus anderen Abschnitten von *Larenz* stammen;¹⁰³ und schließlich die soziologische Auslegung, die auf die Freirechtsschule zurückgeführt wird.¹⁰⁴ Obwohl die jüngeren chinesischen Lehrbücher für Rechtstheorie im Allgemeinen oder die für Methodenlehre der Rechtswissenschaft die *Canones* nicht so grenzenlos erweitern, kennzeichnen sie diese aber nach wie vor noch als Auslegungsmethoden. Deswegen bleibt der einschüchternde Eindruck der Auslegungsgesichtspunkte bestehen.

⁹⁷ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 213-214. Und *Zhang Zhiming* hat sogar elf Argumente – wie er sie benennt – der Auslegung nach *MacCormick* und *Summers* aufgelistet, vgl. *MacCormick/Summers* (Hrsg.) (Fn. 38), S. 464-474, und S. 512-525; und *Zhang Zhiming* (Fn. 38), S. 107-121.

⁹⁸ Vgl. v. *Savigny* (Fn. 1), S. 213.

⁹⁹ Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 208-231.

¹⁰⁰ v. *Savigny* (Fn. 1), S. 215 [Hervorhebung vom Autor]; auch *Larenz* (Fn. 1), S. 207 und S. 231.

¹⁰¹ Und er unterscheidet noch weiter zwischen der genetischen und der historischen Auslegung, vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 291-295.

¹⁰² Aber außer *Huang Maorong*, der die fünf Elemente der Auslegung von *Larenz* in Gebrauch nimmt, vgl. *Huang Maorong* (Fn. 30), S. 332-359.

¹⁰³ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 222-226; dementsprechend vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 241-244 und S. 220.

¹⁰⁴ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 236-243.

Eine noch wichtigere Frage betrifft die Rangfolge der aufgelisteten Auslegungsgesichtspunkte. Dahinter steckt die sehr abstrakt geführte Auseinandersetzung mit der sog. subjektiven und der objektiven Theorie der Auslegung. Während die Autoren in Taiwan intendierten, die Frage nach der Rangfolge zu umgehen,¹⁰⁵ versuchen die Autoren auf dem Festland Chinas sie zu bestimmen.¹⁰⁶

Es soll bemerkt werden, dass bei den Forschungen der Rechtsauslegung in China eine Tendenz zur Objektivität bezüglich der Auslegungstätigkeit besteht,¹⁰⁷ die parallel zur Tendenz der Wahrheitssuche bezüglich der Rechtserkenntnisse stehen soll. Dies bedeutet nicht, dass die sog. objektive Theorie in China, theoretisch oder praktisch, die Oberhand gewinnt. Im Gegensatz dazu wird die Auslegung nach dem Wortlaut und dem Willen des historischen Gesetzgebers immer hervorgehoben, wenn auch nicht durch Subsumtion.¹⁰⁸ Es ist vielmehr die Absicht, dass die Unbestimmtheit des Rechts durch möglichst ausgearbeitete Methoden der Auslegung gut gelöst werden soll.

3. Die richterliche Rechtsfortbildung

Trotz der Unklarheit der richterlichen Rechtsfortbildung in der Praxis nimmt das theoretische Forschungsinteresse daran stetig zu. Unter Rechtsfortbildung¹⁰⁹ werden eine Vielzahl von heterogenen Methoden in China untersucht, die manchmal so heterogen nebeneinander stehen: Lückenausfüllung,¹¹⁰ Analogie,¹¹¹ Konkretisierung der unbestimmten Begriffe oder Generalklauseln,¹¹²

¹⁰⁵ Vgl. *Huang Maorong* (Fn. 30), S. 359-360; *Wang Tze-Chien* (Fn. 30), S. 239-244.

¹⁰⁶ Vgl. insbesondere *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 245-246; auch *Zhang Zhiming* (Fn. 38), S. 170-176; nicht zuletzt vgl. *Shu Guoying/Wang Xiahao/Liang Yingxiu, u.a.* (Fn. 73), S. 376-393.

¹⁰⁷ Es befindet sich auch ähnliche Kritik in deutscher Literatur. Kritische Meinungen im Allgemeine vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 19-20, und S. 303-307; und *Neumann* (Fn. 93), S. 245-249.

¹⁰⁸ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 245; *Shu Guoying/Wang Xiahao/Liang Yingxiu* (Hrsg.) (Fn. 73), S. 380-389.

¹⁰⁹ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 269-291; *Shu Guoying/Wang Xiahao/Liang Yingxiu u.a.* (Fn. 73), S. 406-423; auch *Zheng Yongliu*, Aus der Auslegung und in die Fortbildung: Juristische Hermeneutik und ihr Verhältnis zur juristischen Auslegungslehre, *Chinese Journal of Law* 2012/3, 21-36.

¹¹⁰ Vgl. beispielsweise *Fan Libo*, Erkennung und Lösung der Normenlücken, *The Jurist* 2010/1, 6-20.

¹¹¹ Vgl. insbesondere *Chen Jinghui*, Universalität der Regeln und das Argument der Analogie, *Seeking Truth*, 2008/1, S. 76-81; *Lei Lei*, Analogie als juristische Argumentation. Ausgehend von deutschen Doktrinen, 2011.

¹¹² Vgl. *Zheng Yongliu*, Moralischer Standpunkt und rechtliche Technik: Die Erbrechte einer außerehelichen Partnerin in China im Vergleich zu denen in Deutschland, *China Legal Science* 2008/1, 179-189.

Güterabwägung,¹¹³ Prinzipien- und Normenkollision,¹¹⁴ um nur einige Beispiele zu nennen.

Trotzdem bleibt die richterliche Rechtsfortbildung zumindest in zwei Punkten noch umstritten: erstens, wie man die Auslegung und Fortbildung und darüber hinaus die Rechtsanwendung und Rechtserzeugung unterscheiden kann; zweitens, ob die Rechtslücken eigentlich anders als eine evaluative Offenheit oder ein abwägungsfähiger Spielraum der betroffenen Rechtsnorm sein können. Auch die juristische Hermeneutik, die die Rechtsfortbildung als „Auslegung im weiteren Sinne“¹¹⁵ betrachtet, kann diese beiden Fragen nicht klar beantworten. Es ist deshalb besser, verschiedene Figuren der Rechtsfortbildung im Einzelnen präziser zu entwickeln.

4. Die Bildung des Rechtssystems

Das Systemdenken hat einen dramatischen Wandel in China erlebt, welcher noch nicht vollendet ist. Angesichts vermehrter Kritiken gegen die Wahrheitssuchen- und Objektivitätstendenz geriet die Systematik des Rechts in Zweifel. Der Verzicht des „äußeren Systems“ bei *Larenz* führte sogar zum Verzicht aller axiomatischen Rechtssysteme, was als ein „Traum“ gilt, der nie in Erfüllung geht.¹¹⁶

Der jüngste Anspruch des Aufbaus eines Rechtssystems – hauptsächlich eines Gesetzgebungssystems – in China erfordert aber einen Blick auf die Systembildung des Rechts. Meistens begnügt man sich aber nur mit der Rangfolge von verschiedenen Rechtsquellen. Jüngst versuchten einige Autoren den Stufenbau des Rechts einzuführen.¹¹⁷ Zudem finden sich noch komplizierte Anwendungen der sog. Prinzipientheorie und sogar des Kohärenzgebots.¹¹⁸

¹¹³ Vgl. *Zheng Yongliu*, a.a.O., 179-189.

¹¹⁴ Vgl. insbesondere *Shu Guoying*, Die Anwendungsschwierigkeit der Rechtsprinzipien: Vier Fragen aus methodologischer Perspektive, *Journal of Soochow University* 2005/1, 26-31; *Wang Xiaohao*, Lösung der Kollision von Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, 2009; *Lei Lei*, Wie sind die Rechtsprinzipien anzuwenden?, in: *Shu Guoying* (Hrsg.), *Archiv für juristische Methodenlehre*, 2012/Band 1, 227-260.

¹¹⁵ *Liang Huixing* (Fn. 28), S. 192.

¹¹⁶ Vgl. *Shu Guoying*, 2005 (Fn. 73), 3-6.

¹¹⁷ Vgl. *Feng Wei* (Fn. 86), 45-46.

¹¹⁸ Die Anwendung des Prinzipien/Regeln-Modells im Rechtssystem, vgl. *Feng Wei*, (Fn. 86), 43-44, und 46-48. Die Kohärenz des Rechtssystems, vgl. *Lei Lei*, Kohärenz und Aufbau des Rechtssystems: Wie ist die Kohärenz des gegenwärtigen chinesischen Rechtssystem zu verbessern?, *The Jurist* 2012/2, 1-16.

IV. Die Theorie der juristischen Argumentation

1. Ihre Beziehung zur herkömmlichen juristischen Methodenlehre: Erkennen oder Begründen?

Wenn man die Wahrheitssuchen- und Objektivitätstendenz der herkömmlichen juristischen Methodenlehre näher betrachtet, kann man feststellen, dass die dahinterstehende Absicht nur die Erkenntnis der Normen und damit die der normativen Entscheidungen ist, und nicht die Begründung der Entscheidungen. Von diesem Hintergrund unterscheiden die Vertreter der jüngeren juristischen Argumentationstheorie ausnahmslos zwischen dem Zusammenhang der Entdeckung (oder Rechtsfindung) und dem der Rechtfertigung¹¹⁹ oder zwischen der Herstellung und der Darstellung der Entscheidungen.¹²⁰ Alle Ansätze wie z. B. der der Subsumtion, der Auslegung, sowie der Rechtsfortbildung werden nunmehr durch Argumentation überprüft und begründet. Auch der hermeneutische Zirkel genügt nicht, um das Urteil zu begründen. Diese Aufgabe der Begründung, insbesondere die der Wertbeurteilung, liegt aber im Mittelpunkt der juristischen Argumentationstheorie.

Es wurde angenommen, dass sich die Verschiedenheit zwischen der herkömmlichen juristischen Methodenlehre und der jüngeren juristischen Argumentationstheorie mehr auf die entgegenstehenden Auffassungen über den Justizsyllogismus bezieht, insbesondere auf die von *Larenz* einerseits und auf die von *Alexy* andererseits.¹²¹ In der Tat befürworten nicht alle Vertreter der juristischen Argumentation das Schema der Subsumtion, sondern auch das Schema von *Toulmin*¹²² oder sogar topisch-rhetorischen Figuren. Deshalb ist festzustellen, dass der Justizsyllogismus aus der Perspektive der juristischen Argumentationstheorie weder überwiegend negativ beurteilt wird, noch übertrieben wird, um die einzig richtige Lösung bestimmen zu können.

2. Ihre Beziehung zur Rechtsrhetorik: Überreden oder Überzeugen?

Chronologisch ist die sog. Neue Rhetorik als Vorläufer der gegenwärtigen Argumentationstheorie anzuerkennen.¹²³ In der (auch chinesischen) Literatur, überwiegen aber die Forschungen zu der Argumentationstheorie. Dies ist so, weil teilweise darauf hingewiesen wird, dass die Funktionen von beiden unterschiedlich sind: die erste dient dazu, jemanden zu überreden, die zweite,

¹¹⁹ Vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 282.

¹²⁰ Vgl. *Neumann*, 2008 (Fn. 5), S. 236.

¹²¹ Vgl. *Larenz* (Fn. 1), S. 10-11, und S. 341-345; entgegen dazu vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 273-283.

¹²² Vgl. insbesondere *Neumann* (Fn. 5), 2008, S. 241-247.

¹²³ Vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 39-43, und S. 197-218.

jemand zu überzeugen; diese orientiert sich nur an der Wirksamkeit der betroffenen Argumente, jene aber an ihrer Gültigkeit.¹²⁴

Ein anderer Grund liegt darin, dass die Rechtsrhetorik die normativen Voraussetzungen selbstbewusst ablehnt, diese aber wiederum als unumgänglich von den Vertretern der juristischen Argumentationstheorie behauptet werden.¹²⁵ Man kann sich auch erinnern, dass das Begründungsbedürfnis von der herkömmlichen juristischen Methodenlehre durch das Erkenntnisbedürfnis, angedeutet oder ausdrücklich, gedeckt wird.

Es erscheinen heutzutage in China immer mehr Forschungen zu der antiken Rhetorik, Topik, sowie Kasuistik, die die vollkommene Überlieferung der antiken griechischen Rhetorik bis hin zur neuzeitlichen Rhetorik darstellen.¹²⁶ Wie diese topisch-rhetorischen Figuren mit gegenwärtigen Regeln und Formen der Argumentation zusammenzuführen sind, ist in China noch ungeklärt.¹²⁷

3. Die Theorien der juristischen Argumentation

a) Der logisch-analytische Ansatz

Alexy hat zwischen drei Ansätzen unterschieden und zwar zwischen dem logisch-analytischen, deskriptiv-empirischen, sowie normativ-praktischen Ansatz.¹²⁸ Die Einteilung gilt für weltweite Forschungen zur juristischen Argumentationstheorie, und damit auch für China. Diese drei Ansätze stehen normalerweise miteinander in Verbindung und brauchen nicht isoliert und einseitig behandelt zu werden. Trotzdem ist zuerst der logisch-analytische Ansatz zu berücksichtigen.

Der Grundgedanke der logisch-analytischen juristischen Argumentationstheorie ist der Justizsyllogismus, der durch die moderne Logik zu rekonstruieren sei. Das berühmteste Schema der Subsumtion von Alexy war ein Ergebnis von zahlreichen Forschungen der prädikat-deontischen Logik.¹²⁹ Es wird behauptet, dass das Schema der Subsumtion nur die Struktur der „internen“ Rechtfertigung darstellt und den eigentlichen Bereich der juristischen Argumentation, die „äußere“ Rechtfertigung, nicht ersetzen kann.¹³⁰

Damit sind aber einige chinesische Autoren in zweierlei Hinsicht nicht zufrieden. Zum einen bevorzugen manche die Prädikatenlogik mit den deonti-

¹²⁴ Vgl. Alexy (Fn. 5), S. 207-208; auch Neumann (Fn. 5), 2008, S. 239-240.

¹²⁵ Vgl. Alexy (Fn. 5), S. 212-218.

¹²⁶ Vgl. Shu Guoying (Fn. 48).

¹²⁷ Vgl. nur ansatzweise Shu Guoying (Fn. 80), 11-15.

¹²⁸ Vgl. Alexy (Fn. 5), S. 31-33. Eine ähnliche Einordnung der Ansätze von Rechtsdogmatik, vgl. a.a.O., S. 308-209.

¹²⁹ Vgl. Alexy (Fn. 5), S. 274: „(1) (x) (Tx → ORx). (2) Ta. (3) ORa (1), (2)“.

¹³⁰ Die Unterscheidung von „interner“ und „externer“ Rechtfertigung, vgl. Alexy, Fn. 5, S. 273f.

schen Operatoren nicht und versuchen die Subsumtion durch Prädikatenlogik als solche zu rekonstruieren.¹³¹ Dieser soll als Streit der Rekonstruktionsmöglichkeiten gekennzeichnet werden. Zum anderen ist das logische Schema nach einiger Ansicht eine normative Voraussetzung und keine ehrliche Darstellung des Entscheidungsverfahrens.¹³² Sie wenden sich deshalb dem deskriptiv-empirischen Ansatz zu.

b) Der deskriptiv-empirische Ansatz

Ein anderer Ansatz versucht die empirisch überprüfbare Argumentationsstruktur darzustellen, die meistens von *Toulmins* Schema angeregt wird.¹³³ Daneben ist auch die folgenorientierte Argumentation hervorzuheben.¹³⁴ Beide können nicht strikt vom topisch-rhetorischen Ansatz unterschieden werden. Nur die jeweiligen Absichten sind noch verschieden und zwar nicht nur die Teilnehmer der Argumentation zu überreden, sondern sie auch zu überzeugen.

Zudem lehnen die Vertreter des deskriptiv-empirischen Ansatzes alle normativen Voraussetzungen für die richterliche Entscheidung ab. Die Ablehnung der logischen Rekonstruktion ist nur Teilaspekt dieses Bedenkens. Es bleibt zu hoffen, einen Weg zwischen Determinationismus (Syllogismus) und Dezisionismus (Subjektivität) zu finden.¹³⁵

c) Der normativ-praktische Ansatz

Es gibt keine Argumentationstheorie, die sich nur aufgrund der normativen Annahmen entwickeln kann. Es ist aber zweifellos ein zentrales Problem jeder Argumentationstheorie, wie die guten Argumente von den schlechten zu unterscheiden sind. Die Lösung dafür setzt zumindest einige Kriterien voraus.¹³⁶ Diese Kriterien können aber nicht einfach mit der Subsumtion oder mit der Rechtsquellenlehre, den *Canones*, der Auslegung und den Hinwei-

¹³¹ Vgl. *Wang Hong*, Zur juristischen Auslegung und juristischen Argumentation, Forschung der Naturdialektik 1998, Beiheft, S. 75-77. Dorthin versuchte er einst, die juristische Argumentation durch prädikat-deontischen Operatoren zu charakterisieren. Jüngst hat er aber die materiellen Argumente bevorzugt, vgl. *ders.*, Grundprobleme der juristischen Logik, Tribune of Political Science and Law 2006/6, 109-115; *ders.*, Haupttrend der Untersuchungen zur juristischen Logik, Trend der Philosophie 2009/3, 86-96. Die Forschungen zur non-formalen Logik des Rechts, auch vgl. *Xiong Minghui*, Zu Folgerungsregeln der juristischen Logik, Social Sciences in China 2008/4, 26-35.

¹³² Vgl. insbesondere *Neumann* (Fn. 5), 1986, S. 19-21 und S. 28-30.

¹³³ Vgl. *Neumann*, a.a.O., S. 21-28; auch *ders.* (Fn. 5), 2008, S. 246.

¹³⁴ Vgl. *Neumann* (Fn. 5), 1986, S. 6; auch *Zhang Qingbo*, Juristische Argumentation durch Folgenorientierung: Die Bedeutung der juristischen Argumentation für China, 2010.

¹³⁵ Vgl. insbesondere *Neumann* (Fn. 5), 1986, S. 1-6.

¹³⁶ Vgl. *Alexy* (Fn. 5), S. 33; aber auch *Neumann* (Fn. 5), 1986, S. 6.

sungen der Rechtsfortbildung gleichgesetzt werden. Zu den normativ-praktischen Kriterien gehören die besonderen Regeln und Formen der juristischen Argumentation, die von vielen Autoren entwickelt wurden und deren Möglichkeiten zur Umformulierung noch offen sind.

Ein Beispiel dafür ist die Theorie des rationalen juristischen Diskurses von Alexy,¹³⁷ in der er den juristischen Diskurs als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses betrachtet, der wiederum vor allem von Jürgen Habermas¹³⁸ entwickelt wurde. Genau diese Sonderfallthese und nicht die Diskurstheorie als Ganze, hat in den letzten Jahren mehrere Einwände¹³⁹ hervorgerufen. Der Streit bezieht sich auf die Tiefenstruktur der juristischen Argumentation, auf die in China noch nicht eingegangen wird, und zwar auf die Möglichkeit und Rationalität des juristischen Diskurses.¹⁴⁰

V. Die besonderen juristischen Methodenfragen in China

1. Das System der Rechtsauslegung in China

a) Die sog. „justiziellen Auslegungen“

In den meisten Lehrbüchern der Rechtstheorie oder Methodenlehre der Rechtswissenschaft findet sich immer noch eine Unterscheidung von formeller und informeller Auslegung, wobei die erste ausschließlich die sog. „legislative“, „exekutive“ und insbesondere „justizielle“ Auslegung einbezieht und die zweite die doktrinaire Auslegung.¹⁴¹ Die vom OVG erlassenen „justiziellen Auslegungen“ sind aber ganz anders als die Auslegungen des Richters im betroffenen Einzelfall, die bei der Auslegung ursprünglich gemeint sind. Ein großer Anteil der Methodendiskussionen in China beschäftigt sich mit der Erklärung der Funktionsweise der „justiziellen Auslegung“.¹⁴²

Wenige Autoren kritisieren ausdrücklich, dass diese „justiziellen Auslegungen“ tatsächlich ein Fehler des Sprachgebrauchs der Auslegung sind.

¹³⁷ Vgl. Alexy (Fn. 5), S. 261-272.

¹³⁸ Vgl. Alexy (Fn. 5), S. 161-177. Auch vgl. Habermas, Wahrheitstheorien, in: Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, in: Habermas/Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?, 1971, S. 101-141; später auch ders., Faktizität und Geltung, 1992.

¹³⁹ Vgl. insbesondere Günther, Die Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, 1988.

¹⁴⁰ Vgl. Alexy, Normenbegründung und Normenanwendung, 1993, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 52ff.; ins Chinesische übersetzt von Lei Lei, 2011, S. 43ff.

¹⁴¹ Vgl. Shu Guoying (Fn. 7), S. 238-246; auch Zhang Wenxian (Fn. 7), S. 282-283.

¹⁴² Vgl. Liang Huixing (Fn. 31), S. 61-75; Zhang Zhiming (Fn. 38), S. 220-259; auch Shu Guoying/Wang Xiaohao/Liang Yingxiu, u.a. (Fn. 73), aber im Teil der „Rechtsquellenlehre“, S. 262-265.

1997 hat *Zhang Zhiming* schon die Funktionsweise der justiziellen Auslegungen als eine Einschränkung des Subjekts, sowie der Kompetenz der Auslegung festgelegt.¹⁴³ Später in seinem zweiten Buch äußert auch *Liang Huixing* Bedenken, dies aber relativ mild.¹⁴⁴ Neuerdings wurde ein alternatives System der richterlichen Leitentscheidungen ins Leben gerufen.¹⁴⁵

b) Die Kompetenz der Verfassungsauslegung

Praktisch gibt es in China keine Kompetenz und zugleich Verpflichtung zur verfassungskonformen Auslegung beim einfachen Gericht. Die Verfassungslegung als solche ist aber, ähnlich wie die sog. „legislative Auslegung“, eine Kompetenz des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses. Die Frage, wie die Verfassung durchgeführt werden soll, bleibt in den theoretischen Auseinandersetzungen noch offen. Vorgeschlagen wird die Verfassungsgerichtsbarkeit mit Hilfe eines einzurichtenden Verfassungsgerichts¹⁴⁶ oder die verfassungskonforme Auslegung durch einfache Gerichte bei einer Ablehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit.¹⁴⁷

2. Die richterliche Entscheidungspraxis in China

a) Die Vereinigung von Rechtsfolge und Sozialfolge der richterlichen Entscheidungen

In den letzten Jahren wurde jeder Richter stetig aufgefordert, Rechts- und Sozialfolge durch die Einzelentscheidungen zu vereinigen. Mit dieser Motivation beteiligen sich die Vertreter der Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft hoch aktiv beim Judikativen Aktivismus und der sog. „Großen Schlichtung“.¹⁴⁸ Zudem sind die Elemente, wie Meinungen des Volkes¹⁴⁹ und sogar

¹⁴³ Vgl. *Zhang Zhiming* (Fn. 38), S. 237-240.

¹⁴⁴ Vgl. *Liang Huixing* (Fn. 31), S. 62 und S. 66-67.

¹⁴⁵ Vgl. insbesondere *Chen Xingliang*, Über die Vor- und Nachteile der „justiziellen Auslegungen“, *Law Science* 2003/8, 51-54; *ders.*, Eine rechtstheoretische Untersuchung zur Institution der Leitentscheidungen, *Law and Social Development* 2012/3, 73-80.

¹⁴⁶ Vgl. insbesondere *Wang Lei*, Die Justizialisierung der Verfassung, 2000. Es scheint aber, dass die Idee darin bis heute nicht verwirklicht werden könnte.

¹⁴⁷ Vgl. *Zhang Xiang*, Zwei Typen von verfassungsrechtlichen Fällen: Die mögliche Einwirkung der verfassungskonformen Auslegungen auf die Rechtsprechung, *China Legal Science* 2008/3, 110-116.

¹⁴⁸ Vgl. *Zhu Suli*, Über richterlichen Aktivismus und die Große Schlichtung, *China Legal Science* 2010/1, 5-16; entgegen dazu vgl. *Chen Jinzhao*, Die Stellung und Bereiche der richterlichen Zurückhaltung, in: *Chen Jinzhao/Xie Hui* (Hrsg.), *Methoden des Rechts*, 2008/ Band 7, S. 35-44.

¹⁴⁹ Vgl. *Zhu Suli*, Formalismus, Volksmeinungen, und die schwierigen Fälle, *Peking University Law Journal* 2009/1, 93-11; *Chen Linlin*, Die Rolle der Volksmeinungen in der Struktur einer Entscheidung, *Chinese Journal of Law* 2012/1, 96-107.

die Intuition¹⁵⁰ hervorzuheben. Dagegen werden die Methodenlehre der Rechtswissenschaft und die Professionalisierung der Rechtsgemeinschaft scharf kritisiert.

Statt dieser Harmonisierungstendenz versuchen neuerdings auch einige Autoren mit Hilfe der Konzeption von folgenorientierter Argumentation die Spannungslage von Recht- und Sozialfolge zu rekonstruieren.¹⁵¹

b) Die Anwendung der Leitentscheidungen

Heutzutage wird angenommen, dass die Leitentscheidungen, die vom OVG ausgewählt und erlassen werden, tatsächlich ein alternativer Weg zur Erreichung der Unabhängigkeit der Justiz sind. Dies impliziert eine Verstärkung der Autorität der Justiz,¹⁵² nicht nur die des OVG, sondern auch die der ermächtigten Höheren Volksgerichte. Wörter wie „beachten soll“ implizieren auch die Anerkennung des Beurteilungsspielraums des betroffenen Richters und die rechtsschöpfende Funktion des Gerichts.

Zugleich sind zumindest vier methodologische Probleme für Leitentscheidungen zu berücksichtigen:¹⁵³ (1) Die Leitentscheidung ist doch noch anders als die Präjudiz in Angloamerika, weil die richterlichen Meinungen in einer Präjudiz den Obersatz einer späteren richterlichen Argumentation bilden könnten, dies aber für die Leitentscheidung nicht gilt. (2) Was das „Leitende“ in den veröffentlichten Leitentscheidungen sein könnte, ist noch nicht klar. Was bedeuten die „Leitgedanken“? Wie funktionieren die „Leitsätze“ und die „Gründe der Entscheidung“? Könnte die Leitentscheidung auch als eine „justizielle Auslegung“ bezüglich der dahin zitierten Gesetzesvorschriften angesehen werden? (3) Welche Auslegungsansätze oder Argumentformen stehen zur Verfügung? Es gibt zumindest die Analogie, die teleologische Auslegung, sowie die Prinzipienabwägung. Könnten diese Argumentformen auch leitend sein? (4) Könnte schließlich eine weitere „justizielle Auslegung“ der Leitentscheidungen noch stattfinden?

Alle diesen Fragen weisen auf einen guten Ausgangspunkt statt Endpunkt für die Methodendiskussion in China hin.

¹⁵⁰ Vgl. *Chen Linlin*, Die Funktion der Intuition bei der Entscheidung schwieriger Fälle, *Zhejiang Social Sciences* 2011/7, 47-52.

¹⁵¹ Vgl. *Zhang Qingbo* (Fn. 134), S. 164-166.

¹⁵² Vgl. insbesondere *Zhang Qi*, Eine Besprechung des „Anleitungscharakters“ der Leitentscheidungen, *Law and Social Development* 2007/6, 40-51; *ders.*, Noch einmal über Charakter und Garantie der Geltung der Leitentscheidungen, *Law and Social Development* 2013/1, 91-105.

¹⁵³ Vgl. *Feng Wei*, Wofür sind die Leitentscheidungen des OVG Chinas? Eine Diskussion.“(zusammen mit *Dr. Lei Lei*, *Chen Wei*, u.a.), in: *Shu Guoying* (Hrsg.), *Archiv für juristische Methodenlehre*, 2012/Band 1, 299-343ff.

Die chinesische sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft und das Vorbild der Rechtsdogmatik

*Meng Hou/Zhuang Liu**

Eine wichtige Veränderung seit dem Wiederaufbau der chinesischen Rechtswissenschaft ab Ende der 70er Jahre des vergangenen Jahrhunderts ist der Aufschwung der interdisziplinären rechtlichen Forschung. Im Jahr 2001 gliederte *Su Li* in einem Aufsatz die Grundstruktur der zeitgenössischen chinesischen Rechtswissenschaft in die drei rechtswissenschaftlichen Schulen politologische Rechtswissenschaft¹, hermeneutische Rechtswissenschaft und sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft. Das Alleinstellungsmerkmal der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft bestehe in ihrem Charakteristikum der interdisziplinären rechtlichen Forschung und ihrer das Empirische betonenden Forschungsmethode. Nach einem Vergleich der drei Schulen gelangt *Su Li* zu dem Schluss, dass „in der künftigen chinesischen Rechtswissenschaft eher die hermeneutische Rechtswissenschaft und die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft die maßgebliche Rolle spielen werden“. Überdies sei es möglich, dass die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft „in China eine recht wichtige Position einnehmen (werde), vielleicht sogar eine wichtigere als die entsprechenden Disziplinen in Europa und den USA“.² Mittlerweile sind über zehn Jahre vergangen, und auch wenn sich die zeitgenössische chinesische sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft nicht so positiv wie von *Su Li* vorhergesagt entwickelt hat, so hat sie doch durchaus zu eigenständiger Struktur und Systematik gefunden und übt einen gewissen Einfluss auf die verschiedenen Teilgebiete der Rechtswissenschaft und auf die Rechtspraxis aus.

* Übersetzt von *Simon Werthwein*.

¹ Vgl. hierzu *Huang Hui*, S. 156 in diesem Band.

² *Su Li*: „Vielleicht hat es schon angefangen: Ein Überblick über die Entwicklung der Rechtswissenschaft im gegenwärtigen China“, *Journal of Comparative Law* 2001/3, 1-9. Der Begriff „sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft“ bezieht sich nach in China verbreiteter Auffassung in gewissem Maß auch auf die Disziplinen Recht und Geisteswissenschaften sowie Recht und Naturwissenschaft.

I. Entwicklung

Der Begriff „sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft“ wurde erstmals von *Su Li* umrissen, als er im Jahr 2001 eine Gliederung der Struktur der chinesischen Rechtswissenschaft vornahm.³ In der Folgezeit war der Begriff jedoch recht lange alles andere als gebräuchlich. Eine der Hauptursachen dafür war, dass die Bereiche, auf die *Su Li* sich seinerzeit mit dem Begriff „sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft“ bezog, einander fremd waren und relativ wenige Schnittmengen aufwiesen. Dies gilt sowohl für die von ihm selbst vertretene empirische rechtssoziologische Forschung als auch für die von *Liang Zhiping* vertretene rechtskulturelle Forschung, die von *Li Weidong* vertretene Forschung zur Herrschaft des Rechts im Verfahren sowie die von auf verschiedenen Teilgebieten der Rechtswissenschaft tätigen Wissenschaftlern betriebene, sich über sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft und Rechtshermeneutik spannende Forschung wie z.B. *Chen Xingliangs* strafrechtsphilosophische Forschung und *Wang Limings* Justizforschung. Zum anderen steckte die damalige sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft noch in den Kinderschuhen und es hatte sich noch keine Gruppe von Forschern gebildet, die die kritische Masse erreichte. Heute, mehr als zehn Jahre später, beginnt der Ausdruck „sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft“ akademischen Kreisen langsam vertraut zu werden. Er wird von einer hinreichend großen Gruppe von Forschern, die sich konzentriert diesem Thema widmet, benutzt und anerkannt. So hat sich dieser Begriff allmählich etabliert und bezeichnet heute eine große Forschungssparte. Insbesondere haben in den letzten Jahren von Studienaufenthalten in Deutschland zurückgekehrte Rechtswissenschaftler ein wissenschaftliches Selbstbewusstsein entwickelt und die hermeneutische Rechtswissenschaft allmählich zur Rechtsdogmatik gewandelt. Vor diesem Hintergrund hat die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft nach dem Vorbild der Rechtsdogmatik begonnen, die Akzeptanz ihrer Wissenstradition zu stärken, um besser mit der Rechtsdogmatik in Dialog und Wettbewerb treten zu können.

Entwicklungsgeschichtlich gesehen sollte der Rechtsdogmatik jedoch nicht die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft gegenübergestellt werden, sondern vielmehr die Rechtssoziologie,⁴ da zwischen letzteren beiden systematisch unterschieden werden kann. So bezieht sich beispielsweise *Luhmann*

³ Siehe *Su Li* (Fn. 2).

⁴ Zum Beispiel widmet das Werk „Grundlagen der Rechtssoziologie“ des deutschen Juristen *Thomas Raiser* dem Thema „Rechtssoziologie und Rechtsdogmatik“ ein eigenes Kapitel. Siehe *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, ins Chinesische übersetzt von *Wang Yafei*, 2014, S. 108-126. (Anm. d. Übers.: In der deutschen Ausgabe (6. Aufl., 2013) belegt besagtes Kapitel die Seiten 14 und 15. Es ist unklar, warum das Kapitel in der chinesischen Übersetzung so viel weiter hinten im Buch steht und um so vieles länger ist.)

auf Gesellschaftssystem und Rechtssystem als zwei eigenständige Systeme und markiert damit die Anwendungsbereiche von Rechtssoziologie einerseits und Rechtsdogmatik andererseits.⁵ Darüber hinaus zeigt der Blick auf die Genealogie der Rechtswissenschaft, dass die Rechtssoziologie eine der drei großen Strömungen der westlichen Rechtswissenschaft ist. Zwischen der Rechtssoziologie einerseits und der Rechtsphilosophie (insbesondere der Naturrechtsphilosophie) sowie der analytischen Rechtswissenschaft (Rechtspositivismus) andererseits verläuft unter dem Gesichtspunkt ihrer Funktion eine klare Trennlinie. So untersucht die analytische Rechtswissenschaft die Zusammensetzung und Auslegung von Rechtsnormen, also die Frage „Was ist das Recht?“. Hingegen erforscht die Rechtssoziologie den Vorgang der praktischen Anwendung von Rechtsnormen, also die Frage „Was ist das Recht in der Praxis?“. Auf diese Weise grenzen sich die beiden Forschungsrichtungen hinsichtlich ihres Forschungsgegenstandes voneinander ab; im Großen und Ganzen kommen sie einander nicht ins Gehege und jede hat ihren eigenen Entfaltungsspielraum.

Wenn es sich so verhält, weshalb führen wir dann nicht die Tradition fort und verwenden den Begriff Rechtssoziologie, sondern den Begriff sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft? Dies hängt in erster Linie mit der Evolution der chinesischen sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft in den vergangenen 30 Jahren zusammen. In den 1980er Jahren begann der Aufschwung der von *Shen Zongling* befürworteten rechtssoziologischen Forschung. Seit den 1990er Jahren begann die rechtssoziologische Forschung jedoch, Paradigmen der Makrotheorie einzuführen, zum Beispiel Staats- und Gesellschaftstheorie, funktionalistische Theorie, Theorie der Verfahrensgerechtigkeit, Machttechnologie sowie moderne Regierungskunst, und Rechtsökonomie, Rechtsanthropologie, Postmodernismus und andere Analyseinstrumente hielten Einzug.⁶ Nach dem Jahr 2000 konzentrierte man sich stärker auf die interdisziplinäre empirische Erforschung konkreter Probleme. Das bedeutete, dass die Forschung anders als im Fall der Rechtssoziologie nicht mehr durch den Forschungsbereich oder den Forschungsgegenstand definiert war, sondern dass der Anwendung unterschiedlicher Forschungsansätze bei der Problemanalyse besonderes Gewicht beigemessen wurde. Überdies stellte die Evolution der rechtssoziologischen Forschung die traditionelle normativistische Rechtswissenschaft vor eine Herausforderung, indem sie die

⁵ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, ins Chinesische übersetzt von *Zheng Yiqian*, 2009.

⁶ Siehe *Qiang Shigong*, Die chinesische Rechtssoziologie – ihre Misere und Auswege, *Cultural Review* 2013/5, 114-120; *Liu Sida*, Geschichte und Reflexion der chinesischen Rechtssoziologie, in *Su Li* (Hrsg.), *Law and Social Sciences* Band 7, 2010, 25-37.

Frage aufwarf, ob die Rechtswissenschaft eine Sozialwissenschaft sei.⁷ Vor diesem Hintergrund entstand die Möglichkeit einer Wandlung der Rechtssoziologie zur sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft.

Zwar nehmen beide Schulen Probleme aus dem Sozialleben in den Blick, jedoch unterscheidet sich die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft von der Rechtssoziologie durch ein höheres Maß an Offenheit. Hierin liegt der fundamentale Unterschied zur von der Rechtsdogmatik betonten Autonomie der Rechtswissenschaft. Diese Offenheit äußert sich darin, dass nicht starr an rechtswissenschaftlichen Methoden festgehalten wird, sondern Wert gelegt wird auf die Anwendung multidisziplinärer Methoden wie Soziologie, Ökonomie, Anthropologie und Psychologie unter Einschluss von Soziobiologie und Kognitionswissenschaft. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass die von der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft betonte Offenheit sich nur gegen das Spezifikum der Autonomie und Abschottung der Rechtswissenschaft richtet, nicht gegen die Rechtswissenschaft als solche. In der Tat findet die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft an den juristischen Fakultäten statt. Mit der Rechtsdogmatik teilt sie grundlegende juristische Konzepte und die grundlegende juristische Logik, auch macht sie die Texte von Rechtsnormen zur Voraussetzung und zum Hintergrund der Diskussion von Problemen. Man kann die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft daher immer noch als eine Schule der Rechtswissenschaft bezeichnen. Wenn sich die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft zu voller Blüte entfalten kann, wird dies die Wettbewerbsfähigkeit der Rechtswissenschaft insgesamt steigern.

Zwei Probleme sind zu beachten, wenn man im chinesischen Kontext den Dialog zwischen Rechtsdogmatik und sozialwissenschaftlicher Rechtswissenschaft diskutiert: Erstens muss man die verborgenen Unterschiede zwischen den beiden großen rechtswissenschaftlichen Traditionen beachten. Die Rechtsdogmatik ist stark von der deutschen rechtswissenschaftlichen Tradition beeinflusst. Wenn sich die Rechtsdogmatik mit der Rechtssoziologie vergleicht, versteht sie diese eher im deutschen Kontext, zum Beispiel im Sinne der rechtssoziologischen Theorie *Webers*. Hingegen ist die chinesische sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft in ihrer Gesamtheit stark von der US-amerikanischen empirischen Forschung auf dem Gebiet der Rechtssoziologie und der Rechtsökonomie beeinflusst. Zum Beispiel umfasst die Rechtssoziologie Bereiche wie Recht und Verhaltensforschung, Kritische Rechtslehre sowie die *Law and Development*-Bewegung; zu ihren Repräsentanten zählen *Selznick*, *Black*, *Macauley* und *Trubek*. Freilich ist die Rechtssoziologie in

⁷ Eine vergleichsweise frühe Kritik am Mangel an sozialwissenschaftlicher Forschung in der chinesischen Rechtswissenschaft findet sich bei *Zheng Ge*, Ist die Rechtswissenschaft eine Sozialwissenschaft? Versuch einer Einordnung der „Jurisprudenz“ und ihrer Forschungsmethode, *Peking University Law Review* 1998/1, 13-42.

den USA vergleichsweise randständig, aber in China erfährt sie einen lebhaften Aufschwung.⁸ Zweitens kann aus den oben genannten Gründen die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft weder ausgehend von der Theorie der Rechtssoziologie im deutschen Sinne verstanden werden, noch kann die US-amerikanische sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft als Zielscheibe der Kritik dienen; vielmehr muss der Dialog auf Grundlage eines Verständnisses der vorhandenen chinesischen empirischen Forschung geführt werden.

Welche empirische Forschung gibt es in der chinesischen sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft? Emblematische Werke sind „Die Herrschaft durch Recht und ihre einheimischen Ressourcen“ und „Die Landverschickung des Rechts“ von *Su Li*. Diese Werke markieren auch die Wende von der herkömmlichen Rechtssoziologie zur modernen sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft und haben wohl einen Paradigmenwechsel im *Kuhnschen* Sinne herbeigeführt. Denn Paradigmen weisen im Wesentlichen zwei grundlegende Charakteristika auf: Sie sind „neuartig genug, um eine beständige Gruppe von Anhängern anzuziehen, die ihre Wissenschaft bisher auf andere Art betrieben (hatten), und gleichzeitig (...) noch offen genug, um der neuen Gruppe von Fachleuten alle möglichen ungelösten Probleme zu stellen“.⁹ An diesem Maßstab gemessen hat *Su Li* tatsächlich die herrschende Forschungspraxis der gesamten Rechtswissenschaft vorangebracht und eine Gruppe von Nachwuchswissenschaftlern dazu gebracht, sich der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft zu widmen.

II. Struktur

1. Fachliches Umfeld

Bei der Etablierung der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft hat China hauptsächlich auf die Erfahrungen der USA zurückgegriffen. Für das Verständnis der Struktur der chinesischen sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft ist daher in gewissem Maß ein Vergleich mit den USA erforderlich.

Strukturell kann die US-amerikanische Rechtswissenschaft eingeteilt werden in Fallrechtswissenschaft und sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft. Von diesen entspricht die Fallrechtswissenschaft funktional der chine-

⁸ Siehe *He Xin*, Rechts- und sozialwissenschaftliche Forschung vor dem Hintergrund der Transformation Chinas, *Peking University Law Review* 2006/1, 21-36; *Su Li*, Gute Forschung und empirische Forschung, *Law Science* 2013/4, 16-20.

⁹ *Kuhn*, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, 4. Aufl., 2012, S. 10 (Anm. d. Übers.: Obenstehendes Zitat folgt der deutschen Übersetzung von *Simon*, revidiert von *Vetter*, erschienen unter dem Titel: *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 14. Aufl., 1997, S. 25).

sischen hermeneutischen Rechtswissenschaft; im Wesentlichen stellen beide bei der Erläuterung von Rechtsfragen Texte in den Mittelpunkt. Genealogisch jedoch entstammen Fallrechtsstudien und sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft derselben Wurzel. Die Pioniere der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft, zum Beispiel *Holmes*, *Brandeis* und *Cardozo*, waren zugleich auch Richter am *Supreme Court*. Der gegenwärtig einflussreichste Rechtsökonom *Posner* ist bis heute Richter am *Court of Appeals*. Sie haben sich nicht nur in ihren Schriften geäußert, sondern auch oft in Urteilen die Analysemethoden der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft angewandt. Auch hat eine Untersuchung gezeigt, dass seit den 1950er Jahren die Anzahl US-amerikanischer Gerichtsurteile, in denen nichtjuristische Materialien zitiert werden, sowohl in absoluten als auch in relativen Zahlen im Ansteigen begriffen ist.¹⁰ Dies zeigt, dass der Einfluss der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft auf das Fallrecht immer größer wird. Außerdem finden sich in den *Law Reviews* der großen *Law Schools* mittlerweile nur noch relativ selten rein fallrechtswissenschaftliche Aufsätze; vielmehr liegt der Schwerpunkt eher auf der Anwendung der Methoden der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft oder der Untersuchung des sozialen Kontexts von Gerichtsurteilen.

In den USA haben sich sowohl Fallrechtswissenschaft als auch sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft im Rahmen der Tradition des angloamerikanischen Rechtskreises entwickelt. Die chinesische Rechtswissenschaft unterscheidet sich in ihrer Grundstruktur hiervon deutlich: Die chinesische Rechtswissenschaft wurde nacheinander vom Recht der Sowjetunion, vom kontinentaleuropäischen Rechtskreis und vom angloamerikanischen Rechtskreis beeinflusst, worauf die im zeitgenössischen China existierende dreigliedrige Struktur aus politologischer Rechtswissenschaft, hermeneutischer Rechtswissenschaft und sozialwissenschaftlicher Rechtswissenschaft gründet. Jedoch sind infolge der grundlegenden genealogischen Unterschiede zwischen diesen drei Schulen die zwischen ihnen bestehenden Vorurteile und Gegensätze vielleicht noch schwerwiegender. Insbesondere hat nach lediglich 30 Jahren des Wiederaufbaus der chinesischen Rechtswissenschaft die hermeneutische Rechtswissenschaft gerade die Diskurshoheit errungen und legt besonderen Wert auf die Autonomie der Rechtswissenschaft sowie den grundlegenden Charakter der Methodik der juristischen Hermeneutik. Ihre Haltung gegenüber den Sozialwissenschaften beschränkt sich meist darauf, diese in das System der juristischen Hermeneutik einzugliedern. Die Sozialwissenschaft und insbesondere die Soziologie kann unter den juristischen Auslegungsmethoden nur eine der unwichtigeren sein und wird relativ selten

¹⁰ Siehe *Schauer/Wise*, Nonlegal Information and the Delegalization of Law, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 1, 2000, 495-516.

angewandt.¹¹ Die Untersuchung von *Cheng Fan* zu Textbelegen hat auch gezeigt, dass die chinesische Rechtswissenschaft einen höheren Abschottungsgrad aufweist; vor allem im Zivilrecht und im Völkerrecht werden relativ selten fachfremde Quellen zitiert.¹²

Was das Lehrpersonal angeht, so haben die *Lecturer* der US-amerikanischen *Law Schools*, welche den Großteil der Rechtswissenschaftler ausmachen, ihren Bachelorgrad durchweg nicht in Rechtswissenschaft erlangt, weshalb sie interdisziplinäre rechtliche Forschung, die auch die Sozialwissenschaften umfasst, eher tolerieren und akzeptieren. Auch die Zahl der Lehrenden in den *Law Schools*, die ihren Doktorgrad außerhalb der Rechtswissenschaft erworben haben, zeigt eine ständig steigende Tendenz. In den nach den USA-weiten Rankings besten 13 *Elite-Law Schools* verfügt ein Drittel der Dozenten über einen außerhalb der Rechtswissenschaft erworbenen Doktorgrad, in den *Law Schools* auf den Plätzen 14 bis 26 trifft dies auf ein Fünftel der Dozenten zu.¹³ Hingegen kann man die Dozenten an den *Elite-Law Schools*, die über einen der seit einhundert Jahren verliehenen rechtswissenschaftlichen Doktorgrade (S.J.D oder J.S.D.) verfügen, an den Fingern abzählen, und in der Rechtswissenschaft ihrer US-amerikanischen Heimat spielen sie keine wichtige Rolle.¹⁴ Überdies können viele *Lecturer* an den *Law Schools* nicht nur Kurse in einzelnen Teilgebieten des Rechts und zugleich interdisziplinäre Rechtskurse unterrichten, sondern sind auch in der Lage, beim Unterrichten von Kursen in einzelnen Teilgebieten des Rechts flexibel sozialwissenschaftliches Wissen, insbesondere aus der Rechtsökonomie, anzuwenden.

An den juristischen Fakultäten in China hat der Großteil der Dozenten jungen und mittleren Alters sowohl den Bachelor- als auch den Doktorgrad in Rechtswissenschaft erworben, so dass ihr Wissen relativ einseitig ist. Von denjenigen, die in einem anderen Fach als Rechtswissenschaft ihren Doktorgrad erworben haben, sind nur sehr wenige als Dozenten an juristischen Fakultäten tätig. Auch wenn Dozenten an juristischen Fakultäten interdisziplinäre Rechtskurse ins Leben rufen können, haben doch viele von ihnen erst nach Erwerb des rechtswissenschaftlichen Doktorgrades als Postdoktoranden in einem nichtjuristischen Fach geforscht. Insgesamt gesehen nimmt innerhalb des chinesischen rechtswissenschaftlichen Lehrpersonals das logisch in sich geschlossene rechtswissenschaftliche Wissen die Monopolstel-

¹¹ Z.B. *Liang Huixing*, Hermeneutik des Zivilrechts, 1995, S. 236-243.

¹² *Cheng Fan*, Betrachtung der Zitierpraxis aus Wettbewerbsperspektive: Analyse einer Untersuchung von Zitaten fachfremden Wissens in zeitgenössischen chinesischen rechtswissenschaftlichen Aufsätzen, *Social Sciences in China* 2005/2, 123-207.

¹³ Siehe *Hersch/Viscusi*, *Law and Economics as a Pillar of Legal Education*, *Review of Law & Economics*, Vol. 8, No. 2, 2012, 487-510.

¹⁴ Siehe *Hupper*, *The Academic Doctorate in Law: A Vehicle for Legal Transplants?*, *Journal of Legal Education*, Vol. 58, No. 3, 2008, 413-454.

lung ein. Auf diese Weise entsteht leicht ein enormes Beharrungsvermögen, das die Sozialwissenschaften ausgrenzt.

Auch wenn also die Entwicklung der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft kaum Anlass zum Optimismus gibt, ist damit jedoch keineswegs gesagt, dass sie in den vergangenen gut zehn Jahren nur im Schneckentempo vorangekommen wäre. Im Vergleich zu den 1980er und 1990er Jahren haben sich Forschungsumfang und Forschungsfeld der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft sehr verändert. Als in den 1980er Jahren die Rechtsökonomie begann, von allen Seiten in die US-amerikanische rechtswissenschaftliche Ausbildung einzudringen, begann China erst mit der Einführung des Konzepts der Rechtsökonomie. In den späten 1980er Jahren und den gesamten 1990er Jahren begann die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft aufzukeimen, jedoch war die Anzahl der Forscher gering. Als Beispiele sind zu nennen *Liang Zhipings* Forschung auf dem Gebiet der Rechtskultur,¹⁵ die von *Zheng Yongliu* angeführte Erforschung von Rechtsproblemen in ländlichen Gegenden¹⁶ sowie die von *Xia Yong* organisierte Untersuchung von Bürgerrechten.¹⁷ Sie erscheinen als Pioniere ihres jeweiligen Forschungsgebiets, doch wurden ihre Forschungen von niemandem weitergeführt. Selbst diese Wissenschaftler kehrten später zum Großteil zur Orthodoxie der hermeneutischen Rechtswissenschaft zurück. Aber seit den 2000er Jahren wächst die Zahl der Forscher im Bereich der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft spürbar und die Qualität der wissenschaftlichen Produktion hat sich erhöht.

Der Zuwachs an Forschern im Bereich der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft wurde durch die nationale Ausbildungspolitik Ende der 1990er Jahre zur starken Erhöhung der Studierendenzahl in der Rechtswissenschaft begünstigt. Der steile Anstieg der Anzahl der Studierenden der Rechtswissenschaft steigerte den Bedarf der Hochschulen an Lehrpersonal. Nach den durch das Erziehungsministerium veröffentlichten amtlichen Daten belief sich die Zahl der landesweit an regulären Hochschuleinrichtungen hauptberuflich tätigen Dozenten der Rechtswissenschaft im Jahr 1998 auf 10.702, wohingegen diese Zahl im Jahr 2009 56.909 betrug.¹⁸ Natürlich ist

¹⁵ *Liang Zhiping*, Auf der Suche nach der Harmonie der natürlichen Ordnung: Die traditionelle chinesische Rechtskultur, 1991.

¹⁶ *Zheng Yongliu/Ma Xiehua/Gao Qicai/Liu Maolin*, Das Rechtsbewusstsein der Bauern und die Rechtsentwicklung auf dem Land – Eine empirische Studie aus den ländlichen Gebieten Hubeis, 1993.

¹⁷ *Xia Yong* (Hrsg.), Auf dem Weg in eine Epoche der subjektiven Rechte: Die Entwicklung der Bürgerrechte in China, 1995.

¹⁸ Siehe die Internetseite des chinesischen Bildungsministeriums: <http://www.moe.edu.cn/publicfiles/business/htmlfiles/moe/s6200/list.html> (zuletzt besucht am 10. Januar 2013). „Rechtswissenschaft“ sollte hier auch Soziologie und Politologie einschließen. Jedoch fiel die Erhöhung der Studierendenzahlen in diesen beiden Fächern bei weitem geringer aus als

der Anteil der Vertreter der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft am gesamten rechtswissenschaftlichen Lehrkörper verglichen mit demjenigen der Vertreter der hermeneutischen Rechtswissenschaft sehr gering. Weil sich aber die Gesamtzahl der Angehörigen des rechtswissenschaftlichen Lehrkörpers erhöht hat, konnte sich die Anzahl der Vertreter der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft dennoch vervielfachen. Vor diesem Hintergrund haben sich für Doktoranden mit originärer Neigung zur sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft die Chancen erhöht, nach ihrem Abschluss eine feste Dozentenstelle an einer juristischen Fakultät zu finden. Das ist die Voraussetzung für die Fortsetzung ihrer Forschung im Bereich der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft und erhöht ihre Chancen, sich dem Wettbewerb mit Vertretern der hermeneutischen Rechtswissenschaft zu stellen.

2. Multilaterale bereichsübergreifende Dialogstruktur

Die Entwicklung der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft zeigt sich nicht nur in der Wissensvermehrung, sondern auch in der Systematisierung des Wissensaustauschs zwischen Rechtswissenschaft und anderen Disziplinen. Zum einen gibt es nun für die Sozialwissenschaftler an den juristischen Fakultäten mehr Gelegenheit, mit außerhalb der juristischen Fakultäten tätigen Fachkollegen den bilateralen bereichsübergreifenden Dialog zu pflegen, statt sich auf eher private Lesegruppen oder -zirkel zu beschränken. Beispielsweise wurden bereits mehrmals Jahresversammlungen in den Bereichen der Institutionenökonomik und der Rechtsökonomie abgehalten, an denen Rechtswissenschaftler und Wirtschaftswissenschaftler teilnehmen und die mittlerweile eine feste Gestalt angenommen haben. Zum anderen üben nicht nur westliche Sozialwissenschaftler, sondern auch zeitgenössische chinesische Sozialwissenschaftler beträchtlichen Einfluss auf Rechtswissenschaftler aus, wie zum Beispiel der Soziologe *Fei Xiaotong* auf *Su Li*.¹⁹ In der jüngeren Generation sind der unmittelbare Einfluss des Wirtschaftswissenschaftlers *Zhang Weiyong* auf *Deng Feng* und *Ai Jiahui*²⁰ sowie die direkten Denkanstöße der Studien des Anthropologen *Zhu Xiaoyang* für die Rechtswissenschaft²¹

in der Rechtswissenschaft, woraus man folgern kann, dass auch der Zuwachs beim Lehrpersonal in diesen Fächern nicht an denjenigen in der Rechtswissenschaft herankommt.

¹⁹ *Su Li*, Fei Xiaotong – konfuzianische Kultur und kulturelles Selbstbewusstsein, *Open Times* 2007/4, 32-48.

²⁰ *Zhang Weiyong/Deng Feng*, Information, Anreiz und gesamtschuldnerische Haftung – Eine rechtsökonomische Erklärung der Kollektivhaftung und des *Bao-Jia*-Systems im chinesischen Altertum, *Social Sciences in China* 2003/3, 99-112; *Zhang Weiyong/Ai Jiahui*, Informationsmechanismen des Berufungsverfahrens – Zugleich zur Verwirklichung der Funktion der Berufung, *China Legal Science* 2011/3, 91-106.

²¹ *Zhu Xiaoyang*, Verbrechen und Strafe. Geschichten vom Dorf: 1931-1997, 2003.

zu erwähnen. Allerdings wirkt dieser Einfluss überwiegend nur in einer Richtung.

Besonders erwähnenswert ist die allmähliche Herausbildung einer multilateralen bereichsübergreifenden Dialogstruktur in der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft. Abgesehen von dem oben genannten bilateralen bereichsübergreifenden Dialog können an den chinesischen juristischen Fakultäten Rechtsökonomien, Rechtssoziologen und Rechtsanthropologen trotz ihrer unterschiedlichen Fachgebiete und Wertorientierungen einen multilateralen bereichsübergreifenden Dialog führen. Dieser wird in Form von Kolloquien und Seminaren fortwährend weitergeführt,²² wobei die neue Generation junger Wissenschaftler bereits zur treibenden Kraft geworden ist. Hingegen ist das Klima der US-amerikanischen Fachwelt lediglich durch den bilateralen bereichsübergreifenden Dialog geprägt, zum Beispiel den bilateralen bereichsübergreifenden Dialog zwischen Rechtsökonomien aus der Rechtswissenschaft und aus der Wirtschaftswissenschaft. Dagegen ist der multilaterale bereichsübergreifende Dialog zwischen Rechtsökonomien einerseits und Rechtssoziologen und Rechtsanthropologen andererseits nicht nur sehr schwach ausgeprägt, sondern man steht einander zuweilen sogar absolut unversöhnlich gegenüber.²³

Genau diese Art der multilateralen bereichsübergreifenden Dialogstruktur kann zum komparativen Vorteil der chinesischen sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft werden. In den USA spielt die Rechtsökonomie die dominante Rolle; in der Forschungsstärke übertrifft sie die anderen Zweige der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft bei Weitem und hat fast eine Monopolstellung inne. In China aber befinden sich die Rechtsökonomie und die anderen Bereiche der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft gleichermaßen im Anfangsstadium ihrer Entwicklung; in der Rechtswissenschaft hat die von *Su Li* angeführte rechts- und sozialwissenschaftliche Forschung tendenziell sogar die Rechtsökonomie mit abgedeckt. Dieses Gleichgewicht der Kräfte vermag wiederum den multilateralen bereichsübergreifenden Dialog zu ermöglichen.

Eine weitere realistische Grundlage für das Möglichenwerden eines multilateralen bereichsübergreifenden Dialogs ist die Eigentümlichkeit der „chinesi-

²² Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien genannt: Kolloquium „Die sozialwissenschaftliche Erforschung des Rechts“ (2005), „Zweites Kolloquium Recht und Sozialwissenschaft – Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Anthropologie“ (2006), „Chinesische Erfahrungen mit dem Recht – Wissenschaftliches Kolloquium ‘Recht, Kultur und Gesellschaft’“ (2009), wissenschaftliches Kolloquium „Rechtsanwaltschaft und Sozialwissenschaft im Zeitalter des urbanisierten Rechts“ (2011) sowie Jahrestagung Recht und Sozialwissenschaft 2012 „Die Entwicklung der empirischen Erforschung des Rechts und Überlegungen zur rechtswissenschaftlichen Forschungsmethodik“.

²³ Siehe *Posner*, *The Sociology of the Sociology of Law: A View from Economics*, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 2, No. 4, 1995, 265-284.

schen Frage“. Es gibt nicht die eine westliche Theorie, die in der Lage wäre, den chinesischen Transformationsprozess als „Exoten“ unter den Entwicklungsmodellen effektiv zu erklären.²⁴ Deshalb müssen alle chinesischen Rechtsökonomien, Rechtssoziologen und Rechtsanthropologen der Realität ins Auge blicken und in der Praxis die Gültigkeit von Theorien und Methoden erproben. Die im chinesischen Transformationsprozess auftretenden neuen Probleme bieten jeder Art von Theorien und Methoden der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft weitere Gelegenheiten zur Erklärung und zu wissenschaftlicher Konkurrenz und Kooperation.

Gerade vor dem Hintergrund der Transformation und des Wissenswettstreits in China wurde die von einigen gleichgesinnten Wissenschaftlern herausgegebene Zeitschrift „Recht und Sozialwissenschaften“ begründet. Zeitschriften und die Abhaltung von Jahrestagungen sind Anzeichen dafür, dass die chinesische sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft sich fachsystematisch allmählich in Richtung eines Stadiums der Reife bewegt.²⁵ In den USA gingen von der prominentesten interdisziplinären juristischen Zeitschrift, dem *Journal of Law and Economics*, enorme Impulse für die Rechtsökonomie aus, besonders in den 19 Jahren unter der Herausgeberschaft von *Coase*. Für die Entwicklung der chinesischen sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft braucht es Plattformen des wissenschaftlichen Austauschs wie die Zeitschrift „Recht und Sozialwissenschaften“.

III. Fortschritte

Zwar haben die Vertreter der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft zahlenmäßig nicht die Oberhand und empfinden ihre Position an den juristischen Fakultäten oft als randständig, doch sind interdisziplinäre und empirische rechtliche Forschung in Fachkreisen und wissenschaftlichen Zeitschriften besonders willkommen. Auch viele Vertreter der hermeneutischen Rechtswissenschaft bemerken diese Tendenz – obwohl ihr Wissenssystem bereits gefestigt ist und sie keineswegs ohne Weiteres die Richtung ändern wollen und können. Überdies ist das „Willkommen“ keineswegs nur eine Geste, sondern die chinesischen Fachzeitschriften und ihre Leser schätzen derartige Forschung, so dass Abhandlungen auf dem Gebiet der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft leichter zu veröffentlichen sind. Das bedeu-

²⁴ Siehe *Upham*, From Demsetz to Deng: Speculations on the Implications of Chinese Growth for Law and Development Theory, *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 41, 2009, 551-602.

²⁵ Zur Diskussion der Fachsystematik siehe *Fang Wen*, Die Entwicklung der Sozialpsychologie: Eine fachsystematische Perspektive, *Social Sciences in China* 2001/3, 126-136.

tet, dass die Vertreter der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft mehr wissenschaftlichen Entfaltungsspielraum haben werden.

Was ihr Forschungsgebiet betrifft, hat sich die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft sowohl in der Breite als auch in der Tiefe sehr ausgedehnt. Sie ist noch auf die Erforschung der Rechtspflege einschließlich des Verfahrensrechts fokussiert und bringt viele Studienreihen hervor. Dazu zählen die Studienreihe *Su Lis* zu konkreten Streitfällen, die von *Wang Yaxin* geleitete Studienreihe zum Verfahrensablauf in Zivilprozessen, die von *Zou Weimin* geleitete Studienreihe zum Verfahrensablauf in Strafprozessen, *He Xins* Studienreihe zur Arbeit der Gerichte der unteren Stufe, *Hou Mengs* Studienreihe zur Arbeit des Obersten Gerichts, *Tang Yingmais* Studienreihe zur gerichtlichen Vollstreckung und *Ai Jiahuis* Studienreihe zum Gerichtsmanagement.²⁶ Doch gerade wegen dieser Fokussierung der Produktion der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft auf die Erforschung der Rechtspflege wird ihr Forschungsfeld oft als zu eng kritisiert. Fairerweise muss man aber sagen, dass gerichtliche Verfahren die konkrete Manifestation der Rechtsanwendung darstellen und es deshalb ganz normal ist, dass die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft sich im Anfangsstadium ihrer Entwicklung zunächst auf die Rechtspflege konzentriert. Dass im Bereich der Rechtspflege fortdauernde Forschung betrieben und insbesondere zu bestimmten Problemen eingehende Studienreihen durchgeführt werden, ist überdies nicht nur Ausdruck guter wissenschaftlicher Praxis, sondern begründet auch eine solidere Wissensbasis für den Aufbau einer chinesischen Tradition der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft.

Außerdem haben sich in einigen Bereichen bereits erste Gruppen von Forschern gebildet. Zum Beispiel hat sich in der auf die Rechtsanwaltschaft bezogenen Forschung eine Gruppe junger Wissenschaftler, zu der *Ran Jingfu*, *Liu Sida*, *Li Xueyao* und *Cheng Jinhua* gehören, zu einer aufstrebenden Größe in der empirischen Forschung entwickelt.²⁷ Zur rechts- und sozialwissen-

²⁶ *Su Li*, Genealogie und Mängel der zeitgenössischen chinesischen Rechtstheorie im Licht des „Porno-DVD-Falls“, *Peking University Law Journal* 2003/3, 287-306; *Wang Yaxin*, Die Verhandlung von Zivilsachen in der Praxis (2) — Erstinstanzliche Verfahren an fünf Gerichten der mittleren Stufe, *Peking University Law Review* 2004/1, 3-37; *Zou Weimin* et al., Empirische Untersuchung der Mechanismen des Strafverfahrens in China, 2007; *He Xin*, Versagen der Gerichte? – Empirische Untersuchung zweier Gerichte der unteren Stufe, *Law and Social Sciences*, Vol. 1, 2006, 30-65; *Hou Meng*, Studie zum Obersten Volksgericht Chinas unter dem Aspekt des Einflusses der Rechtsprechung, 2007; *Tang Yingmai*, Warum gerichtliche Vollstreckung schwierig ist – Regierungen, Märkte und Gerichte in Transformationsstaaten, 2009; *Ai Jiahui*, Studie zur Leistungsevaluation chinesischer Gerichte, *Law and Social Development* 2008/5, 70-84.

²⁷ Siehe z.B. *Ran Jingfu*, Die Unausgewogenheit der Verteilung der Rechtsanwaltschaftssprengel – Beschreibung und Erläuterung, *Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law* 2007/11, 62-73; *Liu Sida*, Die Logik des Partikularismus: Ökologische Analyse

schaftlichen Erforschung der Zitierung, die sich mit der Beurteilung des fachlichen Einflusses und der Forschungskapazität von Wissenschaftlern befasst, hat sich ebenfalls eine feste Autorengruppe formiert,²⁸ und nicht wenige auf Teilgebieten tätige Rechtswissenschaftler nutzen einen Teil dieser Forschung. Zudem hat auch die Verknüpfung von Recht und Neurowissenschaft das Interesse einiger Wissenschaftler auf sich gezogen, die eine konzentrierte Diskussion begonnen haben.²⁹ Dies zeigt, dass die gegenwärtige interdisziplinäre rechtliche Forschung in China die Grenzen der Sozialwissenschaften bereits überschreitet und sich auch auf das Gebiet der Naturwissenschaft erstreckt.

Hinsichtlich der Forschungsmethoden beinhaltet die Forschung im Bereich der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft der vergangenen mehr als zehn Jahre die interdisziplinären Bereiche Rechts- und Sozialwissenschaft, Rechtsökonomie, Rechtsanthropologie sowie Recht und Literatur. Die von der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft untersuchten Fragen umfassen nicht nur die Rechtspflege, sondern in zunehmendem Maße auch Gesetzgebung und Verwaltung sowie die Alltagspraxis. Wie oben bereits mehrfach angesprochen ist die Soziologie die Triebfeder der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft. Im Zusammenhang damit finden auch die Forschungsmethoden der Anthropologie in der Rechtswissenschaft recht häufige Anwendung. Als Beispiele sind zu nennen die Studien von *Chen Baifeng* und *Wang Qinghua* zur Führung von der Basis her und zur Streitbeilegung sowie von *Wang Qiliang* zu den Bräuchen ethnischer Minderheiten.³⁰ Alle diese

des chinesischen Rechtsdienstleistungsmarktes, 2011; *Cheng Jinhua/Li Xueyao*, Strukturelle Restriktionen rechtlichen Wandels – Die chinesische Rechtsanwaltschaft in der Interaktion von Staat, Markt und Gesellschaft, *Social Sciences in China* 2012/7, 101-122. Außerdem *Li Guoqing*, Empirische Untersuchung der chinesischen Rechtsanwaltsbranche unter dem Aspekt der Zutrittsbeschränkungen, *Law and Social Sciences*, Vol. 4, 2009, 37-196.

²⁸ Siehe z.B. *Cheng Fan*, Die Rechtswissenschaft unter dem Gesichtspunkt der Zitierung – Drei grundlegende Aspekte der Erforschung der Zitierung in der Rechtswissenschaft, *Studies in Law and Business* 200/1, 146-154; *Su Li*, Ein Blick auf die chinesische Rechtswissenschaft unter dem Gesichtspunkt der Zitierung in rechtswissenschaftlichen Werken – Untersuchung des gegenwärtigen Standes der chinesischen Rechtswissenschaft Teil 2, *China Legal Science* 2003/2, 159-170; *Ling Bin*, 30 Jahre chinesische Rechtswissenschaft: Eine quantitative Studie zur Periodisierung der Geschichte des Fachgebiets, *Open Times* 2009/8, 71-82.

²⁹ Als Beispiel sei das im November 2012 an der *East China University of Political Science and Law* veranstaltete wissenschaftliche Kolloquium „Recht und sozial-kognitive Neurowissenschaft“ genannt.

³⁰ *Chen Baifeng*, Landleben: Bummler auf der Ebene zwischen den zwei Seen, 2011; *Wang Qinghua*, Justiz in der Politik: Eine rechtssoziologische Untersuchung der chinesischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2011; *Wang Qiliang*, In Richtung eines tief in seinen sozialen und kulturellen Kontext eingebetteten Rechts, 2010.

Studien messen der Feldforschung besonderes Gewicht bei, und einige wurden sogar in Kooperation mit Anthropologen durchgeführt.

Die Forschung zum Thema Recht und Literatur hat zwar Fortschritte gemacht, wird aber anscheinend von niemandem weitergeführt. Abgesehen von einigen Veröffentlichungen von *Feng Xiang* und der Forschung von *Su Li* zum traditionellen Theater sind keine neuen Forschungsergebnisse zu sehen.³¹ Vielleicht bestätigt dies die geradezu vernichtende Kritik *Posners* an der Forschungsrichtung Recht und Literatur.³² Zweifelsohne kann diese Forschungsrichtung einen anderen Blickwinkel bieten, aber die Rechtswirklichkeit vermag sie schwerlich zu erklären. Daher muss sie wohl für die Meisten ein bloßes Vergnügen bleiben und kann nur für Wenige zum Beruf werden. Aber auch wenn die Forschungsrichtung Recht und Literatur einen anderen Blickwinkel bietet, bedarf sie doch immer noch der multidisziplinären Integration, wenn es zu einer Renaissance oder Steigerung ihres Ansehens kommen soll. So wendet beispielsweise *Posner* die Rechtsökonomie praktisch auf Recht und Literatur an, während *Su Li* sich mehr auf Rechts- und Sozialwissenschaft stützt.

An den US-amerikanischen *Law Schools*, die der Ursprungsort der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft sind, nimmt die Rechtsökonomie die vorherrschende Stellung ein. Dies hat sowohl wissenschaftliche als auch politische Gründe, wobei die wissenschaftlichen Gründe an erster Stelle stehen. Unter dem Gesichtspunkt der Methodik erscheint die Erklärung des Rechts mittels der ökonomischen Analyse tiefgreifender, wobei „tiefgreifend bedeutet, das Wesen der Dinge zu erfassen“.³³ Mit den Worten der modernen Wissenschaftsphilosophie geht es darum, mit weniger Theorien mehr Phänomene erklären zu können. Auf der anderen Seite, unter dem Gesichtspunkt der Nutzenanwendung, vermag die Beurteilung der Auswirkungen des Rechts mittels der Methoden der ökonomischen Analyse klarere normative Urteile zu fällen. Deshalb ist die ökonomische Analyse besser als die frühere Rechtstheorie in der Lage, Gesetzgebung und Judikatur eindeutig zu verbinden und logisch konsistent anzuleiten. Noch wichtiger ist, dass die Speerspitze der gegenwärtigen rechtsökonomischen Forschung sich von der Theorie hin zur Empirie wendet; im Grunde besteht die auf empirische Forschung ausgerichtete Rechtsökonomie in der Anwendung der Methoden der Statistik in den Sozialwissenschaften. Die Statistik selbst macht keinen Unterschied zwischen den Hoheitsgebieten der verschiedenen Wissenschaften und ist in allen mo-

³¹ Z.B. *Feng Xiang*, *Gerechtigkeit mit Holzbein* (revidierte Ausgabe), 2007; *Su Li*, *Recht und Literatur: Das traditionelle chinesische Theater als Forschungsstoff*, 2006.

³² Siehe *Richard A. Posner*, *Recht und Literatur* (überarbeitete und ergänzte Auflage), ins Chinesische übersetzt von *Li Guoqing*, 2002, S. 6-9.

³³ *Marx*, *Zur Kritik der Hegelschen Rechts-Philosophie – Einleitung*, *Ausgewählte Werke von Marx und Engels* (Band 1), 1995, S. 9.

dernen Wissenschaften und Sozialwissenschaften eine grundlegende Methode. Das führt objektiv dazu, dass Ökonomen befähigt sind, jeden einzelnen Aspekt des Gesellschaftslebens zu untersuchen, um Kausalbeziehungen zwischen einem breiteren Spektrum von Phänomenen zu erkennen und zu bestätigen, wodurch sich das Blickfeld und der Sachbereich der rechtsökonomischen Forschung enorm erweitert hat.

Jedoch befindet sich die Rechtsökonomie in China noch auf einer recht elementaren Stufe. Dies liegt in erster Linie an der geringen Nachfrage. In China ist der Großteil der Richter nicht damit befasst, durch Präjudizien Gesetzgebung zu betreiben; der Einfluss des einzelnen Richters ist begrenzt. Ein Verständnis der für die Gesetzgebung relevanten komplexen sozioökonomischen Zusammenhänge, insbesondere der Kausalzusammenhänge zwischen dem Rechtssystem und seinen Auswirkungen auf die Gesellschaft – also sozialwissenschaftliche Kenntnisse – benötigt er daher für gewöhnlich nicht. Die Nachfrage nach ökonomischem Wissen ist also auf dem gesamten Markt der Rechtspflege sehr gering. Demgegenüber sind Rechtsauslegung und Rechtsanwendung – und damit die Rechtsdogmatik – das tägliche Brot jeden Richters und Rechtsanwalts. Man kann sich also vorstellen, wie breit der Markt für Dogmatik ist. Ein noch wichtigerer Grund hierfür liegt in der Koordination und Arbeitsteilung des gesamten politischen Systems. China ist ein Staat, der sozioökonomische Probleme durch Aufsicht und Überwachung löst und dessen Regierung über mächtige praktische Steuerungsmöglichkeiten und eine Fülle rechtlicher Befugnisse verfügt. Im Vergleich dazu hat die Rechtspflege im praktischen Leben nur einen geringen Einflussbereich und spielt in der Gesellschaft nur beschränkt eine Rolle. Dies steht in scharfem Kontrast zum Status und zur Funktion der Rechtspflege in der US-amerikanischen Gesellschaft. In den USA beschränkt sich die Aufgabe des Richters nicht auf die Behandlung alltäglicher Streitigkeiten, sondern es obliegt ihm auch, den Marktwettbewerb zu regulieren, die Macht der Regierung zu begrenzen, die Wertvorstellungen der Mehrheit zu bekräftigen usw., woraus sich objektiv ein höherer Bedarf nach der diese praktischen Probleme erforschenden Rechtsökonomie ergibt. Zweitens folgt die wissenschaftliche Entwicklung einer Eigenlogik. Chinesische Rechtswissenschaftler sind, was Karrierewege und Ausbildung angeht, von der Wirtschaftswissenschaft ziemlich isoliert. Daher besteht auch kaum die Möglichkeit, dass die akademische Gemeinschaft spontan die Methoden der ökonomischen Analyse übernimmt und sich ganz von selbst eine der ökonomischen Analyse günstige Atmosphäre herausbildet. Zugleich ist die Rechtswissenschaft noch nicht vollständig aus dem Anfangsstadium des Übersetzens, Rezipierens und Vergleichens ausländi-

schen Rechts herausgewachsen³⁴ und hat noch kein ausreichendes theoretisches Selbstbewusstsein. Doch die Ökonomie verlangt ein solches Selbstbewusstsein; sie verlangt, mit einer bestimmten Denkweise aus dem Inneren der sozioökonomischen Verhältnisse des eigenen Landes heraus die Rationalität und die Mängel des Rechtssystems zu erkennen. Insofern ist die Rechtswissenschaft von ihrer Einstellung her noch nicht bereit, die Sozialwissenschaften, zu denen auch die Ökonomie gehört, zu rezipieren.

In gewissem Maß macht die chinesische Rechtsökonomie aber auch Fortschritte. Dies betrifft zunächst die Übersetzung und Rezeption wissenschaftlicher Werke. Die früheste Darstellung der Rechtsökonomie in Festlandchina stammt von Prof. *Xin Chunying*. Im Jahr 1986 veröffentlichte sie in der wichtigen rechtswissenschaftlichen Zeitschrift „CASS Journal of Law“ einen Aufsatz, der erstmals systematisch die von *Posner* vertretene US-amerikanische Schule der ökonomischen Analyse des Rechts vorstellte.³⁵ Im Jahr 1990 veröffentlichte Prof. *Shen Zongling*, eine Autorität auf dem Gebiet der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie, ebenfalls einen Aufsatz, in dem er die ökonomische Analyse vorstellte.³⁶ Im Jahr 1993 kehrte *Su Li* nach China zurück und begann mit der Übersetzung einer Reihe der Werke *Posners*.³⁷ An der juristischen Fakultät der Peking-Universität rief er eine Lehrveranstaltung zur Rechtsökonomie ins Leben, und allmählich erregte die Rechtsökonomie die Aufmerksamkeit der Rechtswissenschaft.³⁸ In der Folgezeit wuchs die Zahl der Übersetzungen rechtsökonomischer Lehrbücher und Werke allmählich an. Vergleichsweise bekannt sind die rechtsökonomischen Lehrbücher von *Cooter*, *Posner* und *Kaplow* sowie *Ellicksons* „Order without Law“, *Epsteins* „Simple Rules for a Complex World“, *Calabresis* „Tragic Choices“ und „The Economic Structure of Corporate Law“ von *Fischel* und *Easterbrook*. Durch einführende Werke und Übersetzungen wurde das Fachgebiet allmählich bekannt.

Um das Jahr 2000 herum begannen in der Rechtswissenschaft Studien, die mit den Methoden der ökonomischen Analyse das chinesische Recht auslegten und beurteilten, regelrecht hervorzusprudeln. Hinsichtlich des Forschungsansatzes ist die Rechtsökonomie im Wesentlichen unterteilt in die

³⁴ Die Methode der Rechtsvergleichung besteht letzten Endes lediglich in der Darstellung von Rechtstatsachen, wobei es jedoch keineswegs ausgemacht ist, dass die konkreten Strukturen ausländischen Rechts für China besonders brauchbar sind.

³⁵ *Xin Chunying*, Die US-amerikanische Schule der ökonomischen Analyse des Rechts, *Chinese Journal of Law* 1986/3, 91-95.

³⁶ *Shen Zongling*, *Posners ökonomische Analyse des Rechts*, *China Legal Science* 1990/3, 53-64.

³⁷ Jedoch wurde *Posners* berühmtes Werk „Die ökonomische Analyse des Rechts“ nicht von *Su Li* übersetzt.

³⁸ Die Verfasser danken *Dai Xi* für die kritische Prüfung dieser Darstellung der Anfänge der Rechtsökonomie in China.

beiden großen Sparten theoretische Rechtsökonomie und empirische Rechtsökonomie. Die Methode der strengen theoretischen Rechtsökonomie besteht darin, unter bestimmten Randbedingungen einen Gleichgewichtszustand anzustreben oder eine komparativ-statische Analyse durchzuführen, um die optimale Ausgestaltung des Rechtssystems aufzuzeigen. Weil es in den chinesischen rechtswissenschaftlichen Fachkreisen allgemein an der diesbezüglichen Spezialausbildung fehlt, sind Studien auf dem Gebiet der theoretischen Rechtsökonomie noch ziemlich rar. Als Beispiel sei verwiesen auf *Dai Xi*s Gleichgewichtsanalyse zur Abschreckungswirkung strafrechtlicher und zivilrechtlicher Sanktionsmechanismen.³⁹ Die empirische Rechtsökonomie dagegen besteht zum größten Teil in der Anwendung quantitativer oder statistischer Methoden auf das Gebiet von Recht und Wirtschaft. Ihr Ziel ist es, aus der Analyse von Daten auf Kausalitäten oder Korrelationen zwischen Phänomenen zu schließen. Statistische Methoden wurden erstmals angewendet von *Bai Jianjun*, *Tang Yingmao*, *Cheng Jinhua*, *Li Xueyao*, *Zhang Yongjian* und *Zhang Wei*, deren Studien sich meistens mit Bestrafung, Gerichtsurteilen und Justizwesen befassen.⁴⁰ Allerdings widmen sich diese Studien hauptsächlich der Korrelation verschiedener Phänomene und weniger der auf rigides Forschungsdesign und statistische Methoden gestützten Deduktion von Kausalbeziehungen zwischen den Phänomenen. Diese ist jedoch der Kern der empirischen Rechtsökonomie. Auch entspricht der theoretische Ausgangspunkt dieser Studien nicht gänzlich den Lehrsätzen der Rechtsökonomie, und die Rückwirkung auf ökonomische Theorien ist recht spärlich. Natürlich gibt es auch Ausnahmen wie die Untersuchung von Prof. *Li Xueyao* und seines Co-Autors zur Wahrnehmung von Richtern, die ein Gegenbeispiel zur Hypothese vom rationalen Menschen und ihren Schlussfolgerungen geliefert hat und damit von gewisser theoretischer Bedeutung ist.⁴¹

Es gibt eine weitere Sparte der Forschung, die die allgemeinen Prinzipien und Methoden der Rechtsökonomie zur Analyse von Phänomenen einzelner

³⁹ *Dai Xi*, Ergänzende Abschreckung und „Strafmilderung gegen Schadensersatz“, *Social Sciences in China* 2010/3, 127-143.

⁴⁰ *Zhang Yongjian*, Eine Architektur für die empirische Evaluation der Wirksamkeit der Durchführung eines Beschwerdesystems – Das Beispiel der Beschwerdefälle des taiwanischen „Innenministeriums“ in den Jahren 2006-2009, *Peking University Law Review* 2013/2, 344-388; *Zhang Wei*, Läuft die „Meeresschildkröte“ schneller als der „Chinesische Bodenkäfer“? – Eine quantitative Untersuchung der wissenschaftlichen Leistungen des Lehrpersonals erstrangiger chinesischer juristischer Fakultäten, *Guanghua Law Review* 2009/4, 13-28; *Bai Jianjun*, Das Verhältnis zwischen Verbrechensursachen, Verbrechen und Bestrafung im Licht der chinesischen Daten zur Kriminalitätsrate, *Social Sciences in China* 2010/2, 144-159; *Cheng Jinhua*, Juristen in der Politik: Rationalitätsanalyse und Verifizierung, *Peking University Law Journal* 2013/1, 114-132.

⁴¹ *Li Xueyao/Ge Yan*, Anerkennung des Einflusses der Flüssigkeit des Schreibstils auf gerichtliche Entscheidungen, *Social Sciences in China* 2014/5, 148-162.

Rechtsgebiete nutzt. Diese Studien sind recht eng mit praktischen rechtlichen Phänomenen verbunden und leisten einen vergleichsweise großen Beitrag zur Lösung von Problemen in den einzelnen Rechtsgebieten. Beispielsweise nutzt *Deng Feng* die Theorie der *Corporate Governance* zur Analyse des besonderen chinesischen Systems der Verantwortlichkeit von Führungspersonal, *Zhang Wei* setzt wirtschaftswissenschaftliche Methoden zur Analyse der Frage ein, warum es erforderlich ist, dass das Sachenrechtsgesetz durch den *numerus clausus* der Sachenrechte die sachenrechtliche Gestaltungsfreiheit einschränkt; und *Xu Defeng* nutzt wirtschaftswissenschaftliche Prinzipien zur Analyse der Frage, warum im Darlehensrecht Wucherzinsen unzulässig sind. Was die Rechtsökonomie betrifft kann man sagen, dass Zivil-, Handels- und Wirtschaftsrechtler sie bereits in ziemlich konkreter und detaillierter Weise zur Lösung chinesischer Probleme einsetzen.⁴² Die Untersuchung und Kritik der „Lehrsätze des Hai Rui“ durch *Su Li* und die von *Sang Benqian* durchgeführte Analyse der Grundsätze für die Beurteilung von *Hard Cases* demonstrieren die Erklärungskraft der multidisziplinären Integration der Rechtsökonomie in die Rechtssoziologie und Psychologie.⁴³

Jedoch ist der Einfluss der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft auf die chinesische Rechtspraxis insgesamt noch relativ gering, und wir können noch nicht mit Bestimmtheit sagen, welche der Studien auf dem Gebiet der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft das gerichtliche Verfahren und die gesetzgeberischen Entscheidungen in China konkret beeinflusst haben.

In den letzten Jahren kam es zwischen sozialwissenschaftlicher Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik (oder hermeneutischer Rechtswissenschaft im weiten Sinne) bezüglich konkreter Probleme und Fälle zu Kontroversen mit diametral entgegengesetzten Standpunkten. Beispiele hierfür sind die justizielle Auslegung zur Unzucht mit weiblichen Minderjährigen,⁴⁴ der „Porno-DVD-Fall“,⁴⁵ der Fall *Xu Ting*⁴⁶ und der Fall *YAO Jiaxin*.⁴⁷

⁴² *Deng Feng*, Rechtliche Analyse der Haftung von Führungspersonal – Betrachtung aus der Perspektive der Sorgfaltspflichten des Vorstandes, *Social Sciences in China* 2006/3, 136-148; *Zhang Wei*, Ökonomische Analyse des *numerus clausus* der Sachenrechte und der sachenrechtlichen Gestaltungsfreiheit, *Social Sciences in China* 2006/4.

⁴³ *Su Li*, Eine wirtschaftswissenschaftliche Interpretation der „Lehrsätze des Hai Rui“, *Social Sciences in China* 2006/6; *Sang Benqian*, Analyse der wirtschaftswissenschaftlichen Grundsätze für die Beurteilung von *Hard Cases*, *Social Sciences in China* 2008/4, 129-140.

⁴⁴ *Su Li*, Justizielle Auslegung, öffentliche Ordnung und das Oberste Gericht unter dem Aspekt der justiziellen Auslegung des Obersten Gerichts zur Unzucht mit weiblichen Minderjährigen, *Law Science* 2003/8, 3-29; *Chen Xingliang* (Hrsg.), Eine Selbstkritik der justiziellen Auslegungen in Strafsachen in China aus dem Blickwinkel der justiziellen Auslegung zur Unzucht mit weiblichen Minderjährigen, 2003; *Zhao Bingzhi* (Hrsg.), Die Übereinstimmung von subjektivem und objektivem Tatbestand: Eine Koordinate der Straf-

Hinter diesen Kontroversen steht die große Differenz zwischen sozialwissenschaftlicher Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik. Diese Differenz ist sowohl das grundlegende Charakteristikum der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft als auch ihr komparativer Vorteil bei der Analyse von Problemen.

IV. Komparativer Vorteil

Der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft wird oft Fragmentierung vorgeworfen. Demgegenüber verfügt die Rechtsdogmatik über ein klar strukturiertes und logisch streng kohärentes System; sie profitiert in hohem Maß von der Stärke der in sich geschlossenen Rechtswissenschaft. Tatsächlich strebt die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft an sich gar nicht nach Konzeptualisierung und Systematisierung, sondern legt Wert auf eine außerhalb des Rechts angesiedelte Forschungsperspektive und betont die Forschungsansätze (*approaches*). Diese Forschungsansätze entfalten sich im Umfeld konkreter Rechtsprobleme, sie sind problemorientiert, nicht rechtsvorschriftenorientiert.

rechtsmodernisierung – Betrachtung aus dem Blickwinkel der Einordnung der Unzucht mit weiblichen Minderjährigen als Vergewaltigung, 2004.

⁴⁵ *Zhang Xinbao*, Der „Porno-DVD-Fall“ unter dem Gesichtspunkt des zivilrechtlichen Schutzes des Rechts auf Privatsphäre, *The Jurist* 2003/3, 27-31; *Ye Chuanxing*, An der Schnittstelle von privaten Rechten, öffentlicher Gewalt und gesellschaftlicher Macht – Eine Interpretation des „Porno-DVD-Falls“, *The Jurist* 2003/3, 11-15; *Lu Jianping*, Die Grenzen des Strafrechts aus dem Blickwinkel des „Porno-DVD-Falls“, *The Jurist* 2003/3, 22-26; *Su Li*, Genealogie und Mängel der zeitgenössischen chinesischen Rechtstheorie im Licht des „Porno-DVD-Falls“, *Peking University Law Journal* 2003/3, 287-306; *Yi Yanyou*, Entkriminalisierung, Herrschaft des Rechts im Verfahren und Berechenbarkeit des Rechts – Eine rechtstheoretische Untersuchung zum „Porno-DVD-Fall“, *Tsinghua Law Journal* 2009/4, 68-83.

⁴⁶ *Zhang Mingkai*, Strafrechtswissenschaftliche Analyse des Falls *Xu Ting*, *Peking University Law Journal* 2009/1, 30-56; *Chen Ruihua*, Ein zügelloses Wildpferd. Das freie Ermessen des Gerichts im Spiegel des Falls *Xu Ting*, *Peking University Law Journal* 2009/1, 67-81; *Su Li*, Legalismus, öffentliche Meinung und schwierige Fälle, *Peking University Law Journal* 2009/1, 93-111; *Bai Bin*, Die Misere des Strafrechts und ihre verfassungsrechtliche Lösung – Der Fall *Xu Ting* aus Sicht der normativen Verfassungswissenschaft, *Chinese Journal of Law* 2009/4, 108-121.

⁴⁷ *Chen Baifeng*, Die Rolle der Medien in der Diskussion prominenter Fälle zu dem Thema der Herrschaft durch Recht – Das Beispiel des Falls *Yao Jiaxin*, *Studies in Law and Business* 2011/4, 56-63; *Chen Hehua*, Warum bei Affekttaten eine milde Strafzumessung aus psychologischen Gründen nicht angebracht ist – Vom Mordfall *Yao Jiaxin* ausgehende Überlegungen, *Law Science* 2011/5, 117-126; *Zhu Suli*, Die schädlichen Wirkungen der Bestrafung und das Schuldprinzip: Der Fall *Yao Jiaxin*, *Law Science* 2011/6, 3-14.

Auch wenn es keine einheitliche, systematische sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft gibt, hat sich aus Forschern mit unterschiedlichen Ansätzen doch eine ziemlich festgefügte akademische Gemeinschaft gebildet. Dieser Umstand an sich zeigt bereits, dass sie alle zweifellos eine gemeinsame Idee verfolgen. Die Herausbildung dieser unsichtbaren Akademie⁴⁸ ermöglichte es Forschern mit unterschiedlichen Ansätzen, einen bereichsübergreifenden Dialog zu führen und einen grundlegenden Konsens zu erarbeiten. Und im Dialog mit Vertretern der Rechtsdogmatik können Vertreter der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft ihre komparativen Vorteile erkennen, was wiederum die Festigung ihres grundlegenden Konsenses fördert. Dieser grundlegende Konsens der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft, der sich im Wege des Dialogs herausgebildet hat, umfasst im Wesentlichen die folgenden Aspekte:

Erstens: Den Rechtsvorschriften wird große Aufmerksamkeit geschenkt, jedoch geschieht dies auf pragmatische Weise. Die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft hat ebenso wie die Rechtsdogmatik Rechtstexte zur Grundlage. Aber im Unterschied zu der Verehrung, die die Rechtsdogmatik Rechtsnormen und Rechtsordnung entgegenbringt, interessiert sich die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft für die Lebenswelt der Rechtsvorschriften, also für die Rechtsprobleme der wirklichen Welt. Die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft untersucht, wie sich das Recht im Sozialleben auswirkt, und leitet daraus Empfehlungen für Gesetzgebung und Politik ab. Folglich legt die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft ebenso großes Gewicht auf die Rechtsvorschriften wie die Rechtsdogmatik und entfaltet sich im Umfeld dieser Rechtsvorschriften; keinesfalls aber macht sie diese Rechtsvorschriften zur Richtschnur ihres Handelns, sondern sie steht ihnen pragmatisch gegenüber.

Im Vergleich zur Rechtsdogmatik steht die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft der Wissenschaft vielleicht etwas näher. Das liegt daran, dass sie eine skeptizistische Haltung einnimmt und gegenüber allen möglicherweise problematischen Rechtsvorschriften wachsam bleibt. Anders die Rechtsdogmatik: Sie nähert sich Rechtsvorschriften zunächst mit Vertrauen, ja sogar blindem Vertrauen, und bemüht sich, im Wege der Auslegung die Stabilität des Rechtssystems und der Rechtsordnung möglichst aufrechtzuerhalten. Auf den Punkt bringt dies der folgende Ausspruch von *Li Zhongxia*: „Vor dem Hintergrund der Transformation der chinesischen Gesellschaft besteht die größte Differenz zwischen sozialwissenschaftlicher Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik nicht in der methodischen Frage, wie das positive Recht auszulegen sei, sondern in der Frage, welche Haltung gegenüber dem

⁴⁸ Vgl. unten Fn. 59 (Anmerkung des Übersetzers).

positiven Recht einzunehmen sei“.⁴⁹ Das Interessante ist, dass sich die Vertreter der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft im Vergleich zu Sozialwissenschaftlern, die in nichtjuristischen Fachbereichen rechtliche Forschung betreiben, umgekehrt wiederum relativ stark auf das Recht konzentrieren. Denn die Sozialwissenschaftler richten ihre Aufmerksamkeit auf Ordnungen, Systeme und soziale Normen, nicht nur auf das Recht. Beispiele hierfür sind die rechtsanthropologischen Studien von *Zhao Xudong* und die rechtsökonomischen Studien von *Zhang Wuchang*.⁵⁰

Zweitens: Den Ausgangspunkt bilden die Wirkungen, nicht die Rechtsvorschriften. Die Wirkungen als Ausgangspunkt zu nehmen bedeutet nicht lediglich, dass der Forschungsgegenstand der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft die praktischen Auswirkungen des Rechts sind. Die wichtigere Bedeutung liegt darin, dass Rechtsvorschriften und Rechtsprobleme von den Auswirkungen ausgehend in umgekehrter Richtung untersucht, ausgelegt und beurteilt werden. Dies steht offensichtlich in schroffem Widerspruch zur Rechtsdogmatik. Vor allem in bedeutenden, aufsehenerregenden und schwierigen Fällen wird der Richter gewiss zuerst die Auswirkungen bedenken. Damit sind nicht nur die Auswirkungen auf die an dem Fall beteiligten Parteien gemeint, sondern auch die Auswirkungen des Falles auf das sozioökonomische Leben. Nachdem der Richter die Auswirkungen abgewogen hat, begibt er sich auf der Grundlage des Abwägungsergebnisses auf die Suche nach der passenden Rechtsvorschrift und untermauert dieses Abwägungsergebnis sodann durch eine legitimierende Argumentation, wobei er sich der Technik der Rechtsauslegung bedient. Anders ausgedrückt analysiert der Richter den Fall in zwei Schritten: Zuerst die Erkenntnis, dann die Begründung. Die Erkenntnis ist an den Auswirkungen orientiert und bedarf einer Analyse mit den Methoden der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft, wogegen für die Begründung die Rechtsdogmatik zuständig ist.⁵¹

⁴⁹ Siehe *Li Zhongxia*, Werturteile in der Grundrechtsdogmatik aus dem Blickwinkel von sozialwissenschaftlicher Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik, Tagungsband zum wissenschaftlichen Kolloquium „Der Dialog zwischen sozialwissenschaftlicher Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik“ (Wuhan, China, 31. Mai/1. Juni 2014).

⁵⁰ *Zhao Xudong*, Recht und Kultur: Rechtsanthropologie und die chinesischen Erfahrungen, 2011; *Zhang Wuchang*, Ökonomische Interpretation Band 4: Die Wahl des Systems, 2014.

⁵¹ Z.B. bestand die Schwierigkeit im Fall *Xu Ting* darin, dass keine zu den erwünschten Auswirkungen passende Rechtsvorschrift auffindbar war. Anderenfalls hätte sich an diesem Punkt nicht so viel Streit entzündet. Sobald der Richter oder Wissenschaftler in einer Situation der Unbestimmtheit sich auf eine bestimmte Rechtsvorschrift festgelegt hat, besteht die verbleibende Arbeit lediglich noch in der Maximierung der legitimierenden Argumentation. Siehe den Themenschwerpunkt zum Fall *Xu Ting* in *Peking University Law Journal* 2009/1.

Freilich berücksichtigen die verschiedenen Forschungsansätze der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft die Auswirkungen in unterschiedlicher Weise. Beispielsweise liegt das Augenmerk der Rechtsökonomie auf der Maximierung des Wohlstandes oder der öffentlichen Wohlfahrt, wofür beispielhaft die Studien von *Sang Benqian* genannt seien. Die Rechtssoziologie betont dagegen die Stabilität der Gesellschaftsstruktur und -ordnung, wie dies bei den Studien von *Su Li* der Fall ist. Die Rechtsanthropologie schließlich legt den Schwerpunkt auf das Rechtsempfinden der lokalen Bevölkerung; als Beispiel mögen die Studien von *Zhu Xiaoyang* dienen.⁵²

Drittens: Die Erklärung von Kausalbeziehungen bildet einen Schwerpunkt. Das Anliegen der Rechtsdogmatik ist die Frage, wie rechtliche Probleme gelöst werden können, genauer: wie rechtliche Probleme unter Anwendung der vorhandenen Rechtsnormen und des vorhandenen Rechtssystems gelöst werden können. Die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft aber interessiert sich nicht besonders dafür, wodurch und wie Probleme gelöst werden, sondern eher für die Frage nach dem Warum, nach einer Erklärung für die Entstehung der Probleme. Die vorgenannte Frage nach dem Warum ist die Frage nach den Gründen für die Entstehung rechtlicher Probleme und ihren Auswirkungen. Man kann daher sagen, dass die Kernfrage der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft darin besteht, Kausalbeziehungen zu erklären.

Viertens: Fallstudien nach der Devise „im Kleinen das Große erkennen“. Die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft besteht aus qualitativer und quantitativer Forschung. In den USA konzentriert sich die quantitative Forschung vor allem auf die Rechtsökonomie und den Bereich der Strafjustiz. Auch in China erschienen in den letzten Jahren einige quantitative Untersuchungen. Außer einer kleinen Anzahl eigenständiger juristischer quantitativer Untersuchungen⁵³ sind auch einige Studien in Kooperation mit Forschern anderer Fachrichtungen entstanden, beispielsweise die Studien *Tang Yingmai* mit dem Ökonomen *Sheng Liugang* und *He Xins* mit dem Soziologen *Su Yang*.⁵⁴ Insgesamt gesehen aber liegt die Stärke der chinesischen sozialwis-

⁵² Siehe *Sang Benqian*, Der Nebel der theoretischen Rechtswissenschaft: Aufsehererregende Fälle als Quellenmaterial, 2008; *Su Li*, Die Wege führen in die Stadt: Herrschaft durch Recht im sich transformierenden China, 2004, S. 3-44; *Zhu Xiaoyang*, Verbrechen und Strafe. Geschichten vom Dorf: 1931-1997, 2003.

⁵³ Fn. 40.

⁵⁴ *Tang Yingmai/Sheng Liugang*, Das Phänomen der „zwei Hoch“ [nämlich einer hohen Zahl von Vollstreckungsanträgen und einer hohen Zahl von Verfahrenseinstellungen, Anm. d. Übers.] in Zwangsvollstreckungsverfahren in Zivil- und Handelssachen, in: *Su Li* (Hrsg.), Recht und Sozialwissenschaften Band 1, 2006, S. 1-29; siehe *He Xin/Su Yang*, Do the 'Haves' Come Out Ahead in Shanghai Courts?, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 10, No. 1, 2013, 121-146.

senschaftlichen Rechtswissenschaft, sei es Rechtsökonomie, Rechtssoziologie oder Rechtsanthropologie, in empirischen Fallstudien.

Fünftens: Betonung des Kontextualismus. Die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft scheint besonders großen Wert auf die Methoden und auf die Diskussion von Problemen zu legen. Aber die Anwendung von Methoden und die Diskussion jeglichen Problems müssen in die chinesische Realität eingebettet werden, um Aussagekraft zu erlangen. Dies ähnelt der von der Einbettungstheorie *Granovetters* hervorgehobenen Einbettung wirtschaftlichen Verhaltens in Gesellschaftsstruktur und Sozialbeziehungen⁵⁵ oder den von dem Anthropologen *Mauss* so bezeichneten „sozialen Totalphänomenen“.⁵⁶ Deshalb bedarf auch die Diskussion rechtlicher Probleme der Einbettung in die konkrete sozioökonomisch-kulturelle Tradition, um aussagekräftig zu sein. Letzten Endes sind unter dem Kontext die konkreten institutionellen Restriktionen oder die von *Zhang Wuchang* als solche bezeichneten „Beschränkungs-faktoren“ zu verstehen. Beispielsweise lehnt die chinesische rechtsökonomische Forschung die von *Coase* kritisierten „*Blackboard Economics*“ und sogar die Hypothese vom rationalen Menschen entschieden ab.⁵⁷ Allerdings zeigt sich auch in der Entwicklung der US-amerikanischen Rechtsökonomie eine Wende hin zur die Kognitionspsychologie betonenden verhaltensökonomischen Analyse des Rechts und zur experimentellen Rechtsökonomie. Die chinesische Rechtssoziologie hingegen steht in enger Verbindung mit der Sozioökonomie und der Netzwerksoziologie.

Auch mit Blick auf die Forschungsansätze wird – obgleich die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft der westlichen, insbesondere US-amerikanischen Wissenstradition entstammt – stets die Erprobung im chinesischen Kontext betont, sei es in Bezug auf die Verwendung von Begriffen, die Wissensanwendung oder Analyseverfahren. Die Forschung bedarf des fortlaufenden Erkenntnisgewinns in der Pendelbewegung zwischen Theorie und Erfahrung. Gute Forschung auf dem Gebiet der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft vermag durch die Untersuchung chinesischer Probleme bestehende Theorien zu revidieren und in Frage zu stellen, statt den westlichen Theorie-Mainstream mit einer weiteren Bestätigung oder Ausnahme aus

⁵⁵ Siehe *Granovetter*, Ein Mosaik: Soziale Netze und wirtschaftliches Handeln, ins Chinesische übersetzt von *Luo Jiade*, 2007, S. 1-37.

⁵⁶ *Marcel Mauss*, Die Gabe. Die Form und Funktion des Austauschs in archaischen Gesellschaften, ins Chinesische übersetzt von *Ji Zhe*, 2005, S. 176 (Anm. d. Übers.: Wiedergabe des Titels im Deutschen nach der Übersetzung von *Eva Moldenhauer*, 1968).

⁵⁷ Auch *Posner* ist der Ansicht, die Rechtsökonomie könne auf die chinesische Justiz nicht angewendet werden, siehe *Richard A. Posner*, Rechtsökonomie und Rechtspragmatismus, ins Chinesische übersetzt von *Chen Mingyu*, *Peking University Law Review* 2013/1, 4-12.

China zu versorgen.⁵⁸ Auf diese Weise kann eine neue chinesische Tradition der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft begründet werden.

V. Ausblick

Die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft als multilaterale bereichsübergreifende Dialogstruktur ist offenkundig noch verbesserungsbedürftig. Obgleich sich Forscher der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft aus Rechtsökonomie, Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie und anderen multidisziplinären Forschungsfeldern zusammentun und sich eine „unsichtbare Akademie“⁵⁹ im Sinne einer akademischen Gemeinschaft zu bilden beginnt, ist doch die Arbeit der „Sichtbarmachung der unsichtbaren Akademie“ bei Weitem noch nicht getan. Innerhalb der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft herrscht gleichsam noch das Einzelkämpfertum vor; ein grundlegender Konsens hat sich noch nicht herausgebildet. Nach unserem Dafürhalten wird die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft erst auf der Grundlage der Empirie Fuß fassen können, und die empirische Forschung muss die Grundrichtung des Strebens der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft nach einem größeren Durchbruch sein.

In der empirischen Forschung liegt auch der komparative Vorteil der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft gegenüber der hermeneutischen Rechtswissenschaft. Die chinesische sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft tritt, obwohl ihre Stärke in der Empirie liegt, oftmals mit Kritik am Recht in Erscheinung. Wenn die chinesische sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft jedoch lediglich Probleme der Herrschaft durch Recht kritisiert, es aber an einer Untersuchung der praktischen Kausalbeziehungen fehlen lässt, wird sie sehr wahrscheinlich genauso wie die US-amerikanische Kritische Rechtslehre nach einer Phase der wissenschaftlichen Hochkonjunktur ihrem Niedergang entgegengehen.⁶⁰ Gerade auch weil die chinesische sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft noch keine Tradition der empirischen Forschung begründet hat, verstehen einige Vertreter der hermeneutischen Rechtswissenschaft sie als eine weitere metaphysische Theorie neben der Rechtstheorie, weshalb sie „Theoriekritik“ an ihr üben.⁶¹ Diese Betrachtung

⁵⁸ *Feng Xiang*, Die juristische Fakultät – *quo vadis?*, in: *Xu Zhangrun* (Hrsg.), *Tsinghua Law Journal* Band 4, 2004, S. 288-296.

⁵⁹ Vgl. *Crane*, *Invisible Colleges: Diffusion of Knowledge in Scientific Communities*, 1972.

⁶⁰ Siehe *Williams*, *Critical Legal Studies: The Death of Transcendence and the Rise of the New Langdells*, *New York University Law Review*, Vol. 62, No. 3, 1987, 429-496.

⁶¹ Siehe *Zhang Xiang*, *Entzauberung und Eigenständigkeit: Der Einfluss der politischen Theorie auf die Verfassungsinterpretation und seine Grenzen*, *Tribune of Political Science and Law* 2007/4, 29-41.

tungsweise hat die Voreingenommenheit der hermeneutischen Rechtswissenschaft gegenüber der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft noch vertieft.

Aber die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft tut im Bereich der empirischen Forschung tatsächlich noch deutlich zu wenig. In den juristischen Fakultäten haben die meisten Vertreter der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft keine sozialwissenschaftliche Fachausbildung durchlaufen, und sie haben noch kaum Intuition bei der Anwendung empirischer Methoden. Zum Beispiel ist die Dauer von Feldforschungen ziemlich kurz und nicht nachhaltig. Selbst bei relativ langfristigen Studien werden in der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft nicht selten die empirischen Daten noch immer in Übereinstimmung mit „Vorahnungen“ zurechtgeschnitten, statt von den empirischen Daten ausgehend neue Probleme zu entdecken. Dadurch fehlt solchen Studien, obwohl sie auf den ersten Blick eine sozialwissenschaftliche Aufmachung haben, die „Erdung“, oder man stapelt ohne Problematisierung und ohne die nötige Theoretisierung lediglich einen Haufen von Erfahrungsfragmenten aufeinander.

Eine grundlegende Tendenz der empirischen Forschung ist die Quantifizierung. Derzeit sind in den Teilgebieten der Rechtswissenschaft, insbesondere im Strafrecht, einige quantitative Studien erschienen. Einige sind recht umfangreich; so leitete beispielsweise *Bai Jianjun* den Aufbau einer juristischen Datenbank und veröffentlichte eine Studienreihe zur Quantifizierung von Strafe und Strafzumessung.⁶² Jedoch ist an einigen Universitäten, obwohl auch dort in gewissem Umfang Forschungsteams für rechtsempirische Forschung entstanden sind, eine Arbeitsweise anzutreffen, in deren Mittelpunkt die Anfertigung von Seminararbeiten steht. Sie wenden die quantitativen Methoden auf relativ simple oder sogar unsachgemäße Weise an, weshalb die Erklärungs- und Überzeugungskraft der produzierten Studien sehr zu wünschen übrig lässt. In der gegenwärtigen Situation sollten Rechtswissenschaftler, die gute quantitative Studien erstellen wollen, vielleicht doch eher auf die Kooperation mit Ökonomen und Soziologen zurückgreifen. Überdies können sie auf diese Weise den komparativen Vorteil ausspielen, der den Rechtswissenschaftlern aus logischer Analyse und Sensibilität gegenüber Tatsachen erwächst.

Jedoch ist empirische Forschung keineswegs gleichzusetzen mit quantitativer Forschung. Vielmehr sollte man gleichermaßen auch die auf Untersuchungen beruhende qualitative Forschung nicht unterschätzen. Für Rechtswissenschaftler sind die komparativen Vorteile der Durchführung von Fallstudien vielleicht sogar noch augenfälliger als diejenigen der quantitativen

⁶² *Bai Jianjun*, Das Verhältnis zwischen Verbrechensursachen, Verbrechen und Bestrafung im Licht der chinesischen Daten zur Kriminalitätsrate, *Social Sciences in China* 2010/2, 144-159.

Forschung. Zur sozialwissenschaftlichen Untersuchung einzelner Rechtsfälle benötigt man nicht nur ein Verständnis der Rechtstexte, sondern mehr noch gilt es, die hinter dem Einzelfall stehenden Kausalbeziehungen zu untersuchen und den Einzelfall im Kontext der konkreten und vollständigen sozialen Umstände zu betrachten. Dies zeigt sich in konzentrierter Form in der *Extended Case Method*.⁶³ Die *Extended Case Method* ist ein Verfahren, um nach dem Grundsatz der Ganzheitlichkeit oder Kontextualität die „Tatsachen“ des Falles zu erkennen, sein „Wesen“ zu bestimmen und zu einer entsprechenden Beurteilung zu gelangen. Die gefundenen „Tatsachen“ müssen in die Gesamtheit ihres soziokulturellen Kontexts gestellt und mit der „Vorgeschichte“ der Streitigkeit und deren möglichen „gesellschaftlichen Auswirkungen“ in Beziehung gesetzt werden, um analysiert werden zu können; erst vor dem Hintergrund des regionalen und überregionalen Rechtsverständnisses oder regionaler und überregionaler Normvorstellungen kann man sich das „Wesen“ und den Sinngehalt dieser Tatsachen „vergegenwärtigen“.⁶⁴ Die tiefere Bedeutung der *Extended Case Method* liegt darin, dass sie gegen die Praktiken der Schematisierung von „Tatsachen“ oder „Einzelfällen“ gerichtet ist, auf denen die hermeneutische Rechtswissenschaft beharrt. Deshalb können solche Fallstudien gefestigte, universelle Makrotheorien durch empirische Untersuchungen in Frage stellen. Und wenn es gelingt, aus Einzelfällen eine Art Mikro- oder Mesotheorie zu extrahieren, wird diese in Bezug auf die Rechtsprobleme in der chinesischen Gesellschaft eine größere Erklärungs- und Überzeugungskraft haben.

VI. Zusammenfassung

Die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft ist zwar ein grundlegender Bestandteil der chinesischen Rechtswissenschaft, wird aber aufgrund ihres anderen fachlichen Umfelds kaum das US-amerikanische Entwicklungsmodell nachahmen können. Im Unterschied zur Struktur der US-amerikanischen sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft, in der die Rechtsökonomie die dominante Rolle spielt, haben sich in China Ansätze einer multilateralen bereichsübergreifenden Dialogstruktur zwischen Recht und Sozialwissenschaften herausgebildet. Doch das derzeit größte Problem ist der schwerwiegende Mangel an empirischer Forschung. Die künftige Entwicklung muss eine größere Veränderung des Lehr- und Schreibstils sowie der Forschungsmethoden mit sich bringen. Außer dem Beharren auf der Tradition der empi-

⁶³ Siehe Burawoy, *The Extended Case Method*, *Sociological Theory*, Vol. 16, No. 1, 1998, S. 4-33.

⁶⁴ Zhu Xiaoyang, Sprachverwirrung und der ganzheitliche Forschungsansatz der Rechtsanthropologie, *Social Sciences in China* 2007/2, 106-117.

rischen Forschung müssen Mechanismen der wissenschaftlichen Konkurrenz und Kooperation etabliert werden, insbesondere gilt es, die optimale Integration von Erkenntnissen und Methoden der Rechtsökonomie und der anderen Rechts- und Sozialwissenschaften voranzubringen. Nur so können die im chinesischen Transformationsprozess auftretenden neuen Probleme effektiv erklärt werden und nur dann besteht die Chance, dass eine chinesische Schule der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft entsteht.

Die Rezeption der deutschen juristischen Methodenlehre in China und deren Einfluss auf die chinesische Zivilrechtswissenschaft

Weixing Shen

Franz Wieacker hat in seinem Hauptwerk *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* die Rechtsrezeption als eine „kulturelle Integration von höchst verwickelter und wandelbarer Schichtung“¹ bezeichnet, d. h. als ein „Gefüge vielfältiger geschichtlicher und sozialer, intellektueller und psychologischer Gruppenprozesse“.² In der Tat war es in Deutschland auch so, dass die Rezeption des römischen Rechts einen langfristigen und kontinuierlichen Vorgang darstellte, obwohl das deutsche Volk und das altrömische „Volk“ ganz eng kulturell und historisch verbunden waren.

Wenn man auf die Geschichte Chinas zurückblickt, steht ein historisches Bild vor unseren Augen, das die hundertjährige Geschichte der Rechtsrezeption von den letzten Jahren der Qing-Dynastie bis heute zeigt. Mit der Bekanntmachung der *Bianfa Ziqiang Yu* (变法强国谕)³ durch die Kaiserinwitwe *Cixi* begann 1901 im alten China eine umfassende Rezeption von westlichen Rechtskulturen. In der Zwischenzeit wurden Verwirrungen durchlebt, Verluste erlitten und Fehler gemacht. Aber immer wurde den kontinentalen Rechtssystemen gefolgt, vor allem dem deutschen Rechtskreis.⁴ Dies ist weniger ein historischer Zufall, als vielmehr eine unumgängliche und auch bewusste Entscheidung.⁵ Heute ist auf der Ebene der Rechtsinstitutionen ein privatrechtli-

¹ *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1967, S. 128.

² *Wieacker* (Fn. 1), S. 128.

³ Der *Bianfa Ziqiang Yu* (变法强国谕) war eine in der Qing-Dynastie veröffentlichte Ankündigung, deren wichtigsten Inhalte die Maßnahmen über die politische Reform sowie über die Selbstverstärkung waren.

⁴ Vgl. *Fan Zhongxin*, Über drei Wege der Modernisierung des chinesischen Rechts, *Law Science* 2002/10, 9-14. Die Abweichung von den geplanten Wegen im Vorgang der Rechtsrezeption wird als „Kreuzphänomen“ in der Rechtswissenschaft bezeichnet. Ausführlich *Wang Guanxi*, Nochmal über das Kreuzphänomen in der chinesischen Rechtsentwicklung, *Journal of Comparative Law* 2009/2, 34-49.

⁵ Aufgrund der Bedeutung der „Qualität“ des Zivilgesetzbuchs hat China die deutsche Rechtsordnung ausgewählt, was die Richtung der wissenschaftlichen Forschung und den

ches System in China begründet worden, das von der sog. chinesischen Besonderheit geprägt wird. Vor der vollständigen Integration der fremden Rechtsordnungen in die chinesische Gesellschaft hat man jedoch noch einen langen Weg zu gehen.⁶

I. Ausgangspunkt: Rolle und Funktion der Methodenlehre bei der Rechtsrezeption

Die Frage, ob eine Rechtsrezeption überhaupt möglich oder notwendig ist, ruft nicht selten heftigen Streit hervor.⁷ Trotzdem kann nicht verneint werden, dass das Recht in der *Welt* durch verschiedene Arten der Rezeption integriert, vereinheitlicht und koordiniert worden ist. Die Rechtsrezeption, die als Motor der „Rechtsinvolution“ dient, kommt regelmäßig in der Rechtsgeschichte vor.⁸ Es gibt drei Formen der Rechtsrezeption: die Rezeption von Gesetzgebung (die gesetzgeberische Rezeption), die Rezeption von Rechtslehre und die Rezeption von Rechtsprechung.⁹ Die drei Kategorien sollen keine auseinanderfallenden Entwicklungsstufen, sondern eng miteinander verbunden

Weg der Gesetzgebung unvermeidbar mitbestimmt hat. Vgl. *Shao Jiandong*, Die Rezeption des deutschen Zivilrechts im alten China, JZ 1999, 80, 83; *Shen Weixing*, Die Rezeption der Rechtslehre, die Verwissenschaftlichung der Rechtswissenschaft und die Übersetzung der Rechtsliteratur, Legal Daily vom 18.1.2004.

⁶ Recht kann nicht wie eine Pflanze einfach transplantiert werden, sondern muss in eine Gesellschaft eingefügt werden. Vgl. *Starck*, Gründe, Bedingungen und Formen von Rechtsrezeptionen, Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen zu 2009, 2010, S. 378.

⁷ Die Gegner der Rechtsrezeption berufen sich auf geschichtliche, kulturelle, sowie soziale Unterschiede, z. B. *Montesquieu*, *Savigny*, sowie zeitgenössische Rechtswissenschaftler *Ann* und *Robert Seidman*. Demgegenüber halten die meisten Befürworter die Rechtsrezeption für nützlich, z. B. *Roscoe Pound* und *Alan Watson*. Ausführlich *Xin Chunying*, Rechtsrezeption in Theorie und Praxis, Northern Legal Science 2007/3, 5-13.

⁸ In der Rechtsgeschichte können zahlreiche Rezeptionen beobachtet werden, z. B. die Rezeption von dem Land des Mutterrechts durch das des Tochterrechts innerhalb eines Rechtskreises, die gegenseitige Rezeption zwischen verschiedenen Rechtskreisen innerhalb einer Epoche, die Rezeption verschiedener Rechtskreise mit Zeitaufschub und auch die Rezeption zwischen geographisch oder politisch unterschiedlichen Ländern. Ausführlich *Feng Zhuohui*, Diskussion über die Frage der Rechtsrezeption, Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law) 2001/2, 6-26; *He Qinhua*, Rechtsrezeption und die Lokalisierung des Rechts, China Legal Science 2002/3, 3-15.

⁹ *Wang Tze-chien*, Die Rezeption des deutschen Zivilrechts und die Entwicklung des Zivilrechts in Taiwan, Journal of Comparative Law 2006/6; *Z.Kitagawa*, Hundert Jahre deutsch-japanischer Rechtswissenschaft, übersetzt von *Li Yiduo*, Peking University Law Journal 1992/4. Es gibt auch Literatur in deutscher Sprache: *Wang Tze-Chien*, Die Aufnahme des europäischen Rechts in China, AcP 166 (1966), 343, 345; *Z.Kitagawa*, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, 1970, S. 67.

sein und zusammen eine innere Einheit bilden: Die gesetzgeberische Rezeption soll die Voraussetzung für die anderen zwei sein; die Rezeption der Rechtslehre soll als Grundlage und Kern dienen; das Ziel ist die Rezeption der Rechtsprechung. In Wirklichkeit erscheint der Rezeptionsprozess jedoch in ganz anderer Weise. Will ein Land oder eine Region eine fremde Rechtsordnung einführen, kann normalerweise nur die eine oder die andere Art der Rezeption übernommen werden, weil die objektiven historischen, wirtschaftlichen und politischen Bedingungen beschränkt sind. Deswegen könnte die Form der Rezeption die tatsächliche Ebene oder Stufe einer momentan durchgeführten Rezeption widerspiegeln. Die fremden Rechtsinstitutionen, die ohne Berücksichtigung tatsächlicher Bedürfnisse oder ohne Systemdenken transplantiert werden, könnten sich genauer gesagt nicht in der neuen Gesellschaft „akklimatisieren“ bzw. würden zur Unverträglichkeit mit den schon bestehenden Verhaltensregelungen führen. Natürlich ist diese Form der Rezeption eine Unterstufe der gesetzgeberischen Rezeption. Um die Starrheit oder die Widerspruchsmöglichkeit der gesetzgeberischen Rezeption zu lockern und zu vermeiden, soll die Rezeption der Rechtslehre eingeführt werden. Je mehr die rezipierte Rechtslehre akzeptiert und anerkannt wird, umso höher kann die Entwicklungsstufe der Rezeption sein. Mit anderen Worten: diese ist eine Oberstufe der Rezeption. Bildlich gesprochen ist die Rechtsrezeption mit dem Import einer Maschine vergleichbar. Wenn die transplantierte Rechtsordnung als „Maschine“ betrachtet wird, gilt die eingeführte Rechtslehre als „Bedienungsanleitung“, die von wie „Techniker“ arbeitenden Rechtswissenschaftlern logisch, vernünftig und auch wissenschaftlich geschrieben wird. Mit der „Bedienungsanleitung“ können verschiedene Teile in ein einheitliches Ganzes zusammengebaut, die innewohnenden „Mängel“ entfernt und auch die „Betriebsfehler“ beseitigt werden. Inzwischen kann die Kompetenz der Richter, die wie „Arbeiter“ tätig sind, gefördert werden. Dadurch kann die „Betriebseffizienz“ maximiert werden. Im Vergleich zu den anderen zwei hat die Rezeption der Rechtsprechung ihre Bedeutung auf der Ergebnisebene. Mit anderen Worten dienen die Rezeption der Gesetzgebung und die Rezeption der Rechtslehre letztlich der Rezeption der Rechtsprechung, die durch den einzelnen Prozess die privatrechtlichen Verhältnisse gestaltet und verwirklicht.

Es ist allgemein bekannt, dass es kein privatrechtliches „Gen“ in der traditionellen chinesischen Gesellschaft gab. Die Geburt des modernen Zivilrechts und dessen Wachstum sind nur eine Folge der Rezeption der Rechtskultur der westlichen Welt. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu vermeiden, dass wesentliche Konflikte zwischen den fremden „Exoten“ und dem in der traditionellen Gesellschaft innewohnenden Betriebsmechanismus vorkommen können.

Um diesen Widerspruch zu beseitigen und die zivilrechtlichen Ordnungen vollständig zu verinnerlichen, damit die als Rechtsinstrumente eingeführten

Regelungen leicht anwendbar gemacht werden können, muss das rechtliche „Blut“ und „Fleisch“ aus der westlichen Welt eingeführt werden, nachdem das als „Skelett“ geltende Zivilgesetzbuch nach westlichem Muster verfasst worden ist. Bei der Einführung des „Blutes“ und „Fleisches“ spielt unmittelbar die Rezeption der Rechtslehre eine entscheidende Rolle.¹⁰ Die Rechtsrezeption ist der Sache nach nicht einfach ein Plagiat oder eine Imitation, sondern eine Absorption und eine Assimilation.¹¹ In einem Rezeptionsland besteht die Aufgabe der Rechtswissenschaft bzw. der Rechtswissenschaftler im Wesentlichen darin, dass sich die Rechtsnormen durch Rechtslehre und -lehre angemessen an das Alltagsleben anpassen können, womit die Gesetzgebung rationalisiert, systematisiert und verwissenschaftlicht werden kann.¹² Die juristische Methodenlehre, die sich mit der Methode der Rechtsanwendung beschäftigt, spielt deswegen bei der Rezeption der Rechtslehre eine große Rolle, weil die rezipierten Rechtsnormen nur dadurch absorbiert und assimiliert werden können. Dadurch, dass die allgemeinen Regelmäßigkeiten der *Rechtsauslegung*, Wertbeurteilung und der juristischen Argumentation zusammengefasst und resümiert und in der richterlichen Praxis angewendet werden, kann eine den Richtern anvertraute, unparteiische Rechtsprechung gewährleistet werden.¹³ Man könnte sagen, dass die juristischen Methoden aus einer Reihe von der Rechtslehre entwickelten, gestalteten und systematisierten methodischen Theorien bestehen, die auf der Inhaltsebene aus zwei Teilen, nämlich der „Technik“ und der „Wertbeurteilung“, bestehen. Sie beziehen sich auf die Gesetzgebung, die Rechtslehre und die Rechtsprechung, durch die das geltende Recht ausgelegt und der richterliche Prozess kontrolliert werden kann. Durch die „Funktion“ der Methoden können die Absicht der Gesetzgebung, die juristische Lehre und die einzelne Rechtsanwendung wie „*ning Mahua* (拧麻花)“¹⁴ eng miteinander kombiniert werden. Dementsprechend gehört die Rezeption der Methodenlehre zu derjenigen der Rechtslehre. *Philip Heck* hat behauptet: „Von allen Änderungen ist die Änderung

¹⁰ *Qu Tao*, Die Geschichte des Verfassens des japanischen Zivilgesetzbuchs und der Rezeption der Rechtslehre, *Global Law Review* 2001/Herbst, 288.

¹¹ Vgl. *Starck* (Fn. 6), S. 378.

¹² Nach dem japanischen Professor *Zentaro Kitagawa* ist die Rezeption der Rechtslehre (oder Rechtstheorien) so zu verstehen: „Es handelt sich hierbei darum, dass das bestehende Recht, indem sich der Jurist ausschließlich nach einer fremden Rechtswissenschaft richtet, von seinen Normenkomplexen, wenn nicht ganz, so doch in wichtigen Punkten abweichend, umkonstruiert und umgebildet wird.“ Ausführlich *Z. Kitagawa* (Fn. 9), Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, S. 67.

¹³ *Wang Liming*, Juristische Methodenlehre, 2012, S. 5.

¹⁴ „*Mahua*“ ist wie Striezel, insbesondere wie Allerheiligenstriezel, ein in Zopfform geflochtenes Hefegebäck, das sehr typisch in Nordchina gebacken wird. „*Ning Mahua* (拧麻花)“ bezeichnet den Kernprozess der Zubereitung für das Backen des „*Mahuas*“, d.h. drei, vier oder sogar sechs Stränge des Teigs sollen in Zopfform geflochten werden.

der Methode der größte Fortschritt.“¹⁵ Vom 19. Jahrhundert bis heute hat die deutsche zivilrechtliche Lehre eine historische Entwicklung von der „Begriffsjurisprudenz“ zur Zweck- und Interessenjurisprudenz, zur Wertungsjurisprudenz, zur Abwägungsjurisprudenz bis hin zur Argumentationstheorie erlebt, deren Kernpunkt und Hauptlinie die Änderung und Entwicklung der Methodenlehre sind. Beherrscht man die juristischen Methoden, erfasst man das Erfolgsgeheimnis der Rechtsforschung. Man könnte sagen, dass die Rezeption der Methodenlehre, die dem Kern der Rezeption der Rechtslehre dient, der Kern der Rechtsrezeption ist, weil sich die Rechtsrezeption auf die Rezeption der Rechtslehre stützt, die als Brücke und Knopfleiste zwischen der Rezeption der Gesetzgebung und der der Rechtsprechung funktioniert.

II. Methodenlehre vor dem Hintergrund der Kodifizierung des Chinesischen Zivilgesetzbuches

1. *Daqing Minlü Cao'an: Aus Deutschland via Japan*

Erst im Jahr 1907 begann in China die Arbeit für den Entwurf des Zivilgesetzbuchs der Qing-Dynastie (*Daqing Minlü Cao'an* 大清民律草案). Unterstützt von dem japanischen Experten *Yoshimasa Matsuoka* wurde der Entwurf im Jahr 1911 veröffentlicht, der sich auf das deutsche BGB, das schweizerische ZGB und das japanische ZGB berief. Inzwischen wurde viel Ermittlungsarbeit über die Zivilgewohnheiten in fast allen Provinzen durchgeführt. Leider wurden diese wegen der Zeitbegrenzung und aus anderen Gründen kaum übernommen.¹⁶ Obwohl dieser Entwurf wegen des Untergangs der Qing-Dynastie weder gelesen noch erlassen wurde, eröffnete er den Prozess der chinesischen Zivilgesetzgebung.¹⁷ Für die Rezeption in diesem Zeitraum kann das Merkmal „Aus Deutschland via Japan“ festgestellt werden. Nicht nur bei der Formulierung der Struktur des Entwurfs oder der von dem Entwurf übernommenen Institutionen,¹⁸ sondern auch bei der Rezeption der ja-

¹⁵ Heck, *Interessenjurisprudenz*, 1933, S. 32. Gastvorlesung an der Universität Frankfurt a. M.; gehalten am 15. Dezember 1932.

¹⁶ Vgl. *Zhang Sheng*, Die Erfassung der Zivilgewohnheiten in den letzten Jahren der Qing-Dynastie und das Verfassen des *Daqing Minlü Cao'an*, *Chinese Journal of Law* 2007/1, 125-134.

¹⁷ Vgl. *Gao Shang*, Rechtsreform und Rechtsrezeption in den letzten Jahren der Qing-Dynastie – eine detaillierte Untersuchung über Rezeption und Rechtsreform, in: *He Qinhua* (Hrsg.), *Rechtsrezeption und Rechtslokalisierung*, 2001, S. 88.

¹⁸ Der Entwurf ist in Bezug auf die Struktur wie das BGB in fünf Bücher eingeteilt worden, nämlich den Allgemeinen Teil, das Recht der Schuldverhältnisse, das Sachenrecht, das Familienrecht und das Erbrecht. Auf der Ebene der einzelnen Rechtsinstitutionen folgt der Entwurf dem Wesen des BGB – das Verfügungsgeschäft in §§ 789 und 790 des

panischen zivilrechtlichen Rechtslehre und -theorie¹⁹ standen die Idee und der Geist des deutschen Rechts stets im Hintergrund. Im Vergleich zum japanischen Zivilgesetzbuch folgte der *Daqing Minlü Cao'an* nicht nur dem *Aussehen* des deutschen Rechts, sondern auch der als Pandekten bezeichneten Gesetzgebungstheorie – das war eine absolute Rezeption.²⁰

2. Das Zivilgesetzbuch der Republik China: Ein Standardwerk der Rezeption des BGB

Der Entwurf, der zwischen 1914 und 1926 von den Nördlichen Militaristen verfasst und veröffentlicht wurde, wird als *Minlü Ercao* (Zweiter Entwurf des ZGB 民律二草) bezeichnet und ist auch in fünf Bücher gegliedert. Basierend auf *Daqing Minlü Cao'an* (Erster Entwurf des ZGB 大清民律草案) wurde das zweite Buch *Recht der Schuldverhältnisse* durch die Regelungen des schweizerischen Obligationenrechts umgestaltet. Man könnte sagen, dass dieser Entwurf das Pandektensystem angereichert, dessen Rezeption gefördert und einen neuen Schritt auf dem Weg zum Erlass des chinesischen Zivilgesetzbuchs gemacht hat.

Das Zivilgesetzbuch der Republik China, das von der nationalistischen Regierung in Nanjing (1928-1948) bekannt gemacht und implementiert wurde, ist das erste zivilrechtliche Gesetzbuch in schriftlicher Form in China. Deswegen hat dieses Gesetzbuch zukunftsweisende und auszeichnende Bedeutung. Wie das deutsche BGB besteht dieses ZGB aus fünf Büchern und enthält 1225 Artikel. Von der rechtsvergleichenden Herkunft hat *Zhongxie Mei* im Vorwort seines *Grundriss des Zivilrechts*²¹ gesprochen: „Sechs oder sieben Zehntel der Regelungen in unserem ZGB kommen aus dem BGB; drei

Entwurfs, die Normen, die die Übertragung der dinglichen Rechte an einer unbeweglichen oder einer beweglichen Sache regeln, folgen dem Publizitätsprinzip und erfordern die dingliche Einigung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber. Vgl. *Sun Xianzhong*, Die Rezeption der Pandektenwissenschaft in der chinesischen Zivilrechtswissenschaft: Einführung, Untergang und Wiedergeburt, *Social Sciences in China* (Chinesische Sozialwissenschaft) 2008/2, 88-102.

¹⁹ Anders als *Daqing Minlü Cao'an*, auf den sich der zweite Entwurf des BGB auswirkte, prägte der erste Entwurf des BGB das japanische ZGB, das die nur im BGB bestehenden Rechtsinstitutionen der Geschäftsfähigkeit, des Vereins bzw. des Rechtsgeschäfts übernommen hat. Ausführlich *A.Ishikawa*, Einflüsse des deutschen BGB auf das japanische Zivilrecht bzw. die japanische Zivilrechtswissenschaft, in *Martinek* (Hrsg.), 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger, Beiträge zum Symposium von 18. - 20. Juni 1988 in München, 1999, S. 201-208.

²⁰ Im Vergleich dazu folgt das geltende japanische Zivilrecht statt der Substanz nur der Form des deutschen Zivilrechts, obwohl zahlreiche deutsche Rechtsinstitutionen und Rechtslehren in das japanische ZGB eingebaut worden sind. Ausführlich *Sun Xianzhong* (Fn. 18), 88-102.

²¹ *Mei Zhongxie*, Grundriss des Zivilrechts, 1998.

oder vier Zehntel aus dem schweizerischen ZGB und OR.“ Im Einzelnen haben vier Arten von Gesetzgebungstechnik den Stil und das Wesen der Pandekten verkörpert: Erstens, die Regelungen sind vom Abstrakten zum Konkreten und vom Allgemeinen zum Besonderen gegliedert; zweitens, ein allgemeiner Teil wird formuliert; drittens, die Rechtsverhältnisse sind abstrakt, allgemein und generell; und viertens, die Technik der Verweisung wird benutzt.²² Die abstrakte Gesetzgebungstechnik muss auf der abstrakten Denkweise und dem logischen Begriffssystem beruhen. Außerdem haben die Wissenschaftler das Kernkonzept der deutschen zivilrechtlichen Lehre – die Unterscheidung zwischen dem Verpflichtungs- und dem Verfügungsgeschäft – übernommen und es für die Auslegung der entsprechenden Vorschriften angewendet.²³ Dieses Zivilgesetzbuch, das die Idee und den Geist der Pandekten absorbiert und entwickelt hat, soll ein erfolgreiches Meisterwerk der gesetzgeberischen Rezeption sein, das bisher in China auf höchstem Niveau liegt.

3. Kodifikation des Zivilgesetzbuches nach 1949: „eine Welle mit vier Drehungen und Wendungen“²⁴

Nach der Gründung der VR China ist das „Alte Rechtssystem“, das von der Nationalistenpartei (Kuomintang) Chinas begründet wurde, abgeschafft worden. Um ein sozialistisches Rechtssystem zu schaffen, sind in den Jahren 1954, 1962, 1979 und 1998 vier zivilrechtliche Kodifikationsversuche unternommen worden.²⁵ Die ersten zwei Versuche sind wegen radikaler politischer Bewegungen „gestorben“.

a) Der erste Gesetzentwurf 1954: Aus Deutschland via der Sowjetunion

Unter dem Einfluss der sozialistischen Ideologie stützte sich der Entwurf des Zivilgesetzbuchs 1954 zu großen Teilen auf das russische Zivilgesetzbuch 1922.²⁶ Obwohl die von der Sowjetunion vertretenen sozialistischen Staaten

²² Wang Tze-chien, Allgemeiner Teil des Zivilgesetzbuchs (Minfa Zonglun), 2001, S. 19-22.

²³ Vgl. Wang Tze-chien (Fn. 9), 6.

²⁴ Es soll beachtet werden, dass die ersten drei Kodifikationsversuche schon Geschichte geworden sind oder schon „früh gestorben“ sind. Der vierte Versuch erlebt jetzt jedoch nur Enttäuschungen oder befindet sich in Stagnation. Die schon verkündeten drei Gesetze – das Vertragsrechtsgesetz von 1999, das Sachenrechtsgesetz von 2007 und das Deliktshaftungsgesetz von 2009 – sind Bestandteile dieses vierten Versuchs.

²⁵ Vgl. Liang Huixing, Einige Fragen über die chinesische zivilrechtliche Kodifikation, Journal of Shanxi University (Philosophy and Social Science Edition) 2003/5, 13-19.

²⁶ Auf der Strukturebene wird der Gesetzentwurf 1954 in vier Bücher eingeteilt, und zwar den Allgemeinen Teil, das Recht des Eigentums, das Recht der Schuldverhältnisse und das Erbrecht. Auf der Ebene der einzelnen Rechtsinstitutionen und der Inhaltsplanung

in ihren Zivilgesetzbüchern mit der Hoffnung der Markierung ihrer Eigenschaften eigene Rechtsinstitutionen festgesetzt haben wollten, die sich von dem traditionellen kontinentalen Rechtssystem unterschieden, sind sie das traditionelle europäische Modell nicht losgeworden. Aus den gesetzlichen Bestimmungen des russischen Zivilgesetzbuchs, dessen Gesetzgebungstechnik, Struktur, einzelnen Institutionen und der Rezeption der Rechtslehre²⁷ ergibt sich, dass die traditionelle russische Zivilgesetzgebung in Übereinstimmung mit dem deutschen Recht steht.²⁸ Man könnte sagen, dass das russische Zivilgesetzbuch 1922 zwar teilweise von dem deutschen BGB abwich, aber im Grund genommen dem Vorbild des deutschen BGB folgte. Deswegen hat der Entwurf der VR China im Jahre 1949 durch die Rezeption des russischen Zivilgesetzbuchs indirekt auch das deutsche Recht rezipiert.

b) Der zweite Gesetzentwurf 1962: eine Reaktion auf die historische Hauptlinie der Rezeption

Mit der Verbesserung der wirtschaftlichen Lage im Jahr 1962 wurde die Ausarbeitung des Zivilgesetzbuchs wieder auf die Agenda gesetzt. Aber wegen der ungünstigen internationalen politischen Umgebung, vor allem der Verschlechterung der chinesisch-sowjetischen Beziehungen, waren die Verfasser dazu gezwungen, ein neues Gesetzgebungsmodell aus eigener Erfahrung zu

beschränkt sich der Gegenstand des Zivilgesetzbuchs auf die Vermögensbeziehungen und die persönlichen Nichtvermögensbeziehungen, die mit dem Vermögen in Verbindung stehen. Die natürliche Person wird als „Bürger“ bezeichnet. Während das Eigentumsrecht als das einzelne Sachenrecht geregelt wird, werden die beschränkten dinglichen Rechte ausgeschlossen. Der absolute Schutz des Staatseigentums wird betont; die staatlichen Planungen und Weisungen können auch Schuldverhältnisse begründen. Ausführlich *Li Xiuqing*, Forschung über die Rezeption von dem sowjetischen Zivilgesetzbuch in China, *Social Sciences in China* 2002/5, 125-141.

²⁷ Unter dem Aspekt der Rezeption der einzelnen Vorschriften betrachtet hat das Zivilgesetzbuch der RSFSR von 1922 mehr als 400 Paragraphen des zaristischen Entwurfs eines Zivilgesetzbuchs übernommen, der im Wesentlichen auf dem deutschen und schweizerischen Zivilrecht basierte. Ausführlich *Wang Zhihua*, Die Verfassung des russischen Zivilgesetzbuchs und dessen historische Rezeption, *Study and Exploration* 2008/4, 100-103. Aus der Perspektive der Gesetzgebungstechnik wird das russische Zivilgesetzbuch in „Allgemeiner Teil - Besonderer Teil“ eingeteilt, in dem jeweiligen Buch gibt es auch einen „Allgemeinen Teil“. Auf der Strukturebene sind außer den Vorschriften des Familienrechts die übrigen vier Bücher mit dem deutschen BGB identisch. In Bezug auf die einzelnen Institutionen ist beispielsweise das „Rechtsgeschäft“ im deutschen BGB der Ursprung des „zivilrechtlichen Geschäfts“ im russischen ZGB, obwohl ihre Inhalte sich voneinander unterscheiden. Hinsichtlich der Rezeption der Rechtslehre wurde das theoretische System der Trennung zwischen Sachen- und Schuldrecht im deutschen Zivilrecht absorbiert.

²⁸ Vgl. *Yan Yimei*, Die dritte Kodifikation des Zivilgesetzbuchs in Russland, *Journal of Comparative Law* 2000/1, 57.

schaffen.²⁹ Doch aufgrund des politischen, wirtschaftlichen und sozialen Entwicklungsstands und des begrenzten Niveaus der zivilrechtlichen Forschung zu dieser Zeit, war die Qualität des zweiten Entwurfs, der an vielen Stellen zahlreiche Vorschriften des Entwurfs aus dem Jahr 1956 übernommen hatte, kaum überraschend, mittelmäßig.³⁰ Im Vergleich war der zweite Entwurf, der eine Reaktion auf die historische Hauptlinie der Rezeption des deutschen Rechts bezeichnete, nicht nur eine Abkehr von der Tradition, sondern auch eine Abkehr von der objektiven Regelmäßigkeit der Rechtsentwicklung. Deswegen ist dieser Entwurf nur ein von der Zeit eingebranntes historisches Ereignis, das bei der theoretischen Forschung und der weiteren Rezeption keine Rolle spielt.

c) Der dritte Entwurf 1979: eine Regression auf die Rezeptionstradition

aa) Der dritte Gesetzentwurf (1. bis 4. Auflage): Schwankungen um die Pandekten

Von 1980 bis 1982 wurden insgesamt vier Auflagen des dritten Gesetzentwurfs veröffentlicht, die sich auf die Grundlagen der Zivilrechtsgesetzgebung der UdSSR und der Unionsrepubliken von 1961, das Zivilgesetzbuch der RSFSR von 1964 und das neugefasste ungarische Zivilgesetzbuch von 1978 bezogen und in acht Bücher eingeteilt wurden,³¹ nämlich „Allgemeine Aufgaben und Grundlagen des Zivilrechts“, „Subjekte der zivilrechtlichen Beziehungen“, „Eigentumsrecht am Vermögen“, „Verträge“, „Rechte am geistigen Eigentum“, „Erbe am Vermögen“, „Zivilrechtliche Haftung“ und „Andere Vorschriften“. Es könnte davon gesprochen werden, dass der dritte Entwurf nicht nur auf der Strukturebene, sondern auch auf der Ebene der einzelnen Institutionen und Inhaltskonstruktionen etwas Neues versuchte. Zwar hielt sich der Verfasser bei der Rezeption des deutschen Modells zurück, aber er

²⁹ Dieses neue Modell wird vor allem durch die folgenden Aspekten bezeichnet: Auf der Strukturebene wird der Entwurf in drei Bücher, nämlich den Allgemeinen Teil, das Eigentum an Vermögen und die Übertragung des Vermögens, eingeteilt. Die Vorschriften über die Ehe-, Familien- und Erbsachen werden ausgeschlossen. In Bezug auf die Benutzung der Fachbegriffe werden die Begriffe von „Vertrag“, „Rechtsgeschäft“ usw. aufgegeben und durch die neuen Begriffe wie „Einheit“, „Einzelperson“ und „Verhältnis“ ersetzt. Hinsichtlich der einzelnen Institutionen und Inhalte werden die Haushalts- und Steuersachen und die Sache der Güter- und Warenverteilung, die durch das öffentliche Wirtschaftsrecht geregelt werden sollen, in die Übertragung des Vermögens einbezogen. Ausführlich Jiang Ping, Rückblick auf das fünfzigjährige Verfassen des Zivilgesetzbuchs in Neuem China, in: Wang Weiguo (Hrsg.), Forum für das chinesische Zivilgesetzbuch (2002-2005), 2006, S. 107-108.

³⁰ Vgl. Zhang Xinbao/Zhang Hong, Hundert Jahre der Entstehung und der Entwicklung des chinesischen Zivilrechts, Private Law Review 2012/1, 14f.

³¹ Liang Huixing, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, 4. Aufl., 2011, S. 14.

konnte sich nicht von der Geschichte und Tradition befreien – er schwankte hin und her um das Pandektensystem.³²

bb) Ankündigung der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts 1986: Eine Mischung aus Neuheit, Konservativität und Rezeption der Tradition

Das Verfassen des dritten Gesetzentwurfs wurde wegen der fehlenden materiellen Bedingungen unterbrochen. Jedoch bedurften die soziale Entwicklung und die richterliche Praxis der Regelungen der allgemeinen Institutionen, z. B. „Rechtssubjekt“, „Rechtshandlung“ und „Verjährung“. Daher wurden die Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts im Jahr 1986 im Sinne eines „Übergangsgesetzes“ ins Leben gerufen. Dieses Gesetz unterscheidet richtigerweise die zivilrechtlichen Beziehungen von anderen rechtlichen Beziehungen und die Aufzählung der einzelnen Rechte des Zivilrechts bildet das Grundgerüst und die Architektur des zukünftigen Zivilgesetzbuchs.³³ Trotz der fortschrittlichen und innovativen Bedeutung hat dieses Gesetz seine konservative Seite, z. B. die Benutzung der Fachbegriffe aus dem sowjetischen Zivilrecht, das Beibehalten der Planwirtschaft und der unterschiedliche Schutz von staatlichem und privatem Vermögen.³⁴ Darüber hinaus ist erwähnenswert, dass dieses Gesetz die Färbung des „Pandektensystems“ trägt, also bei näherer Betrachtung des Systems, der Struktur, des Inhalts, sowie der Institutionen dieses Gesetzes stark durch das deutsche Zivilrecht beeinflusst wurde.³⁵

³² Im Wesentlichen können die widersprüchlichen Positionen des dritten Entwurfs bei der Rezeption des Pandekten-Systems durch zwei Beispiele gezeigt werden: Erstens, auf der Strukturebene wird die Frage gestellt, ob der allgemeine Teil aufgestellt oder abgeschafft werden soll; zweitens, hinsichtlich der einzelnen Institutionen wird darüber gestritten, ob die Vorschriften über das Rechtsgeschäft, die juristische Person, die Vertretung sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse (z. B. die Haushalts- und Steuersachen) behalten oder aufgehoben werden sollen. Zhou Qinglin, Das Verfassen des dritten Entwurfs für das Zivilgesetzbuch, in: Zhang Yumin (Hrsg.), Rück- und Ausblick der fünfzigjährigen Zivilgesetzbuchsverfassens im Neuen China, 2010.

³³ Vgl. Wang Liming, Als Augenzeuge des Verfassens der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts, Chinesischer Volkskongress 2011/7, 21.

³⁴ Vgl. Sun Xianzhong (Fn. 18), 94f.; ders., Über die Frage der Systematisierung und der Verwissenschaftlichung der chinesischen zivilrechtlichen Gesetzgebung, Tsinghua Law Journal 2012/2, 46-60.

³⁵ Ohne Berücksichtigung der Kapitel 5 (Zivilrechte), 6 (Zivile Haftung) und 8 (Rechtsanwendung bei Zivilbeziehungen mit Auslandsberührung) sind die übrigen fünf Kapitel (Grundprinzipien, Bürger, Juristische Person, Zivilrechtshandlungen und Vertretung, Klageverjährung und Ergänzende Regeln) auf der Strukturebene mit dem allgemeinen Teil des Pandektensystems mehr oder weniger identisch. Darüber hinaus werden auf der Ebene der einzelnen Institutionen die Vorschriften über das Verhältnis zwischen der Übertragung der dinglichen Rechte und dem ihr zugrunde liegenden Vertrag (Art. 72 Satz 2), die Benutzung des Fachbegriffs „Verein“ und die Trennung zwischen Sachen- und Schuldrecht von deutschem Recht beeinflusst. Ausführlich Sun Xianzhong (Fn. 18), 88-102.

*d) Der vierte Gesetzentwurf 1998: Der Versuch der Innovation der Tradition**aa) Die Erzwungene Mehr-Schritt-Strategie*

Mit der Gründung einer Arbeitsgruppe im März 1998, die von dem nationalen Volkskongress organisiert und durch neun Mitglieder³⁶ besetzt wurde, begann die vierte Ausarbeitung des Zivilgesetzbuchs in China. Anfangs wurde eine Drei-Schritt-Strategie festgelegt: Schritt für Schritt sollten das Vertragsgesetz und das Sachenrechtsgesetz verfasst werden; die Kodifizierung des chinesischen Zivilgesetzbuchs wurde im dritten Schritt geplant. Nach der Verabschiedung des Vertragsgesetzes am 15.3.1999 wurde die Drei-Schritt-Strategie auf eine Zwei-Schritt-Strategie reduziert, d. h. ohne die Ausarbeitung des Sachenrechtsgesetzes wurde direkt der Entwurf des Zivilgesetzbuchs verfasst. Am 23.12.2002 gab der Ausschuss für die Rechtssache der 31. Sitzung des Ständigen Ausschusses des 9. Nationalen Volkskongresses die erste Auflage des Entwurfs ab, die sich auf den Gedanken „Sammeln + Verfassen“³⁷ beruft und neun Bücher einschließt, nämlich den „Allgemeinen Teil“, das „Sachenrecht“, das „Vertragsrecht“, das „Persönlichkeitsrecht“, das „Eherecht“, das „Erbrecht“, das „Deliktshaftungsrecht“ und das „Recht über die Rechtsanwendung bei Zivilbeziehungen mit Auslandsberührung“. Während dieser Entwurf auf der Strukturebene auf dem Pandektensystem basiert und der Verfasser gleichzeitig über die Gesetzgebungserfahrungen aus dem Verfassen der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts von 1986 verfügt,³⁸ sind die unabhängigen zwei Bücher „Persönlichkeitsrecht“ und „Deliktshaftungsrecht“ eine Zusammenfassung und eine Antwort auf die nationale Real-

³⁶ Die neun Mitglieder sind *Jiang Ping* (Professor der Chinesischen Universität für Politikwissenschaft und Recht), *Wang Jiafu* (Wissenschaftsforscher des Nationalen Institut für Rechtswissenschaft, Chinesische Akademie für Sozialwissenschaften), *Wei Zhenying* (Professor der Peking Universität), *Wang Baoshu* (Professor der Thsinghua Universität), *Liang Huixing* (Wissenschaftsforscher aus dem Nationalen Institut für Rechtswissenschaft, Chinesische Akademie für Sozialwissenschaften), *Wang Liming* (Professor aus der Remin Universität), *Xiao Xun* und *Wei Yaorong* (Ehemalige Beamte des Ausschusses für die Rechtssache des Nationalen Volkskongresses) und *Fei Zongwei* (Ehemaliger Richter am Obersten Volksgerichtshof).

³⁷ *Gao Shengping*, Die chinesische Zivilrechtswissenschaft aus der Perspektive der Gesetzgebungstheorie, *Law Science Magazine* 2009/1, 13-16.

³⁸ In diesem Entwurf wurden ein allgemeiner Teil wie im deutschen BGB eingesetzt, die Trennung zwischen Sachen- und Schuldrecht durchgeführt und das Recht für Erbverhältnisse ist ein unabhängiges Buch geworden, was zu dem französischen Recht verschieden ist. Die Folge der einzelnen Bücher im Besonderen Teil beruhte grundsätzlich auf dem 5. Kapitel der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts 1986, das die einzelnen Rechte des Zivilrechts regelt. Ausführlich *Wang Liming*, Rück- und Ausblick des Verfassens des chinesischen Zivilgesetzbuchs, *Legal Forum* 2008/5, 5-12; *Sun Xianzhong*, Der gegenwärtige Stand des Verfassens des chinesischen Zivilgesetzbuchs und dessen Probleme, *Jilin University Journal, Social Sciences Edition* 2005/4, 166-174.

tät und auf die Tendenz der Gesetzgebung in der Welt. Dies zeigt eine Innovation und eine Entwicklung der Tradition. Leider wurde dieser Entwurf nach der ersten Lesung aufgegeben, weil „die Kritik zu viel ist und das Zivilgesetzbuch selbst so voluminös ist, dass es ziemlich schwierig ist, an einem Stück ein Gesetzbuch zu verabschieden, das für alle Parteien annehmbar ist.“³⁹ Deswegen wurde die verkürzte Zwei-Schritt-Strategie wieder auf eine Mehr-Schritt-Strategie verlängert.

*bb) Das Vertragsgesetz und das Sachengesetz: von der Rezeption aus einer einzelnen Quelle bis zur Rezeption aus mehreren Quellen*⁴⁰

Das Vertragsgesetz basiert auf unseren landesspezifischen Bedingungen und eigenen Gesetzgebungserfahrungen⁴¹ und achtet gleichzeitig auf die Tendenz der internationalen Integration und Vereinheitlichung im Bereich des Vertragsrechts, um sich mit dem internationalen Privatrecht in Einklang zu bringen.⁴² Obwohl das internationale Übereinkommen (CISG) und einige internationale Modellrechte (PECL, PICC) bei der Ausarbeitung des Vertragsgesetzes eine große Rolle spielen, ist der Einfluss des deutschen Zivilrechts entscheidend. Beispielsweise haben Art. 42 die Haftung für *culpa in contrahendo* (vorvertragliche Haftung, Haftung bei Vertragsverhandlungen), Art. 45 und 46 den bedingten und befristeten Vertrag, der die Rechtsgeschäftslehre übernommen hat, Art. 61 Abs. 2 und Art. 92 jeweils die Nebenpflichten und die nachvertraglichen Pflichten, die wie in Deutschland das Schuldverhältnis als Organismus behandeln, Art. 66, 68 und 69 die Verurteilung zur Leistung Zug-um-Zug, sowie die Unsicherheitseinrede und Art. 150 die Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie des Verkäufers geregelt.

Das Sachengesetz 2007 kombiniert die chinesische Realität mit einigen Erfahrungen aus dem angloamerikanischen Recht. Auf der Ebene der einzelnen Institutionen gibt es zahlreiche Innovationen, z. B. das Wohnungseigentum und den privaten Nießbrauch an Grundstücken, die auf dem Grundsatz des

³⁹ Jiang Ping, Drehungen und Wendungen und deren Reflexion beim Verfassen des Zivilgesetzbuchs, South Weekly vom 12. 9. 2012.

⁴⁰ Liang Huixing (ed.), The Draft Civil Code of the People's Republic of China: English Translation, 2010, Preface.

⁴¹ Liang Huixing, Das vereinheitlichte Vertragsrecht: Erfolg und Defekt, China Legal Science 1999/3, 25-29.

⁴² Wei Zhenying, Das Vertragsrecht soll ein wohlgesetztes Schriftstück sein, China Legal Science 1999/3, 18-21. Es könnte gesagt werden, dass die Vorschriften des Vertragsgesetzes über den Vertragsabschluss, den Rücktritt, die Haftung wegen der Pflichtverletzung, den Ausschluss der Vertragshaftung und den Kauf von dem UN-Kaufrecht beeinflusst sind. Ausführlich Han Shiyuan, Das chinesische Vertragsgesetz und der CISG, Journal of Jinan University, Philosophy & Social Science Edition 2011/2, 7-12.

staatlichen Eigentums an Grundstücken basieren, die Hypothek auf beweglichem Eigentum, die floating charge und das Pfand an receivables.⁴³

Es ist jedoch unbestreitbar, dass das Sachengesetz sowohl auf der Strukturebene als auch hinsichtlich der einzelnen Institutionen oder Fachbegriffe noch im Rahmen des kontinentalen Rechtssystems liegt: Es wird die Gesetzgebungstechnik des „Allgemeinen – Besonderen Teils“ umgesetzt, dem Grundsatz des Typen- und Inhaltzwangs und des „eine Sache, ein Eigentum“ wird gefolgt, die Einteilung des Rechtsobjekts in bewegliche und unbewegliche Sachen sowie die Einteilung der beschränkten Sachenrechte in Nießbrauch und Sicherungssachenrechte wird durchgeführt und die Rechtsinstitutionen, wie dingliche Ansprüche (Herausgabeanspruch, Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch) und Besitz werden eingesetzt. Es ist anzuerkennen, dass der Gedanke des Humanismus und die Gesetzgebungstechnik zur Regelung der Eigentumsübertragung, die in dieses Gesetz aufgenommen wurden, wichtige Zeichen der Wiedergeburt des Pandektensystems sind, das den modernen zivilrechtlichen Gedanken und die Kodifikationstechnik vertritt.⁴⁴

4. Hundert Jahre der Hauptlinie der gesetzgeberischen Rezeption: Rezeption, Abschaffung, Regression und Entwicklung

Mit der Ausarbeitung des *Daqing Minlü Cao'an* 1911 begann die Gesetzesrezeption des deutschen BGB in China. Obwohl dieser Entwurf nie in Kraft trat, geht China den Weg der Rezeption des Pandektensystems ohne Rückkehr. Das Zivilgesetzbuch der Republik China 1929-1931 hat den Geist und die Rechtsinstitutionen des deutschen BGB akzeptiert und entwickelt. Während nach der Gründung der VR China im ersten Gesetzesentwurf 1954 das deutsche BGB durch das sowjetische Zivilrecht indirekt rezeptiert wurde,⁴⁵ war der zweite Gesetzesentwurf 1962 eine Gegenströmung der Rezeptionsgeschichte. Nach der Durchführung der Reform- und Öffnungspolitik 1978 fährt die zivilrechtliche Gesetzgebung wieder auf dem Gleis der Tradition. Illustriert durch die Verabschiedung des Vertragsgesetzes und des Sachengesetzes beginnt eine Abkehr von der Rezeption aus einer einzelnen Quelle hin zu der Rezeption aus mehreren Quellen. Natürlich werden sie nicht in gleicher Weise rezipiert, es gibt vielmehr Wesentliches und auch Unwesentliches – im Wesentlichen werden die Struktur, die Institutionen und das Begriffssystem des deutschen Rechts übernommen und gleichzeitig wird auf das angloamerikanische Recht oder die internationalen Übereinkommen geachtet. Es könnte

⁴³ Vgl. *Wang Liming*, Die Inspiration beim Verfassen des Sachenrechts für die Kodifikation des Zivilgesetzbuches, *Tsinghua Law Journal* 2008/3, 81-91.

⁴⁴ *Sun Xianzhong* (Fn. 18), 95-101.

⁴⁵ *Schulze*, Der Einfluss des BGB in China, in *Berger* (Hrsg.), Rechtstransfer durch Zivilgesetzbücher, 2005, S. 54.

behauptet werden, dass es wirklich richtig scheint,⁴⁶ dass wir von Anfang an das Pandektensystem als Kodifikationsmodell ausgewählt haben, wenn wir unsere zivilrechtliche Tradition umgestaltet haben wollten. Im Einzelnen kann die einhundert Jahre alte Geschichte der Rezeption des deutschen Rechts so zusammengefasst werden:

a) Von der unfreiwilligen bis zur freiwilligen Rezeption

Der Rezeption des deutschen Rechts in den letzten Jahren der Qing-Dynastie bedurfte weder der wirtschaftlichen Entwicklungen noch der Änderung der Sozialethik.⁴⁷ Der Grund der Rezeption bestand darin, dass es zwingend war durch die Änderung der damals bestehenden Rechtsordnungen die Konsulargerichtsbarkeit zurückzunehmen. Die Rezeption des westlichen Rechts galt hier als schnelle, einfache, machbare und auch einzige Möglichkeit. Deswegen wird gesagt, dass die Rezeption nur eine negative und vorläufige Bewältigungsmaßnahme war, die als eine passive Reaktion gegen die westlichen Mächte bezeichnet wurde.⁴⁸ Nach 1949 war China wegen der internationalen Lage und des starken Einflusses der Ideologie gezwungen, das sowjetische Zivilrecht zu übernehmen. In gewissem Sinne trug der erste Gesetzentwurf auch die Farbe der „passiven Rezeption“, der einzige Unterschied zu den ehemaligen Rezeptionen bestand nur in der Form. Nach der *Reform und Öffnung* wurde die Idee der „Rechtsstaatlichkeit“ mehr oder weniger anerkannt. Dem Zivilgesetzbuch, das ein wesentlicher Bestandteil der Rechtsordnungen ist, wurde die neue Aufgabe des Schutzes der Privatrechte anvertraut. Die Gesetzgebungstätigkeit in dieser Zeit diente nicht mehr den sich mit der aktuellen Situation beschäftigenden Maßnahmen. Im Gegensatz dazu war sie eine positive Rezeption, die auf Rechtsinnovation achtete, sich an den internationalen Trend anpasste und Schritt mit der Zeit hielt.

b) Von indirekter zu direkter Rezeption

Es ist allgemein anerkannt, dass bei der Rezeption des deutschen Pandektensystems in China Japan, die ehemalige Sowjetunion und Taiwan jeweils nach der zeitlichen Reihenfolge eine wichtige Rolle spielten oder spielen.⁴⁹ Während durch die mittelbare Rezeption die Begriffe, die Institutionen, die Me-

⁴⁶ Sun Xianzhong (Fn. 38), 172.

⁴⁷ Gao Xuchen, Tradition – Die Grundlage der Rechtsvereinheitlichung, in: Chen Su (Hrsg.), Fayuan Xieying, Band 1, 2008, S. 364.

⁴⁸ Prof. Liang Huixing vertritt die andere Meinung, dass die Rezeption in den letzten Jahren der Qing-Dynastie eine positiv ausgewählte, bewusste sein soll. Ausführlich Liang Huixing, Das Chinesische Zivilrecht: Woher kommt es, wohin geht es, China Reform 2006/7, 64-67.

⁴⁹ Vgl. Bu Yuanshi, Die Rezeption des ausländischen Rechts in China, in: dies. (Hrsg.), Deutsche und Europäische Elemente des chinesischen Rechts, 2012, S. 7-10.

thoden der Rechtsanwendung, sowie die juristische Ausbildung des deutschen Zivilrechts schon in China „Wurzeln schlugen“ und auch „reiche Frucht trugen“, ist nicht zu verkennen, dass es zu einer gravierenden Abweichung zwischen dem ursprünglichen Begriffssystem und dem System, das durch die Sekundärliteratur eingeführt wurde, kommen könnte, weil die Auswahl der zu übersetzenden Literatur, die Kompetenz der Übersetzer und die Aktualität der Übersetzung nicht selten problematisch sind. Die direkte Rezeption des deutschen Rechts setzt die Kenntnis der deutschen Sprache voraus. Mit der zunehmenden Öffnung Chinas, vor allem mit dem immer häufigeren deutsch-chinesischen Kulturaustausch, studieren heutzutage zahlreiche Studenten in Deutschland, weshalb das Sprachhindernis aus dem Weg geräumt werden könnte.⁵⁰

c) Von der blinden Rezeption aus einzelner Quelle zur bewussten Rezeption aus mehreren Quellen

Wenn man in der einhundertjährigen Rezeptionsgeschichte zurückblickt, war die anfängliche Rezeption utilitaristisch – ohne Untersuchung und Vergleich wurde die Rechtsordnung eines Staates vollständig aber blind rezipiert, wofür der *Daqing Minlü Cao'an* und der *Minlü Ercao* sind zwei Beispiele sind.⁵¹ Die Gesetzentwürfe in der frühen Zeit des Neuen Chinas waren ebenfalls eine blinde und umfangreiche Rezeption des sowjetischen Rechts. Aufgrund der weiteren Entwicklung der Gesellschaft, sowie aufgrund der Reifung der Rechtslehre haben sich einige wichtige Gesetze, wie das Vertragsgesetz und das Sachengesetz, von der Rezeption der „reinen, einfachen Nachahmung“ befreit – einerseits wird das „Skelett“ der Pandekten beibehalten, andererseits aber werden das angloamerikanische Recht und das internationale Übereinkommen als „neues Blut“ eingeführt.⁵²

⁵⁰ Vgl. *Bu Yuanshi* (Fn. 49), S. 10f.

⁵¹ Es gibt drei Gründe, dass die Nördlichen Militaristen den Zweiten Entwurf des ZGB verfasst und veröffentlicht haben: Erstens, der Wandel vom Individual- zum Sozialstandard ist anzupassen; zweitens, die nationale Rechtsquelle soll im Vergleich zu ausländischen Rechtsquellen mehr zitiert werden; drittens, die Vorschriften über Familien- und Erbsachen im ersten Entwurf (*Daqing Minlü Cao'an*), die dem Alltagsleben entgegenstanden, sollten angeglichen werden. Ausführlich *Xie Zhenmin* (Hrsg.), *Gesetzgebungsgeschichte der Republik China*, 2000, S. 747. Aus den drei Berichtigungserläuterungen ergibt sich, dass der erste Entwurf eine blinde Rezeption war. Die erste Berichtigungserläuterung berücksichtigte offenbar nicht die soziale Realität, dass das Konzept der Privatrechte zu dieser Zeit in China noch schwach war, sondern folgte blind der Entwicklungstendenz in der westlichen Welt.

⁵² Basierend auf den Vorschriften des Sachengesetzes wird eine sog. „Cocktail-Theorie in der Rezeption“ entworfen, die dem Pragmatismus folgt. Nach dieser Theorie hat eine Gesetzgebung Vorteile, solange sie die chinesische Realität berücksichtigt, auch wenn sie

d) Die juristische Methodenlehre aus der Perspektive der gemischten Rezeption

Während die durch die gemischte Rezeption gebildete „Platte“ der Gesetzgebung jeweils die „Spitzeninstitutionen“ aus heterogenen Rechtssystemen auch nutzbar machen kann, hat sie allerdings den Preis, dass nicht selten die systematische und logische Einheit der Rechtsordnungen verloren gegangen ist.⁵³ Beispielsweise wird über das Verhältnis zwischen Art. 68, 69, 108 und 94 des Vertragsgesetzes bis heute gestritten.⁵⁴ Obwohl die Unvereinbarkeit zwischen einzelnen Vorschriften durch Gesetzgebungstätigkeit gelöst werden kann,⁵⁵ könnte es realisierbarer sein, dass durch Methodenlehre ein vollkommenes, logisches und wissenschaftliches System der Rechtslehre gegründet wird. Die gemischte Rezeption soll einerseits der systematischen Rechtsanwendung Hindernisse in den Weg gelegt haben, aber andererseits eine gute Chance für die Entwicklung der Rechtslehre sein. In dieser Hinsicht ist Japan ein perfektes Beispiel. Während im Wesentlichen das französische und das angloamerikanische Recht in Japan rezipiert worden sind, wird das Rechtssystem durch die deutsche Lehre verwissenschaftlicht und verselbstständigt.⁵⁶ Heute kann das japanische Zivilrecht als Organismus bezeichnet werden. In China muss unsere Auslegungstheorie ihre deutsche Ausprägung überwinden um am Ende Theorien hervorzubringen, die Integrations- und Erklärungsfähigkeit haben.⁵⁷ Deswegen ist es die Aufgabe chinesischer Juristen, dass wir auf den Theorien eines Staates basieren und sie rezipieren, umgestalten, wiederherstellen und verbessern, um die geltende chinesische Rechtsordnung zu systematisieren und zu theoretisieren.⁵⁸

verschiedene Elemente und Bestandteile gemischt hat. Ausführlich *Liu Baoyu*, Erfolg und Defekt des chinesischen Sachenrechts, *Legal Forum* 2008/5, 21-28.

⁵³ Vgl. *Bu Yuanshi* (Fn. 49), S. 6f.

⁵⁴ *Cui Jianyuan*, Der Hintergrundfaktor und die innere Harmonie bei der Rezeption der Zivilrechtsinstitutionen, *The Jurist* 2003/4, 23-27. In diesem Aufsatz hat Prof. *Cui Jianyuan* Art. 119 und 120 des Vertragsgesetzes (jeweils Pflicht zur Schadensminderung und Mitverschulden geregelt) als Beispiel für den Systemkonflikt genannt.

⁵⁵ Auf der gesetzgeberischen Ebene werden vier Vorschläge für die innere Koordination der Rechtsordnung gemacht: Die konkreten Vorschriften sollen koordiniert werden; der von dem Zivilrecht übernommene Wert soll konsequenterweise durchgeführt werden; die Regelungen und die Grundsätze sollen passend in das Zivilgesetzbuch gesetzt werden; das Recht soll funktional rezipiert werden. Ausführlich *Yi Jun*, Die systematischen Defekte und deren Koordination bei der chinesischen Zivilrechtsrezeption, *Studies in Law and Business* 2009/5, 67-76.

⁵⁶ *Z. Kitagawa* (Fn. 9), Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, S. 67.

⁵⁷ *Han Shiyuan*, Einige Gedanken über das chinesische Zivilrecht, *Tsinghua Journal of Rule of Law*, Band 6, 2005, 55-56.

⁵⁸ *Yang Zhenshan/Wang Hongliang*, Rationalisierung und Verwissenschaftlichung der Rechtsrezeption, *Journal of Comparative Law* 2004/1, 1-14.

Kurz gesagt ist die einhundertjährige Rezeption des deutschen Rechts, egal ob negativ oder positiv, egal ob indirekt oder direkt, eine gesetzgeberische Grundlage für die Rezeption der deutschen juristischen Methodenlehre in China. Auf der anderen Seite birgt die gemischte Rezeption des kontinentalen Rechts und des *common law* für die Begründung der chinesischen Methodenlehre Schwierigkeiten, denen die deutschen Juristen nie begegnet sind.

III. Ergebnisse der Rezeption der zivilrechtlichen Methodenlehre: Ausgangspunkt für die Begründung der chinesischen Rechtsdogmatik

Seit langem ist das Festland Chinas die „Ära des Gesetzgebungszentrums“ gewesen. Dementsprechend bestand der Schwerpunkt der rechtswissenschaftlichen Forschung in der gesetzgeberischen Theorie – das Ziel der Forschung ist die wissenschaftliche Unterstützung für das Verfassen und Verbessern der Rechtsnormen.⁵⁹ In der Vergangenheit bevorzugten es deswegen die chinesischen Rechtswissenschaftler in ihrem jeweiligen Rechtsgebiet, die Natur, die Funktionen und das Ziel des Rechts zu erklären. Im Vordergrund stand, was das Recht sein sollte. Die Forschungen über Rechtsanwendungen und Rechtsdogmatik sind noch nicht zum Hauptthema geworden.⁶⁰ Mit der Verbreitung der deutschen Methodenlehre in China, vor allem im 21. Jahrhundert, ist die Forschungsmethode, die sich auf die Methoden der Rechtsauslegung stützt und sich mit der empirischen Analyse der geltenden Rechte befasst, allmählich anerkannt worden.⁶¹ Nachdem das zivilrechtliche Ordnungs-

⁵⁹ Es hat die positive Seite, dass die Rechtswissenschaftler als „Architekt“ der Rechtsordnungen arbeiten. Unterscheiden sie ihre Rolle nicht von der des Gesetzgebers, kann die Denkweise der Auszubildenden so beeinflusst, dass sie nur das „Abreißen“ der geltenden und das „Einrichten“ der zukünftigen Rechte denken können. Ausführlich *Fu Yulin*, Es gibt eine Transformation der rechtswissenschaftlichen Forschungsmethoden von der gesetzgeberischen Theorie zu der Auslegungstheorie, *Peking University Law Journal* 2013/1, 169. Darüber hinaus kann die gesetzgeberische Forschungsmethode das Bedürfnis der Richter und Rechtsanwälte nicht erfüllen, die durch die Methoden der Rechtsanwendung rechtliche Fragen in der Praxis beantworten müssen. Ausführlich *M. Suzuki*, Die gesetzgeberische Theorie in China und die Auslegungstheorie in Japan, von *Qü Tao* übersetzt, in *ders.* (Hrsg.), *Forschung über das chinesisch-japanische Zivil- und Handelsrecht*, Band II, 2004, S. 539.

⁶⁰ Vgl. *Lin Laifan/Zheng Lei*, Der sog. „Um die Normen“ – Ein weiteres Gespräch über die Methoden der normativen Verfassungsrechtswissenschaft, *Zhejiang Academic Journal* 2008/5, 138-144.

⁶¹ Für die jüngste Entwicklung der Methodenlehre in den jeweiligen Rechtsgebieten, vgl. *Jiao Baoqian*, Bericht über die Methodenlehre in den jeweiligen Rechtsgebieten, *Legal Methods*, Band 11, 2010, 322-330.

system begründet worden war, wird nun der Schwerpunkt der rechtswissenschaftlichen Forschungen von der Theorie der Gesetzgebung zur Rechtsanwendung verlagert – die Ära der Rechtsanwendung kommt!⁶² Darüber hinaus fördern auch die Professionalisierung der juristischen Ausbildung⁶³ und die Bildung der Rechtsgemeinschaft die Internalisierung der Methodenlehre in China. Im Vergleich zur „Konstruktion der Rechtsnormen“, die relativ frei ist, bedarf die Arbeit der ergänzenden Auslegung im Rahmen der Rechtsordnungen mehr Kenntnis und Scharfsinn und der Theorien der höheren Ebene. In diesem Sinne ist das Niveau der rechtswissenschaftlichen Forschungen mit dem der Methodenlehre positiv korrelativ.

1. Anfang der „Ära der Rechtsanwendung“: Der Aufstieg der deutschen Methodenlehre in China

Die Forschung der Methodenlehre begann Ende der 1980er Jahre. Die erste verfügbare Literatur, die mit dem derzeit benutzten Begriff „Methodenlehre“ übereinstimmt, ist der Aufsatz *Rechtliche Begründung und Rechtsanwendung* 1988 von Prof. Zongling Shen.⁶⁴ Die erste relevante Monographie ist die *Hermeneutik des Zivilrechts* aus dem Jahr 1995 von Prof. Huixing Liang,⁶⁵ die nach dem Grundsatz „von abstrakt bis konkret, von fern bis nahe“ in drei Bücher eingeteilt ist, nämlich „Geschichte der zivilrechtlichen Hermeneutik“, „Theorie der zivilrechtlichen Hermeneutik“ und „Methoden der zivilrechtli-

⁶² Wang Liming, Die Ära der „Rechtsauslegung“ kommt; in: Beijing Daily vom 18.3.2013, S. 2.

⁶³ Prof. Sun Xiaoxia vertritt die Meinung, dass die juristische Ausbildung nicht die allgemeine, sondern die professionelle Ausbildung sein soll, die sich mit den Rechtsnormen befasst, weswegen die Rolle der Wissenschaft der Rechtsphilosophie, -kultur, -anthropologie und -soziologie beschränkt werden muss. Vgl. Sun Xiaoxia, Das wahre Gesicht der Rechtswissenschaft, Peking University Law Journal 2008/3, 419-432. Daher sagt man, dass man die auf die Rechtsnormen gerichtete Rechtsinterpretation als „Produktionslinie der Rechtsgüter“ bezeichnen kann, die die Nachfrage in der Praxis erfüllt. Vgl. Su Li, Vielleicht hat es schon angefangen, 2004, S. 20.

⁶⁴ Shen Zongling, Rechtliche Begründung und Rechtsanwendung, Law Science 1988/5, 1-5. Aus der Perspektive der rechtlichen Begründung hat sich Prof. Shen Zongling mit dem Prozess der richterlichen Rechtsanwendung befasst. Die rechtliche Begründung kann formell oder materiell sein, deren Ziele jeweils die formelle und materielle Gerechtigkeit sind.

⁶⁵ Tatsächlich hat Prof. Liang Huixing schon 1993 einen Aufsatz geschrieben, der die Fragen des Charakters und Ziels der Rechtsauslegung beantwortet hat. Im gleichen Jahr hat er die Frage der einzelnen Methoden der Rechtsauslegung in seinem Aufsatz über die Frage der Rechtsauslegungsmethoden behandelt, der in seiner Aufsatzsammlung *Forschung über die zivilrechtliche Lehre, Entsprechung und Gesetzgebung* (Band I, 1993) aufgenommen hat. Darüber hinaus hat Prof. Liang 2003 das Buch *Methoden über Rechtsentscheidung* veröffentlicht, das mit der Hilfe zahlreicher Entscheidungen theoretische Fragen behandelt und an Rechtspraktiker gerichtet ist.

chen Hermeneutik“. Obwohl diese Monographie den Namen „Hermeneutik“ trägt, beschränkt sie sich nicht auf die Auslegungsarbeit der Rechtsnormen. Wie der Verfasser selbst anmerkt, bedeutet „Hermeneutik“ hier „Methodenlehre“ oder „Methodenlehre der Hermeneutik“, die in Deutschland oder in Taiwan allgemein benutzt werden.⁶⁶ Während die Hauptaufgabe in den späten 1990er Jahren in China die Vertiefung der gesetzgeberischen Rezeption war, markierte das Buch die Entstehung der Auslegungstheorie im Zivilrecht, auch wenn der damalige Schwerpunkt der rechtswissenschaftlichen Forschung in der intellektuellen Unterstützung und der theoretischen Rechtfertigung für die Schaffung von Rechtsnormen lag.

2. Ausbruch zahlreicher Veröffentlichungen: Entwicklung der deutschen Methodenlehre

Die Entwicklung der Methodenlehre führte zum Durchbruch in der Literatur: In Bezug auf die theoretische Ebene werden drei Zeitschriften herausgegeben, nämlich, *Falü Fangfa yu Falü Siwei* (法律方法与法律思维 Juristische Methoden und juristische Denkweise, hrsg. von Ge, Hongyi), *Falü Fangfa* (法律方法 Juristische Methode, hrsg. von Chen, Jinzhao/Xie, Hui) und *Faxuefang-falun Wentiyanjiu* (法学方法论问题研究 Forschungen über Fragen der juristischen Methodenlehre, hrsg. von Shu, Guoying). Darüber hinaus ist die Hauptliteratur von Radbruch, Larenz, Kaufmann, Alexy, Rüthers, Viehweg und Warburg ins Chinesische übersetzt worden, die die Forschung der Argumentationstheorie und der traditionellen Rechtsdogmatik voraussetzt. Im zivilrechtlichen Bereich gibt es Literatur sowohl über die Grundlagen der Methodenlehre, z. B. *Liming Wangs Juristische Methodenlehre* (Verlag Renmin Universität, Beijing, 2012) und *Defeng Xus Rechtsdogmatik und Wertbeurteilung und Anwendung der Rechtsdogmatik* (jeweils in: Peking University Law Journal 2008/2 und 2013/5), als auch über die Geschichte der Methodenlehre im Ausland, nämlich *Japanische Auslegungslehre des bürgerlichen Rechts* von Duan Kuang (Verlag Fudan Universität, Shanghai, 2005) und *Guxuan Zhus Die Typenlehre von Karl Larenz* (Verlag Recht, Beijing, 2011). Das Standardwerk auf dem Festland Chinas unter diesen Büchern ist Prof. *Liming Wangs Juristische Methodenlehre*, das in fünf Bücher gegliedert ist und dessen Schwerpunkt im Prozess der richterlichen Rechtsanwendung liegt.

3. Domestizierung der rezipierten Methodenlehre: das Reifen der deutschen Methodenlehre in China

Das Reifen der Methodenlehre in China wird dadurch deutlich, dass durch die Methoden das geltende Recht ausgelegt, Gesetzeslücken geschlossen, die rezipierten Vorschriften und Rechtslehren lokalisiert und das innere Rechts-

⁶⁶ Liang Huixing, *Hermeneutik des Zivilrechts*, 1995, Vorwort.

system koordiniert und verselbständigt werden können. In Bezug auf die Anwendung der Methodenlehre in China muss Prof. *Jianyuan Cui* an der Tsinghua Universität erwähnt werden, der zum ersten Mal die Unterscheidung der Forschungsmethoden zwischen der gesetzgeberischen Theorie und der Theorie der Rechtsauslegung vorgenommen hat und auch eine Reihe weiterer Leistungen erbracht hat. Beispielsweise hat er die Verfügungsge-
 schäftslehre in zwei Aufsätzen *Über die Verfügung ohne Verfügungsmacht* (Chinese Journal of Law, 2003/1) und *Das dingliche Rechtsgeschäft und das chinesische Zivilrecht aus der Perspektive der Auslegungstheorie* (Journal of Comparative Law, 2004/2) mit Hilfe der Rechtsmethoden analysiert, die auf dem geltenden Recht ein System der Rechtslehre aufgebaut haben.

4. Fortsetzung einer unterbrochenen wissenschaftlichen Tradition:⁶⁷
Einführung und Verbreitung der Literatur aus Taiwan

Mit der Vertiefung der *Reform und Öffnung* fand immer häufiger ein Kulturaustausch zwischen dem Festland Chinas und der äußeren Welt statt. Neben dem Nachbarland Japan ist Taiwan ebenfalls eine wichtige Quelle, wodurch die Tradition der Rezeption des Pandektensystems wiederholt und fortgesetzt werden kann. Die Literatur aus Taiwan kann direkt gelesen und zitiert werden, weil wir die gleiche Sprache sprechen. Neben den zivilrechtlichen Lehrbüchern von *Shangkuan Shi*, *Zhongxie Mei*, *Yübo Zheng* und *Tze-chien Wang*, wird die Literatur über die Methodenlehre nach einer ersten Veröffentlichung in Taiwan auf dem Festland Chinas veröffentlicht oder dort unmittelbar zum ersten Mal veröffentlicht. Darunter sind *Tze-chien Wangs Zivilrechtliche Lehre und Entscheidungsforschungen* (1997) und *Rechtliche Denkweise und zivilrechtliche Fälle* (2001),⁶⁸ *Renshou Yangs Juristische Methodenlehre*

⁶⁷ Vgl. *Xu Zhangrun*, Die multidimensionale rechtliche Weisheit in der modernen Kultur der chinesischen Sprache – die Auswirkung der rechtswissenschaftlichen Forschung in Taiwan auf die Kollegen in Festland China, *Journal of Comparative Law* 2003/6. Nach der in diesem Aufsatz vertretenen Meinung liegen die Auswirkungen in der Verbreitung von Wissen, der Erweiterung des Horizonts, der Erleuchtung der Denkweise und der Fortsetzung der Tradition. Die Fortsetzung der Tradition bedeutet eine Rückkehr zu dem Hauptstrom der Rechtswissenschaft, die in den letzten Jahren der Qing-Dynastie entstand, was einen vertikalen, zeitlichen Prozess zeigt.

⁶⁸ Fast alle Werke von Prof. *Wang* sind wieder in vereinfachtem Chinesisch in Festland China veröffentlicht, z. B. *Zivilrechtliche Lehre und Entscheidungsforschungen* (8 Bände), *Rechtliche Denkweise und zivilrechtliche Fälle*, *Allgemeiner Teil des Zivilrecht*, *Sachenrecht*, *Schuldrecht: Grundlagen*, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, *Deliktsrecht* und *Persönlichkeitsrecht*. Seine Werke, die durch die Methoden der Lösung der Fälle, der Rechtsauslegung, sowie der Rechtsvergleichung die zivilrechtliche Lehre systematisch darstellt und die Prüfungsmethode der Anspruchsgrundlage eingeführt haben, haben die juristische Ausbildung und die Rechtsdogmatik in Festland China tief beeinflusst.

(1999),⁶⁹ *Maorong Huang Juristische Methoden und das moderne Zivilrecht* (2007)⁷⁰ und *Congzhou Wu Begriffs-, Interessen- und Wertungsjurisprudenz* (2011)⁷¹ lesenswert. Die Einführung dieser Werke hat die Verwissenschaftlichung der chinesischen Rechtsausbildung gefördert und die rechtswissenschaftliche Tradition vor 1949 fortgesetzt. Dazu sind die von taiwanischen Juristen übersetzten Bücher, wie *Larenzs Juristische Methodenlehre* und *Kaufmanns Analogie und „Natur der Sache“: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* für die Entwicklung der Methodenlehre auf dem Festland Chinas bedeutungsvoll.

IV. Voraussetzung des Aufbaus der Rechtsdogmatik: Das Verfassen eines systematisierten, verwissenschaftlichten Zivilgesetzbuchs

Während die Aufgabe der chinesischen Rechtstradition in den letzten Jahren der Qing-Dynastie wegen des Erfordernisses der Außenpolitik hilflos und schmerzlich war, zeigte es zugleich auch eine positive Haltung der Selbstleugnung, der Öffnung und auch der Verfolgung von Fortschritt und Modernisierung.⁷² Seit damals wurde China vom kontinentalen Recht stark geprägt, vor allem von dem Pandektensystem. Weil das wichtigste Kulturerbe des

⁶⁹ *Yang Renshou's Juristische Methodenlehre* ist die erste von taiwanischen Juristen geschriebene Monographie über die Methodenlehre, die in Festland China veröffentlicht wurde. Das Werk, das auf den japanischen zivilrechtlichen Auslegungsmethoden basiert und mit den Fällen in Taiwan die Methodenlehre systematisch behandelt, bietet für die Juristen in Festland China eine neue Perspektive, um die Kenntnis der rechtswissenschaftlichen Entwicklung in Taiwan zu gewinnen.

⁷⁰ Prof. *Huang* promovierte an der Universität Tübingen, sein Doktorvater war *Josef Esser*. In Taiwan hat er als Professor, Mitglied der „Fair Trade Commission“ und Herausgeber der Zeitschrift gearbeitet. Dazu hat er auch eine Datenbank für die Rechtspraxis begründet. Wegen seiner Berufserfahrungen berücksichtigt das Werk sowohl die theoretische Darstellung als auch die Bedürfnisse der Praxis. Deshalb hat dieses Buch die deutsche Lehre in Taiwan erfolgreich domestiziert.

⁷¹ Das Werk, das sich mit der Entwicklung der Rechtsdogmatik, Methodenlehre und Privatrechtsgeschichte befasst, beginnt mit der Begriffsjurisprudenz, konzentriert sich auf die Zweck- und Interessenjurisprudenz und endet mit der Wertungsjurisprudenz. Nach der Ansicht dieses Buchs ist die heute noch vorherrschende Wertungsjurisprudenz eine direkt Fortsetzung der Interessenjurisprudenz. Jedoch ist die Rezeption der Interessenjurisprudenz in den anderen Staaten oder Regionen nur unvollständig. Die Veröffentlichung dieses Buchs beseitigt den Mangel über die Interessensjurisprudenz, die in den 1920er und 1930er Jahren herrschend war, weswegen für die Entwicklung der zivilrechtlichen Methodenlehre in Festland China und Taiwan vorteilhaft sein soll.

⁷² Vgl. *Wang Tze-chien*, Die Aufnahme des europäischen Rechts in China, AcP 166, 345.

kontinentalen Rechtskreises die „Kodifikation“ ist, ist das Verfassen eines Zivilgesetzbuchs die geistige Erwartung von Generationen chinesischer Zivilrechtswissenschaftler. Die Auswahl in der Vergangenheit hat die Entwicklungsrichtung der Zukunft schon bestimmt. Mit Hilfe der Mehr-Schritt-Strategie sind das Sachengesetz, das Deliktsgesetz und das IPR-Gesetz verabschiedet worden, die als Bestandteil des Zivilgesetzbuchs gesehen werden. Aber gleichzeitig wächst die Bewegung der De-Kodifizierung⁷³ oder der Anti-Kodifizierung⁷⁴, weswegen die Notwendigkeit eines formellen Zivilgesetzbuchs selbst in Frage gestellt wird. Das chinesische Zivilgesetzbuch ist in greifbarer Nähe aber gleichzeitig auch weit hinter dem Horizont.⁷⁵ Es zeigt sich aber, dass die sog. „De-Kodifizierung“, die das Phänomen der Zergliederung des Zivilgesetzbuchs durch Sondergesetze zeigt, nur eine Tendenz des europäisch-kontinentalen Rechtskreises ist. Für ein Land, das noch kein Zivilgesetzbuch hat, spielt es jedoch keine Rolle. Die Ansicht der „Anti-Kodifizierung“ betont nur, dass das Verfassen und die Durchsetzung des Zivilgesetzbuchs sorgfältig sein sollen. Deshalb ist es ohne Zweifel, dass China den Weg der Kodifizierung ohne Rückkehr geht.⁷⁶ Die Kodifizierung eines formalen Zivilgesetzbuchs soll ein Trend, ein unwiderstehlicher Trend sein.⁷⁷ Sie bildet die Grundlage für die Arbeit der wissenschaftlichen Rechtsauslegung und setzt den Aufbau der chinesischen Zivilrechtsdogmatik voraus.

⁷³ Die De-Kodifizierung vertritt die Meinung, dass nur die allgemeinen Institutionen im Zivilgesetzbuch und andere in zivilrechtlichen Sondergesetzen geregelt werden sollen. Vgl. *N.Irti*, De-Kodifizierung der europäischen Zivilgesetzbücher und die Zukunft des chinesischen Zivilgesetzbuchs, in: *Zhang Lihong* (Hrsg.), *Codification, Decodification and Anti-Codification of Civil Law*, 2008, S. 516f.

⁷⁴ Die Vertreter der Anti-Kodifizierung sprechen sich tatsächlich nicht gegen Kodifizierung selbst sondern gegen eine Kodifizierung ohne eingehende Untersuchung aus. Sie befürchten, dass die gesellschaftliche Grundlage für das Verfassen des Zivilgesetzbuchs und dessen Durchsetzung fehlen und dass das erlassene Gesetzbuch zur Starrheit, Unvollständigkeit und innerer Widersprüchlichkeit führen könnte. Ausführlich *Wang Jianping/Wang Jianzhong*, Das Fehlen der bürgerlichen Gesellschaft und Anti-Kodifizierung; *Xu Xuelu/Liang Peng*, Der Trend der Zeit – Nichtkodifizierung, *Presentday Law Science*, 2005/4, S. 71; *Tu Yongqian/Kang Na*, Das Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China sollte verschoben werden, in: *Zhang Lihong* (Hrsg.), *Codification, Decodification and Anti-Codification of Civil Law*, 2008, S. 568, 575, 592.

⁷⁵ Im *Gesetzgebungsplan der Sitzung des Ständigen Ausschusses des 12. Nationalen Volkskongresses* (2013-2018) steht kein Vorschlag für das Verfassen eines Persönlichkeitsrechts (Chinesischer Volkskongress, 2013/21, S. 14). Auch wenn das Gesetz des Persönlichkeitsrechts in naher Zukunft erlassen würde, ist der Zeitplan für die Kodifizierung des Zivilgesetzbuchs noch nicht klar.

⁷⁶ *Jiang Ping*, Die Kodifizierung des Zivilgesetzbuchs ist ein Weg ohne Rückkehr, in: *Zhang Lihong/Gao Fuping* (Hrsg.), *Zivilrechtliche Kodifizierung, De-Kodifizierung und Anti-Kodifizierung*, 2008, S. 1.

⁷⁷ Nach der Statistik des Instituts des Zivilgesetzbuchs an der Zhongnan Universität für Wirtschaft und Recht haben 113 Staaten das Zivilgesetzbuch. Einige Staaten sind unter-

Es muss erklärt werden, dass das zukünftige Zivilgesetzbuch logisch, vernünftig, wissenschaftlich und insbesondere systematisch angeordnet werden muss. Das „System“ bedeutet eine „Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee“.⁷⁸ Das rechtliche System wird in zwei Kategorien eingeordnet – das äußere und das innere System. Das äußere System folgt der formellen Logik und beruht auf den allgemeinen Rechtsbegriffen.⁷⁹ Wichtiger ist das innere System, das auf den der Rechtsordnung innewohnenden Ideen und Grundsätzen, sowie auf den funktionellen Begriffen und Typen beruht⁸⁰ und den Wert auf den „inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft“, ⁸¹ legt. Das moderne Recht wird durch die systematische Idee und die Begriffe bezeichnet.⁸² Der Sinn des systematischen Denkens besteht nicht nur in dem Streben nach Logik und Vernunft, sondern darin, dass es die Rechtsanwendung erleichtert, die Arbeit für die Rechtsfindung vereinfacht und die systematische Denkweise der Praktiker bildet.

Einerseits stehen einem „Einfuhrland des Rechts“ für den Bau des eigenen Rechtssystems viele externe Ressourcen zur Verfügung. Andererseits können die Regelungen aus unterschiedlichen Quellen zum Konflikt führen und infolgedessen den inneren Zusammenhang des Rechts auseinanderreißen, z. B. das Vertragsgesetz hat gleichzeitig die Unsicherheitseinrede und die vorweggenommene Vertragsverletzung (*anticipatory breach*) geregelt, und die Voraussetzungen für den gesetzlichen Rücktritt gemäß Art. 94 des Vertragsgesetzes sind auch gemischt rezipiert worden. Während die Mehr-Schritt-Strategie hinsichtlich der Gesetzgebungskosten und der theoretischen Vorbereitung ihre Vorteile hat, läuft sie auch Gefahr, dass die Gesetzgebung einseitig und fragmentiert ist, sodass gleich oder ähnlich funktionierende Vorschriften aus verschiedenen Gesetzen einander entgegenstehen können. Hierzu zwei Beispiele: Während dingliche Ansprüche (Herausgabeanspruch, Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch) schon im Sachenrechtsgesetz geregelt sind, sind sie jedoch eine Art der Deliktshaftung im Sinne des Deliktshaftungsgesetzes (2010). Für die Frage, ob der Gegenstand der Hypothek noch übertragungsfähig ist, gibt es einen Konflikt zwischen Art. 191 des Sachen-

wegs. Ausführlich *Liang Huixing*, Drei Wege über das Verfassen des Zivilgesetzbuchs in der Gegenwart, *Peking University Law Journal* 2001/1, 110-115. Deswegen ist die Kodifizierung eine historische Tendenz.

⁷⁸ *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1. Aufl., 1781, S. 832; vgl. auch 2. Aufl., 1787, S. 860.

⁷⁹ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 263.

⁸⁰ *Huang Maorong*, Juristische Methoden und das moderne Zivilrecht, 5. Aufl., 2007, S. 619.

⁸¹ *v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, 1840, S. 214.

⁸² *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1968, S. 11-13.

rechtsgesetzes und Art. 49 des Sicherungsgesetzes sowie Art. 67 der Erläuterungen für das Sicherungsgesetz.⁸³

Davon ist zu lernen, beim Aufbau des eigenen zivilrechtlichen Systems die Rechtsinstitutionen vollständig zu rezipieren, die potenziellen Konflikte zwischen aus verschiedenen Quellen rezipierten Vorschriften oder zwischen den rezipierten und den angeborenen Rechtsordnungen zu berücksichtigen und zu vermeiden und die verschiedenen Gesetzgebungstätigkeiten zu koordinieren.

V. Fazit

Es setzt eine entsprechende gesetzgeberische Rezeption voraus, wenn China durch die Rezeption deutscher Methoden eine eigene zivilrechtliche Dogmatik erstellen will. Nach einem Überblick über die einhundert Jahre alte Geschichte der chinesischen Zivilrechtsgesetzgebung ist festzustellen, dass die Hauptlinie der Rezeption, d. h. die Einführung und die Aufnahme des deutschen Zivilrechts, unberührt ist, obwohl wir Drehungen und Wendungen erfahren haben. In den letzten Jahren der Qing-Dynastie war die Rezeption passiv, war sie doch bei dem Verfassen des Zivilgesetzbuchs der Republik China aktiv geworden. Nach der Gründung der Volksrepublik China wurden die ganzen Rechtsordnungen der Republik China abgeschafft. Jedoch wurde das deutsche Zivilrecht durch Referenz zum sowjetischen Recht mittelbar rezipiert. Es zeigt sich nach der *Reform und Öffnung* eine gemischte Rezeption bei der Ausarbeitung des vierten Gesetzentwurfs. Die allgemeinen Voraussetzungen für die Rezeption der deutschen juristischen Methoden sind erfüllt, aber es gibt auch noch Schwierigkeiten. Es braucht Weisheit und Arbeit, die deutsche Rechtslehre umzugestalten und eine selbständige zu entwickeln, die sich an die Bedürfnisse der chinesischen Gesellschaft anpasst.

Für die Arbeit der zivilrechtlichen Hermeneutik sollen die wissenschaftlichen Rechtsnormen vorhanden sein. Heute folgt China der Mehr-Schritt-Strategie. Es könnte besorgniserregend sein, dass wir bisher kein Zivilgesetzbuch haben und es nicht in naher Zukunft zu erwarten ist. Die zivilrechtlichen Gesetze, die in verschiedenen Zeiten verabschiedet wurden, stehen miteinander nicht nur der Gesetzgebungstechnik, sondern auch der gesetzgeberischen Bewertung entgegen. Dazu könnten viele Gesetzeslücken vorkommen, die

⁸³ Art. 178 des Sachenrechtsgesetzes regelt: „Wo das Sicherungsgesetz mit dem vorliegenden Gesetz nicht überstimmt, gilt das vorliegende Gesetz.“ Deswegen kann man ohne Probleme auslegen, dass die aus verschiedenen Gesetzen kommenden Vorschriften, die die Übertragbarkeit des Gegenstands der Hypothek regeln, sich nicht widersprechen. Aber über die Frage, ob die Regelung im Sachenrechtsgesetz rechtspolitisch zweckmäßiger als die Regelung im Sicherungsgesetz ist, sowie in den Erläuterungen für das Sicherungsgesetz, gibt es noch Streit.

außerhalb der Grenzen der Auslegungskompetenz liegen. Das Fehlen eines systematischen Zivilgesetzbuchs führt dazu, dass die Rechtsauslegung in China viel schwieriger als in Deutschland scheint. Der Bau einer gesunden chinesischen Methodenlehre setzt deswegen ein wissenschaftliches, systematisches Zivilgesetzbuch voraus.

Die Rechtsrezeption stützt sich auf die Rezeption der Theorien, die die gesetzgeberische Rezeption und die der Rechtsprechung verbindet. Die Rezeption der Methodenlehre, die sich als Kern der Rechtstheorien zeigt, ist Schlüssel der Rechtsrezeption. Die chinesische Rechtslehre ist stark von Deutschland beeinflusst, vor allem vor der Gründung der VR China. Obwohl China seit 1949 seine eigenen Wege geht, besteht wegen der Literatur aus Taiwan und der Übersetzungen der deutschen Literatur zwischen der chinesischen Zivilrechtswissenschaft und der deutschen eine enge Blutsverwandtschaft, was der Grundlage der chinesischen zivilrechtlichen Dogmatik dient. Außer gleich bleibenden Auslegungsmethoden ist die gleiche Denkweise für den Bau der Rechtsdogmatik erforderlich. Nur dadurch kann ein Rechtsstreit durch gleich zu behandelnde Rechtsbegriffe im auf gleicher Weise durchgeführten Prozess gelöst werden, weswegen der Bau einer professionellen Berufsgemeinschaft bedeutungsvoll ist.

Über die Entstehung und Entwicklung der Verfassungsinterpretationslehre in der VR China

*Hui Huang**

I. Forschungsziel und -rahmen

Ursprünglich sollte vorliegender Beitrag zum Gegenstand haben, die Einflüsse der juristischen Methodenlehre in Deutschland auf die Entwicklung der chinesischen Verfassungslehre zu untersuchen. Bei näherer und intensiverer Beschäftigung mit diesem Themenkomplex ist mir bewusst geworden, dass eine vom chinesischen Verfassungsrecht und dessen Entwicklung losgelöste Einführung in die Methodenlehre der chinesischen Verfassungsrechtslehre ausländischen Lesern schwer nachvollziehbar erscheinen wird. Aus diesem Grund habe ich beschlossen, die Entwicklungsschritte der Verfassungsinterpretationslehre sowie auch des Verfassungsrechts in der VR China als Hintergrundinformation für die Ausstrahlung deutscher juristischer Methodenlehre in den Beitrag mit aufzunehmen.

Der Terminus „deutsche juristische Methodenlehre“ (德国法学方法论) stammt aus der chinesischen Übersetzung der deutschen Begriffe „juristische Methodenlehre“ oder „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“. In der deutschen Sprache haben diese Begriffe einen eindeutigen Sinngehalt und beziehen sich auf die Methode der Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen.¹ Im Kontext der Rechtswissenschaft auf dem Festland Chinas handelt es sich bei der „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ (法学方法论) jedoch um einen äußerst mehrdeutigen und umstrittenen Ausdruck. Auf eine einfache Formel gebracht muss zwischen der Methodenlehre im weiteren Sinne und der Methodenlehre im engeren Sinne unterschieden werden. Unter der sog. rechtswissenschaftlichen Methodenlehre im weiteren Sinne werden i.d.R. die unterschiedlichen Methoden der „rechtswissenschaftlichen Forschungen“ und die Ontologie der Methoden rechtswissenschaftlicher Forschung verstanden. Gleichzeitig beziehen sich die „rechtswissenschaftlichen Forschungen“ auf die Erforschung sämtlicher Gegenstände und Erscheinungen, die einen juristischen Zusammenhang aufweisen, wobei nicht zwischen

* Übersetzt von *Bu Yuanshi*.

¹ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 7ff.

dem Forschungsansatz und der Aussage der verschiedenen Subdisziplinen unterschieden wird.² Deswegen findet man in der Literatur gerade über die rechtswissenschaftliche Methodenlehre verschiedene Methoden wie die Methode der Klassenanalyse, der historischen Analyse, der vergleichenden Analyse, der normativen Analyse, der ökonomischen Analyse und der soziologischen Analyse.³ Hingegen wird die deutsche juristische Methodenlehre, welche primär die Gesetzesauslegung zum Gegenstand hat, zwangsläufig als rechtswissenschaftliche Methodenlehre im engeren Sinne bezeichnet.⁴ Einige Autoren gehen hingegen zum Terminus „Rechtsmethoden“ (法律方法) über, um eine Abgrenzung zu der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre im weiteren Sinne zu erreichen.⁵ Von wenigen notwendigen Ausnahmen abgesehen wird hier der Begriff „rechtswissenschaftliche Methodenlehre“ grundsätzlich nur in diesem engeren Verständnis verwendet. Den konkreten Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Auswirkung deutscher juristischer Methodenlehre auf die Methoden zur Interpretation der Verfassung in der VR China. Bedauerlicherweise ist in China bis heute noch keine *Constitutional Review* eingerichtet worden. Auch ist die Praxis der *Constitutional Review* zu marginal, um sie zu überprüfen. Deswegen wird vorliegender Beitrag in erster Linie die Auswirkung der deutschen juristischen Methodenlehre auf die Wissenschaft und Forschung des chinesischen Verfassungsrechts untersuchen.

II. Epoche der 1980er Jahre

1. Entwicklung der Verfassungsrechtslehre

Die geltende Verfassung der VR China wird üblicherweise die „1982er Verfassung“ genannt. Es handelt sich nämlich um diejenige Verfassung, die am 4.12.1982 auf der 5. Sitzung des 5. NVK der VR China verabschiedet und in Kraft gesetzt wurde und anschließend in den Jahren 1988, 1993, 1999 und 2004 durch insgesamt 33 Änderungsartikel geändert wurde. Vor der „1982er Verfassung“ wurden 1949 die quasi-provisorische Verfassung „Gemeinsames

² Qi Yuan, Rechtsmethoden und rechtswissenschaftliche Methoden, *Tribune of Political Science and Law* 2009/2, 35-42; Liu Shuilin, Studien über rechtswissenschaftliche Methoden, *Chinese Journal of Law* 2001/3, 42-54.

³ Fu Chuangyu, Review and Reflection of the Methodology of Constitutional Jurisprudence in China, *Journal of Liaoning University (Philosophy and Social Sciences Edition)* 2012/5, 27-35.

⁴ Huang Hui, Kritische Untersuchung der verfassungskonformen Auslegung und deren Theorien, *China Legal Science* 2014/1, 286.

⁵ Chen Jinzhao/Jiao Baoqian, Wissenschaftlicher Bericht über die Untersuchungen rechtswissenschaftlicher Methoden in China, *Academic Journal of Shandong University* 2005/1, 10-22.

Programm der Politischen Konsultativkonferenz des chinesischen Volkes“ (中国人民政治协商会议共同纲领), sowie in den Jahren 1954, 1975 und 1978 drei weitere Verfassungen verabschiedet. Im Kreis der Verfassungsrechtslehre und sogar der gesamten Rechtswissenschaft besteht ein gewisser Konsens in der Bewertung dieser drei Verfassungen.⁶ Die 1954er Verfassung stellt die erste sozialistische Verfassung des neuen Chinas und der chinesischen Geschichte dar und umfasst 106 Artikel. Die chinesische Verfassung besteht aus einer Präambel und vier Kapiteln, nämlich „Allgemeiner Teil“, „Staatsorgane“, „Grundrechte und -pflichten der Bürger“ sowie „Nationalflagge, Nationalwappen und Hauptstadt“. An diesem Aufbau wurde grundsätzlich festgehalten, lediglich in der 1954er Verfassung wurde das Kapitel „Grundrechte und -pflichten der Bürger“ dem Kapitel „Staatsorgane“ vorgelegt. Inhaltlich wurden die bis heute weitergeführten, sozialistisch geprägten Institutionen wie die demokratische Volksdiktatur, der nationale Volkskongress, die territoriale Autonomie der nationalen Minderheiten und das Staatseigentum an Produktionsmitteln festgelegt. Dennoch fand die universal gültige Liste an elementaren Rechten wie der Eigentumsschutz, das Recht auf Erbschaft, die Meinungs- und Pressefreiheit, die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, die Demonstrations- und Protestfreiheit, die Religionsfreiheit und die Gleichbehandlung vor Gesetz sowie die Gleichbehandlung von Mann und Frau Eingang in diese Verfassung. Die 1975er Verfassung wurde im neunten Jahr nach dem Ausbruch der Kulturrevolution ausgearbeitet und war von den Gedanken, der Politik und den Erfahrungen der Kulturrevolution stark beeinflusst. Sie stellt eine von extrem linken Ideen geprägte Verfassung dar und ist als Rückschritt gegenüber der 1954er Verfassung zu bezeichnen. Die 1978er Verfassung wurde zwar nach dem Ende der Kulturrevolution und der Zerschlagung der „Viererbande“ verabschiedet, kann aber trotzdem als eine Fortsetzung der 1975er Verfassung angesehen werden. Mit der Einberufung der dritten Plenartagung des 11. Komitees der Kommunistischen Partei Ende 1978 wurden die Gleise der Entwicklung der chinesischen Geschichte neu ausgerichtet. Dies hatte den Beschluss über die Verfassungsänderung und die Gründung des Ausschusses zur Verfassungsänderung am 10.9.1980 zur Folge, welcher zwei Jahre später wiederum in der Verabschiedung der 1982er Verfassung mündete.

Man kann sagen, dass die 1982er Verfassung im Zeitpunkt des Umbruchs und des Neubeginns nach der vollständigen Zerstörung der chinesischen Rechtsordnung ausgearbeitet wurde. Zu jener Zeit hatte die gesamte Rechts-

⁶ Xu Chongde, Das 60 jährigen Entwicklungserlebnis der Verfassungsrechtslehre, in: Jahrbuch des chinesischen Verfassungsrechts, 2008, S. 3-10; über die Geschichte der Verfassungssetzung siehe Xu Chongde, Geschichte des Verfassungsrechts, 2005; Hu Jinguang/Han Dayuan, Bericht der Entwicklung des chinesischen Verfassungsrechts (1982-2002), 2004.

wissenschaft, einschließlich der Verfassungsrechtslehre, über eine längere Zeit hinweg den Bedarf, aus dem Schatten des Rechtsnihilismus herauszutreten sowie die Zerschlagung der Justizorgane während der Kulturrevolution hinter sich zu lassen, indem eine Rechtswissenschaft gefunden und aufgebaut wurde, die rechtlichen Grundsätzen entspricht. In den gesamten 1980er Jahren war das Schrifttum zur Verfassungsrechtslehre sehr überschaubar. Nach meinem Kenntnisstand wurden lediglich folgende einflussreiche Lehrbücher über das Verfassungsrecht veröffentlicht: „Grundkenntnisse der Verfassungsrechtslehre“ von *Dong Meichen*, eine von *Wu Jialin* herausgegebene „Verfassungsrechtslehre“, beide 1983, sowie „Die Verfassungsrechtslehre Chinas“ von *Xu Chongde* aus dem Jahr 1986. Die folgenden drei Monographien stammen allesamt aus dem Jahr 1988: „Neue Tendenz eines demokratischen Konstitutionalismus – Theorien und Praxis der Verfassungsaufsicht“ von *Chen Yunsheng*, „Grundriss des Konzepts der Verfassungsrechtsprechung“ von *Mo Jihong* und „Vergleichende Verfassungsrechtslehre“ von *He Huahui*. Weiterhin wurden noch weitere Aufsätze zur Verfassungsrechtslehre veröffentlicht, deren Themen grundsätzlich nur um die Ausarbeitung der 1982er Verfassung und um die Erläuterungen einzelner Artikel kreisten. Abgesehen von den Besonderheiten der neuen Verfassung und den Vergleichen zu deren Vorgängerregelungen wurde besonders stark über die neu eingeführten Rechtsinstitute diskutiert, wie das Primat der Verfassung, die Garantie der Verfassungsumsetzung und die Vereinbarkeit von Rechten und Pflichten. Der akademische Kreis betrachtet die 1980er Jahre als eine Phase der Wiederherstellung der Verfassungsrechtslehre. Diese Auffassung wurde auch in der Literatur geteilt.⁷ Nach heutigen wissenschaftlichen Bewertungskriterien stellte die verfassungsrechtliche Forschung in dieser Phase grundsätzlich politische Propaganda dar und wies einen allgemeinen Mangel an Grundkategorien und begrifflicher Systematik auf. Die sog. Analyse der Verfassungsrechtsinstitute war ebenfalls grundsätzlich vom Verfassungstext losgelöst oder beschränkte sich auf eine rudimentäre Einführung in den Gesetzgebungshintergrund und die politische Zielsetzung im groben politologischen Stil,⁸ nachdem die einschlägigen Artikel kurz dargestellt wurden.⁹

⁷ *Dong Panyu*, Vierzig Jahre chinesischer Verfassungsrechtslehre, *Tribune of Political Science and Law* 1989/5, 20-26; *Hu Jinguang/Han Dayuan* (Fn. 6); *Miao Lianying/Zheng Lei*, The Knowledge Transformation and Method Synthesis of Constitutional Law in China: A Perspective on Academic Arguments since the 1990s, *Law and Social Development* 2012/1, 145-160.

⁸ *Miao Lianying/Zheng Lei* (Fn. 7), 154, bezeichnet die Verfassungsrechtslehre in der Phase von 1980 bis Anfang der 1990er Jahre eine Forschung „nach dem politologischen Ansatz“.

⁹ Beispielsweise wurde im Art. 126 das Recht auf unabhängige Justiz verankert, aber manche Autoren zitieren nirgends diesen Artikel bei der Diskussion über die Unabhängig-

Ferner ist besonders zu erwähnen, dass 1985 die sog. „Vereinigung der Verfassungsrechtslehre“ gegründet wurde. Grundsätzlich waren alle Wissenschaftler, die über das Verfassungsrecht forschten, Mitglieder dieser Vereinigung. Außer in den Jahren 1988, 1989 und 1996 fand jährlich eine Tagung statt. Der Kritik an Organisation und Inhalt zum Trotz stellt diese Vereinigung eine wichtige Plattform für den wissenschaftlichen Austausch unter Verfassungsrechtslehrern dar.¹⁰

2. Die Verfassungsinterpretation und deren Methoden

Im Schrifttum der Verfassungsrechtslehre aus den 1980er Jahren bzw. in der rückblickenden Literatur bis zu diesem neuen Jahrhundert bezog sich der Begriff „rechtswissenschaftliche Methoden(lehre)“ beinahe ausschließlich auf die Forschungsmethoden des Verfassungsrechts und nicht auf die Auslegungsmethoden des Verfassungsrechts im engeren Sinne, solange die Methodenlehre der Verfassungsrechtslehre überhaupt erwähnt wurde. Die am meisten zitierte Literatur ist das von Prof. *Wu Jialin* herausgegebene Buch „Verfassungsrechtslehre“. Darin werden vier Methoden der Verfassungsrechtslehre angesprochen, nämlich die Methode der Klassenanalyse, die Methode der historischen Analyse, die vergleichende Methode und die Methode des Praxisbezugs.¹¹

Mit dem Stichwort „Verfassungsrechtsmethoden“ wird in der elektronischen Datenbank¹² keine Literatur aus den 1980er Jahren gefunden. Sodann wurde mit dem Stichwort „Verfassungsinterpretation“ im Titel eine Anmerkung zu der Veröffentlichung des amerikanischen Autors *Charles A. Beard* aus dem Jahr 1913, „An Economic Interpretation of the Constitution of the United States“, sowie vier weitere Abhandlungen über die chinesische Verfassungsinterpretationen aus dem Jahr 1988 gefunden, nämlich „Über die Funktion der Verfassungsinterpretation in der Verfassungsumsetzung“ und „Über die Funktion der Verfassungsinterpretation in der Verfassungsanwendung“, beide Artikel von *Hu Jie*, „Über die Verfassungsinterpretation“ von *Gan Zangcun* und „Einige Überlegungen zu der Frage der Verfassungsinterpretation in unserem Land“ von *Xu Xiuyi*.¹³ Diese vier Aufsätze behandeln

keit der Justiz; Vgl. *Ni Zhengmao*, Über die Stärkung des Rechts des Volksgerichts auf die Unabhängigkeit der Rechtsprechung, Sozialwissenschaft 1988/2, 25-29.

¹⁰ Eine Ausarbeitung der Themen der eingereichten Beiträge für die Jahrestagungen siehe *Guan Hua*, Die Top Zehn Stichwörter in der Forschung der Verfassungsrechtslehre in den letzten 60 Jahren, *Western Law Review* 2010/1, 150-156.

¹¹ *Fu Chuangyu* (Fn. 3), 28.

¹² Mit Datenbank in diesem Aufsatz ist die China Academic Journals gemeint, die Website: <http://www.cnki.net>.

¹³ *Gan Zangchun*, Über die Verfassungsinterpretation, *Journal of South Western College for Political Science and Law* 1988/4, 16-21; *Xu Xiuyi*, Einige Überlegungen zu der

alle die folgenden Themen, nämlich die Definition der Verfassungsinterpretation und die Einteilung nach Subjekten der Auslegung, Grund und Zweck sowie Prinzipien und Verfahren der Verfassungsinterpretation. Darunter sind die Erläuterungen von *Xu Xiuyi* und *Gan Zangchun* am geeignetsten zum Thema des vorliegenden Beitrags. Bevor auf diese Beiträge detailliert eingegangen wird, ist darauf hinzuweisen, dass nach der chinesischen Verfassung dem Wortlaut gemäß nur der Ständige Ausschuss des NVK über die Befugnis zur Verfassungsinterpretation und die Aufsicht über die Verfassungsumsetzung verfügt (Art. 67 Nr. 1) und die Volksgerichte gemäß Artikel 126 der Verfassung nach den gesetzlichen Bestimmungen – die Verfassung wird in diesem Artikel nicht erwähnt – ihre Rechtsprechungsbefugnisse ausüben dürfen. Deswegen besteht Konsens in der Wissenschaft, dass nur der Ständige Ausschuss des NVK das Organ der Verfassungsinterpretation darstellen kann und in den in der Verfassung vorgeschriebenen Verfahren die Verfassungsinterpretation durchführen darf. Nur vor diesem Hintergrund kann man die Analyse der Autoren über Grundsätze und Methoden der Verfassungsinterpretation nachvollziehen.

Xu Xiuyi weist im Aufsatz „Einige Überlegungen zu der Frage der Verfassungsinterpretation in unserem Land“ darauf hin, dass der Ständige Ausschuss des NVK sieben Prinzipien beachten soll: 1. Festhalten am Sinn und Zweck der Verfassung und kein Verstoß gegen die Grundprinzipien der Verfassung, nämlich Demokratie, Sozialismus, Gleichheit, Herrschaft durch Recht, Einheit des Staates, Solidarität der Völker und Wahrung des Weltfriedens, 2. Festhalten an den Grundsätzen der Parteipolitik, 3. Vereinbarkeit mit der ursprünglichen Zielsetzung der Verfassung und ihrer praktischen Bedürfnisse, 4. Beachtung der Universalität und Dauerhaftigkeit der Verfassung; die Verfassung darf nicht nur nach einmaligen besonderen Umständen ausgelegt werden. 5. Der Zweck der Verfassung muss ermittelt und beachtet werden, 6. Den Bedürfnissen der jeweiligen Zeit muss Rechnung getragen werden, 7. Die Handlungen staatlicher Organe müssen auf die gesetzlichen Befugnisse beschränkt werden.¹⁴

Im Gegensatz zur deutschen juristischen Methodenlehre erscheinen diese Grundsätze marginal. Schaut man hingegen genauer hin, können darin aber auch Spuren der grammatischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegung gefunden werden.

Gan Zangchun erörtert in „Über die Verfassungsinterpretation“ separat die Grundsätze der Verfassungsinterpretation. Er stellt zunächst dar, dass westliche Verfassungsrechtswissenschaftler in der Frage der Verfassungsauslegung zwischen der Schule der extensiven Auslegung und der Schule der

Frage der Verfassungsinterpretation in unserem Land, *Contemporary Law Review* 1988/3, 137-140.

¹⁴ *Xu Xiuyi* (Fn. 13), 139.

restriktiven Auslegung unterscheiden. Die erstgenannte Schule behauptet, dass die Zukunft nicht prognostizierbar sei und eine weitere und flexiblere Auslegung neuen Umständen besser gerecht werden könne. Die zweitgenannte Schule behauptet, dass eine Verfassungsauslegung streng nach dem Willen der Verfassungsgeber erfolgen müsse, weil die Ausarbeitung der Verfassung einen Ausdruck der Souveränitätsausübung durch das Volk darstelle und die Unberührbarkeit des Rechts der Verfassungsausarbeitung ohne eine restriktive Auslegung beeinträchtigt würde, sodass Rechte und Freiheiten der Bürger nicht mehr gewährleistet werden würden. Anschließend führt der Autor aus, dass der Maßstab der Auslegung in westlichen Ländern von zwei Faktoren bestimmt wird. Erstens: das Verhältnis der Kräfte der Klassen zueinander. Wenn dieses Verhältnis zuungunsten der Kapitalklasse ausfalle, bestehe die Tendenz zur restriktiven Auslegung und umgekehrt. Zweitens: die politische Neigung der Auslegenden. Allerdings erläutert der Autor nicht, wie die politische Neigung des Auslegenden den Maßstab der Auslegung beeinflussen könne (S. 20). Schließlich beginnt der Autor, der Frage des Maßstabs der Auslegung nachzugehen und weist darauf hin, dass die chinesische Verfassung eine sozialistische Verfassung sei und „die Aufgabe der Anpassung der Verfassung in unserem Lande an die gesellschaftliche Entwicklung hauptsächlich durch die Ausarbeitung und Änderung der Verfassung erfüllt wird. Daher soll die restriktive Auslegung der chinesischen Verfassung den allgemeinen Grundsatz darstellen, nämlich eine Auslegung streng nach dem Willen der Verfassungsgeber. Aber andererseits (...) werden manche konkreten Bestimmungen im Laufe der Ausarbeitung der Verfassung in Gestalt von Ermächtigungsklauseln oder programmatischen Klauseln geschaffen. Daher besteht auch der Bedarf, die Verfassung gemäß neuerer Umstände der gesellschaftlichen Entwicklung auszulegen. Deswegen schließt der allgemeine Grundsatz der restriktiven Auslegung der Verfassung in China eine flexible Auslegung in Einzelfällen nicht aus“ Unter dieser Prämisse stellt der Autor zu der Verfassungsauslegung in China drei Grundprinzipien auf: 1. Die Absicht der Verfassungsgeber müsse befolgt werden, 2. Der Grundsatz der Gesamtheit, nämlich die Berücksichtigung von Leitgedanken, Grundprinzipien und organischen Zusammenhänge zu anderen Normen bei der Auslegung einer konkreten Verfassungsrechtsnorm, müsse geachtet werden, um in einer Gesamtbetrachtung den Sinngehalt der Verfassungsnorm herauszufinden, 3. Die Beachtung gesellschaftlicher Interessen, nämlich „die programmatischen Vorschriften und Ermächtigungsklauseln sowie andere neue Institute, die in der Praxis auftauchen, aber in der Verfassung bisher keinen Niederschlag gefunden haben, sollen nach dem Maßstab der gesellschaftlichen Interessen als Interpretationslinien der Verfassung dienen“ (S. 20-21). In gewisser Weise ähnelt dieser Aufsatz der juristischen Methodenlehre im engeren Sinne. Dabei entsprechen die weite Auslegung und die restriktive Auslegung offensichtlich der subjektiven bzw. der objektiven Auslegung. Mit Blick auf die

drei anderen Auslegungsgrundsätze sind die vier klassischen Auslegungskansons leicht zu erkennen. Da jedoch der Aufsatz keine Fußnoten enthält, ist nicht zu erkennen, aus welchen Quellen diese Methoden bzw. Grundsätze stammen.

3. Einflüsse der deutschen juristischen Methodenlehre

Die Forschung in der chinesischen Verfassungsrechtslehre während der Wiederherstellungsphase der Verfassungsrechtslehre ist sehr rudimentär. Dies zeigt sich besonders darin, dass in der überwiegenden Mehrheit der Aufsätze Fußnoten komplett fehlen. Deswegen ist das jeweilige Ursprungsland, aus welchem die wahrscheinlich vornehmlich ausländischen Quellen stammen, schwer festzustellen. Daher wurde vorliegend der Untersuchungsgegenstand auf die Auslegung einfacher Gesetze erweitert, wobei zu Tage trat, dass die Rechtstheoretiker in Bezug auf die juristische Methodenlehre im engeren Sinne weiter als die Verfassungsrechtswissenschaftler gingen. Beispielsweise betont der Aufsatz der Autoren *Wu Daying* und *Liu Cuixiao* aus dem Jahr 1984 die „Auslegung der sozialistischen Gesetze unseres Landes“¹⁵ zwar auch den Klassencharakter der Gesetzesauslegung, weist aber deutlich darauf hin, dass die Methoden der Gesetzesauslegung in „grammatische, logische und historische Auslegungen“ und das Ergebnis der Auslegung in „Auslegung nach dem Wortlaut, erweiternde Auslegung und restriktive Auslegung“ eingeteilt werden können. Ein weiteres Beispiel ist die Ausführung im Aufsatz von *Liu Shengping*, 1985, mit dem Titel „Untersuchung der Fragen der sozialistischen Gesetzesauslegung in China“:¹⁶ „(...) nach der Methode der Gesetzesauslegung kann in eine grammatikalische, logische, systematische und historische Auslegung eingeteilt werden. Nach dem Maßstab der Gesetzesauslegung kann weiter in eine restriktive, erweiternde und wortwörtliche Auslegung eingeteilt werden (...)“.

Diese Ausführungen kommen dem Kerninhalt der deutschen juristischen Methodenlehre bereits sehr nahe. Bedauerlicherweise haben diese Aufsätze auch keine Quellen zitiert. Deswegen ist nicht ersichtlich, ob der Einfluss unmittelbar aus Deutschland oder mittelbar über Drittländer wie Japan, Taiwan oder die USA erfolgte. Fest steht, dass die Entwicklung der Rechtswissenschaft in den 1980er Jahren hauptsächlich unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts stand. Beispielsweise wurden Ende der 1980er Jahre zwei Monographien zum Thema des vorliegenden Beitrags ins Chinesische übersetzt: „Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law“ von *Bo-*

¹⁵ *Wu Daying/Liu Cuixiao*, Auslegung der sozialistischen Gesetze unseres Landes, *Political Science and Law* 1984/4, 42-46.

¹⁶ *Liu Shengping*, Untersuchung der Fragen der sozialistischen Gesetzesauslegung in China, *Tribune of Political Science and Law* 1985/5, 14-18.

denheimer¹⁷ und „Understanding the Constitution“ von *Edward S. Corwin*, *Jack Walter Peltason*. Das erste Werk zählt zu den einflussreichsten Veröffentlichungen aus dem Ausland. Damals existierte wenig Literatur über das deutsche Grundgesetz, sodass dessen Einfluss kaum spürbar war.

III. Epoche der 1990er Jahre

1. Aufbruchsphase

Im Vergleich zu der moderaten Wiederherstellungsphase in den 1980er Jahren trat die Verfassungsrechtslehre in den 1990er Jahren – wie dies auch von dem jungen Wissenschaftler *Zhang Zhen* beschrieben wurde – nach einer Phase der ideologischen Emanzipation und der wissenschaftlichen Akkumulation in eine wissenschaftliche Aufbruchsphase über. Dadurch, dass zahlreiche relativ hoch qualifizierte Verfassungsrechtswissenschaftler der jüngeren Generation mit akademischem Ehrgeiz in die vorderste Reihe traten, formierten sich die Anfänge der Verfassungsrechtsforschung in verschiedenen Paradigmen. Das Interesse mancher Forscher schwankte zwischen dem Verfassungsrecht und der Rechtstheorie mit einem Fokus auf einer Makrountersuchung der verfassungsrechtlichen Grundtheorien. Manche Forscher legten zudem Wert auf eine Forschung über den Verfassungstext und die -normen.¹⁸

Die Aufbruchsphase wurde vor allem in der wachsenden Anzahl und der steigenden Kompetenz der Forscher deutlich. In dieser Phase waren die Verfassungswissenschaftler der ersten Generation der VR China noch aktiv, wie *Xiao Weiyun*, *Wu Jialin*, *Wang Shuwen*, *Xu Chongde*, *Lian Xisheng* und *Zhang Qingfu*, etc. Gleichzeitig traten Vertreter der Verfassungsrechtswissenschaftler der zweiten Generation auf die Bühne der Verfassungsrechtswissenschaft, wie *Tong Zhiwei*, *Han Dayuan*, *Hu Jinguang*, etc. Der Zuwachs der Forschungskräfte hatte freilich eine Steigerung der wissenschaftlichen Werke zur Folge. Forscher beider Generationen begannen Lehrbücher herauszugeben und Monographien zu verfassen. Die Anzahl der Aufsätze erreichte einen vierstelligen Bereich. Prof. *Xu Chongde* brachte die meisten Lehrbücher zum Verfassungsrecht in China, dem Ausland, Hongkong und Macau heraus. Unter den Vertretern der zweiten Generation wie *Han Dayuan*, *Hu Jinguang* und *Mo Jihong* erschienen nicht nur Lehrbücher zum chinesischen und ausländischen Verfassungsrecht, sondern auch Monographien.

¹⁷ Dieses Werk wurde 1987 bzw. 1999 zweimal übersetzt. Die letzte Fassung ist weit verbreiteter.

¹⁸ *Zhang Zhen*, Kurz über die Entwicklung und akademische Landschaft der chinesischen Verfassungsrechtslehre in den 1990er Jahren, in: *Wen Zhenbang* (Hrsg.), Forum des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, 2010; *Miao Lianying/Zheng Lei* (Fn. 7), 145-160.

Zweifelsohne können Aufsätze aus dieser Zeit am besten den jeweiligen Stand der Verfassungsrechtslehre veranschaulichen. Im Zuge einer einfachen Recherche ist herauszufinden, dass nicht wenige Autoren immer noch dazu tendieren, das Verfassungsrecht sowie Begriffe, Natur, Funktionen und Rechtfertigungen des Konstitutionalismus überblickmäßig und abstrakt zu diskutieren sowie die Staatsorgane und Grundrechte allgemein zu erörtern und zu vergleichen. Zudem werden häufig einzelne verfassungsbezogene Ereignisse – z.B. die Verfassungsänderung der Jahre 1993 und 1999 und die Rückkehr Hongkongs zum Festland China – beschrieben. Zumindest seit Mitte der 1990er Jahre beschäftigen sich immer mehr Autoren mit dem Normencharakter der Verfassung und dem Verständnis sowie der Umsetzung der Verfassung. Dieser Paradigmenwechsel wurde m.E. maßgeblich durch die Debatte über die Zulässigkeit sowie den Modus des „positiven Verfassungsbruchs“ 1996/1997 ausgelöst.

Der Auslöser hierfür waren einige wirtschaftliche Reformmaßnahmen, welche die Verfassung brachen und nachträglich durch Verfassungsänderung wieder legalisiert wurden, wie die Sonderwirtschaftszone in Shenzhen, welche die Vermietung von Nutzungsrechten an Grundstücken betrieb, obwohl die 1982er Verfassung den Kauf und die Vermietung von Grundstücken verbot. Dieses Vorgehen – den Verfassungsbruch zunächst zu dulden und ihn sodann durch Verfassungsänderung zu legalisieren, wurde im Schrifttum in Frage gestellt. Prof. *Hao Tiechuan* stellte die bis heute noch teilweise vertretene und zauberhaft anmutende These des „positiven Verfassungsbruchs“ (良性违宪) auf: Der sog. positive Verfassungsbruch bezieht sich auf Maßnahmen der Staatsorgane, die zwar gegen einzelne Artikel der damaligen Verfassung verstießen, aber die Entwicklung der sozialen Produktionskraft und die Wahrung der grundlegenden Interessen des Staats und des Volks begünstigten und daher ein für die Gesellschaft nützliches Verhalten darstellten.¹⁹ „Der positive Verfassungsbruch wurde durch die Einschränkung des geschriebenen Rechts verursacht und von dem gesellschaftlichen Umbruch benötigt und stellte einen unabdingbaren Auftakt zu rechtlichen Fortschritten dar.“²⁰ Prof. *Tong Zhiwei* widersprach ihm vorbehaltlos indem er meinte, dass ein materieller Unterschied zwischen positivem und negativem Verfassungsbruch bestehe und der erste noch erschreckender sei und mehr öffentliche Wachsamkeit verdiene, „(denn) dies würde in der chinesischen Gesellschaft, in der die Verfassungskultur schwach ausfällt und viele sich nicht an der Herrschaft durch Recht gewöhnen und jederzeit die „Fesselung“ durch die Verfassung zu brechen versuchen, noch leichter Zustimmung finden.“ „Sollte

¹⁹ *Hao Tiechuan*, Über den positiven Verfassungsbruch, *Chinese Journal of Law* 1996/4, 89-91.

²⁰ *Hao Tiechuan*, Sozialer Wandel und Einschränkungen des geschriebenen Rechts – Erwiderung auf Genosse *Tong Zhiwei*, *Chinese Journal of Law* 1996/6, 24.

die Verfassung den Reformprozess behindern, ist dies durch die Verfassungsänderung nach dem rechtmäßigen Verfahren zu regeln und darf nicht durch außerrechtliche Mittel gelöst werden.“²¹ Diese Debatte setzte sich fort bis in das Jahr 1997. Bedauerlicherweise gewannen die Befürworter des positiven Verfassungsbruchs die Oberhand.²²

Trotzdem wurde das Bewusstsein, dass die Verfassung ebenfalls Recht darstellt und eine Umsetzung erfordert, beispiellos verstärkt. Rechtswissenschaftler begannen, sich mit der Normativität und den Normelementen der Verfassung auseinanderzusetzen. In der einschlägigen Literatur nahm die Häufigkeit von Wörtern wie Verfassungsnorm, Verfassungskraft, Verfassungsanwendung, Verfassungsinterpretation und Verfassungsklage deutlich zu. Gleichzeitig wuchsen ebenfalls das Bewusstsein um und die Tendenz zu einer Domestizierung der Forschung. Beispielsweise wurde ausdrücklich der Aufbau einer chinesischen Interpretationslehre mit der Betonung der Wichtigkeit der Verfassungsinterpretation gefordert.²³ Ein weiteres eindeutiges Beispiel der Domestizierung zeigt sich darin, dass die einschlägigen Ausführungen bei der Untersuchung der Constitutional Review von einem einfachen Narrativ über die Besonderheiten der Verfassungsaufsicht in der 1982er Verfassung und der reinen Einführung in die Constitutional Review in ausländischen Rechtsordnungen zum Nachdenken und Begründen zu der Frage übergingen, wie eine den chinesischen Verhältnissen entsprechende Constitutional Review aufgebaut werden kann.²⁴ Der Wandel in diesen zwei Dimensionen blieb lediglich bei einem Vorschlag und Aufruf, bildete aber zweifelsohne die Grundlage des Übergangs von der Verfassungsrechtslehre zur Verfassungsinterpretationslehre.

²¹ *Tong Zhiwei*, Positiver Verfassungsbruch ist nicht zu befürworten – Erwiderung auf die andere Ansicht von Genosse Hao Tiechuan, *Chinese Journal of Law* 1996/6, 19-21.

²² *Tong Zhiwei*, Die Unterseite der flexiblen Umsetzung der Verfassung – Erneute Erwiderung auf Genosse Hao Tiechuan, *Law Science* 1997/5, 15-17; *Hao Tiechuan*, Sanfter Widerstand – Einige Erläuterungen zum positiven Verfassungsbruch, *Law Science* 1997/5, 18; *Han Dayuan*, Sozialer Umbruch und die Anpassungsfähigkeit der Verfassung – Anmerkung zum Streit zwischen Herrn Hao und Herrn Tong, *Law Science* 1997/5, 14, 19f.; *Ruan Lulu*, Theorien des Konstitutionalismus und die Rationalität des positiven Verfassungsbruchs, *Law Science* 1997/5, 21-22.

²³ *Miao Lianying*, Die zwei Fragen der Entdeckung und Entwicklung, *Studies in Law and Business* 1998/3, 10.

²⁴ *Wang Tiancheng*, Der historische Ursprung der Judicial Review in den anglo-amerikanischen Rechtsordnungen, *Journal of Central South College for Political Science and Law* 1991/1, 87-91; *Bao Wanchao*, Das Konzept der kombinierten Prüfung bestehend aus der Einrichtung eines Verfassungskomitees und einer Verfassungsprüfungskammer am OVG, *Law Science* 1998/4, 11-15; *Yang Linping*, Überlegungen zur Reform der Gerichte aus der Verfassungssicht, *Legal Daily* vom 4.1.1999.

2. Die Verfassungsinterpretation und deren Methoden

Für Forscher der chinesischen Verfassung ist der Aufbau einer einheitlichen chinesischen Verfassungsrechtslehre ein fortdauernder Prozess. In der Diskussion um die Systematik des Verfassungsrechts sowie der verfassungsrechtlichen Kategorien und Verhältnisse wird sicherlich auch nach der Methode des Verfassungsrechts gefragt. In der entsprechenden Literatur²⁵ wird diesbezüglich üblicherweise die von Prof. *Tong Zhiwei* vorgeschlagene, derzeit bereits vollständig verworfene sog. Methode der sozialrechtlichen Analyse erwähnt.²⁶ Diese Auffassung will die herkömmliche Methode der Klassenanalyse verwerfen und den theoretischen Rahmen der herrschenden Rechtstheorie durchbrechen, um mit sozialen Rechten als Kernbegriff die Rechtstheorie und Verfassungsrechtslehre systematisch neu zu konstruieren.²⁷ Eine andere Methode, die viel Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat, ist die sog. ökonomische Methode des Verfassungsrechts, nach welcher der Inhalt und die Bedeutung der Verfassung anhand ökonomischer Methoden beleuchtet werden.²⁸ Ferner gibt es noch die anthropologische Methode, die soziologische Methode und die empirische Methode des Verfassungsrechts, welche insgesamt die „sozialwissenschaftliche Verfassungsrechtslehre“ genannt werden.²⁹ Der Grund für diese Vielfalt der interdisziplinären Methoden liegt darin, dass „historische Tradition, Rechtskultur und soziale Bedingungen beachtet werden und typisch chinesische Probleme gelöst werden müssen, sobald die Verfassungsrechtslehre an Fundament gewinnt, weswegen die historisch-soziologischen, kultursoziologischen und systemtheoretischen Theorien Eingang in das Spektrum der Wissenschaft der Verfassungsrechtslehre gefunden haben.“³⁰

Offensichtlich waren mit „Methoden der Verfassungsrechtslehre“ in den 1990er Jahren immer noch die Forschungsmethoden des Verfassungsrechts gemeint. Um mehr über die Methodenlehre des Verfassungsrechts im engeren

²⁵ *Fu Chuangyu* (Fn. 3), 27-35.

²⁶ Vor allem siehe *Fu Chuangyu* (Fn. 3), 28.

²⁷ *Tong Zhiwei*, Reform der Forschungsmethoden der Verfassungsrechtslehre, *Law Science* 1994/4, 2-4; *derselbe*, Mit der Methode der Analyse der sozialen Rechte das System der Verfassungsrechtslehre neu konstruieren, *Chinese Journal of Law* 1994/5, 18-24; *derselbe*, Verfassungsrechtslehre vor dem 21. Jahrhundert, *Law Review* 1997/6, 10-20.

²⁸ Ein Vertreter ist Prof. *Zhao Shiyi*, Ökonomische Verfassungsrechtslehre – Der historische Aufschluss durch die Integration der Theorien der Verfassungsrechtslehre und der Ökonomie, *Science of Law* 1997/3, 26-32; *derselbe*, Ressourcenallokation und Rechtsgarantie: Ökonomische Forschung der Grundrechte, 1998; Ein weiterer Vertreter ist *Zou Pingxue*, Kurz über die Einführung der Methode der ökonomischen Analyse in die Forschung zum Konstitutionalismus, *Law and Social Development* 1996/1, 6-12; *derselbe*: Ökonomische Analyse des Konstitutionalismus, 1997.

²⁹ *Fu Chuangyu* (Fn. 3), 28-29; *Miao Lianying/Zheng Lei* (Fn. 7), 154.

³⁰ *Miao Lianying/Zheng Lei* (Fn. 7), 145-160.

Sinne zu erfahren, ist eine Literaturrecherche unabdingbar. Ein grobes Rechercheergebnis mit dem Stichwort „Verfassungsinterpretation“ zeigt, dass Anfang 1990 einige Aufsätze mit dem Begriff „Verfassungsinterpretation“ im Titel erschienen sind.³¹ Allerdings gingen sie vom Inhalt bis zur Einhaltung der wissenschaftlichen Redlichkeitsnorm nicht über das Niveau der beiden Aufsätze aus dem Jahr 1988 hinaus. Dieser Zustand verbesserte sich erst mit der Veröffentlichung des Aufsatzes „Kurz über die Verfassungsinterpretation“ durch die junge Autorin *Hu Honghong* im Jahr 1995.³² In den darauffolgenden Jahren wurde hingegen kein unmittelbar einschlägiger Aufsatz zu diesem Thema veröffentlicht, obwohl ununterbrochen Stimmen die Vertiefung der Wissenschaft zur Verfassungsinterpretation befürworteten.³³ 1999 erschienen einige Aufsätze zur Verfassungsinterpretation, darunter derjenige von *Han Dayuan/Zhang Xiang* „Kurz über die Objektivität und Subjektivität der Verfassungsinterpretation“.³⁴ Dieser sticht hierbei besonders heraus, weil sich dieser Aufsatz ausschließlich der Verfassungsinterpretation widmet und nicht, wie zuvor andere Aufsätze, nur teilweise das Institut der Verfassungsinterpretation behandelt.

Thema und Aufbau des Aufsatzes „Kurz über die Verfassungsinterpretation“ entbehren bis heute noch keiner Aktualität, denn es werden die Notwendigkeit, die Person des Auslegenden, die Interpretation sowie Verfahren, Typen und Methoden der Interpretationen mit dem Institut der Verfassungsinterpretation vorgestellt und analysiert. Anders als in den vorherigen Artikeln führte die Autorin neue Termini über die Methoden und die Klassifizierung der Interpretationen ein und vertrat die These, dass die Methoden der Gesetzesinterpretation hauptsächlich in „Textinterpretation“ (文理解释) und „Begründungsinterpretation“ (论理解释) oder in eine „subjektive“ und eine „objektive“ Interpretation eingeteilt werden können (S. 44). Diese erstgenannte Einteilung ist nicht üblich. Der Autorin nach entspricht die Textinterpretation etwa der grammatikalischen Interpretation (oder auch Wortsinninterpretation) und die sog. Begründungsinterpretation bezieht sich auf die Methode, „mit welcher der wahre Sinn des Gesetzes mit Rücksicht auf die Gründe, Motive,

³¹ Beispiele: *Wang Yuming*, Über die Verfassungsinterpretation, *Contemporary Law Review* 1009/4, 31-34; *Ren Jing*, Über die Verfassungsinterpretation, *Law Science* 1991/6, 4-6; *Zhang Qingfu*, Vergleich zwischen Verfassungsinterpretationen, *Foreign Law Translation and Comment* 1993/2, 1-6.

³² *Hu Honghong*, Kurz über die Verfassungsinterpretation, *Modern Law Review* 1995/5, 42-46.

³³ *Xu Chongde/Hu Jinguang*, Rückblick und Ausblick der Forschung der Verfassungsrechtslehre 1995, *The Jurist* 1996/1, 20-24; *Miao Lianying* (Fn. 23), 10; *Dong Heping*, Untersuchung einiger Fragen zu den Verfassungsnormen, *Contemporary Law Review* 1998/4, 1-7.

³⁴ Vor allem *Han Dayuan/Zhang Xiang*, Kurz über die Objektivität und Subjektivität der Verfassungsinterpretation, *Science of Law* 1999/6, 38-45.

Geschichte und andere einschlägige Sachen in Bezug auf die Entstehung des Gesetzes erläutert wird.“ „Insbesondere gehören die systematische und die historische Auslegung zu der Begründungsinterpretation und müssen daher nicht separat aufgelistet werden“ (S. 44). Über die zweitgenannte Einteilung meinte die Autorin, dass die subjektive Auslegung auf die ursprüngliche Absicht bzw. dem subjektiven Willen des Gesetzesgebers zum Zeitpunkt der Ausarbeitung des Gesetzes abzielt, während die objektive Interpretation der Suche nach dem möglichen Sinn des bereits verabschiedeten Gesetzes mit Rücksicht auf die Anpassungsfähigkeit des Gesetzes an die gesellschaftliche Entwicklung dient (S. 44). Man muss sagen, dass die Auffassung des Autors dem herkömmlichen Verständnis der juristischen Methodenlehre entspricht, wenn man von der Bezeichnung der Methoden einmal absieht. Zu bedauern ist, dass sich der Autor bei der Wahl der Methoden derjenigen der Klassenanalyse nicht entziehen konnte und der Auffassung war, dass „unterschiedliche Interessenklassen oder -schichten mit der Regierungsmacht die Methoden der Verfassungsinterpretation mit unterschiedlichen Regeln anwenden“ (S. 44-45).

Unter Anleitung dieser Theorien versuchte die Autorin eine Brücke zur gängigen Praxis zu schlagen: Zunächst wurden richtigerweise drei Regeln der Verfassungsinterpretation in China aufgestellt: „1. Der gewöhnliche Text muss nach dem gewöhnlichen Sinn verstanden werden; er soll sich somit möglichst auf den Umfang des vom Bürger zu erwartenden Sinns beschränken. Fachtermini sind nur vor dem Hintergrund des Fachverständnisses zu verstehen, 2. Die legislative Absicht ist zu berücksichtigen, eine dem Zweck des Gesetzes offensichtlich zuwiderlaufende Interpretation ist daher zu vermeiden, 3. Der objektiv existierenden Tendenz der gesellschaftlichen Entwicklung muss entsprochen werden, um paradoxe Ergebnisse zu vermeiden. (S. 45)“ Anschließend wurde der Grundsatz der „chinesischen Prägung“ der teleologischen Interpretation hinzugefügt – einerseits zu bedauern aber auch äußerst spannend ist –, mit der Forderung, dass „sich die Anwendung verschiedener Regeln den allgemeinen Leitgedanken und der höchsten Zielsetzung der chinesischen Verfassung unterwerfen soll“, wobei die Leitgedanken und die höchste Zielsetzung des Autors ohne jegliche Begründung in drei Subgrundsätze zerlegt wurden, nämlich „zugunsten der Solidarität und Sicherheit des Staates“, „zugunsten des gesellschaftlichen Fortschritts“ und zur „Wahrung der Einheit der gesamten staatlichen Ordnung“ (S. 45). Die Autorin gab zu jedem Grundsatz Beispiele an. Allerdings sind sowohl die Beispiele, Begründungen als auch der Zusammenhang zwischen den beiden schwer nachvollziehbar. Beispielweise stellte die Autorin zum ersten Subgrundsatz die Frage: Wird das Streikrecht, angesichts der Tatsache, dass die ersten drei Verfassungen Chinas das Streikrecht vorsahen, dies jedoch in der 1982er Verfassung gestrichen wurde, geduldet oder verboten? Dies ist an sich ein gutes Beispiel. Allerdings lieferte die Autorin weder eine eigene Analyse

noch Lösungsansätze, sondern führte lediglich aus, dass zwei Interpretationswege vorhanden seien: Denn nach der Regel „es ist erlaubt, was nicht verboten ist“ hätten Bürger das Streikrecht; man könne das Streikrecht aber auch nach der historischen Interpretationsmethode mit Rücksicht auf die Gesetzgebungsgeschichte ablehnen. Sie beendete die Analyse mit dem Argument, dass das berechnigte Organ noch keine Interpretation vorgenommen habe (S. 45). Dies veranschaulicht den damaligen Stand der Verfassungsrechtslehre, bildet aber keine Vorgabe, wie die Interpretationsmethoden anzuwenden seien. Damals richtete man den Blick bereits über die eigenen Landesgrenzen hinaus, um nach Theorien zur Verfassungsinterpretation zu suchen, um, damit einhergehend, existierende Probleme Chinas zu lösen. Die Fähigkeit, Rückschlüsse auf Verbindungen zwischen der Entwicklung der Verfassungsinterpretation und der Lösung von Problemen ziehen zu können, war indes noch nicht erworben.

Der Aufsatz von *Han/Zhang* fand erhebliche Beachtung. Dies hatte einerseits seinen Grund darin, dass dieser der letzte Beitrag zur Verfassungsinterpretationslehre im 20sten Jahrhundert war, jedoch noch mehr darin, dass die beiden Autoren Vertreter der zweiten und dritten Generation der Verfassungsrechtslehre sind. Im Titel des Aufsatzes werden Objektivität und Subjektivität erwähnt. Dies legt auf den ersten Blick eine Orientierung der Autoren an der objektiven und subjektiven Auslegung nahe. Aber ganz im Gegenteil: Die Bezugspunkte Objektivität und Subjektivität in diesem Aufsatz sind anders aufzufassen, als sie in der Auslegungsmethode gemeint sind. Ziel dieses Aufsatzes ist die Untersuchung, ob bei der Auslegung der Verfassung ein Ermessensspielraum zuerkannt wird, beziehungsweise, bei Bejahung dieser Frage, wie das Ermessen ausgeübt wird. Thesen, Begründungen und Analysen sind einfach und direkt zusammengestellt. Der erste Teil, welcher die „Objektivität der Auslegung“ (S. 38-40) behandelt, führt aus, dass ein Rechtspositivist die gesetzte Verfassung als ein umfassendes, logisch widerspruchsfreies und geschlossenes System ansieht und vertritt, dass die Verfassungsinterpretation eine „absolut objektiv“ Aufgabe darstellt, die sämtliche außergesetzlichen -sozial, politisch und wirtschaftlich - subjektiven Erwägungen ausschließt. Ursprünglich sei die Auffassung vertreten worden, dass sich die Objektivität des Gesetzes anhand der Suche nach dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers erschließen lasse. Später wurde jedoch immer deutlicher, dass der ursprüngliche Wille schwer ermittelbar sei. Deswegen sei die objektive Theorie dahingehend geändert worden, dass die Bedeutung der Verfassung auch vom objektiv aus der Verfassung zum Ausdruck kommenden, vom ursprünglichen Willen des Gesetzgebers losgelösten Sinngehalt abzuleiten sei. Dies stellt eigentlich einen Kompromiss zur subjektiven Theorie dar. Im zweiten Teil des Aufsatzes über die Subjektivität der Auslegung (S. 40-42) wird darauf hingewiesen, dass nach der sog. Freiheitsschule der maßgebliche Faktor für die Gesetzesinterpretation die subjektive Absicht des

Auslegenden und dessen Wertungen seien. Die Grundnatur der Gesetzesauslegung sei kreativ zu verstehen. Die Vertreter der subjektiven Theorie lehnten die Objektivität der Gesetzesvorschriften ab, weil Gesetze, vor allem die Verfassung, keine eindeutige normative Bedeutung aufwiesen und manche Vorschriften zwar eine eindeutige Bedeutung hätten, aber eine strenge Anwendung zu einer unverträglichen Folge führen würde. Manche Vorschriften würden wiederum der Zeit hinterherhinken. Daher müsse die Verfassungsinterpretation den Aberglauben und blinden Gehorsam, den die Befürworter der normativen Theorien Gesetzesbüchern und gesetzlicher Logik entgegenbringen, durchbrechen und die Verfassungsinterpretation zu sozialer „materieller Gerechtigkeit“ verhelfen. Auf dieser Grundlage stellten die Autoren ihre vermittelnde Ansicht vor, die besagt, dass die Verfassungsinterpretation den in den Verfassungsartikeln zum Ausdruck gekommenen objektiven Sinn beachten müsse und die objektive Aufgabe, welche die soziale Realität an den Konstitutionalismus und den Gedanken der Herrschaft durch Recht stellt, erfüllen müsse. Andererseits sei einzugestehen und zuzulassen, dass subjektive Wertung vorhanden sei und die Subjektivität der Auslegung durch den Willen der Verfassungsschreiber, die Grundgedanken der Verfassung, die Richtung der objektiven historischen Entwicklung, Auslegungsregeln und durch die Person des Auslegenden eingeschränkt sei (S. 42-45).

Zweifelsohne stellt dieser Aufsatz eine rein einführende Quelle dar, die sich um die Ablehnung des amerikanischen *Liberalism* und der textbasierten Auslegung (*Originalism*) als auch um die Vertretung einer dem Zeitgeist entsprechenden Auslegung dreht. Der neue Blickwinkel – nämlich das neue Begriffspaar „Objektivität und Subjektivität“ – stellt die einschlägigen Elemente neu zusammen und verleiht eine gewisse Abstrahierung der an sich nicht tiefergehenden Erläuterung. Darüber hinaus brachte dieser Aufsatz unter allen vorhandenen Einführungen in die Verfassungsinterpretationslehre im Ausland nicht nur Ergebnisse, sondern analysierte diese auch ausführlich. Selbstverständlich ist die Fähigkeit der Autoren, diese Theorien auf die eigene Verfassung anzuwenden, mangels Assimilierungsversuche nicht unter Beweis gestellt worden, anders, als dies mit dem Aufsatz von *Hu Honghong* geschah. Hinzu kommt, dass diese beiden Autoren zwar die Verfassungsinterpretation diskutieren, das Wort „Verfassung“ allerdings in der einschlägigen Diskussion durchaus durch das Wort „Gesetz“ ersetzt werden kann. So steht fest, dass sich die Verfassungsinterpretationslehre aus den 1990er Jahren noch auf eine allgemeine Darstellung ausländischer Interpretationstheorien beschränkte. Die Domestizierung ausländischer Theorien und die Spezialisierung der Gesetzesinterpretation auf die Verfassung wurden noch auf die Tagesordnung gesetzt.

3. Einflüsse der deutsche juristische Methodenlehre

Die Verfassungsrechtslehre in 1990er Jahre wurde von den ausländischen, vor allem den anglo-amerikanischen Verfassungstheorien wesentlich geprägt. Dies kam in folgenden zwei Aspekten zum Ausdruck: Einerseits wurden allgemeine ausländische Verfassungstheorien zur Untermauerung eigener Thesen zitiert und andererseits begannen mehrere Verlage systematisch ausländische, insbesondere angloamerikanische verfassungsrechtliche Werke zu veröffentlichen, wie „Constitutional Construction“ von *James Andrew*, „Constitutional Law in a Nutshell“ von *Jerome Ballon/Thomas Drens*, „Feralist Papers“ von *Hamilton* und „Manuel de Droit Constitutionnel“ von *Léon Duguit*.

Im Gegensatz zur anglo-amerikanischen Verfassungsrechtslehre, die eine führende Rolle in der chinesischen Verfassungsrechtslehre spielte, war der Einfluss von deutscher oder deutschsprachiger Verfassungsrechtslehre immer noch sehr beschränkt. Nach meinem Kenntnisstand stellten lediglich wenige Autoren das deutsche Bundesverfassungsgericht und den Bundestag vor. Dabei verfasste *Liu Zhaoxing* von der CASS die „Grundzüge des deutschen Bundesverfassungsgerichts“, während *Gan Caoying* von der Peking Universität mehrere Aufsätze veröffentlichte, wie Einführungen in das deutsche Grundgesetz, das Bundesverfassungsgericht und den Bundestag. Übersetzungen waren kaum vorhanden, lediglich das „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ von *Rolf Stober* und „General Theory of Law and State“ von *Hans Kelsen* wurden in die chinesische Sprache übersetzt. Erwähnenswert ist, dass „Wahrheit und Methode“ von *Gadamer* bereits 1999 ins Chinesische übertragen und veröffentlicht wurde. Obwohl dieses Werk in den einschlägigen Kreisen nach der Veröffentlichung schnell breite Beachtung fand, beeinflusste es Rechtswissenschaftler, vor allem Rechtstheoretiker, im Wesentlichen erst im 21. Jahrhundert.

Wie auch die deutsche Verfassungsrechtslehre landete die deutsche juristische Methodenlehre in den 1990er Jahren noch nicht im Blickfeld chinesischer Juristen. An den beiden bereits vorgestellten Aufsätzen lässt sich erkennen, dass der Ursprung der Interpretationslehre aus den USA stammt, genauer gesagt lässt sich dieser in dem Werk von *Bodenheimer* finden.³⁵ Es ist meines Erachtens auffällig, dass *Hu Honghong* bei der Darstellung über die objektive und subjektive Interpretation das Werk „Einführung in die Rechtswissenschaft“ von *Lin Jidong*, einem Rechtswissenschaftler aus der älteren Generation in Taiwan, zitierte.³⁶ Die Autoren *Han/Zhang* zitierten in Bezug auf die Analyse der Objektivität von Gesetzestexten das Werk „Zivil-

³⁵ Die Veröffentlichungen von *Hu Honghong* und *Han/Zhang* zitieren beide die Übersetzungen von *Bodenheimer*.

³⁶ *Hu Honghong* (Fn. 32), S. 45 Fn. 7.

rechtsinterpretationslehre“ des hoch angesehenen Zivilrechtswissenschaftlers *Liang Huixing*. Diese zwei Autoren sind stark von dem japanischen Recht geprägt, wobei zu beachten ist, dass die Gesetzesinterpretationslehre in Japan ursprünglich aus Deutschland stammt. Dieser Vorgang kann demzufolge durchaus als ein mittelbarer Einfluss deutscher juristischer Methodenlehre auf die Interpretationslehre in China verstanden werden.

IV. Epoche der 2000er Jahre

1. Entwicklung der Verfassungsrechtslehre

Die chinesische Verfassungsrechtslehre auf dem Festland zeigte in den 2000er Jahren ein rasantes Wachstum.³⁷ Von den Wissenschaftlern der ersten Generation waren nur noch wenige aktiv, wie die Prof. *Xu Chongde*, *Lian Xisheng* und *Chen Yunsheng*, demzufolge lag der hauptsächliche Einfluss bei Wissenschaftlern der zweiten Generation (neben den obigen Teil III genannten Namen sind noch unter anderem *Zhang Qianfan*, *Zhou Wei*, *Wang Zhenmin*, *Liu Songshan*, *Fan Jinxue* und *Ma Ling* hinzuzufügen, die seit 2000 in Erscheinung traten). Hinzu kamen noch Wissenschaftler der dritten Generation, wie *Zhang Xiang*, *Liu Liantai*, *Shangguan Piliang*, *Du Qiangqiang* und *Li Zhongxia* etc., welche ihre fachliche Kompetenz unter Beweis gestellt haben. Die wachsende Anzahl chinesischer Verfassungsrechtswissenschaftler zog viele Vorteile mit sich. In Bezug auf Monographien ist zu erwähnen, dass Prof. *Lin Laifan* 2001 das inzwischen zu den Klassikern zu zählende Werk „Von Verfassungsnormen zur normativen Verfassung – ein Auftakt zur normativen Verfassungsrechtslehre“ veröffentlichte. Dieses Buch stellte die Hauptthese, den Rahmen und die Forschungsmethoden der sog. normativen Verfassungsrechtslehre auf und legte die Grundlage für eine Umorientierung der chinesischen Verfassungsrechtslehre im neuen Jahrhundert auf die anwendungswissenschaftliche Richtung der Verfassungsinterpretation. Hinsichtlich Lehrbücher veröffentlichte Prof. *Zhang Qianfan* eine „Einführung der Verfassungsrechtslehre – Theorien und Anwendung“ und die Professoren *Hu Jinguang*/*Han Dayuan* das Werk „Chinesische Verfassung“, beide 2004, jeweils in Anlehnung an den amerikanischen bzw. kontinentaleuropäischen Stil. Beide Bücher betonen die Anwendung der Verfassung; sie stellen Monographien, keine Sammelwerke dar und ihr Inhalt ist dadurch relativ kohärent.

Die Anzahl der in den 2000er Jahren veröffentlichten Aufsätze erreichte den vierstelligen Bereich. Ohne Blick auf die Qualität des jeweiligen Aufsatzes wurden beinahe sämtliche Aspekte der Verfassungsrechtslehre abgedeckt.

³⁷ *Miao Lianying*/*Zheng Lei* (Fn. 7), 145-160.

Prof. *Lin Laifan* fasst die Methoden und Besonderheiten der Forschung in dieser Phase mit vier sog. „-sierungen“ exakt zusammen: die Pluralisierung der Ansätze, Entpolitisierung der Sprache, Sinisierung des Problembewusstseins und Atomisierung der Themen.³⁸ Prof. *Han Dayuan* betont mehrfach, dass „sich ein grundsätzlicher Konsens bezüglich der Grundkategorien und Methoden der Verfassungsrechtslehre nach etwa zehnjähriger Forschung gebildet hat und sich das System der Gedanken und des Diskurses der Verfassungsrechtslehre in China geformt hat und sich in der Praxis der chinesischen Verfassung kontinuierlich verfestigt hat.“³⁹

Auf Grundlage dieser Erläuterungen lassen sich zwei Punkte zur Forschung der Verfassungsrechtslehre, die eng mit der Verfassungsinterpretation zusammenhängen, ergänzen. Zum einen tauchten Anfang der 2000er Jahre die die normative Verfassungsrechtslehre sowie die Verfassungsinterpretationsschule auf. Beide Strömungen befürworteten den Charakter der Anwendungswissenschaft für die Verfassungsrechtslehre und sehen in der Interpretation und Anwendung der Verfassungsnormen das wissenschaftliche Kerngebiet. Die Etablierung der ersten Strömung zeigt sich durch das oben erwähnte Buch von Prof. *Lin Laifan* und die der zweiten durch den von Prof. *Han Dayuan* 2002 veröffentlichten Aufsatz „Gesellschaftliche Transformation und die Funktion der Verfassungsinterpretation – über die Möglichkeit des Aufbaus der chinesischen Verfassungsinterpretationslehre“.⁴⁰ Beide Schulen betonen, dass sich die Verfassungsrechtslehre auf den Verfassungstext stützen solle und sowohl Verfassungsinterpretation als auch -anwendung untersuchen soll. Allerdings tendiert Prof. *Han* zum strengen Normativismus, wohingegen Prof. *Lin* gemäßigt zum Rechtsnormativismus zurückkehrt und die Grundwertung des modernen Konstitutionalismus als Inhalt der normativen Verfassungsrechtslehre betrachtet. Beide Wissenschaftler haben zahlreiche Schüler, darunter auch einen beachtlichen Teil in der Wissenschaft. Dies stellte unter anderem einen Grund dar, weshalb die Verfassungsrechtslehre in den 2000er Jahren, vor allem gegen Ende der 2000er Jahre, eine neue Ausrichtung zu normativen Forschungen erfuhr.

Zum anderen wurde der Ansatz der Autoren, den Verfassungstext in den Fokus zu nehmen und einzelne verfassungsrechtliche Ereignisse zu untersuchen, aufgegriffen. Die normative Verfassungsrechtslehre und die Verfassungsinterpretationslehre befürworteten beide die Rückkehr zum Verfas-

³⁸ *Lin Laifan*, Stand und Perspektive der chinesischen Verfassungsrechtslehre 2011, Chinese Journal of Law 2011/6.

³⁹ *Han Dayuan*, Konstruktion des Systems des akademischen Diskurs in der chinesischen Verfassungsrechtslehre, in: *Han Dayuan* et al (Hrsg.), Grundkategorien und Methoden der chinesischen Verfassungsrechtslehre: 2004-2009, 2010, Vorwort.

⁴⁰ *Han Dayuan*, Gesellschaftliche Transformation und die Funktion der Verfassungsinterpretation – über die Möglichkeit des Aufbaus der chinesischen Verfassungsinterpretationslehre, Law and Social Development 2002/6, 2-6.

sungstext. Dies führte dazu, dass zahlreiche Autoren dieser Mode folgten und Wichtigkeit und Gangbarkeit einer Rückkehr zum Verfassungstext diskutierten. Meines Erachtens ist die Beobachtung wichtig, dass viele Autoren entweder mithilfe der vergleichenden Methode oder anhand von historischen Ereignissen, in denen politische Beschlüsse gefasst wurden oder Grundrechte verletzt worden waren, versuchten, den Verfassungstext zu interpretieren. Solche Beispiele sind zahlreich. Angesichts des begrenzten Rahmens dieses Beitrages seien hier nur der Fall des „Bildungsgrundrechts von Qi Yuling“, welcher die Forderung nach verfassungsrechtlichem Rechtsschutz im Jahr 2000 auslöste,⁴¹ und die Krise der möglichen Verfassungswidrigkeit des Entwurfs des Sachenrechtsgesetzes 2006 erwähnt.⁴² In den Debatten über diese zwei bekannten Verfassungsfälle beteiligten sich sowohl die wissenschaftlichen Kreise aus dem Verfassungsrecht als auch dem Zivilrecht. Die Auseinandersetzungen drehten sich um die einschlägigen Verfassungsartikel, wobei beide gegenteiligen Auffassungen sich zur Stützung ihrer Argumentation auf den Verfassungstext bezogen. In gewissem Sinne führte gerade dieser, auf Einzelfälle fokussierte, normative Ansatz dazu, dass die Rechtswissenschaftler vom Aufruf zur Verfassungsinterpretation zur Praxis der echten Verfas-

⁴¹ Dieser Fall geschah in den 1990er Jahren. Dabei ging es um das Erschleichen einer an die Klägerin gerichteten Zulassung an einer Universität durch die Beklagte, welche nach dem Abschluss der universitären Ausbildung eine Stelle bei einer Bank erhielt. Die Klägerin verlor die Chance auf das Studium und lebte auf Grund dessen in einer finanziell schwierigen Situation. Das OVG bejaht die Klagbarkeit des Grundrechts auf Bildung (für die Originalentscheidung, übersetzt in deutscher Sprache, siehe: *Bu Yuanshi*, Einführung in das Recht Chinas, 2009, Anhang I). Die Diskussionen im Schrifttum gehen besonders auf zwei Fragen ein: erstens, darf das Volksgericht unmittelbar auf Grundlage der Verfassung ein Urteil erlassen? Zweitens, darf das OVG eine Kontrolle auf die Verfassungsmäßigkeit durchführen? Am 18.12.2008 wurde die Originalentscheidung vom OVG ohne jegliche Begründung außer Kraft gesetzt. Dies markiert das Scheitern der Bewegung nach der Justizialisierung von Grundrechten. Zum Glück nimmt die Wissenschaft unter dem Schild „Verfassungskonforme Auslegung“ die Diskussion über die Wahrscheinlichkeit der Justizialisierung von Grundrechten auf; dazu s. *Huang Hui* (Fn. 4), 285-302.

⁴² Dieser Fall ereignete sich 2005. Der Entwurf des Sachenrechtsgesetzes wurde am 10. Juli 2005 durch den Ständigen Ausschuss des NVK nach zehnjährigen Vorbereitungsarbeiten zur öffentlichen Kommentierung publiziert. Nach dem damaligen Plan soll der Entwurf nach einer Änderung gemäß der öffentlichen Kommentierung beim NVK im März 2006 zur Abstimmung eingereicht werden. Allerdings veröffentlichte ein Professor der Peking Universität einen am 12.8.2005 offenen Brief an den Vorsitzenden des NVK über das Internet und behauptete darin, dass dieser Entwurf der Verfassung und den Grundprinzipien des Sozialismus widerlaufe. Dieser Brief löste landesweit heftige Debatten aus und verhinderte die reibungslose Verabschiedung des Sachenrechtsgesetzes. Schlussendlich konnten die beteiligten Parteien keinen Konsens bezüglich der Verfassungswidrigkeit sowie des Grundes einer möglichen Verfassungswidrigkeit des Entwurfs erzielen. Folglich konnte der Entwurf ohne substanzielle Änderung doch am 16.3.2007 verabschiedet werden. Näheres dazu in: *Bu Yuanshi*, a.a.O. Kapitel 14, Rn. 12-14.

sungsinterpretation übergangen. Somit wurden sie auf den Weg gebracht, effektive Methoden der Verfassungsauslegung zu suchen, was den Vorgang der juristischen Methodenlehre darstellt – Thema des vorliegenden Beitrags.

2. Die Verfassungsinterpretation und deren Methoden

Die Methoden der Verfassungsrechtslehre in den 2000er Jahren werden auch als Phase, in der „Hundert Blumen blühen und Hundert Schulen streiten“ (百花齐放、百家争鸣) bezeichnet.⁴³ Freilich bezieht sich diese Bezeichnung hierbei auf die Forschungsmethode der Verfassungsrechtslehre. Zweifelsohne ist die Verfassungsinterpretation eine allgemein anerkannte Forschungsmethode im Rahmen der juristischen Methodenlehre im weiteren Sinne geworden und seit 2005 ein modisches Wort unter den Verfassungsrechtlern geworden. Verglichen zu den 1990er Jahren ging der akademische Kreis der Verfassungsrechtslehre von dem Institut der Verfassungsinterpretation – nämlich wer zur Interpretation berechtigt ist – über den Appell zur Wichtigkeit der Verfassungsinterpretation im engeren Sinne auf die ontologischen Fragen der Verfassungsinterpretation wie Natur, Ziel und Methoden der Verfassungsinterpretation über.⁴⁴ Auf Basis der Anerkennung der Rückkehr zum Verfassungstext und beflügelt durch die einzelnen verfassungsbezogenen Ereignisse, versuchten Rechtswissenschaftler Begriffe und konkrete Artikel im Verfassungsgesetz zu interpretieren. An diesem Vorgang war der Begründer der Schule der Verfassungsinterpretation, Prof. *Han Dayuan*, am meisten beteiligt. Er verfasste kontinuierlich Aufsätze und legte wichtige Begriffe wie „grundlegende Gesetze“, „Gesetz“, „öffentliches Interesse“ und „rechtmäßig“ sowie wichtige Artikel wie „Menschenrechtsartikel“, „Bauerartikel“ oder „Steuerpflichtartikel“ aus.⁴⁵ Interessanterweise liegt das Forschungsinteresse

⁴³ *Fu Chuangyu* (Fn. 3), 28.

⁴⁴ Diesbezüglich siehe vor allem: *Du Qiangqiang*, Die Entwicklung der Forschung der Verfassungsinterpretationslehre seit der Verabschiedung der 1982-er Verfassung, *Journal of the East China University of Political Science and Law* 2012/6, 114-121.

⁴⁵ *Han Dayuan/Liu Songshan*, Die empirische Analyse des Begriffs „Grundgesetz“ im Verfassungstext, *Law Science* 2003/4, 3-15; *Han Dayuan*, Normative Analyse der Menschenrechtsklausel im Verfassungstext, *The Jurist* 2004/4, 8-13; *Han Dayuan/Wang Guisong*, Die Bedeutung des Worts „Gesetz“ im chinesischen Verfassungstext, *Law Science* 2005/2, 42-53; *Han Dayuan*, Normative Analyse des „öffentlichen Interesses“ im Verfassungstext, *Legal Forum* 2005/1, 5-9; *derselbe*, Normative Analyse der Bauernklausel im chinesischen Verfassungstext, *Northern Law Review* 2007/1, 101-115; *Han Dayuan/Feng Jialiang*, Normative Analyse der Steuerklausel im chinesischen Verfassungstext, *Journal of Lanzhou University (Social Sciences)* 2008/6, 1-7; *Han Dayuan/Qin Qiang*, Normative Analyse des Begriffs „Rechtmäßigkeit“ im Verfassungstext, *Academic Journal of Zhongzhou* 2008/4, 63-65. Außerdem: *Wen Hui*, Was ist Meinungsäußerung – eine argumentierende Interpretation des Art. 35 der Verfassung, *Journal of National Prosecutors College* 2004/3, 22-26; *Zhang Zhen*, Analyse des Falles „Dialektische Schule“ – mit dem Ansatz der

von Prof. *Lin Laifan*, Begründer der Schule der normativen Verfassungsrechtslehre, in der von ihm oft kritisierten „sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft“.⁴⁶ Obwohl er ununterbrochen propagiert hatte, dass die Kernaufgabe der Forschung zur Verfassungsrechtslehre die Verfassungsinterpretation darstellen solle, hatte er hierzu bis auf die zuvor erwähnte Monographie und einige appellierende Aufsätze nur ganz wenige normative Arbeiten veröffentlicht.⁴⁷

Die Erkenntnis, dass die Verfassungsrechtslehre eigentlich die Verfassungsinterpretationslehre darstellt, erhöhte nicht ohne weiteres die Fähigkeit der Rechtswissenschaftler zur Verfassungsinterpretation. Man muss sagen, dass die Grundbegriffe der Verfassungsinterpretationslehre wie die vier Auslegungskanon, Lückenausfüllung, Rechtsfortbildung, Umkehrschluss und analoge Anwendung seit der Veröffentlichung der chinesischen Übersetzung der „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ von Larenz bei chinesischen Rechtswissenschaftlern, auch unter den Verfassungsrechtswissenschaftlern, vertraut geworden sind. Allerdings liegt nach der Beschäftigung mit der Lektüre zur Verfassungsinterpretationslehre die Annahme nahe, dass die Rechtswissenschaftler die Methoden nur methodenbezogen gut diskutieren, aber bei der konkreten Handhabung nicht souverän die von der juristischen Methodenlehre zur Verfügung gestellten Auslegungsmethoden und Rechtsfortbildungstheorien anwenden können. Ein Beispiel stellt die in den 2000er Jahre stattfindende Debatte darüber dar, ob der Ständige Ausschuss des NVK die alleinige Befugnis zur Verfassungsinterpretation innehatte oder aber die Gerichte aller Stufen die Verfassung in Urteilen anwenden dürfen. Dies stellt eine der zwei Kernfragen der Bewegung der Judifizierung des Verfassungsrechts dar, welche durch den Fall des „Bildungsgrundrechts von Qi Yuling“⁴⁸ gelöst wurde.

Zu dieser Frage meinen Verfassungsrechtswissenschaftler traditionell, dass nur der Ständige Ausschuss des NVK im derzeitigen Rahmen des Verfassungsrechts zur Verfassungsinterpretation befugt ist. Die wesentliche Stütze

normativen Analyse der Mandarin-Klausel im chinesischen Verfassungstext, *Shandong Social Sciences* 2007/5, 26-31; *Qin Qiang*, Das Ereignis der Mengmu-Halle und die „Bildungsklausel“ im Verfassungstext, *Shandong Social Sciences* 2007/2, 23-29.

⁴⁶Zum Beispiel: *Lin Laifan*, Geschichte der Methoden des Rechtspositivismus, *Zhejiang Academic Journal* 2004/3, 87-93; *derselbe*, Herrschaft durch Recht in der Geschichte der menschlichen Zivilisationen, *Rule of Law Forum* 2007/2, 3-6; *derselbe/Wang Hui*, Die einzig richtige Lösung im Recht – ausgehend von Dworkins Lehre, *Academic Monthly* 2004/10, 34-51; *dieselben*, Tatsachen und Werte in verfassungsrechtlichen Überlegungen – eine philosophische Fragestellung über die Verfassungsrechtslehre, *Journal of Sichuan University (Social Science Edition)* 2007/3, 56-64.

⁴⁷*Lin Laifan*, Menschenwürde und Würde der Persönlichkeit – Ein Konzept der Interpretation des Art. 38 der chinesischen Verfassung, *Zhejiang Social Sciences* 2008/3, 47-55.

⁴⁸Siehe Fn. 41.

für diese Ansicht liegt in der ausdrücklichen Regelung in Artikel 67 Nr. 1 der Verfassung (II 2). In keinem anderen Artikel wird die Verfassungsinterpretation erwähnt. Daraus wird die Ausschließlichkeit der Befugnis des Ständigen Ausschusses des NVK abgeleitet. Vor dem Fall „Bildungsgrundrecht von Qi Yuling“ hatte keiner diese herrschende Meinung in Frage gestellt. Allerdings wies das OVG in seiner Replik ausdrücklich darauf hin, dass „der Beklagte das verfassungsrechtlich geschützte Grundrecht auf Bildung durch die Verletzung des Namensrechts verletzt und konkrete schädigende Folgen verursacht hatte und daher entsprechende Zivilhaftung übernehmen muss“. Deswegen wird die Meinung, gestützt auf den Konsens „ohne Interpretation keine Anwendung“, vertreten, dass auch das Gericht die Verfassung in Urteilen anwenden dürfe und demzufolge das Gericht – vor allem das OVG – die Verfassung auslegen kann. Die Vertreter der Ausschließlichkeitslehre bestehen dennoch auf ihr Verständnis des Art. 67 Nr. 1 der Verfassung und glauben, dass im Artikel 126 der Verfassung, „Die Volksgerichte üben die Befugnis der Rechtsprechung unabhängig nach gesetzlichen Bestimmungen aus“, nur Gesetze, aber nicht die Verfassung gemeint sind und deswegen die Verfassung keinem Urteil zu Grunde gelegt werden darf. Die Befürworter dieser These hingegen argumentieren nicht auf der Interpretationsebene, sondern begründen die Notwendigkeit einer Interpretation durch das OVG auf der Wertungsebene mit der Untätigkeit des NVK und seines Ständigen Ausschusses. Mit Rücksicht auf die universalgültigen Erfahrungen diesbezüglich wird auf die Geeignetheit der Gerichte für die Aufsicht über die Verfassungsumsetzung hingewiesen. Beide Ansichten stehen sich diametral gegenüber. Da 2007 das OVG auf Druck von außen hin die Replik für den Fall Qi Yuling aufhob, endete diese höchst kontrovers geführte Debatte – zumindest formal – mit einem Erfolg der Anhänger der Ausschließlichkeitslehre. Kurz darauf führten allerdings einige jüngere Juristen⁴⁹ auf einem anderen Weg die Theorie der verfassungskonformen Auslegung ein und wiesen darauf hin, dass in Art. 5 der Verfassung steht: „Alle Staatsorgane und militärische Kräfte, alle Parteien und gesellschaftliche Organisationen, alle Unternehmen und gesellschaftliche Institutionen müssen Verfassung und Gesetze einhalten. Alle Verstöße gegen die Verfassung und Gesetze werden geahndet“ (Absatz 4). „Keine Organisation oder Einzelperson darf über die Verfassung und Gesetze hinausgehende Privilegien haben“ (Absatz 5). Das Volksgericht als ein Staatsorgan muss die Verfassung einhalten, also muss ein Richter bei der Interpretation einer einfachgesetzlichen Bestimmung, die als Urteils- und Argumentationsgrundlage dient, die in der Verfassung verankerten Prinzipien

⁴⁹ Vor allem siehe: *Zhang Xiang*, Zwei Typen von verfassungsrechtlichen Fällen – mögliche Einflüsse der Verfassung auf die Justiz aus Sicht der verfassungskonformen Auslegung, *China Legal Science* 2008/3, 110 – 116; *Shangguan Piliang*, Der Pfad und Methoden der Justizialisierung der Verfassung, *Modern Law Science* 2008/2, 2-16.

und deren Geist beachten. Dies bedeutet, dass ein Richter die Verfassung interpretieren muss. Die Bestimmung in Artikel 67 Nr. 1 soll so verstanden werden, dass der Ständige Ausschuss des NVK die endgültige Auslegungsbefugnis innehat.⁵⁰ Nun haben beide gegensätzlichen Ansichten in der Verfassung Stützen gefunden. Bei Licht betrachtet überwiegen Wertungen allerdings die Argumentation; unterschwellig wurden die grammatikalische und historische Auslegung bevorzugt und andere Auslegungs- und Rechtsfortbildungsmethoden ignoriert. Dieser Zustand verbesserte sich erst in den 2010er Jahren.

Der Fall des „Bildungsgrundrechts von Qi Yuling“ hat eine beispiellos wichtige Bedeutung in der Entwicklungsgeschichte der chinesischen Verfassungsrechtslehre. Dieser Fall hat die Fragen darüber, wer die Verfassung behüten soll und ob und wie der verfassungsrechtliche Rechtsschutz möglich ist, thematisiert und verallgemeinert und darüber hinaus die Frage des Verhältnisses zwischen der Verfassung und anderen Teilgebieten, vor allem dem Zivilrecht, aufgeworfen. Dies zeigt sich unter anderem darin, dass Tagungen zu diesem Thema veranstaltet wurden.⁵¹ Wissenschaftler der Teilgebiete des Rechts begannen ebenfalls, die Verfassung beim Aufbau des Systems der Teilgebiete des Rechts einzubeziehen.⁵² Es steht jedoch fest, dass die Forschung über den Anschluss der Verfassungsinterpretation an die Interpretation in den Teilgebieten noch in den Kinderschuhen steckt. Analysierende Werke sind rar, weil sich die Verfassungsinterpretationslehre noch im Anfangsstadium befindet und die Verbindung zwischen den Teilgebieten des Rechts durch das System der juristischen Ausbildung und Forschung erschwert wird.

3. Einflüsse der deutsche juristische Methodenlehre

Die Entwicklung der Verfassungsrechtslehre in den 2000er Jahren stellt gewissermaßen einen Vorgang der sukzessiven Germanisierung dar. Der an-

⁵⁰ *Shangguan Piliang* (Fn. 49), 11.

⁵¹ Beispielweise wurde am 20.6.2005 die Tagung „Verfassungsrechtslehre in Teilgebieten des Rechts“ gemeinsam von der chinesischen Vereinigung der Rechtswissenschaft und der Nanchang Universität Law School veranstaltet. 2007 war „Verfassung und Teilgebiete des Rechts“ ein wichtiges Thema auf der Jahrestagung der Vereinigung der Verfassungsrechtslehre in Xiamen.

⁵² *Wang Yizhi*, Der Wert der Verfassung in der strafrechtlichen Rechtsprechung, *Verfassungsstudien* 2002/1, 419-428; *Qin Ce*, Die verfassungsrechtliche Dimension des Ausschlusses illegaler Beweise im Strafrecht – Überlegungen mit dem chinesischen Verfassungstext als Ausgangspunkt, *Law Science* 2007/8, 69-79; *Ji Tao/Bai Bin*, Über das Verhältnis zwischen der Verfassung und dem Zivilrecht – aus der Sicht der drei Besonderheiten des Verfassungsrechts, *Zhejiang Social Sciences* 2007/1, 99-106; *Yao Hui/Zhou Yuntao*, Die verfassungsrechtliche Dimension der Zivilrechte – Eine Beobachtung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht als Gegenstand, *Zhejiang Social Sciences* 2007/1, 91-98.

fängliche Einfluss stammt aus dem 2001 veröffentlichten Werk des taiwanesischen Prof. *Chen Xinmin* „Grundtheorien des deutschen öffentlichen Rechts“. Dieses Werk ist zweibändig. Außer dem Teil über den Ursprung der deutschen Verwaltungsrechtslehre im 19. Jahrhundert sind andere Teile über die Verfassungsrechts(lehre), einschließlich wichtiger verfassungsrechtlicher Begriffe und Institute wie der Ursprung und die Entwicklung des Rechtsstaatsgedankens in Deutschland, die Drittwirkung, Gesetzesvorbehalt, Verhältnismäßigkeitsprinzip, Gleichheitsgebot und soziale Rechte enthalten. Bis heute ist dieses Werk das von Forschern des einschlägigen Gebiets am meisten zitierte. Obwohl dieses Buch seine Ausführungen nicht aus Sicht juristischer Methodenlehre systematisiert, veranschaulichen die Art und Weise, wie der Autor in enger Verbindung mit dem Verfassungstext die einschlägige Geschichte, Theorien und richterliche Anwendungen schildert, chinesischen Verfassungsrechtswissenschaftlern ganz authentisch, was Forschung der Verfassungsrechtslehre auf rechtswissenschaftlicher Ebene bedeutet. Mit der Zunahme von Studenten und Forschern, die einen Aufenthalt in Deutschland verbrachten und das öffentliche Recht als Schwerpunkt setzten, erschienen immer mehr chinesische Übersetzungen zum deutschen öffentlichen Recht. Hierbei sind die Werke „Allgemeines Verwaltungsrecht“ von *Hartmut Maurer*, „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“ von *Konrad Hesse*, „Öffentliches Wirtschaftsrecht“ von *Utz Schliesky*, „Verfassungsrechtslehre“ von *Carl Schmitt* sowie „Das Bundesverfassungsgericht“ von *Schlaich/Korioth* am bekanntesten.

Deutsche Werke enthalten mal mehr, mal weniger Elemente der juristischen Methodenlehre. Das Werk, das chinesische Rechtswissenschaftler einschließlich der Verfassungsrechtswissenschaftler umfassend und tiefgreifend überzeugt hat, ist die „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ von Larenz. Bei einer Recherche zur Verfassungsinterpretation in der Datenbank „China Academic Journals“ ergeben sich für den Zeitraum 2004 bis 2009 81 Treffer, in denen das Werk von Larenz zitiert wird, für den Zeitraum bis 2014 insgesamt 197 Treffer. Die klare Mehrheit der Aufsätze versuchen mit dem Larenz'schen Werk die Wichtigkeit der Verfassungsinterpretation zu begründen oder die Theorien der deutschen Verfassungsinterpretation vorzustellen. Nur ganz wenige Autoren⁵³ versuchen mit den Larenz'schen Methoden die chinesische Verfassung auszulegen. Neben dem Werk von Larenz finden die „Juristische Argumentationslehre“ von *Alexy* und die „Einführung in das juristische Denken“ von *Engisch* ebenfalls bei den Verfassungswissenschaftlern Beachtung. Das erstgenannte Werk wird zitiert, um darzulegen, wie ein Grundrechtssystem aufgebaut und begründet werden kann, während das zweitgenannte Werk aus denselben Gründen wie das Werk von Larenz als

⁵³ Vor allem *Huang Hui*, Die Anwendung der Klausel über das Wirtschaftssystem in der Verfassung, *Peking University Law Journal* 2009/4; *Wen Hui* (Fn. 45), 22-26.

Quelle herangezogen wird. Die meisten Aufsätze zitieren beide Werke gleichzeitig.

V. Epoche 2010 – 2015: Zugleich eine Schlussbemerkung

Die Verfassungsrechtslehre trat im 21. Jahrhundert in eine Phase der Verrechtswissenschaftlichung ein. Unzählige Lehrbücher, Monographien und Abhandlungen sind erschienen und die Wissenschaftler der dritten Generation, die in den 1970er Jahren geboren wurden, sind tragende Kraft der verfassungsrechtlichen Forschung geworden. Nach zehnjähriger Entwicklung ist die normative Verfassungsrechtslehre bzw. Verfassungsinterpretationslehre die herrschende Schule der verfassungsrechtlichen Forschung geworden, obwohl sie in den Jahren um 2010 von der sog. Schule der politischen Verfassungsrechtslehre⁵⁴ angegriffen wurde. Für die jüngere Generation der Verfassungsrechtswissenschaftler ist es Konsens geworden, dass die Hauptaufgabe der Verfassungsrechtslehre in der Interpretation und Anwendung der eigenen Verfassung besteht, weswegen deren Werke von den Begriffen der Gesetzesanwendungstechnik wie „Verfassungsinterpretation“, „Verfassungstechnik“, „Verfassungsrechtsdogmatik“ und „Verfassungsrechtsmethode“ überfüllt sind. Besonders nennenswert ist, dass das Wort „Rechtsdogmatik“ im Kreis der Rechtswissenschaft zur Mode geworden ist. Dies hat die Verfassungsrechtswissenschaftler tiefgreifend beeinflusst und die Tendenz aufgezeigt, dass dieses Wort die Ausdrücke „normative Verfassungsrechtslehre“ und „Verfassungsinterpretationslehre“ ersetzen wird.⁵⁵ Bei genauer Betrachtung kann man erkennen, dass dieser Wandel kein wesentlicher ist, sondern nur die Verfassungstheorien in „Verfassungsrechtsdogmatik“ umbenennt; ferner geht

⁵⁴ Die politologische Verfassungsrechtslehre basierte auf dem Aufsatz von Prof. *Chen Duanhong*, Peking Universität – Über die Verfassung als grundlegendes und höheres Gesetz des Staates, *Peking University Law Journal* 2008/4, 485-511 und dem Vortrag von Prof. *Gao Quanxi*, Beihang University, Politischer Konstitutionalismus oder gerichtlicher Konstitutionalismus – Überlegungen eines Konstitutionalismus auf der Basis der politischen Gesellschaft Chinas. Diese Strömung betont, dass die Verfassungsrechtslehre die politische Realität und den Funktionsmechanismus der Realpolitik beachten soll und lehnt die Verfassungsinterpretation in einer herabwertenden Weise ab. Zu Thesen und Entwicklungsgeschichte dieser Strömung vgl. *Gao Quanxi*, Der Aufschwung und die Entwicklung der politologischen Verfassungsrechtslehre, *Jiaotong University Law Review* 2012/1, 22-43.

⁵⁵ Vgl. vor allem: *Zhang Xiang*, Erste Schritte der Verfassungsrechtsdogmatik, *Peking University Law Journal* 2013/5, 916-936; *Zhang Wei*, Anpassungsfähige und selbständige Grundrechtsdogmatik in Deutschland – Aufbau der Verfassungsdogmatik in Bezug auf Verhalten bezüglich der öffentlichen Informationen in Deutschland, *Law and Social Development* 2012/3, 92-103.

man davon aus, dass in der Verfassungsrechtslehre der anglo-amerikanischen Länder ebenfalls Rechtsdogmatik bestehe und diese ebenfalls „Verfassungsrechtsdogmatik“ genannt werden könne. Offensichtlich droht der deutsche Begriff der Rechtsdogmatik dadurch im chinesischen Kontext erweitert verstanden zu werden.

Im Vergleich zu den 2000er Jahren hat meines Erachtens nach die Forschung der Verfassungsinterpretationslehre in den letzten fünf Jahren erhebliche Fortschritte erzielt: erstens, die ontologische Forschung beschränkt sich nicht mehr auf eine umfassende und unvermeidbar oberflächliche und überblicksmäßige Darstellung und tendiert dazu, eine bestimmte Methode oder einen bestimmten Mechanismus der Verfassungsinterpretation wie die verfassungsmäßige Interpretation oder folgenorientierte Auslegung oder soziologische Auslegung tiefgehend zu untersuchen.⁵⁶ Zweitens, die Anzahl der Werke, die einen bestimmten Artikel oder ein bestimmtes Institut der Verfassung interpretieren, nimmt deutlich zu. Darin zeigt sich eine Verbesserung in der Fähigkeit der Anwendung der juristischen Methodik.⁵⁷ Drittens, der Ansatz, verfassungsrechtliche Einzelfälle zu untersuchen, findet immer mehr Zuspruch. Insbesondere verhilft der Vergleich der verfassungsrechtlichen Einzelfälle bei Anwendung chinesischer Fälle der Forschung über das westliche Verfassungsrecht, was bereits eine Tradition der Verfassungsrechtslehre geworden ist, zum Aufbau der chinesischen Verfassungsrechtslehre unmittelbar beizutragen.⁵⁸ Viertens, die Forschung über die Anschlussmöglichkeit zwi-

⁵⁶ *Huang Hui*, Kritische Untersuchung der verfassungskonformen Auslegung und deren Theorien, *China Legal Science* 2014/1, 285-302; *Liu Fei*, Das umfassende Modell der Verfassungsinterpretation und die Folgenorientierung, *China Legal Science* 2011/2, 70-87; *Gu Aiping*, Dialektik der Methoden der Verfassungsinterpretation – zugleich darüber, dass die soziologische Auslegung die primäre Methode der Verfassungsinterpretation sein soll, *Jianghai Academic Journal* 2010/2, 149-152.

⁵⁷ *Huang Zhonglin/Liu Yuebin*, Über die Rechtsnatur des öffentlichen Eigentums – eine Interpretation des Art. 12 Abs. 1 der Verfassung, *Administration and Law* 2011/1, 104-107; *Ma Ling*, Über das Landesverteidigungsrecht des Staatsrates und des Zentralen Militärkomitees – Interpretation des Art. 89 Nr. 10 und Art. 93 Abs. 1 der Verfassung, *Legal Methods and Legal Thoughts* Band 8, 2011, 128-139; *Zhang Wei*, Der normative Sinngehalt der Sprachfrage der Verfassung – zugleich ein Konzept der Interpretation des Art. 19 Abs. 5 der chinesischen Verfassung, *Journal of the East China University of Political Science and Law* 2013/5, 77-89; *dieselbe*, Die Kultur- und Normorientierung der Kunstfreiheit – Grundlage der systematischen Auslegung von Art. 47 der chinesischen Verfassung, *Political Science and Law* 2014/3, 58-66.

⁵⁸ Zurzeit gibt es hauptsächlich drei Ansätze der Fallstudien: Der erste besteht aus reinen Einführung in ausländische, insbesondere deutsche und amerikanische Fälle; der zweite besteht aus Untersuchungen über rein chinesische Fälle; so die Fälle der Renmin-Universität, die Anfang jedes Jahres zehn sich auf die Verfassung beziehende Fälle auswählt und Autoren zur Kommentierung einlädt; der dritte ist der sog. Political Science and Lawallbezogene Verfassungsrechtsvergleich. Gemeint ist die Aufarbeitung von Rechtstat-

schen dem Verfassungsrecht und den Teilgebieten des Rechts im Zuge der verfassungsmäßigen Interpretation vertieft sich zunehmend. Freilich kann ein Durchbruch erst mit der Fokussierung von Juristen aus immer mehr Teilgebieten des Rechts auf die Praxis der verfassungsmäßigen Interpretation erzielt werden.⁵⁹

Da die deutsche Verfassungsrechtslehre seit 2010 ihren Einfluss auf die chinesische Verfassungsrechtslehre ausbauen konnte, überholt der deutsche Einfluss den anglo-amerikanischen und ist in der chinesischen Verfassungsrechtslehre dominierend geworden. Dies hängt mit den Bemühungen um den Export deutscher Rechtswissenschaft zu tun. Es ist außerdem noch mehr darauf zurückzuführen, dass immer mehr Doktoranden oder Gastwissenschaftler mit einer Spezialisierung auf das deutsche Verfassungsrecht wichtige Forschungspositionen eingenommen haben und allmählich mehrere effektive Arbeits- und Austauschplattformen aufgebaut haben. Insbesondere liegt der Schwerpunkt der rechtswissenschaftlichen Forschung in Deutschland auf der Auslegung und Anwendung der Gesetze und nicht, wie in den USA, auf Untersuchungen aus sozialwissenschaftlichen wie soziologischen, ökonomischen oder politologischen Blickwinkeln. Daher sind sowohl die Arbeitsmethode als auch die Arbeitsbereiche von Verfassungsrechtswissenschaftlern, die einen deutschen Hintergrund besitzen, auf die Verfassungsinterpretation fokussiert. Entweder wird die deutsche Verfassungsinterpretation vorgestellt oder aber die chinesische Verfassung mit deutschen dogmatischen Methoden ausgelegt. Die Zunahme der Wissenschaftler auf diesem Gebiet hat selbstverständlich sichtbare Erträge zur Folge.

Es ist absehbar, dass mit der Verstärkung der Forschungskräfte zum deutschen Verfassungsrecht und der Zunahme der selbstverfassten oder übersetzten Lehrbücher, Monographien und Aufsätze zum deutschen Verfassungsrecht der Einfluss deutscher juristischer Methodenlehre noch größer wird. Natürlich ist am meisten zu erhoffen, dass die deutsche Verfassungsrechtslehre nicht nur die Forschung der chinesischen Verfassungsrechtslehre, sondern auch die Verfassungspraxis Chinas mittels der Arbeit der chinesischen Verfassungsrechtswissenschaftler beeinflussen kann.

sachen, Rechtsfragen und Lösungsansätzen in sich auf die Verfassung beziehenden Fällen in China und die anschließende gezielte Suche nach relevanten Fällen in den Vorbildländern des Konstitutionalismus. Dazu *Yan Tao*, Recht und Praxis des polizeilichen Schusswaffengebrauchs in Deutschland, *China Law Review* 2015/2, 247-253.

⁵⁹ Vgl. *Tian Fang*, Pfad und Bedeutung der verfassungsrechtlichen Steuerung des Zivilrechts – auf der Basis der Fälle in China und Deutschland, *Journal of Nanjing University (Philosophy, Humanities and Social Sciences)* 2015/5, 64-72; *Du Qiangqiang*, Über das Wechselspiel der Normen der Verfassung und der Normen des Strafrechts – mit dem Beispiel des Begriffs des Einbruchs und des Schutzes der Wohnung, *The Jurist* 2015/2, 15-27.

Kontroverse über die Methodenlehre des chinesischen Strafrechts

Su Jiang

I. Definition der Methodenlehre des Strafrechts

Chinesische Rechtswissenschaftler haben unterschiedliche Verständnisse von der Definition der „Juristischen Methodenlehre“. Beispielsweise ist Prof. *Hu Yuhong* der Meinung, dass die juristische Methodenlehre drei Ebenen umfasse.¹ Dabei nennt er zum Ersten die gesamte Methodenlehre der rechtswissenschaftlichen Forschung, zum Zweiten die allgemeine Methodenlehre der juristischen Forschung, wobei v.a. der Teil der juristischen Methodenlehre, der eng an die politik- und wirtschaftswissenschaftliche Methodenlehre anknüpft, analysiert wird, um sich die Stärke der Forschungsmethoden anderer Disziplinen zum Beispiel zu nehmen. Drittens wird die besondere Methodenlehre der rechtswissenschaftlichen Forschung genannt. Prof. *Chen Ruihua* unterscheidet u.a. nach der gegenwärtigen Lage der chinesischen juristischen Methodenlehre die folgenden Strömungen: die Gegenstrategierechtswissenschaft, die Interpretationsrechtswissenschaft, die positivistische Rechtswissenschaft sowie die theoretische Rechtswissenschaft.²

Die Ansicht, welche die juristische Methodenlehre nach der Entwicklung der Art und Weise der Forschung definiert, wird auch im Bereich der chinesischen Strafrechtswissenschaft reflektiert. Einige chinesische Strafrechtslehrer definieren die strafrechtliche Methodenlehre als die Methodenlehre zur wissenschaftlichen Forschung der Strafrechtswissenschaft. Zum Beispiel ist Prof. *Wang Shizhou* der Ansicht, dass die Methodenlehre der vergleichenden Forschung und der systematischen Forschung der chinesischen Strafrechtswissenschaft eine wesentliche Rolle spielt. Zudem ist er der Meinung, dass die optimale Methodenlehre für die chinesische Strafrechtswissenschaft die „kombinierte“ (综合) Methodenlehre sei, welche sich auf sämtliche konkrete Methoden zur Erreichung des Fachzwecks (Zweck der Strafrechtswissenschaft), bezüglich der Fachfragen (Fragen der Strafrechtswissenschaft) und

¹ *Hu Yuhong*, Einführung in die juristische Methodenlehre, 2002, S. 133f.

² *Chen Ruihua*, Die juristische Methodenlehre von Empirie zu Theorie, Chinese Journal of Law 2011/6, 36ff.

zur Erlangung der Fachschlussfolgerung (Schlussfolgerung der Strafrechtswissenschaft) bezieht.³ Einige chinesische Strafrechtslehrer sind der Meinung, dass die juristische Methodenlehre eine Wissenschaft ist, die die Anwendungsmethode des Gesetzes zum Gegenstand haben soll.⁴ Ein taiwanesischer Rechtslehrer ist der Ansicht, dass die juristische Methodenlehre vor allem mit der Interpretationsmethodenlehre und der richterlichen Entscheidungsmethodenlehre verknüpft sei. Die Forschung der Interpretationsmethodenlehre gewährleiste das richtige Verständnis der Rechtsnormen. Die Forschung der richterlichen Entscheidungsmethodenlehre habe den Sinn, die Richtigkeit der Schlussfolgerung der Entscheidung sicherzustellen.⁵ Gemäß diesen Ausführungen ist die strafrechtliche Methodenlehre eine Methodenlehre zur Vermittlung einer juristischen Denkart für Richter bei der Entscheidungsfindung.⁶

Der Verfasser ist der Ansicht, dass man sich bei der Forschung über ein Rechtsgebiet vor allem mit den Methoden der Rechtsanwendung beschäftigen solle. Deshalb bezieht sich der Begriff der „strafrechtlichen Methodenlehre“ in diesem Aufsatz nur auf die strafrechtliche oder juristische Methodenlehre und nicht auf die strafrechtswissenschaftliche Methodenlehre. Bezüglich Letztgenannter haben die chinesischen Strafrechtslehrer einen Konsens erzielt: Zahlreiche Strafrechtslehrer haben in ihren wissenschaftlichen Aufsätzen die vergleichende Methode angewandt und systematische Überlegungen über einige theoretische Fragen der Strafrechtswissenschaft durchgeführt.⁷ Aus dem Konflikt der wissenschaftlichen Systeme und der Differenz der Wertanschauungen ergeben sich verschiedene Meinungen und Auseinandersetzungen zur strafrechtlichen Methodenlehre, die den Forschungsgegenstand des vorliegenden Beitrags darstellen.

Was ist die Intention der strafrechtlichen Methodenlehre? Welche Aspekte umfasst sie? Hierzu ist Prof. *Chen Xingliang* der Ansicht, dass die juristische Methodenlehre zu den Methodenlehren der Rechtsdogmatik gehöre. Ihr For-

³ *Wang Shizhou*, Einige grundlegende Fragen der strafrechtlichen Methodenlehre, *Chinese Journal of Law* 2005/5, 84f.

⁴ Vgl. *Zheng Yongliu*, Die Treppen der juristischen Methoden, 2008, S. 20-22; *Wang Liming*, Juristische Methodenlehre, 2012, S. 26.

⁵ *Yang Renshou*, Juristische Methodenlehre, 1999, S. 17.

⁶ *Chen Xingliang*, Umwandlung der Strafrechtswissenschaft: Methodenlehre, 2012, S. 94.

⁷ Vgl. *Chen Xingliang*, Von Kausalität bis Zurechnung: Eine Untersuchung zu der Lehre der objektiven Zurechnung, *Chinese Journal of Law* 2006/2, 70ff.; *Zhang Mingkai*, Über die Lehre des erlaubten Risikos, *Social Sciences in China* 2012/11, 112ff.; *Zhou Guangquan*, Die Entwicklung einer neuen Lehre vom Handlungsunwert in China, *China Legal Science* 2012/1, 175ff.; *Che Hao*, Selbstbestimmungsrecht und strafrechtlicher Paternalismus, *China Legal Science* 2012/1, 89ff.; *Su Jiang*, Systematische Position der Selbstgefährdung in Fahrlässigkeitsdelikten, *Peking University Law Review* 2013/1, 123ff.

schungsobjekt sei das positive Recht bzw. die positive Rechtsnorm. Diese Methodenlehre ist eine rechtlich-technische Methode, bei der durch den Wortlaut des Gesetzes die Bedeutung des Gesetzes ausgeführt wird.⁸ Im Gegensatz zu der Rechtsphilosophie, die die Wertkritik behandelt, bezieht sich die Rechtsdogmatik auf das Wertneutrale. Sie setzt die Hypothese voraus, dass die Rechtsnorm richtig ist. Die Strafrechtsdogmatik soll folgendes beinhalten: die Methodenlehre des Systems der Verbrechenslehre, die Methodenlehre der Interpretation des Strafrechts, die Methodenlehre der Sachverhaltskenntnis und die Methodenlehre der Argumentation. Aus historischem und rechtswissenschaftlichem Blickwinkel möchte der Verfasser in diesem Aufsatz hauptsächlich die Methodenlehre des Systems der Verbrechenslehre und die Methodenlehre der Interpretation des Strafrechts darlegen.

II. Die historische Entwicklung der Methodenlehre des chinesischen Strafrechts⁹

Seit der Begründung des dreistufigen Systems der Verbrechenslehre durch *Beling* und *Liszt* erlebte die Verbrechenslehre in Deutschland die Wandlung vom Klassizismus zum Neo-Klassizismus und vom Finalismus zum Zweckrationalismus. Trotzdem veränderte sich der grundlegende Rahmen des Systems kaum. Diese systematische Stabilität führt dazu, dass die deutsche Strafrechtswissenschaft bis heute ein Weitergabevermögen besitzt. Entsprechend ist die Methodenlehre der Strafrechtsanwendung auch relativ stabil. Dagegen erlebte das Strafrecht selbst in China mehrfach politische Wandlungen. Dies führte zu unterschiedlichen Methodenlehren der Strafrechtsanwendung in unterschiedlichen historischen Phasen. Deshalb ist es unmöglich, die historische Entwicklung der Methodenlehre des chinesischen Strafrechts ohne die entsprechende chinesische Strafrechtsgeschichte zu vergleichen.

⁸ *Chen Xingliang* (Fn. 6), 95.

⁹ Zur Wandlung des chinesischen Strafrechtssystems seit der Spätzeit der Qing-Dynastie (1636-1912), Vgl. *Chen Xingliang*, Die Wiedergeburt der chinesischen Strafrechtswissenschaft, ZStW 2012/124(3), 807–828; zum historischen Zusammenhang zwischen der chinesischen Strafrechtswissenschaft und der japanischen Strafrechtswissenschaft, vgl. *N.Haruo*, Das chinesische Strafrecht aus der vergleichenden Sicht des japanischen Strafrechts, ZStW 2004/114(4), 915–928; zur chinesischen Strafrechtsgesetzgebung nach 1979 bzw. zur Entwicklung der chinesischen Strafrechtsgesetzgebung nach 1997, vgl. *Sprick*, Die Revisionen des Strafgesetzbuchs der Volksrepublik China, ZStW 2012/124(3), 829–854.

1. Kodexwissenschaft im antiken China

Aus dem Recht und der Rechtswissenschaft des antiken Chinas – von dem von *Li Kui* verfassten „Buch der Gesetze“ über die Gesetze der Qin-Dynastie, die im Wesentlichen auf *Yang Shang* zurückgingen, über die Gesetze der westlichen Han-Dynastie, die *Dong Zhongshu* durch das Zitat der konfuzianischen Ethik kommentierte, über den Kodex der Jin-Dynastie, den *Zhang Fei* verfasste, bis hin zu dem Kodex der Tang-Dynastie – entstand ein vollständiges Rechtssystem.¹⁰ Nach der Tang-Dynastie hatten der Kodex der Song-Dynastie, der Kodex der Ming-Dynastie und der Kodex der Qing-Dynastie den gleichen Ursprung. Ihre Inhalte bezogen sich vor allem auf das Strafrecht, sodass sie „Strafkodex“ genannt wurden. Da sich die Rechtswissenschaft des antiken Chinas überwiegend mit diesen Strafkodizes beschäftigte, entstand eine „Kodexwissenschaft“, die der Strafrechtswissenschaft gleichgesetzt war. Im Gegensatz zur modernen Strafrechtswissenschaft hatte die Kodexwissenschaft kein logisches theoretisches System; sie stellte vielmehr eine semantische Analyse der Kodextexte zugunsten einer Interpretation dar. Sie entwickelte keine allgemeinen Theorien, die über die Kodextexte hinausgingen. Wegen dieser Eigenschaft der Textinterpretation ist die Kodexwissenschaft eigentlich eine Rechtslinguistik. Die Kodexwissenschaft war sehr abhängig von der Sprache. Dies führte zur Einschränkung der Kodextexte bzw. der Sprache. Indem die chinesische Sprache in den 1920er Jahren einem grundlegenden Wandel ausgesetzt war, verlor die entsprechende Kodexwissenschaft ihre eigene Basis.¹¹

2. Einführung der deutschen Strafrechtswissenschaft in die Spätzeit der Qing-Dynastie

Seit der Spätzeit der Qing-Dynastie (1636-1912) wurde der Kodex des antiken Chinas einerseits durch Rechtsreformen wie dem Erlass des neuen Strafkodexes der großen Qing-Dynastie sowie des vorläufigen neuen Strafkodexes abgeschafft. Andererseits wurde die *Wenyan*-Sprache (traditionelle chinesische Sprache) von der *Baihua*-Sprache (moderne chinesische Sprache) durch die neue Kulturbewegung ersetzt, was zu einer Revolution der Strafrechtstexte führte.¹² Die Rechtsreform und die Sprachrevolution brachten der Kodexwissenschaft einen tödlichen Rückschlag.¹³ Gleichzeitig wurden die neuen Kodizes von ausländischem Recht, vor allem dem japanischen Strafrecht,

¹⁰ *Li Guilian*, Rechtssystem und Rechtswissenschaft in der Neuzeit Chinas, 2002, S. 187.

¹¹ *Chen Xingliang*, Strafrechtswissenschaft: Entstehen und Vergehen, Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law) 2010/1, 19.

¹² *Chen Xingliang* (Fn. 11), 19.

¹³ *Chen Xingliang* (Fn. 11), 19f.

beeinflusst, wodurch zahlreiche japanische Strafrechtstheorien in China eingeführt wurden. Das chinesische Strafrecht begann sich von dem traditionellen chinesischen Rechtssystem in das kontinental-europäische Rechtssystem zu wandeln. Hierbei entstand die normative Strafrechtswissenschaft, die sich mit normativer Analyse beschäftigte. Bei der Interpretation des Strafrechts berücksichtigte man nicht nur die semantische Analyse wie die Kodexwissenschaft des antiken Chinas, sondern auch die Einführung der Theorie der Elemente des Verbrechenaufbaus der Strafrechtswissenschaft des kontinental-europäischen Rechtssystems. Dies brachte einen neuen Rahmen zur strafrechtlichen Analyse im Gegensatz zur Kodexwissenschaft des antiken Chinas.¹⁴ Man müsse sich jedoch eingestehen, dass die Strafrechtswissenschaft der Republik China im Allgemeinen eine typische „Verpflanzungsstrafrechtswissenschaft“ darstelle.¹⁵ Strafrechtstheorien des kontinentaleuropäischen Rechtssystems, vor allem diejenigen aus Deutschland und Japan, wurden kritiklos bzw. ohne den Nachweis ihrer Tauglichkeit für die Praxis des chinesischen Gesellschaft in ihrer Gesamtheit blind nach China eingeführt.¹⁶

3. Herrschaft der sowjetischen Strafrechtswissenschaft nach 1949

Nach der Gründung der Volksrepublik China wurden alle Gesetze, darunter die sog. „sechs Codes“ der Nationalen Volkspartei Chinas, von der Kommunistischen Partei Chinas außer Kraft gesetzt. Dies brachte eine gravierende Folge mit sich, denn damit wurde mit der Tradition der deutsch-japanischen Strafrechtslehre gebrochen. Um der politischen Position der „Sowjetunion als Lehrer“ zu entsprechen, wurde die sowjetische Strafrechtstheorie nach China eingeführt. Dadurch versuchte man eine sozialistische Strafrechtswissenschaft aufzubauen. Nachdem die damaligen chinesischen Strafrechtswissenschaftler von den sowjetischen Strafrechtswissenschaftlern geschult worden waren, begannen sie mit eigenständiger Erforschung der Strafrechtswissenschaft. In der Anfangsphase beschäftigte sich die Forschung hauptsächlich mit den Ansätzen der sowjetischen Strafrechtswissenschaft. Später wurde in der Forschung die Verknüpfung mit den chinesischen Gesetzen und Politiken vorgenommen, womit die Domestizierung der sowjetischen Strafrechtswissenschaft begann.¹⁷ Da China jedoch vor 1979 kein eigenes Strafgesetzbuch hatte, galt die Forschung als eine Arbeit ohne eigene Normen. Das damalige System der Strafrechtswissenschaft war im Prinzip eine Kopie der sowjetischen Strafrechtswissenschaft.¹⁸

¹⁴ *Chen Xingliang* (Fn. 6), S. 35.

¹⁵ *Chen Xingliang* (Fn. 11), 21.

¹⁶ *Chen Xingliang* (Fn. 11), 21.

¹⁷ *Chen Xingliang* (Fn. 11), 21.

¹⁸ *Chen Xingliang* (Fn. 11), 21.

Seit der „Anti-Rechts-Bewegung“ im Jahr 1957 befand sich China in einer Phase des Rechtsnihilismus. Die Strafrechtswissenschaft war starkem Einfluss durch Politik und Klassenkampf ausgesetzt. Danach herrschte 20 Jahre lang grundsätzlich ein Stillstand in der chinesischen Strafrechtswissenschaft. Unter der in China geltenden Diktatur des Proletariats wurde das Strafrecht als Bekämpfungsmittel gegen Feinde beibehalten. Dementsprechend war die Strafrechtswissenschaft die Theorie der Diktatur des Proletariats geworden und wurde gänzlich politisiert und ideologisiert. In dieser Phase wurden die Grundlagen des Strafrechts anhand der politischen Bewertung der sozialen Schädlichkeit festgelegt, also danach, ob der Täter die sozialistische Revolution und den sozialistischen Aufbau gefährdete.¹⁹ Unter Anwendung dieser Methodenlehre führten die gerichtlichen Verurteilungen zu einer Fülle von Fehlurteilen, wodurch die Grundrechte der Bürger schwer verletzt wurden.²⁰

Nachdem man das politische Chaos beseitigt und die politische Ordnung wiederhergestellt hatte, wurde im Jahre 1979 das erste chinesische Strafgesetzbuch erlassen. Dieses lieferte eine Voraussetzung für die Wiederbelebung der chinesischen Strafrechtswissenschaft und die Grundlage für deren Aufbau. Das Lehrbuch „Strafrechtswissenschaft“ wurde von Prof. *Gao Mingxuan* herausgegeben und im Jahre 1982 durch *Law Press* in China veröffentlicht. In diesem Buch wurde das Wissen von Allgemeinem und Besonderem Teil gemäß dem Strafgesetzbuch von 1979 anhand einer bestimmten Logik in Anlehnung an sowjetische Lehrbücher auf einem hohen theoretischen Niveau integriert.²¹ Anschließend ist die chinesische Strafrechtswissenschaft in die „Zeit der Lehrbücher“ eingetreten.²² Jedoch hatte die damalige Strafrechtswissenschaft aufgrund der historischen Einschränkungen folgende Probleme: Eine Vermischung zwischen politischem Kontext und fachlichen Fragen, eine Verwirrung zwischen sachlicher und normativer Analyse sowie ein Widerspruch zwischen proletarischer Strafrechtswissenschaft und der Strafrechtswissenschaft der Bourgeoisie.²³ Für lange Zeit stagnierte die Forschung der Strafrechtswissenschaft in der Phase der Annotation und wurde nicht dogmatisiert.²⁴ Im System der Verbrechenslehre wurde das sowjetische Modell mit seinen „vier Strafbarkeitsvoraussetzungen“, nämlich dem Objekt der Straftat, der objektiven Seite der Straftat, dem Subjekt der Straftat und der subjektiven Seite der Straftat, angenommen. Diesem System wird bis heute in der Gerichtspraxis eine überwiegende Position zugesprochen.

¹⁹ *Chen Xingliang* (Fn. 11), 21f.

²⁰ *Chen Xingliang* (Fn. 11), 22.

²¹ *Chen Xingliang* (Fn. 11), 23.

²² *Chen Xingliang* (Fn. 11), 23.

²³ *Chen Xingliang* (Fn. 11), 23.

²⁴ *Chen Xingliang* (Fn. 11), 23f.

4. Wiedergeburt der deutsch-japanischen Strafrechtswissenschaft seit den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts

Anfang der 90er Jahre begannen einige chinesische Strafrechtswissenschaftler, das Wissen der deutsch-japanischen Strafrechtswissenschaft wieder nach China einzuführen.²⁵ Sie waren der Meinung, dass die ursprüngliche Methodenlehre der Annotation in die Methodenlehre der Dogmatik umgewandelt werden müsse.²⁶ Die versuchte Wandlung des chinesischen Strafrechtswissenschaftssystems wurde von dem Überdenken der Geltung des Systems der Verbrechenslehre und dem Streben nach einem neuen Aufbau des Systems der Verbrechenslehre begleitet. Im wissenschaftlichen Kreis des chinesischen Strafrechts gibt es zwei Ansichten: die eine fordert, das deutsch-japanische Modell mit seinem dreistufigen Verbrechensaufbau anzunehmen bzw. mit der Anknüpfung an der konkreten justiziellen Praxis Chinas das System der Verbrechenslehre gestuft zu reformieren; die zweite befürwortet, das sowjetische Modell mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen beizubehalten bzw. das geltenden System nur in einigen Punkten zu verbessern.²⁷ Dieser Meinungsstreit ist bis heute vorhanden und nimmt in gewissem Maße Einfluss auf die richterliche Praxis.

5. Fazit

Das oben Angeführte stellt eine kurze Zusammenfassung der Entwicklungsgeschichte der chinesischen Strafrechtswissenschaft dar. Der Wandel der wissenschaftlichen Geschichte leitet in der Tat die Entwicklung der Methodenlehre der Strafrechtsanwendung Chinas. Im antiken China war die Kodexwissenschaft die Strafrechtswissenschaft im Sinne von strafrechtlicher Sprachwissenschaft. Die semantische Analyse der Kodextexte durch linguistische Methoden war damals die Hauptmethode der Strafrechtsanwendung. Es steht fest, dass dies keine Gesetzesauslegung im modernen Sinne ist. Auch gab es damals kein Gesetzesmodell und keine Begründungsmethode des Strafrechts zur Feststellung der Straftaten. In der Spätzeit der Qing-Dynastie (1636-1912) wurde die deutsch-japanische Strafrechtswissenschaft in China eingeführt. Damit wurde versucht, durch die Anwendung der Theorie des Verbrechensaufbaus die Strafrechtsanwendung zu leiten. Dieser Versuch war

²⁵ Vgl. *Zhang Mingkai*, Grundriss des ausländischen Strafrechts, 1999; *Ma Kechang*, Prinzip der Strafrechtsvergleichung, 2002.

²⁶ Vgl. *Zhang Mingkai*, Grundlegende Standpunkte des Strafrechts, 2002; *Feng Jun*, Normative Untersuchungen der strafrechtlichen Probleme, 2009; *Chen Xingliang*, Strafrechtsdogmatik, 2010.

²⁷ Für das deutsch-japanische Modell: vgl. *Chen Xingliang* (Fn. 26), S. 115ff.; *Zhang Mingkai* (Fn. 26), 105ff.; für das sowjetische Modell: vgl. *Gao Mingxuan*, Rationalität der Theorie mit vier Strafbarkeitsvoraussetzungen und deren Durchhalten in der chinesischen Strafrechtswissenschaft, *Chinese Legal Science* 2009/2, 5ff..

jedoch aufgrund der damaligen historischen Gegebenheiten sehr eingeschränkt. Nach der Gründung der Volksrepublik China begann man wegen des Prinzips „Sowjetunion als Lehrer“ bei der Methode der Strafrechtsanwendung das sowjetische Modell mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen zur Feststellung der Straftaten zu übernehmen. Da dieses sowjetische Modell viele politische Faktoren umfasst, denen Anleitungsfunktion beigegeben wurde, und zudem auch Rechtsnihilismus vorherrschte, ist die Strafrechtsanwendung das Mittel der Diktatur des Proletariats geworden. In dieser Phase gab es weder eine Auslegung von Strafrechtstatbeständen noch eine gesetzliche Begründung. Mit dem Erlass des Strafgesetzbuches im Jahre 1979 konnten die strafrechtlichen Normen wieder angewandt werden. Die damaligen Lehrbücher bestätigen jedoch nur die Führungsrolle des sowjetischen Modells mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen. Obwohl einige chinesische Strafrechtswissenschaftler ständig die Ansätze der deutsch-japanischen Strafrechtswissenschaft einführten, muss man zugeben, dass das sowjetische Modell in der chinesischen Gerichtspraxis bis heute noch dominiert.

In der gegenwärtigen chinesischen Strafrechtswissenschaft beruht die grundlegende Kontroverse auf der Auseinandersetzung zwischen dem sowjetischen Modell mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen und dem deutsch-japanischen Modell mit seinem dreistufigen Verbrechensaufbau. Diese Kontroverse kann von uns als ein Widerspruch zwischen der Annotation (dem sowjetischen Modell mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen), das absolut von dem Gesetzeswortlaut abhängig ist, und der Dogmatik (dem deutsch-japanischen Modell mit seinem dreistufigen Verbrechensaufbau), das auf dem System und der Logik beruht, aufgefasst werden. Ein solcher Widerspruch ist nicht nur für die strafrechtliche Forschung von großer Bedeutung, sondern er prägt auch die Veränderung der Methodenlehre der Strafrechtsanwendung.

Beispielsweise soll man bei der Abgrenzung zwischen dem Raub- und Erpressungstatbestand nach der Methodenlehre der Annotation bzw. der herrschenden Meinung anhand der Tatsache unterscheiden, dass der Tatbestand des Raubes dem Prinzip der „zwei Geschehensorte“ entspricht, d.h. der Täter muss an dem Geschehensort mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohung mit gegenwärtiger Gefahr oder auf andere Art und Weise eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht der Zueignung wegnehmen. Wenn eine Handlung nicht dem Prinzip der „zwei Geschehensorte“ entspricht, liegt tatbestandsmäßig kein Raub vor, möglicherweise könnte allerdings der Tatbestand der Erpressung bejaht werden. Eine derartige Abgrenzung traf jedoch in der Gerichtspraxis auf viele Probleme.

Deshalb wurde sie von vielen Strafrechtswissenschaftlern kritisiert.²⁸ Dabei wurden die zwei Tatbestände unter Anwendung der Begriffstheorie und der Systemwissenschaft bzw. der Strafrechtsdogmatik anhand normativer Merkmale abgegrenzt. Prof. *Chen Xingliang* wies darauf hin, dass sich der Erpressungstatbestand auf eine Straftat bezieht, die das Merkmal der Übergabe zugrunde lege.²⁹ Das Opfer werde durch die Gewalt oder die Drohung genötigt, den Vermögenswert zu übergeben, es verliere dabei jedoch nicht die absolute Willensfreiheit.³⁰ Der Raub sei eine Straftat, deren Tatbestandsmerkmal die Wegnahme ist.³¹ Der Täter übe die Gewalt oder die Drohung aus, um die Willensfreiheit des Opfers absolut zu unterdrücken. Das Opfer könne sich nicht wehren, wenn der Täter sein Eigentum wegnimmt. Das wesentliche Kriterium zur Unterscheidung zwischen dem Tatbestand des Raubs und dem Tatbestand der Erpressung sei also, ob der Täter Gewalt oder Drohung ausübe, um die Willensfreiheit des Opfers absolut zu brechen, um dadurch dem Opfer das Eigentum zu entziehen. So würde, obwohl eine Handlung dem Prinzip der „zwei Geschehensorte“ entspreche, diese Handlung dann keinen Raub, sondern eine Erpressung darstellen, wenn der Grad der vom Täter ausgeübten Gewalt am Geschehensort nicht sehr hoch sei, sodass das Opfer trotz der Angst in der Lage sei, sich zu wehren.³²

III. Kontroverse über die Bildung des Systems der Verbrechenslehre³³

Das System der Verbrechenslehre, das von chinesischen Strafrechtswissenschaftlern auch als die Theorie des Verbrechensaufbaus bezeichnet wird, versteht man als eine allgemeine Theorie, die sich mit der Feststellung der Straftat beschäftigt. In der richterlichen Praxis ist eine der wichtigsten Aufgaben des Systems der Verbrechenslehre, die verschiedenen Straftaten in eine angemessene systematische Struktur zu bringen, wodurch ein abstrakter Beurteilungsmaßstab entsteht. Er liefert dem Richter ein Entscheidungsmodell zur Feststellung einer Straftat, um die Willkür des Richters zu beschränken. Deshalb hat das System der Verbrechenslehre zwei wesentliche Auswirkun-

²⁸ *Chen Xingliang*, Abgrenzung zwischen Betrug und Erpressung – Zweifel an dem Prinzip „zwei Geschehensorte“, *Law Science* 2011/2, 132f; *Zhang Mingkai*, Strafrechtswissenschaft, 4. Aufl., 2011, S. 672.

²⁹ *Chen Xingliang* (Fn. 28), 132f.

³⁰ *Chen Xingliang* (Fn. 28), 133.

³¹ *Chen Xingliang* (Fn. 28), 133.

³² *Chen Xingliang* (Fn. 28), 133.

³³ *Liang Genlin*, Der Aufbau der chinesischen Verbrechenslehre: Berichte und Bemerkungen, *ZStW* 2015 (im Erscheinen).

gen: Zum einen werden die verschiedenen Voraussetzungen in eine systematische Struktur gestellt und zum anderen wird der Entscheidung zur Feststellung einer Straftat eine modellierte Denkweise geliefert. Daher spielt das System der Verbrechenslehre in der Diskussion um die Methodenlehre der Rechtsanwendung eine wichtige Rolle.

1. Sowjetische Verbrechenslehre und ihre Mängel

Das System der Verbrechenslehre ist ein Kernbereich der chinesischen Strafrechtswissenschaft. Wie bereits erwähnt, wurde Anfang der 50er Jahre das sowjetische Modell mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen in China eingeführt. Dieses bestand aus dem Objekt der Straftat, also einem Handlungsobjekt, das von dem Strafgesetzbuch geschützt und von der Straftat verletzt wird, aus der objektiven Seite der Straftat, also der vom Täter begangenen sozialschädlichen Handlung, dem Erfolg, der Zeit, dem Ort und dem Mittel der Handlung, aus dem Subjekt der Straftat, also dem strafmündigen, schuldfähigen und die sozialschädliche Handlung begehenden Menschen sowie aus der subjektiven Seite der Straftat, also Vorsatz, Fahrlässigkeit bzw. Absicht des Täters. Nach dem sowjetischen Modell mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen stellt das Vorliegen aller objektiven und subjektiven Voraussetzungen eine Straftat dar.³⁴

Bei Einführung der Ansätze des deutsch-japanischen Strafrechts waren viele chinesische Strafrechtswissenschaftler der Meinung, dass das sowjetische Modell mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen einige Mängel aufweise.³⁵ Beispielsweise zeigte Prof. *Zhou Guangquan* anhand der Leitungsfunktion, der Begrenzungsfunktion, der Prüfungsfunktion und der Darstellungsfunktion des Systems der Verbrechenslehre die Mängel des sowjetischen Modells auf. Er wies darauf hin, dass innerhalb des sowjetischen Modells bei der Leitungsfunktion eine Vermischung zwischen der Form und der Substanz, der Anklage und der Verteidigung, der Subjektivität und der Objektivität, der Norm und der Empirie usw. stattfindet.³⁶ Dies stehe einer Flexibilität bei der Lösung einiger schwieriger Fälle entgegen. Der Begrenzungsfunktion widerspräche, dass die Tatsachenbeurteilung und die Wertbeurteilung sowie die formelle Beurteilung und die substanzielle Beurteilung gleichzeitig stattfinden.³⁷ Außerdem gehören die Rechtfertigungsgründe im sowjetischen Modell nicht zum Verbrechenaufbau, sondern zum Ausschluss der Sozialschädlichkeit, wodurch die Grenze zwischen Strafbarkeit und Straffrei-

³⁴ *Gao Mingxuan/Ma Kechang* (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft, 5. Aufl., S. 49-51.

³⁵ Ausführlich zum Ganzen: *Fu Liqing*, Die Verbrechenslehre, S. 29ff., mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

³⁶ *Zhou Guangquan*, Auseinandersetzung und Entwicklung des Systems der Verbrechenslehre in China, *Journal of National Prosecutors College* 2010/1, 68f.

³⁷ *Zhou Guangquan* (Fn. 36), 69.

heit verwischt werde.³⁸ Die Prüfungsfunktion gehe davon aus, dass bei der gemeinsamen Erfüllung der vier Strafbarkeitsvoraussetzungen behauptet werden könne, der Angeklagte sei schuldig.³⁹ Dabei spiele die Frage nach der Existenz eines Deduktions- bzw. Beurteilungsspielraums des Richters keine Rolle. Daher könnten diese Vorgänge im sowjetischen Modell nicht nachträglich geprüft werden.⁴⁰ Die Darstellungsfunktion innerhalb des sowjetischen Modells kann nicht feststellen, ob der Angeklagte unschuldig ist, nur weil seine Handlung keine Sozialschädlichkeit aufweist oder weil sie ihm nicht vorwerfbar ist. Daraus ergebe sich das Problem, dass Schlussfolgerungen zu einfach gezogen werden und die Öffentlichkeit demzufolge einen Freispruch eines Angeschuldigten nicht nachvollziehen könne.⁴¹

2. Modifizierte sowjetische Verbrechenslehre?

Zur Kritik an dem sowjetischen Modell werden unterschiedliche Auffassungen in der chinesischen Literatur geäußert. Einige waren der Meinung, dass man das sowjetische Modell nur neu zusammenstellen müsste.⁴² Beispielsweise war Prof. *Xiao Zhonghua* der Ansicht, dass das geltende sowjetische Modell mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen im Allgemeinen zu befürworten sei. Allerdings sei nicht zutreffend, dass das Objekt der Straftat zum Verbrechensaufbau gehöre. In den verbleibenden drei Strafbarkeitsvoraussetzungen sollte man zuerst das Subjekt der Straftat, dann die subjektive Seite der Straftat und abschließend die objektive Seite der Straftat prüfen.⁴³ Die Mehrzahl der Strafrechtswissenschaftler ist jedoch der Ansicht, dass das sowjetische Modell grundsätzlich in ein stufiges Modell umgeformt werden sollte und spricht sich dafür aus, das deutsch-japanische Modell mit seinem dreistufigen Verbrechensaufbau direkt in China zu übernehmen.⁴⁴ Das System der Verbrechenslehre bezieht sich auf die Theoriebildung. Würde im Rahmen des geltenden Strafgesetzes direkt das deutsch-japanische Modell übernommen werden, stünden dem keine Hindernisse innerhalb der Rechtsordnung entgegen. Aufgrund der bemerkenswerten historischen Gegebenheit, dass in den 30er und 40er Jahren des 20. Jahrhunderts das deutsch-japanische

³⁸ *Zhou Guangquan* (Fn. 36), 69.

³⁹ *Zhou Guangquan* (Fn. 36), 69f.

⁴⁰ *Zhou Guangquan* (Fn. 36), 70.

⁴¹ *Zhou Guangquan* (Fn. 36), 70.

⁴² Vgl. *Xiao Zhonghua*, Verbrechensaufbau und Zusammenhangstheorie, 2000, S. 148ff.; *Wang Shizhou*, Moderne Strafrechtswissenschaft: Allgemeiner Teil, 2011, S. 96f.; *Li Hong*, Strafrechtswissenschaft, 2012, S. 65-67.

⁴³ *Xiao Zhonghua* (Fn. 42), S. 148.

⁴⁴ Vgl. *Fu Liqing* (Fn. 35), S. 29ff.; *Su Jiang*, Der Einfluss der Verbrechenslehre auf das Strafgesetzbuch: Im Hinblick auf die Geschichte des Verhältnisses zwischen Verbrechenslehre und StGB in Deutschland, *Journal of Nanjing Normal University*, 2013/1, 83.

Modell mit seinem dreistufigen Verbrechenaufbau in China komplett rezipiert wurde, haben die Strafrechtsprofessoren und die Studenten heutzutage keine Hemmungen, wenn sie darüber nachdenken, dieses Modell bzw. diese Theorie wieder anzunehmen. Darüber hinaus gehört das chinesische Rechtssystem im Allgemeinen zu dem kontinental-europäischen Rechtssystem. Die Rechtstheorien und die Rechtsordnung in China nähern sich der Theorie und Systematik des kontinental-europäischen Rechtssystems an. Es ist möglich, auf der Grundlage des deutsch-japanischen Modells mit seinem dreistufigen Verbrechenaufbau die Theorie des chinesischen Verbrechenaufbaus zu statuieren.

3. Domestizierte stufige Verbrechenslehre

Andere Strafrechtswissenschaftler sind der Ansicht, dass man das deutsch-japanische Modell als Beispiel nehmen und dieses in China domestizieren sollte.⁴⁵ Prof. *Chen Xingliang* schuf ein System der Verbrechenslehre, das drei Voraussetzungen, nämlich „Gehalt der Straftat – Schuld der Straftat – Schwere der Straftat“ umfasst. Demnach soll die erste Voraussetzung, der „Gehalt der Straftat“, das Subjekt, die Handlung, den Erfolg, die Kausalität usw. umfassen. Zwischen diesen Elementen gibt es einen stufigen Aufbau. Man muss die Voraussetzungen deshalb nach dieser Reihenfolge prüfen. Wenn die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Gehalts der Straftat erfüllt sind, aber Ausschlussgründe vorliegen, wird die Straftat nicht bejaht. Liegen keine Ausschlussgründe vor, ist anschließend die Schuld als zweite Voraussetzung zu prüfen. Sie umfasst die Schuld beim Vorsatz, die Schuld bei der Fahrlässigkeit, das Motiv des Täters usw. Zwischen ihnen gibt es auch einen stufigen Aufbau. Liegen Ausschlussgründe der Schuld der Straftat vor, ist diese abzulehnen. Wenn eine Handlung dem Gehalt der Straftat und der Schuld der Straftat bzw. den objektiven und den subjektiven Voraussetzungen entspricht, kann die Handlung als eine Straftat bejaht werden. Im chStGB gibt es jedoch viele Straftaten, die nur beim Vorliegen „schwerer“ Tatbestandsvoraussetzungen oder einer verhältnismäßig großen Schadenssumme bestraft werden können. Für deren Feststellung soll neben dem Gehalt und der Schuld der Straftat die Schwere der Straftat geprüft werden. Dies ist die dritte Voraussetzung zur Feststellung einer Straftat. Natürlich ist sie keine notwendige Voraussetzung zur Feststellung jeder Straftat. Der Gehalt der Straftat, also die objektiven Voraussetzungen, existiert unabhängig von der Schuld der Straftat, den subjektiven Voraussetzungen. Die Schuld setzt den Gehalt der Straftat jedoch voraus, sodass keine Schuld ohne Gehalt der Straf-

⁴⁵ *Chen Xingliang*, Normative Strafrechtswissenschaft, 3. Aufl., 2013, S. 109ff.; *Zhang Mingkai* (Fn. 28), S. 105ff.; *Zhou Guangquan* (Fn. 36), S. 4ff.

tat existiert. Die Schwere der Straftat setzt ihrerseits den Gehalt und die Schuld der Straftat voraus.⁴⁶

Prof. *Zhang Mingkai* schuf auf der Grundlage der Theorie der japanischen Strafrechtswissenschaft ein zweistufiges Verbrechenssystem. Er ist der Ansicht, dass eine Straftat eine Handlung ist, die sich auf die Rechtsgutsverletzung (objektive Rechtswidrigkeit) und die Vorwerfbarkeit (die Schuld) bezieht. Das Verbrechenssystem soll demnach nur aus der Rechtswidrigkeit (den objektiven Voraussetzungen wie Taterfolg, der Handlung, etc.) und der Schuld (den subjektiven Voraussetzungen) bestehen. Dabei soll die Objektivität vor der Subjektivität stehen. Eine Abweichung hiervon ist nicht möglich. So muss nach der Feststellung der Handlung und des Erfolgs geprüft werden, ob dem Täter die Handlung und der Erfolg vorwerfbar sind, d.h. die objektive Rechtswidrigkeit ist vor der Schuld zu prüfen.⁴⁷ Dies bezieht sich auf die Schuld beim Vorsatz, die Schuld bei der Fahrlässigkeit usw.

Aber die chinesischen Strafrechtswissenschaftler, die der Meinung sind, das deutsch-japanische Modell in Gestalt des dreistufigen Verbrechensaufbaus sei zu rezipieren, sind nicht dagegen, das ursprüngliche deutsch-japanische Modell in China einzuführen. Beispielsweise wies Prof. *Zhang Mingkai* bei seiner Befürwortung des zweistufigen Verbrechenstystems darauf hin, dass man nach dem deutsch-japanischen Modell in der Reihenfolge von dem Objektiven (dem Äußeren) bis zu dem Subjektiven (dem Inneren), von dem Abstrakten (dem Allgemeinen) bis zu dem Konkreten (dem Einzelnen) stufig prüfen müsse, ob eine Handlung strafbar ist. Dieses stufige System ist nützlich, um Willkür der Strafrechtsanwendung zu verhindern, Einzelfälle prüfen zu können, die Prüfungszeit zu verkürzen, die Unterlassung der notwendig zu prüfenden Voraussetzungen zu vermeiden, die Rechtswidrigkeit und die Schuld auf unterschiedliche Ebenen zu stellen und die Rechtfertigungsgründe von den Entschuldigungsgründen klar zu unterscheiden.⁴⁸ Prof. *Chen Xingliang* wies auch darauf hin, dass zwischen den Systemen der Verbrechenlehre kein Widerspruch besteht. Im Kontext der gegenwärtigen chinesischen Strafrechtswissenschaft und vor allem in der Phase, in der das System der Verbrechenlehre erneut überdacht und analysiert wird, soll das System der Verbrechenlehre pluralisiert werden.⁴⁹

4. Festhalten an der sowjetischen Verbrechenlehre?

Vor dem Ruf nach einer Reform des Systems der Verbrechenlehre waren einige chinesische Strafrechtswissenschaftler der festen Meinung, das traditionelle sowjetische Modell mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen müs-

⁴⁶ Vgl. *Chen Xingliang* (Fn. 45), S. 111.

⁴⁷ Vgl. *Zhang Mingkai* (Fn. 28), S. 99.

⁴⁸ *Zhang Mingkai* (Fn. 26), S. 98.

⁴⁹ *Chen Xingliang* (Fn. 11), 110.

se beibehalten werden.⁵⁰ Der als Begründer der strafrechtlichen Theorie der Volksrepublik China geltende Prof. *Gao Mingxuan* begründete die Rationalität des sowjetischen Modells mit vier Thesen. Er war erstens der Ansicht, dass die Theorie der vier Strafbarkeitsvoraussetzungen aus geschichtlichen Gründen in China ausgewählt wurde und sie daher „aus geschichtlicher Sicht unvermeidlich“ sei.⁵¹ Außerdem sei sie der geschichtlichen Prüfung unterzogen worden und daher „aus geschichtlicher Sicht rational“.⁵² Zweitens passe sie zu den Bedürfnissen in China und sei daher auch „aus praktischer Sicht rational“.⁵³ Das politische System in China ist sozialistisch, weshalb die chinesische Rechtstheorie auch eine sozialistische Rechtstheorie ist. China hatte vorher keine Tradition des „*civil law*“ oder „*common law*“. Das auf der Theorie der vier Strafbarkeitsvoraussetzungen beruhende Strafrechtssystem entwickelte sich seit der Gründung der Volksrepublik China schon einige Jahrzehnte lang. Drittens sei die Theorie auch rational, denn sie sei logisch präzise, entspreche der Gesetzmäßigkeit, sei mit dem Wesen des Verbrechens vereinbar und sei daher „aus interner Sicht rational“.⁵⁴ Die vier Strafbarkeitsvoraussetzungen stehen parallel zueinander und bilden damit eine Gesamtheit. Die Logik des Systems sei sehr streng und die Begrenzung zwischen den jeweiligen Voraussetzungen sei auch sehr deutlich. Dadurch könne eine Straftat in ihrer Gesamtheit von grob bis fein, von außen bis innen, von gesamt bis teilweise analysiert werden. Die ursprüngliche Reihenfolge, nämlich das Objekt der Straftat, die objektive Seite der Straftat, das Subjekt der Straftat und die subjektive Seite der Straftat entsprechen der Gesetzmäßigkeit. Viertens sei sie „aus rechtsvergleichender Sicht rational“, denn die Theorie der vier Strafbarkeitsvoraussetzungen sei ein relativ stabiles System. Sie entspreche dem geltenden Justizsystem, das auf der Arbeitsteilung, der Zusammenarbeit und der gegenseitigen Einschränkung zwischen der Polizei, der Staatsanwaltschaft und dem Gericht beruhe.⁵⁵

5. Stellungnahme

Ich bin der Meinung, dass sich die Kontroverse über die Uneinigkeit zwischen dem sowjetischen Modell mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen und dem deutsch-japanischen Modell mit seinem dreistufigen Verbrechenaufbau nicht nur auf den akademischen Meinungsstreit, sondern auch auf den Unterschied der Denkweisen der Richter beim Vorgang der Feststellung der Straftat bezieht. Bei dem sowjetischen Modell gibt es zwischen den ein-

⁵⁰ *Gao Mingxuan* (Fn. 27), 6.

⁵¹ *Gao Mingxuan* (Fn. 27), 6.

⁵² *Gao Mingxuan* (Fn. 27), 6.

⁵³ *Gao Mingxuan* (Fn. 27), 6.

⁵⁴ *Gao Mingxuan* (Fn. 27), 6f.

⁵⁵ *Gao Mingxuan* (Fn. 27), 7.

zelen Voraussetzungen keinen stufigen Zusammenhang. In der Praxis arbeiten die Richter immer anhand ihrer persönlichen Vorgehensweise. Unter diesem Umstand ist die Feststellung der Straftat ein Vorgang bei der Suche nach Strafbarkeitsvoraussetzungen. Wenn die vier Strafbarkeitsvoraussetzungen gefunden werden, ist die Strafbarkeit zu bejahen. Wenn eine Strafbarkeitsvoraussetzung fehlt, wird die Strafbarkeit (außer im Falle eines Versuchs) abgelehnt. Im deutsch-japanischen Modell mit seinem dreistufigen Verbrechenaufbau gibt es zwischen den drei Ebenen einen strengen stufigen Zusammenhang. Drei Prüfungen auf den Ebenen von Tatbestandsmäßigkeit – Rechtswidrigkeit – Schuld werden in dieser Reihenfolge durchgeführt. Das vorherige Element dient als Voraussetzung für die nachfolgenden Elemente. Ohne diese Voraussetzung kann man die Prüfung auf nachfolgenden Ebenen nicht durchführen. Bei dieser Vorgehensweise befolgen die Richter streng die Denkweise, dass die objektive Beurteilung vor der subjektiven Beurteilung und die Tatsachenbeurteilung vor der Wertebeurteilung durchzuführen ist.⁵⁶ Der Unterschied zwischen beiden Denkweisen führt in der Praxis zu unterschiedlichen Lösungen der Einzelfälle. Diesbezüglich möchte ich den Fall „Betrug von Chen und Huang“ als Beispiel heranziehen.

Sachverhalt: Die Angeklagten Chen und Huang verwendeten zwischen Februar und November 2006 gefälschte Ausweise und Führerscheine, um sich bei einer Firma als Berufsfahrer zu bewerben. Nachdem sie von der Firma eingestellt wurden, fuhren sie mit den Dienstwagen der Firma los. Damit eigneten sie sich Vermögenswerte und Sachen der Firma im Wert von 272.080,70 Yuan an.

Die Volksstaatsanwaltschaft des Bezirks Nanhai der Stadt Foshan erhob gegen Chen und Huang öffentliche Anklage wegen Betrugs. Das Volksgericht des Bezirkes Nanhai der Stadt Foshan war nach der Verhandlung der Meinung, dass Chen und Huang als Berufsfahrer Angehörige des Personals der Firma waren, die unter Ausnutzung dienstlicher Gelegenheiten über Vermögenswerte und Sachen der betreffenden Firma verfügten, als wären es ihre eigenen. Dabei war eine verhältnismäßig große Wertsumme vorhanden. Ihre Handlungen sollten gem. § 271 chStGB als „Dienstliche Zueignung“ strafbar sein, weshalb die öffentliche Anklage der Volksstaatsanwaltschaft wegen Betrugs nicht begründet war. Die beiden Angeklagten Chen und Huang wurden mit einer Freiheitsstrafe von 3,5 Jahren und 2 Jahren bestraft.

Nach dem Urteil erster Instanz legte die Volksstaatsanwaltschaft des Bezirkes Nanhai der Stadt Foshan bei dem Volksgericht mittlerer Ebene der Stadt Foshan Widerspruch ein. Die Begründung des Widerspruchs war folgende: Auf subjektiver Seite hatten Chen und Huang bereits vor der Bewerbung den Vorsatz, die Firma um die Dienstwagen zu betrügen. Auf der objektiven Seite verwendeten Chen und Huang bei dem Vorhaben, die Dienstwa-

⁵⁶ Chen Xingliang (Fn. 6), S. 444ff.

gen der Firma rechtswidrig zu erlangen, die gefälschten Ausweise und Führerscheine, um sich bei der Firma als Berufsfahrer zu bewerben. Sie täuschten sowohl über ihre Identitäten, die Tatsache, dass sie sich an das Gesetz hielten, als auch über ihr Vorhaben, als Berufsfahrer tätig sein zu wollen. Dadurch erzielten sie das Vertrauen der Firma. Ihre Täuschung führte zu einem Irrtum der Firma, sodass diese Chen und Huang die Dienstwagen freiwillig zur Verfügung stellte. Somit konnten die Angeklagten ihr Vorhaben, nämlich rechtswidrig über Vermögenswerte bzw. Sachen der Firma zu verfügen, umsetzen. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Handlungen von Chen und Huang den Tatbestand des Betruges erfüllten und eine verhältnismäßig große Wertsumme vorlag. Das Urteil erster Instanz, das die dienstliche Zueignung bejahte, weiche von der Tatsache ab, dass die Angeklagten den Vorsatz des Betrugs hatten, sodass sie milder bestraft wurden.

Das Volksgericht mittlerer Ebene der Stadt Foshan war nach der Verhandlung mit der Begründung des Widerspruchs einverstanden. Deshalb korrigierte es das Urteil erster Instanz insofern, dass der Angeklagte Chen wegen Betrugs mit Freiheitsstrafe von 4 Jahren bestraft und mit Geldstrafe von 4000 Yuan belegt wurde, während der Angeklagte Huang wegen des Betrugs mit Freiheitsstrafe von 2 Jahren bestraft und mit Geldstrafe von 2000 Yuan belegt wurde.⁵⁷

In diesem Fall gehen die Meinungen der Volksstaatsanwaltschaft des Bezirkes Nanhai, des Gerichts erster Instanz und des Gerichts zweiter Instanz auseinander. Dies folgt angeblich aus der Uneinigkeit bei der Bejahung des Betruges und der Bejahung der dienstlichen Zueignung. Aber in der Tat bezieht sich die Meinungsverschiedenheit auf die Frage des stufigen Zusammenhangs bei der Feststellung der Straftat. Bei ihren Begründungen nahmen die Volksstaatsanwaltschaft des Bezirkes und das Gericht zweiter Instanz an, dass die Angeklagten auf der subjektiven Seite den Vorsatz des Betrugs aufwiesen. Anschließend erkannte sie an, dass die Angeklagten auf der objektiven Seite die Handlung des Betrugs begingen. Das ist eine typische Denkweise des sowjetischen Modells, dessen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen parallel zueinander stehen. Man kann nach Belieben zuerst nach einer Voraussetzung suchen. Weil der Vorsatz des Betruges zuerst bejaht wird, wird die Handlung dann selbstverständlich als Betrug bejaht. Wenn man in der Tat nach dem deutsch-japanischen Modell mit seinem dreistufigem Verbrechenaufbau die Reihenfolge vom Objektiven bis zum Subjektiven, vom Tatbestand über die Rechtswidrigkeit bis hin zur Schuld annimmt, muss man zuerst die Handlung der Angeklagten nach der Tatbestandmäßigkeit prüfen, nämlich ob die Handlung ein Betrug oder eine dienstliche Zueignung ist. Nachdem die Angeklagten in diesem Fall als Berufsfahrer von der Firma eingestellt wur-

⁵⁷ Forschungsstelle der Rechtsanwendung des Obersten Volksgerichts (Hrsg.), Fallsammlung des Volksgerichts 2009/2, S. 53ff.

den, verfügten sie rechtswidrig unter Ausnutzung dienstlicher Gelegenheiten über die Dienstwagen der betreffenden Firma als wären diese ihr Eigentum. Diese Handlung entspricht dem Tatbestand der dienstlichen Zueignung. Die vorherige Handlung, nämlich sich unter Verwendung gefälschter Ausweise und Führerscheine um die Stelle als Berufsfahrer zu bewerben, entspricht nicht dem Tatbestand des Betruges. Obwohl die Angeklagten in diesem Zeitpunkt beabsichtigten, Dienstwagen der Firma zu erlangen, lag keine Betrugshandlung vor. Dadurch kann man nur feststellen, dass die Angeklagten das Ziel hatten, rechtswidrig über die Vermögenswerte bzw. Sachen der Firma zu verfügen, weshalb kein Betrugsvorsatz vorlag. Daher ist es ersichtlich, dass die Auswahl des Systems der Verbrechenslehre einen enormen Einfluss auf die Denkweise des Richters zur Feststellung der Straftat hat und bei den Lösungen einiger umstrittener Fälle eine wesentliche Rolle spielt.

Ich bin der Ansicht, dass das sowjetische Modell mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen offensichtlich unlösbare Mängel hat, welche die Entscheidung bei schwierigen Fällen erschweren. Deshalb muss überlegt werden, das geltende sowjetische Modell in ein logisches und praktisches System der Verbrechenslehre zu überführen. Dabei muss man besonders beachten, dass die Reihenfolge „objektive Beurteilung vor subjektiver Beurteilung“ und „Tatsachenbeurteilung vor Wertebeurteilung“ nicht verändert werden darf. Daher bin ich der Meinung, dass das A und O des reformierten Systems der Verbrechenslehre ein stufiger Zusammenhang ist. Durch die Reihenfolge „Tatbestandsmäßigkeit – Rechtswidrigkeit – Schuld“ oder „Unrecht – Schuld“ wird der Zusammenhang klar dargestellt. Unter der Voraussetzung wäre entweder die Einführung des deutsch-japanischen Modells mit seinem dreistufigen Verbrechenaufbau oder die Annahme der von Prof. *Chen* und Prof. *Zhang* geschafften stufigen Verbrechenssysteme vorstellbar.

IV. Kontroverse über die Auslegungsmethoden des Strafrechts

Die Gerichtspraxis ist bedingt durch das Gesetz. Deshalb ist die Feststellung des Vorliegens eines Gesetzes eine unvermeidliche Voraussetzung jeder richterlichen Aktivität. Das Gesetz kann nicht automatisch angewandt werden, sondern man muss zuerst den Gesetzestext interpretieren, um das Gesetz anwenden zu können. Ein Gesetz auszulegen heißt, die Bedeutung des Gesetzeswortlauts zu ermitteln, also daraus jene Tatsachen-, Wert- und Sollvorstellungen zu gewinnen, die dadurch bezeichnet werden sollen.⁵⁸

Das neue chinesische Strafgesetzbuch ist im Jahre 1997 in Kraft getreten. In dem Strafgesetzbuch wurde das Gesetzlichkeitsprinzip geregelt und die

⁵⁸ Zippelius, Juristische Methodenlehre (chinesische Übersetzung: übersetzt von Jin Zhenbao), 2009, S. 43.

Analogie abgeschafft, sodass die strafgesetzlichen Normen die einzige Basis der Strafrechtsanwendung darstellen. Im akademischen Kreis der chinesischen Strafrechtswissenschaft ist jedoch umstritten, auf welche Art und Weise die strafrechtlichen Normen auszulegen sind. Dies wird in zwei Beziehungen deutlich: Erstens, ob bei der Auslegungsmethode entweder die subjektive oder die objektive Auslegungstheorie anzunehmen ist; zweitens, ob auf dem Standpunkt der Auslegung die unsubstanzielle Auslegungstheorie oder die substanzielle Auslegungstheorie zu Grunde zu legen ist. Diese Auseinandersetzung kann die Strafrechtsanwendung tiefgehend beeinflussen.

1. Die Auseinandersetzung zwischen der subjektiven Auslegungstheorie und der objektiven Auslegungstheorie

a) Objektive Auslegungstheorie

Die Auseinandersetzung zwischen der subjektiven und der objektiven Auslegungstheorie gilt faktisch als eine Auseinandersetzung um das Ziel der Auslegung, und zwar um die Frage, welche Auslegung dem Wortlaut angemessen ist. In der geltenden chinesischen Strafrechtswissenschaft werden sowohl die subjektive als auch die objektive Auslegungstheorie vertreten. Manche Strafrechtswissenschaftler sprechen sich für eine Kompromisslösung zwischen beiden Theorien aus.⁵⁹ Die Anhänger der subjektiven Auslegung sind der Ansicht, dass der ursprüngliche Sinn des vom Gesetzgeber ausgearbeiteten Strafgesetzes herausgefunden werden müsse.⁶⁰ Die Anhänger der objektiven Auslegung verneinen jedoch die Existenz des ursprünglichen Sinnes der Gesetzgebung und sind der Meinung, dass der Gesetzeswortlaut einen objektiven Sinn habe.⁶¹ Offensichtlich fokussiert sich die objektive Auslegungstheorie auf die Positivität des Gesetzes, während sich die subjektive Auslegungstheorie auf die Gerechtigkeit des Gesetzes konzentriert.

Prof. *Zhang Mingkai* ist ein dezidierter Verfechter der objektiven Auslegungstheorie. Er ist der Ansicht, dass die Auslegung des Gesetzeswortlauts nicht nach dem ursprünglichen Sinn der Gesetzgebung streben solle. Seine Begründung umfasst folgende Aspekte:⁶² Erstens sei der ursprüngliche Sinn der Gesetzgebung eigentlich unklar.⁶³ In China agiere als Gesetzgeber nicht

⁵⁹ Vgl. *Yuan Lin*, Über die subjektive Auslegungstheorie und die objektive Auslegungstheorie: Untersuchung zu Maßstäben der strafrechtlichen Auslegung, *Modern Law Science* 2011/1; *Chen Xingliang* (Fn. 6), S. 99.

⁶⁰ Vgl. *Xu Guanghua*, Untersuchung zu der Geschichte der Positionen der strafrechtlichen Auslegung – Befürwortung der subjektiven Auslegungstheorie, *Hebei Law Science* 2008/2, 118ff.

⁶¹ *Zhang Mingkai*, Anschauung der strafrechtlichen Auslegung, *Journal of National Prosecutors College* 2008/6, 140ff.

⁶² *Zhang Mingkai* (Fn. 61), 140ff.

⁶³ *Zhang Mingkai* (Fn. 61), 140.

eine einzelne Person, sondern der Nationale Volkskongress.⁶⁴ Jeder Abgeordnete des Nationalen Volkskongresses könne seine Stimme für einen Gesetzesentwurf abgeben, möglicherweise habe aber jeder Abgeordnete unterschiedliche Verständnisse des Gesetzesentwurfs bzw. der einzelnen konkreten Regelungen. Außerdem sei es sehr schwierig, den ursprünglichen Leitgedanken des Gesetzgebers nachzuvollziehen.⁶⁵ In der Realität wende der Gesetzgeber immer die gesetzgeberische Auslegung an, die sich nicht nach dem ursprünglichen Leitgedanken der Gesetzgebung richte, sondern die sich daraus bilde, dass der Gesetzgeber die Meinung der Justizorgane und der Rechtswissenschaftler erfragt habe.⁶⁶

Zweitens gelte bei der Annahme des ursprünglichen Sinnes der Gesetzgebung, dass nur der ursprüngliche Sinn des Gesetzgebers bei der Ausarbeitung maßgeblich wäre.⁶⁷ Aber China befindet sich derzeit im Umbruch und das Strafgesetz muss sich für die soziale Umwandlung eignen. Außerdem könne der ursprüngliche Sinn des Gesetzgebers Mängel haben.⁶⁸ In einem solchen Fall solle man nicht weiter nach ihm, sondern nach der allgemeinen Bedeutung des Strafgesetzwortlauts im Rahmen der möglichen Sinngehalte rational auslegen.

Drittens sei das Strafgesetz ein geschriebenes Gesetz, dessen gesetzgeberischer Geist durch die Schriften dokumentiert sei. Nachdem ein Gesetz ausgearbeitet worden sei, müsse man durch die Schriften und die allgemeine Bedeutung der Wörter seinen Sinn erfragen. Ein ausgearbeitetes Gesetz bedeute eine objektive Existenz, die unabhängig von dem Willen des Gesetzgebers bestehe. Darüber hinaus haben unterschiedliche Menschen unterschiedliche Verständnisse vom Gesetzestext. Schließlich berge die subjektive Auslegung noch die Gefahr der paternalistischen Herrschaft. Würde der ursprüngliche Sinn einzig nach dem Willen der gesetzgebenden Personen bestimmt, könnte dies ein Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit darstellen.

b) Subjektive Auslegungstheorie

In westlichen Ländern ist die objektive Auslegungstheorie seit dem 19. Jahrhundert aufgekommen und hat allmählich die Vorherrschaft übernommen. Einige chinesische Strafrechtswissenschaftler waren jedoch diesbezüglich der Meinung, dass es einen Unterschied zwischen China und den westlichen Ländern gebe.⁶⁹ Sie gehen von der konkreten Lage der Nation Chinas aus,

⁶⁴ Zhang Mingkai (Fn. 61), 140.

⁶⁵ Zhang Mingkai (Fn. 61), 140.

⁶⁶ Zhang Mingkai (Fn. 61), 141f.

⁶⁷ Zhang Mingkai (Fn. 61), 141.

⁶⁸ Zhang Mingkai (Fn. 61), 141.

⁶⁹ Zhang Mingkai (Fn. 61), 141.

dass man im Bereich des Strafrechts an der subjektiven Auslegungstheorie festhalten müsse. Die Gründe sind wie folgt:⁷⁰

Erstens habe China aus historischer Sicht eine langfristige Tradition der paternalistischen Herrschaft.⁷¹ Nachdem man in China einige Jahrtausende die Geschichte der willkürlichen Ausführung der Strafe und der unrechtsstaatlichen Verwaltung erlebte, müsste man sich zuerst auf die formelle Herrschaft des Rechts konzentrieren. So müsse das freie Ermessen des Richters beschränkt werden, indem das Strafgesetz nicht nach seinem Belieben, sondern grundsätzlich nach dem Willen des Gesetzgebers auszulegen ist. Zweitens solle die Fachkompetenz der Richter noch erhöht werden.⁷² Wenn die Richter ohne Rücksicht auf die gesetzgeberische Absicht das Gesetz auslegen und das Gesetz dadurch stets an den sozialen Wandel anpassen, hat dies gravierende Folgen. Eignet sich die gesetzgeberische Absicht nicht weiter für sozialen Wandel, so müsse der Gesetzgeber – und nicht der Richter durch Rechtsprechung – den Gesetzestext verändern. Drittens sei das neue Strafgesetzbuch erst vor 11 Jahren erlassen worden. Im Gesetzgebungsprozess nahm der Gesetzgeber bereits Rücksicht auf den sozialen Wandel, mit dem er nach dem Erlass des Strafgesetzbuches gerechnet hatte.⁷³ Danach veränderte der Gesetzgeber durch einige Abänderungsbeschlüsse das Strafgesetzbuch, um der gesellschaftlichen Änderung gerecht zu werden. Deshalb haben die Auslegenden bzw. die Richter wenig eigenen Auslegungsspielraum. In den Ländern, in denen dagegen die objektive Auslegungstheorie genutzt wird, sind die Strafgesetze bereits deutlich älter als in China.

c) *Kompromisstheorie*

Neben den Standpunkten der subjektiven und der objektiven Auslegungstheorie sind einige chinesische Strafrechtswissenschaftler der Ansicht, dass man diese zwei Positionen nicht in Widerspruch bringen, sondern zusammenfügen muss.⁷⁴ Beispielsweise ist Prof. *Chen Xingliang* der Meinung, dass es keine Entscheidung für die subjektive Auslegungstheorie oder die objektive Auslegungstheorie gebe. Ähnlich müsse man auch keine Entscheidung für die Positivität des Rechts oder die Gerechtigkeit des Rechts treffen, denn diese zwei Theorien bilden das Gesetz. Das Gesetzlichkeitsprinzip bilde eine Grenze der Gesetzesauslegung, weshalb diese anhand des Gesetzlichkeitsprinzips verstanden werden müsse. In der Tat ist das Gesetz eine Aussage des Gesetzgebers. Soweit diese Aussage das Gesetz geworden ist, ist sie relativ unabhängig vom Gesetzgeber. Das Verständnis des Subjekts bzw. der Richter ist ab-

⁷⁰ Xu Guanghua (Fn. 60), 118ff.

⁷¹ Xu Guanghua (Fn. 60), 121.

⁷² Xu Guanghua (Fn. 60), 121.

⁷³ Xu Guanghua (Fn. 60), 121.

⁷⁴ Yuan Lin (Fn. 59), 164; Chen Xingliang (Fn. 6), S. 98.

hängig von der jeweiligen Umwelt.⁷⁵ Prof. *Yuan Lin* ist der Meinung, dass sowohl die subjektive als auch die objektive Auslegungstheorie Mängel aufweisen. Deshalb solle bei der Auslegung des Strafgesetzes auf die interpretierende Person abgestellt werden.⁷⁶ Das Subjekt der Auslegung des Strafgesetzes sei eine Gemeinschaft der Auslegenden, die pluralisierte Wertanschauungen haben. Die Auslegung des Strafgesetzes sei eine Übereinstimmung der Gemeinschaft. An der Erreichung der Übereinstimmung nehmen der Gesetzgeber, die Justizorgane und die Öffentlichkeit teil, so dass das Gesetz sehr rational ausgelegt wird.⁷⁷

d) Auswirkung auf die Strafrechtstheorie und die Praxis

Die Auseinandersetzung zwischen der subjektiven und der objektiven Auslegungstheorie wirkt sich auf die chinesische Strafrechtstheorie aus. Zum Beispiel ist in § 3 chStGB das Gesetzlichkeitsprinzip geregelt: „Ist eine Handlung durch Gesetz ausdrücklich als strafbare Handlung bestimmt, wird sie entsprechend der gesetzlichen Festlegung als Straftat mit der dafür vorgesehenen Strafe geahndet; liegt eine ausdrückliche Bestimmung als strafbare Handlung durch Gesetz nicht vor, ist eine Festlegung der Handlung als Straftat und Verhängung von Strafe nicht statthaft.“ Der zweite Teil der Regelung ist nach der allgemeinen Meinung der chinesischen Strafrechtswissenschaftler eine Regelung über das Gesetzlichkeitsprinzip, weil seine Formulierung dem klassischen Ausdruck des Gesetzlichkeitsprinzips „Keine Strafe ohne Gesetz“ entspricht. Aber wie man den ersten Teil dieser Regelung verstehen soll, ist bei den chinesischen Strafrechtswissenschaftlern umstritten. Den Wortlaut kann man folgendermaßen verstehen: Alle Handlungen sind durch Gesetz ausdrücklich als strafbare Handlungen bestimmt und müssen entsprechend der gesetzlichen Festlegung als Straftaten mit der dafür vorgesehenen Strafe geahndet werden. Es ist offensichtlich, dass dieses Verständnis nicht mit dem klassischen Ausdruck des Gesetzlichkeitsprinzips übereinstimmt, weil das Gesetzlichkeitsprinzip nur aus negativem Aspekt die Strafbarkeit einer Handlung, die nicht durch Gesetz ausdrücklich als strafbare Handlung bestimmt ist, ausschließt.⁷⁸ Unter dem Umstand sind einige chinesische Strafrechtswis-

⁷⁵ *Chen Xingliang* (Fn. 6), S. 99.

⁷⁶ *Yuan Lin* (Fn. 59), 163ff.

⁷⁷ *Yuan Lin* (Fn. 59), 167.

⁷⁸ Einige chinesische Strafrechtswissenschaftler sind der Ansicht, dass das Gesetzlichkeitsprinzip nicht nur die negative Seite (zweiter Teil des § 3 chStGB), sondern auch die positive Seite (erster Teil des § 3 chStGB) umfasst. Deshalb widerspricht der erste Teil des § 3 chStGB nicht dem zweiten Teil des § 3 chStGB. Vgl. *Zhang Jun/Jiang Wei/Lang Sheng/Chen Xingliang*, Strafrechtswissenschaft AT, bearbeitete Aufl., 2008, S. 16. Aber dieses Verständnis weicht offensichtlich von der klassischen Bedeutung des Gesetzlichkeitsprinzips ab.

senschaftler der Ansicht, dass der erste Teil des § 3 chStGB nicht über das Gesetzlichkeitsprinzip geregelt ist, sondern nur der zweite Teil des § 3 chStGB.⁷⁹ Wie soll man jedoch den ersten Teil des § 3 chStGB auslegen, damit er mit dem zweiten Teil bzw. dem Gesetzlichkeitsprinzip übereinstimmt? Durch die subjektive Auslegungstheorie kann man dabei eine rationale Schlussfolgerung ziehen: Nach der Auslegung der strafrechtlichen Abteilung der Rechtsarbeitskommission des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses soll der erste Teil des § 3 chStGB folgendermaßen ausgelegt werden: „Nur wenn eine Handlung durch Gesetz ausdrücklich als strafbare Handlung bestimmt ist, wird sie dann entsprechend der gesetzlichen Festlegung als Straftat mit der dafür vorgesehenen Strafe geahndet.“⁸⁰ Dadurch stimmt der erste Teil mit dem klassischen Ausdruck des Gesetzlichkeitsprinzips überein.

Die Auseinandersetzung zwischen der subjektiven Auslegungstheorie und der objektiven Auslegungstheorie wirkt sich auch auf die chinesische justizielle Praxis aus. Folgend wird der Fall „homosexuelle Prostitution“ als Beispiel aufgezeigt.

Sachverhalt: Von Januar bis August 2003 stellte der Täter Li u.a. im Namen des überdurchschnittlich hochbezahlten Stellenangebots „PR man“ einige Jungen ein und vermittelte sie gegen Bezahlung der homosexuellen Prostitution in die Bars „Jin Qilin“, „Langqiao“ und „Zheng Qi“, die sich im Stadtbezirk Qinhuai, Nanjing, befanden. Der Täter Li erzielte dadurch einen Gewinn von 124.700 Yuan. Am 17.08.2003 wurden Li und andere, die auch im Verdacht der Prostitutionsvermittlung standen, von der Polizeibehörde im Stadtbezirk Qinhuai, Nanjing, festgenommen.⁸¹

Bei dem Prozess war es zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger u.a. umstritten, ob die Handlung des Täters Li dem Tatbestand des § 358 chStGB „Organisation der Prostitution“ erfüllt und ob homosexuelle Dienstleitungen dem Sinn der „Prostitution“ des § 358 chStGB entsprechen. Nach der Definition des Wörterbuchs „Das moderne Chinesisch“ bedeutet das Wort „Prostitution“, dass sich „eine Frau prostituiert“, was wiederum bedeutet, dass die Frau unbestimmten Männern eine sexuelle Dienstleistung liefert. Nach der subjektiven Auslegungstheorie entspricht diese Definition der Intention des Gesetzgebers,⁸² weil der Gesetzgeber damals bei der Ausarbeitung

⁷⁹ Vgl. Fang Peng, Strafrechtswissenschaft, 2013, S. 11.

⁸⁰ Die strafrechtlichen Abteilung der Rechtsarbeitskommission des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (Hrsg.), Das chinesische Strafgesetzbuch: Gesetztexte, gesetzgeberische Begründungen und entsprechende Regelungen, 2009, S. 6.

⁸¹ *Die strafrechtliche Kammer des Obersten Volkgerichts* (Hrsg.), Bezugnahme des Strafprozesses, 2004, S. 137ff.

⁸² Durch die Auslegung des Gesetzgebers bedeutet die Organisation anderer Personen zur Prostitution vor allem die Einberufung und die Nötigung der Frauen zur Prostitution. Vgl. *Die strafrechtliche Kammer des Obersten Volkgerichts* (Fn. 81), S. 728.

des Paragraphen nicht vorhersehen konnte, dass es später einmal das Phänomen der „homosexuellen Dienstleistung“ geben würde. Nach der objektiven Auslegungstheorie kann man jedoch eine andere Schlussfolgerung ziehen. In der frühen Phase menschlicher Gesellschaft bedeutete die Prostitution üblicherweise, dass sich eine Frau prostituiert. Allerdings gibt es mit dem sozialen Wandel gegenwärtig das Phänomen, dass sich ein Mann prostituiert. Dieses Phänomen entspricht nicht dem früheren Verständnis der Prostitution, es bezieht sich jedoch wesentlich darauf, unbestimmten Personen sexuelle Dienstleistungen zu liefern. Schließlich verurteilte das Gericht im Stadtbezirk Qinhuai den Täter Li wegen Organisation der Prostitution zu einer Gefängnisstrafe von fünf Jahren und zu einer Geldstrafe von 60.000 Yuan.⁸³ Dabei ging das Gericht von der objektiven Auslegungstheorie zur Bedeutung des Wortes „Prostitution“ aus.

Ich bin der Meinung, dass die Richter das Strafgesetz einerseits nach der wahren Bedeutung des Wortlautes auslegen müssen. Bei der Annahme der subjektiven Auslegungstheorie oder der objektiven Auslegungstheorie sollen die Richter nicht außerhalb der Normen, die der Gesetzgeber erließ, beliebig auslegen können; andererseits muss unter der Voraussetzung der Gewährleistung der Freiheit der Bürger und der Rechtssicherheit die Auslegung des Gesetzes einen flexiblen und dynamischen Vorgang darstellen. Die grundlegende Methode der Rechtsdogmatik fordert bei der Auslegung des Gesetzes, dass die „Kluft“ zwischen den Normen und den Einzelfällen beseitigt werden muss. Deshalb müssen die Gesetzesausleger eine bestimmte Mobilität haben. Die Judikative entspricht nicht nur den Normen, sondern reflektiert auch die Realität, wodurch die individuelle Gerechtigkeit verwirklicht werden kann.

2. Die Auseinandersetzung zwischen der unsubstanziellen Auslegungstheorie (形式解释论) und der substanziellen Auslegungstheorie (实质解释论)

Im Vergleich zu der Auseinandersetzung zwischen der subjektiven und der objektiven Auslegungstheorie ist die Auseinandersetzung zwischen der unsubstanziellen und der substanziellen Auslegungstheorie in der chinesischen Strafrechtswissenschaft noch ausgeprägter. Diese Auseinandersetzung entwickelte sich als ein Aspekt der Auseinandersetzung der Schulen der chinesischen Strafrechtswissenschaft.⁸⁴ Sie gilt nicht nur als Auseinandersetzung der Methodenlehre der Auslegung des Strafgesetzes, sondern auch als Auseinandersetzung zwischen der Wertetheorie und der Funktionstheorie im ontologischen Gebiet des Strafrechts. Sie bildet sogar den Widerspruch zwischen der

⁸³ Vgl. Li Hong (Fn. 42), S. 25.

⁸⁴ Vgl. Chen Xingliang, Strafrechtswissenschaft in der Auseinandersetzung mit den Schulen, Chinese Journal of Law 2010/1, 148.

unsubstanziellen strafrechtlichen Anschauung und der substanziellen strafrechtlichen Anschauung.

a) Die unsubstanzielle Auslegungstheorie von Prof. Chen Xingliang

Die Vertreter der unsubstanziellen Auslegungstheorie sind der Ansicht, dass die strafrechtlichen Regelungen der Auslegung des Strafgesetzes enge Grenzen setzen müssen. Bevor man eine Straftat auf substanzieller Ebene beurteilt, muss man sie zuerst auf unsubstanzieller Ebene beurteilen. Stellt man den Rahmen der Strafbarkeit fest, braucht auf die Notwendigkeit der Strafbarkeit keine Rücksicht genommen zu werden. Das Gesetzlichkeitsprinzip fordert, dass, obwohl die Notwendigkeit der Strafbarkeit aufgeopfert wird, die Handlungsfreiheit der Bürger aufgrund der Vorhersehbarkeit sichergestellt werden muss. Die Vertreter der substanziellen Auslegungstheorie sind der Ansicht, dass sich die Auslegung der im Strafgesetz geregelten Tatbestände an der Substanz der Straftat orientieren müsse. Für Handlungen, die auf substanzieller Ebene strafbar sein könnten, für die sich jedoch keine entsprechenden strafrechtlichen Grundlagen auf unsubstanzieller Ebene bzw. keine entsprechenden Regelungen finden lassen, sind nach der substanziellen Auslegungstheorie - unter der Voraussetzung, nicht gegen Demokratie und Vorhersehbarkeit der Strafe zu verstoßen - erweiternde Auslegungen vorzunehmen. Wenn die Handlungen, die nicht bestraft werden sollen, dem Strafgesetz zugeordnet werden, kann man nach der substanziellen Auslegungstheorie die Strafbarkeit derjenigen Handlungen, die nur den Wortlaut der Tatbestände des Strafgesetzes entsprechen und auf substanzieller Ebene nicht bestraft werden sollen, ausschließen.⁸⁵ Im akademischen Kreis des chinesischen Strafrechts ist Prof. *Chen Xingliang* der Hauptvertreter der unsubstanziellen Auslegungstheorie und Prof. *Zhang Mingkai* der Hauptvertreter der substanziellen Auslegungstheorie.

Prof. *Chen Xingliang* machte zuerst bei der Begründung der unsubstanziellen Auslegungstheorie deutlich, dass diese doch nicht die substanziellen Maßstäbe und die substanzielle Gerechtigkeit ausschließt, sondern befürwortet, dass es zwischen unsubstanzieller und substanzieller Beurteilung einen strengen stufigen Zusammenhang gibt. Für den Fall, dass das Strafgesetz keine entsprechenden Regelungen enthält, soll man auf keinen Fall die Handlungen, die auf substanzieller Ebene strafbar sein sollen und keine entsprechenden Grundlagen ihrer Strafbarkeit auf unsubstanzieller Ebene haben, strafbar machen. Prof. *Chen* begründet das Festhalten an der unsubstanziellen Auslegung mit folgenden Aspekten:⁸⁶

⁸⁵ *Li Lizhong/Wu Xuebin* (Hrsg.), *Neuer Gedankengang des Strafrechts – Untersuchung zu akademischen Positionen von Professor Zhang Mingkai*, 2008, S. 67.

⁸⁶ Vgl. *Chen Xingliang*, *Wiederbefürwortung der unsubstanziellen Auslegungstheorie*, *China Legal Science* 2010/4, 27ff.

Zuerst strebt das Gesetzlichkeitsprinzip anhand der Wertebeurteilung nach einer unsubstanziellen Rationalität. Hält man daran fest, müssen die Handlungen, die auf substanzieller Ebene strafbar sein sollen, aber im Strafgesetz nicht ausdrücklich als Straftaten bestimmt sind, nicht bestraft werden. Dies stellt einen gravierenden Nachteil der Durchführung des Gesetzlichkeitsprinzips dar. Das „substanzielle Gesetzlichkeitsprinzip“, auf dem die substanzielle Auslegungstheorie beruht, welche eine Fehlvorstellung einiger chinesischer Strafrechtswissenschaftler zur substanziellen Gesetzlichkeit darstellt, die aus Italien stammt, ist nicht zu verwechseln mit dem richtigen Gesetzlichkeitsprinzip. Tatsächlich umfasst das Gesetzlichkeitsprinzip sowohl die unsubstanzielle als auch die substanzielle Seite. Aber die erste beschränkt sich auf die Judikative und die zweite beschränkt sich auf die Legislative. Diese stehen nicht im Widerspruch zueinander. Die „Substanz“, die die Anhänger der substanziellen Auslegungstheorie befürworten, ist nicht die substanzielle Seite des Gesetzlichkeitsprinzips, sondern die substanzielle Gerechtigkeit, die von der Notwendigkeit der Strafbarkeit abgeleitet wird. Deshalb entspricht sie keiner Sollvorstellung des Gesetzlichkeitsprinzips.⁸⁷

Auch setzt die Auslegung des Strafgesetzes in der Gerichtspraxis der Feststellung der Strafbarkeit bestimmte Grenzen. Sie ist nicht mit der wörtlichen Bedeutung identisch, sondern wird von den möglichen Sinngehalten des Wortlautes begrenzt. Dies liefert einen objektiv überprüfbaren Maßstab, um außerhalb und innerhalb des Gesetzes zu differenzieren.⁸⁸ Außerdem sind die Anhänger der unsubstanziellen Auslegungstheorie der Ansicht, dass bei der Suche nach den möglichen Sinngehalten der Auslegung der Wortbedeutung die höchste Priorität eingeräumt werden müsse und die anderen Methoden der Auslegung begrenzt werden müssten.⁸⁹ Bei den Anhängern der substanziellen Auslegungstheorie stelle der mögliche Sinngehalt keine Grenze der Auslegung dar. Die Notwendigkeit der Strafbarkeit bestimme die möglichen Sinngehalte. Je stärker die Notwendigkeit der Strafbarkeit ist, desto erweiterter seien die möglichen Sinngehalte.⁹⁰ In der Tat würde dieser Auslegungsansatz die Auslegung des Strafrechts nicht begrenzen. Deshalb ist die erweiterte Auslegung unter diesem Umstand für die Bürger nicht vorhersehbar. Darüber hinaus führe man nach der unsubstanziellen Auslegungstheorie im Rahmen der Strafbarkeit noch die substanzielle Auslegung aus; somit erfolge eine doppelte Begrenzung.⁹¹ Die entsprechende Schlussfolgerung der Auslegung wird die Begrenzung des Rahmens der Strafbarkeit. Nachdem man nach der

⁸⁷ Vgl. *Chen Xingliang* (Fn. 86), 29-35.

⁸⁸ Vgl. *Chen Xingliang* (Fn. 86), 35-42.

⁸⁹ *Chen Xingliang* (Fn. 86), 36.

⁹⁰ *Zhang Mingkai*, Wiederbefürwortung der substanziellen Auslegungstheorie, *China Legal Science* 2010/4, 49ff.

⁹¹ Vgl. *Chen Xingliang* (Fn. 86), 37.

substanziellen Auslegungstheorie die substanzielle Auslegung durchführte, kann keine unsubstanzielle Auslegung erfolgen. Die entsprechende Schlussfolgerung der Auslegung wird schließlich zur erweiterten Auslegung oder zur Analogie.⁹²

b) Die substanzielle Auslegungstheorie von Prof. Zhang Mingkai

Prof. *Zhang Mingkai* hält an der substanziellen Auslegungstheorie fest. Er ist der Ansicht, dass die substanzielle Auslegungstheorie drei Aspekte umfasst⁹³: Erstens müsse sich die Auslegung der Tatbestände an den durch die Regelung geschützten Rechtsgütern orientieren und sich nicht nur nach der wörtlichen Bedeutung richten. Mit anderen Worten müsse bei der Auslegung eines Tatbestandes zuerst das geschützte Rechtsgut bestimmt werden und dann müsse der konkrete Inhalt des Tatbestandes im Rahmen der möglichen Sinngehalte des Wortlauts bestimmt werden. Zweitens sei die Substanz der Straftaten die Rechtswidrigkeit und die Schuld.⁹⁴ Deshalb sei die Auslegung der Rechtswidrigkeit davon abhängig, ob diese Handlung aufgrund deren Schwere auf der Ebene der Rechtswidrigkeit bestraft werden müsse; die Auslegung der Schuld sei abhängig davon, ob die Handlung aufgrund deren Schwere auf der Ebene der Schuld bestraft werden müsse.⁹⁵ Mit anderen Worten müsse die Strafbarkeit der Handlungen, die nach wörtlicher Bedeutung den Tatbeständen entsprechen, aber auf substanzieller Ebene nicht strafbar sein sollen, ausgeschlossen werden.⁹⁶ Drittens müsse eine bestimmte Handlung, die dem Wortlaut des Tatbestands nicht entspricht, aber es notwendig und rational erscheine, sie zu bestrafen, im Einklang mit dem Gesetzlichkeitsprinzip des Strafgesetzes einer erweiterten Auslegung unterzogen werden. So soll zur Erfüllung der Rationalität der Strafe bei der Einhaltung des Gesetzlichkeitsprinzips eine zum Nachteil des Angeklagten wirkende erweiterte Auslegung bejaht werden.⁹⁷

Prof. *Zhang Mingkai* ist der Meinung, dass man wegen der folgenden Gründe an der substanziellen Auslegungstheorie festhalten solle:⁹⁸ Erstens müsse die substanzielle Auslegungstheorie anhand des Gesetzlichkeitsprinzips nicht nur die unsubstanzielle Seite, sondern auch die substanzielle Seite des Gesetzlichkeitsprinzips gewährleisten. Obwohl es einige Regelungslücken im Strafgesetz gebe und es unmöglich sei, diese durch die Auslegung zu beseitigen, müssten wir zur Verwirklichung der Gerechtigkeit des Strafgeset-

⁹² Vgl. *Chen Xingliang* (Fn. 86), 37.

⁹³ *Zhang Mingkai* (Fn. 90), 49ff.

⁹⁴ *Zhang Mingkai* (Fn. 90), 50.

⁹⁵ *Zhang Mingkai* (Fn. 90), 50.

⁹⁶ *Zhang Mingkai* (Fn. 90), 50.

⁹⁷ *Zhang Mingkai* (Fn. 90), 50.

⁹⁸ *Zhang Mingkai* (Fn. 90), 52ff.

zes unter der Voraussetzung, nicht gegen das Gesetzlichkeitsprinzip zu verstoßen, möglicherweise die Regelungslücke des Strafgesetzes reduzieren und vermeiden. Anders gesagt solle man im Rahmen der gesetzlichen Form diejenigen Handlungen, die strafbar sein sollen, rational als Straftaten auslegen.⁹⁹ Außerdem sei die Kritik an der substanziellen Auslegungstheorie unbegründet, da die Voraussetzung der Auslegung der gegen eine bestimmte Handlung gesetzte Tatbestand und nicht bloß die substanzielle Beurteilung des Sachverhalts sei.¹⁰⁰

Darüber hinaus könne man im Rahmen der Strafbarkeit weder nach der japanischen noch nach der chinesischen Strafrechtstheorie eindeutig herausfinden, ob die unsubstanzielle Auslegungstheorie tatsächlich besser als die substanzielle Auslegungstheorie dazu geeignet sei, den Rahmen der Strafbarkeit zu begrenzen.¹⁰¹ Die Rahmen, zu denen die Schlussfolgerungen beider Theorien führen, seien nicht absolut identisch, weshalb es Überschneidungen gebe.¹⁰² Bei der Bestimmung des Rahmens der Strafbarkeit solle man nicht die engste Variante annehmen, sondern nach der Angemessenheit streben, die nur durch die substanzielle Auslegungstheorie zu verwirklichen sei.¹⁰³

Zuletzt habe die unsubstanzielle Auslegungstheorie unbegründete Punkte:¹⁰⁴ Erstens vermittele die unsubstanzielle Theorie den Eindruck, dass man den Tatbestand einer unsubstanziellen Auslegung unterziehen müsse, um so aus dem Syllogismus eine Schlussfolgerung zu ziehen und eine vorläufige Schlussfolgerung im Vorfeld nicht gebildet werden könne.¹⁰⁵ In der Rechtswirklichkeit vertrauen die Richter allerdings häufig zuerst auf ihre Intuition, um ein Ergebnis zu finden. Danach bilden sie eine logische Begründung dieses Ergebnisses, was gerade eine Umkehr des Syllogismus darstellt.¹⁰⁶ Zweitens werde nach der unsubstanziellen Auslegungstheorie auf der Tatbestandsebene nur eine unsubstanzielle Auslegung durchgeführt, weshalb die Auslegung keine Auswirkung auf den Sachverhalt habe.¹⁰⁷ Aber die lebendige Gerechtigkeit des Strafgesetzes müsse im realen gesellschaftlichen Leben gefunden werden.¹⁰⁸ Die Gerechtigkeit der Schlussfolgerung jeder Auslegung beziehe sich nur auf eine bestimmte Zeit, einen bestimmten Raum und einen bestimmten Lebenssachverhalt.¹⁰⁹ Eine Änderung der Lebensrealität erfordere

⁹⁹ Zhang Mingkai (Fn. 90), 54.

¹⁰⁰ Zhang Mingkai (Fn. 90), 55ff.

¹⁰¹ Zhang Mingkai (Fn. 90), 57.

¹⁰² Zhang Mingkai (Fn. 90), 57.

¹⁰³ Zhang Mingkai (Fn. 90), 57.

¹⁰⁴ Zhang Mingkai (Fn. 90), 65ff.

¹⁰⁵ Zhang Mingkai (Fn. 90), 65.

¹⁰⁶ Zhang Mingkai (Fn. 90), 66.

¹⁰⁷ Zhang Mingkai (Fn. 90), 67.

¹⁰⁸ Zhang Mingkai (Fn. 90), 67.

¹⁰⁹ Zhang Mingkai (Fn. 90), 67.

stets eine neue Schlussfolgerung der Auslegung. Drittens seien die Anhänger der unsubstanziellen Auslegungstheorie der Ansicht, dass man im Zweifel eine den Angeklagten begünstigende Auslegung bejahen müsse.¹¹⁰ Wenn dies wirklich der Fall wäre, dann würde das Strafrecht seine Gültigkeit verlieren, denn jede Gesetzesvorschrift sei nicht frei von Zweifeln; auch würde eine Auseinandersetzung über mögliche Meinungsverschiedenheit sinnlos und die Festlegung der Sanktionen chaotisch sein, wenn immer nur die den Angeklagten begünstigende Auslegung anzunehmen wäre.¹¹¹

c) Einfluss auf die Strafrechtstheorie und die Praxis

Die Auseinandersetzung zwischen der unsubstanziellen und der substanziellen Auslegungstheorie nimmt auch Einfluss auf die wissenschaftliche Auslegung einiger Regelungen des Strafgesetzes. Zum Beispiel ist in § 263 chStGB geregelt, dass wer mit Gewalt, Nötigung oder anderen Methoden in öffentlichem oder privatem Eigentum stehende Vermögenswerte und Sachen raubt, mit Freiheitsstrafe von drei Jahren bis zu zehn Jahren bestraft und zugleich mit einer Geldstrafe belegt wird. Falls sich der Täter bei einem Raub fälschlich als Angehöriger des Militärs oder der Polizei ausgibt, ergeht eine Freiheitsstrafe von mindestens zehn Jahren, lebenslanger Freiheitsstrafe oder Todesstrafe, zugleich wird eine Geldstrafe oder Einziehung des Vermögens verhängt. In der Praxis ist jedoch fraglich, ob diese Sonderregelung anwendbar ist, wenn ein richtiger Angehöriger des Militärs oder der Polizei einen Raub begeht. Es ist auch fraglich, ob man den Raub von einem richtigen Angehörigen des Militärs oder der Polizei als den Raub von einem fälschlichen Angehörigen des Militärs oder der Polizei auslegen kann. Zu dieser Frage sind die Anhänger der unsubstanziellen Auslegungstheorie der Ansicht, dass diese Sonderregelung ausdrücklich nur für die Person anwendbar sei, die sich bei einem Raub fälschlich für einen Angehörigen des Militärs oder der Polizei ausgibt. Sie sei natürlich nicht anwendbar, wenn ein richtiger Angehöriger des Militärs oder der Polizei einen Raub begeht.¹¹² Aber dieser Umstand könne nicht als gesetzlich geregelter schwerwiegender Tatumstand, sondern müsse als nicht gesetzlich geregelter, schwerwiegender Tatumstand gelten.¹¹³ Die Anhänger der substanziellen Auslegungstheorie seien aufgrund der Tatsache, dass man schwerer bestraft wird, wenn man als fälschlicher Angehöriger des Militärs oder der Polizei einen Raub begeht, der Meinung, dass es auch schwerer bestraft werden müsse, wenn man als richtiger Angehöriger des Militärs oder der Polizei einen Raub begeht.¹¹⁴ Die soziale Schäd-

¹¹⁰ Zhang Mingkai (Fn. 90), 68.

¹¹¹ Zhang Mingkai (Fn. 90), 67.

¹¹² Chen Xingliang (Fn. 86), 38 m.w.N.

¹¹³ Chen Xingliang (Fn. 86), 38.

¹¹⁴ Zhang Mingkai (Fn. 26), S. 864.

lichkeit sei bei einem richtigen Angehörigen noch größer als bei einem fälschlichen Angehörigen, weshalb diese Sonderregelung auch anwendbar sei.¹¹⁵ Ich bin allerdings der Meinung, dass sich die Auffassung der Anhänger der substanziellen Auslegungstheorie lediglich auf die Notwendigkeit der Strafbarkeit stützt und deshalb gegen das Gesetzlichkeitsprinzip verstößt.

Die Auseinandersetzung zwischen der unsubstanziellen und der substanziellen Auslegungstheorie nimmt auch tiefgehenden Einfluss auf die Gerichtspraxis. Hierfür nehme ich einen Sachbeschädigungsfall als Beispiel. Der Sachverhalt lautet folgendermaßen: Der Angeklagte Zhu verwendete die Benutzerkonten und Passwörter der Opfer Lu und Zhao, die er sich bereits vorher schon verschafft hatte, um im Börsenhandel tätig zu werden. Der Angeklagte verursachte den Opfern einen Vermögensschaden in Höhe von 197.000 Yuan, indem er Waren zu einem hohen Preis einkaufte und zu einem niedrigen Preis wieder verkaufte.¹¹⁶ Bei der Frage, ob diese Handlung des Angeklagten den Tatbestand des § 275 chStGB erfüllt, kommen die Anhänger der unsubstanziellen und der substanziellen Auslegungstheorie zu unterschiedlichen Ergebnissen. Prof. *Zhang Mingkai* ist der Meinung, dass der Ausdruck zur „Beschädigung“ nicht bloß aufgrund des Umgangssprachgebrauchs zu verstehen sei, sondern auf das im Tatbestand „Sachbeschädigung“ geschützte Rechtsgut Rücksicht zu nehmen sei. Ob die Handlung des Angeklagten als Schädigung bewertet werden könne, müsse man im Zusammenhang des Sachverhalts und der Norm beurteilen.¹¹⁷ Zudem müsse man Rücksicht auf die Natur der Sache nehmen. Weil der Zweck des Tatbestandes der Sachbeschädigung sei, das Vermögen einer Person vor Verlust zu schützen (Schutz des Vermögenswertes einer Person), müsse man die Handlung des Angeklagten, die große Vermögensschäden bei den Opfern (Verlust des Sollwertes) verursachte und somit das Vermögen (Börsenwerte) einer Person zu reduzieren oder ganz zu entziehen, als Sachbeschädigung auslegen.¹¹⁸ Dadurch, dass sich das zuständige Gericht der Position der substanziellen Auslegungstheorie anschloss, wurde der Angeklagte vom Gericht wegen einer Sachbeschädigung verurteilt.

Prof. *Chen Xingliang* ist der Meinung, dass „Beschädigung“ eine Handlung sei.¹¹⁹ Unter dem Umstand der Beschädigung der Brauchbarkeit des Vermögenswerts müsse man noch prüfen, ob die beschädigende Handlung des Täters kausal für eine solche Beschädigung ist, damit die Bedeutung der

¹¹⁵ Siehe näher: *Zhang Mingkai*, Auslegungstheorie des besonderen Teils des chinesischen Strafgesetzbuchs, Band I, 2. Aufl., S. 67ff.

¹¹⁶ Gazette of the Supreme People's Court of PR China 2004/4, 27ff.

¹¹⁷ *Zhang Mingkai*, Gesetzlichkeitsprinzip und strafrechtliche Auslegung, 2009, S. 210ff.

¹¹⁸ *Zhang Mingkai* (Fn. 117), S. 210ff.

¹¹⁹ *Chen Xingliang* (Fn. 86), 41.

„Beschädigung“ nicht zu breit verstanden werde.¹²⁰ Ob die Handlung des Angeklagten, beim Börsenhandel zu höherem Preis einzukaufen und zu niedrigerem Preis zu verkaufen, dem Tatbestand der Sachbeschädigung entspricht, hänge davon ab, wie man den Begriff „Beschädigung“ interpretiert. Wenn man die Handlung des Angeklagten als „Beschädigung“ einstufe, würde das im Strafgesetz vorgesehene Wort „Beschädigung“ seine Begrenzungsfunktion verlieren und der Tatbestand der Sachbeschädigung könnte zum Tatbestand des verursachten Vermögensschadens an fremden Personen umgewandelt werden.¹²¹ Obwohl man jede Möglichkeit suche, bei dem Wort „Beschädigung“ eine erweiterte Auslegung durchzuführen, könne die Handlung des Angeklagten nur sehr schwierig dem Tatbestand der Sachbeschädigung zugeordnet werden.¹²² Dem stünden der alltägliche Sprachgebrauch und die Vorsehbarkeit des Gesetzes entgegen. Wenn man immer die Natur der Sache betone und den Erfolg der Rechtsgutsverletzung bejahe, bestünde die Gefahr, die Strafbarkeit nur durch den Erfolg zu bejahen.¹²³

d) Stellungnahme

Der Meinungsstreit um das Gesetzlichkeitsprinzip und die soziale Schädlichkeit wird durch den Gegensatz zwischen der unsubstanziellen und der substanziellen Auslegungstheorie projiziert.¹²⁴ Das Strafrecht hat eine doppelte Funktion: Es soll einerseits die Menschenrechte gewährleisten und andererseits der Gesellschaft Schutz bieten. Die Gewährleistung der Menschenrechte spiegelt sich dabei in dem Gesetzlichkeitsprinzip, der Schutz der Gesellschaft in dem Rechtsgüterschutzprinzip wider. Wenn diese beiden Funktionen in Konflikt geraten, hat die Gewährleistung der Menschenrechte des Strafrechts Vorrang. Dies ist die Sollvorstellung des modernen Rechtsstaates.¹²⁵ Die Anhänger der substanziellen Auslegungstheorie behandeln den Zusammenhang beider Funktionen undeutlich und streben dadurch nach einer utilitaristischen Anschauung des Strafrechts; Dies könne zu einer parteiischen Schlussfolgerung führen.¹²⁶ Ich bin der Ansicht, dass das Gesetzlichkeitsprinzip das wichtigste Prinzip des Strafrechts ist. Es spielt im Rechtsstaat eine wesentliche Rolle, weshalb man nicht dagegen verstoßen darf. Die Strafrechtsanwendung muss durch die Sollvorstellung der Regelungen des Strafgesetzes begrenzt werden und darf nicht darüber hinausgehen, um nach der Notwendig-

¹²⁰ Chen Xingliang (Fn. 86), 41.

¹²¹ Chen Xingliang (Fn. 86), 41.

¹²² Chen Xingliang (Fn. 86), 41.

¹²³ Chen Xingliang (Fn. 86), 41.

¹²⁴ Chen Xingliang (Fn. 86), 42f.

¹²⁵ Vgl. Chen Xingliang, Unsubstanzielle Auslegungstheorie und Substanziellen Auslegungstheorie: Realität und Ideal, Law and Social Development 2011/2, 7.

¹²⁶ Vgl. Chen Xingliang (Fn. 125), 7-9.

keit der Strafbarkeit eine substanzielle Auslegung durchzuführen. Sonst würde dies zu der Verletzung der Freiheit und der Menschenrechte der Bürger führen. Nachdem man nach dem Gesetzlichkeitsprinzip die Grenzen der Feststellung der Strafbarkeit klar setzt, kann man nach der Rechtsgutverletzung, der Notwendigkeit der Strafbarkeit u.a. eine substanzielle Beurteilung vornehmen. Wenn man an der rechtsstaatlichen Realität Chinas anknüpft, sollte an der unsubstanziellen Auslegungstheorie festgehalten werden, um die Beurteilungsfreiheit der Richter zu beschränken.

V. Schluss

Die Methodenlehre des Strafrechts wurde in China eigentlich nicht klar definiert. Sie umfasst strafrechtliche Methodenlehre und strafrechtswissenschaftliche Methodenlehre. Die Entwicklung der strafrechtlichen Methodenlehre in China ist sehr eng mit dem Wandel der akademischen Geschichte verbunden. Sie neigt dazu, das System der Verbrechenslehre zu entsowjetisieren und die Auslegung der Normen zu dogmatisieren. Innerhalb des Systems der Verbrechenslehre konkurriert das sowjetische Modell mit seinen vier Strafbarkeitsvoraussetzungen mit dem deutsch-japanischen Modell des dreistufigen Verbrechensaufbaus. Hinsichtlich der Methode der Auslegung bestehen Streitigkeiten sowohl zwischen der subjektiven und der objektiven Auslegungstheorie als auch zwischen der unsubstanziellen und der substanziellen Auslegungstheorie. Weil die chinesische Strafrechtswissenschaft gerade im Wandel begriffen ist, wird es derartige Auseinandersetzungen noch lange Zeit geben. Sie nehmen ständigen Einfluss auf die chinesische Strafrechtstheorie und die Gerichtspraxis.

Teil III
Methodendiskussion in der Praxis in China

Urteilsfindungsmethoden chinesischer Gerichte – zur Ausrichtung und Wirkung der Methode der Fallentscheidung

*Zheng Liu**

I. Einleitung

Der Beruf des Richters erfordert ein hohes Verantwortungsbewusstsein. Zwangsläufig muss man sich in hohem Grade auf Methoden konzentrieren und deren Wichtigkeit betonen. Was bedeutet der Begriff Beruf? Der US-amerikanische Wissenschaftler *Richard Posner* hat gesagt, „Der Beruf ist eine solche Art von Arbeit, dass die Menschen meinen, er erfordere nicht nur einen Kniff, Erfahrung und „gewöhnliche Intelligenz“, sondern es bedürfe zudem eines spezialisierten, aber relativen (manchmal wiederum auch hohen) abstrakten wissenschaftlichen Wissens oder einer bestimmten Wissensstruktur auf diesem Gebiet und einer Kenntnis des Systems.“¹

Die Rechtsanwendungsmethode nimmt unter den richterlichen Berufsfertigkeiten einen zentralen Platz ein. Nur wenn es eine bestimmte juristische Anwendungsmethode gibt, wird der juristische Anwendungsvorgang des Richters anschaulich sein. Dass er einen nachvollziehbaren Gedankengang beim Gerichtsurteil zeigt, ist aber aus moralischer Sicht das Mindeste, was von einem Richter zu verlangen ist. Wenn es keine grundlegenden Berufsfertigkeiten gäbe, wären alle Werte und Ziele der Rechtsprechung leere Phrasen, oder anders gesagt, nur eine Illusion.

1. Methode in der Justizpraxis

In China sollte man deswegen den Wert der juristischen Methode beachten. Vorrangig in der traditionellen Rechtskultur Chinas wurden jedoch die mate-

* Übersetzt durch *Berrit Roth-Mingram*. Bei der Übersetzung wurde versucht, den ursprünglichen Stil des Verfassers möglichst beizubehalten. Änderungen im Satzbau oder bei der Ausdrucksweise wurden nur dann vorgenommen, wenn sie als notwendig für ein besseres Verständnis des deutschsprachigen Lesers erachtet wurden.

¹ *Posner*, *Overcoming Law* (1995), Übersetzung von *Su Li*, Verlag der Chinese University of Political Science and Law, 2001.

rielle Gerechtigkeit sowie die materielle Rationalität verhältnismäßig stark hervorgehoben, sodass die Beachtung einer formellen Rationalität vergleichsweise unzulänglich war. Zum Beispiel musste eine Partei sich nicht darum kümmern, welchen Inhalt der eigene Klagestreit hatte, ob die eigenen Beweise verlässlich waren oder nicht, welche gesetzlichen Bestimmungen der Richter anwendete, solange der Richter das seinen Vorstellungen entsprechende „Recht“ zusprach, unabhängig davon, ob dieses „Recht“ wahrhaftig „Recht“ darstellte.

Als nächstes fehlt es der juristischen Ausbildung in China relativ gesehen an einer Methodenschulung für formelle Rationalität. Weil es in chinesischen Rechtsfakultäten seit jeher kein Curriculum oder Training für die juristische Methode gibt, stellen im Gerichtssaal Richter und Anwälte, die nicht wissen, was der „Anspruch“ für ein Begriff ist, eine feste Größe dar.

Drittens ist die Forschung zu einer detaillierten Rechtsanwendungsmethode in der chinesischen Jurisprudenz relativ schwach ausgeprägt. Die gegenwärtige Forschung führt, bezogen auf theoretische Fragen, überwiegend in die Werke ausländischer Rechtswissenschaftler ein. Beispielsweise hat das Werk „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ des deutschen Rechtswissenschaftlers *Karl Larenz* in China einen großen Einfluss. Im Grunde genommen haben die Ergebnisse dieser theoretischen Forschung es nicht geschafft, vom Blickwinkel der Praktikabilität und Anwendbarkeit aus zu forschen. Dadurch hat die sogenannte juristische Methode es immer noch schwer, die Rechtsprechungshandlungen von Richtern zu beeinflussen. In der chinesischen Rechtsprechungspraxis ist die Methode, die Rechtsverhältnisse zu analysieren, die grundlegende Methode der Fallurteilsanalyse. Dies bedeutet, mittels der Ordnung verschiedener rechtlicher Beziehungen, mittels der Bestimmung ihrer Grundelemente und ändernden Umständen, hierdurch umfassend die Natur des Falles und die Rechts- und Pflichtenbeziehungen der Parteien zu erfassen, des Weiteren auf dieser Grundlage mittels der Anwendung justizieller Syllogismen, das Recht präzise anzuwenden, sowie ein richtiges Urteil zu fällen. Das Ergreifen eines justiziellen Syllogismusmodells bedeutet zunächst, „das Recht zu suchen“, d.h. die anzuwendenden Rechtsnormen zu suchen. Eine weitere Voraussetzung ist, die Tatsachen des Falles festzulegen. Schließlich sind auf der Basis des Rechts und mit den Tatsachen als Richtschnur die abstrakten Normen auf den konkreten Fall anzuwenden, um hierdurch eine Auflösung, nämlich einen Urteilsvorschlag, zu erhalten. Aber in der Rechtsprechungspraxis ist die Argumentation des Richterspruchs häufig nicht stringent genug. Dies zeigt sich insbesondere daran, wenn für die Verknüpfung der primären und weiteren Voraussetzung eine Begründung fehlt, oder wenn nicht gemäß des Rechts geurteilt wird, oder das förmliche Rechtsgebilde kein Recht ist. Der Grund hierfür ist, dass der Richterschar bislang noch eine für das Kollektiv der Rechtsberufe geltende einheitliche Methode und die Gewohnheit eines Berufsdenkens fehlt.

Viertens, der beruflichen Ausbildung für die Arbeitswelt von Chinas Justiz fehlt es immer noch an einer rechtsmethodischen Ausbildungsvorlage, die nicht nur dem chinesischen Rechtsmodell entspricht, sondern auch dem Richterdenken nahe ist. In China begann eine verhältnismäßig normgeprägte Richterausbildung im Jahr 1985, als der Oberste Volksgerichtshof die Nationale Rechtsvolkshochschule für Gerichtskader (Nationale Rechtsvolkshochschule) gründete. Im November 1996 wurde nach Genehmigungserteilung die Nationale Richterakademie gegründet, die parallel zur Nationalen Rechtsvolkshochschule die richterliche Ausbildungsarbeit vorantreibt. Die Lehrkräfte dieser Zeit sind fast ausnahmslos gebildete, hochschulgraduierte Richter aus dem Gerichtssystem. Bis 2011 erfüllte die Nationale Rechtsvolkshochschule ihre historische Mission, dann wurde sie in die Nationale Richterakademie eingegliedert. Art. 9 der Bestimmungen des vom OVG verkündeten Richterausbildungsstatuts bestimmt: „Der Oberste Volksgerichtshof errichtet die Nationale Richterschule und ihre Abteilungen. Obere Volksgerichte richten die Institutionen der richterlichen Ausbildung ein wie etwa Richterschulen auf Provinzebene und richterliche Fortbildungsschulen. Gemäß des Bedarfs und der Voraussetzungen können, nach Genehmigung durch Obere Volksgerichte, örtliche (städtische) richterliche Ausbildungsinstitutionen eingerichtet werden.“ Auf diese Weise folgt die prinzipielle Praxis der Einrichtung von chinesischen Richterausbildungsinstitutionen dem Grundsatz „zwei Ebenen als Hauptmerkmal, drei Ebenen als Unterstützung“, nämlich grundsätzlich die zwei Ebenen der Nationalen Richterakademie und der provinziellen Richterausbildungsinstitutionen, und sofern notwendig die Möglichkeit, Richterausbildungsinstitutionen auf örtlicher (städtischer) Ebene einzurichten.

Derzeit lässt sich die richterliche Ausbildung hauptsächlich unterteilen in die Ausbildung zur Befähigung (Dienstbefähigungsausbildung, Beförderungsbefähigungsausbildung, Amtsfortsetzungsausbildung, Richtervorbereitungsausbildung), die Schulung hinsichtlich neuer gesetzlicher Vorschriften sowie Sonderausbildung (Schulung hinsichtlich neuer gesetzlicher Vorschriften, Lehrausbildung, Spezialthemenausbildung) sowie eine Ausbildung im Ausland. Die Herkunft der oben angesprochenen Lehrkräfte ist vergleichsweise vielfältig. Die Lehrkräfte sind nicht nur Richter aus dem Gerichtssystem selbst, sondern auch berühmte Wissenschaftler hochrangiger Universitäten, überdies gibt es Experten bezüglich bestimmter Fachgebiete. In den letzten Jahren ist die Nationale Richterakademie mit nicht wenigen ausländischen Richterschulen und Forschungsinstituten eine Zusammenarbeit zur Richterausbildung eingegangen. Beispielsweise hat sie über zwanzig Kurse zur juristischen Anwendungsmethode mit der deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit durchgeführt. Hauptsächlich wurden chinesische Fälle herausgegriffen, unter Anwendung der deutschen Fallanalysemethoden (Anspruchsgrundlagenanalyse, Analyse der Rechtsverhältnisse) wurden die Fälle analysiert und gelöst. So ausgebildete Richter sagen, dass diese Analyseme-

thoden für die Sachverhaltsanalyse und die Rechtsanwendung durch chinesische Richter einen sehr großen Anlehnungsnutzen habe. Objektiv gesagt, in der Justizpraxis machen die Methode der Analyse der Rechtsgrundlage und die Methode der Analyse der rechtlichen Beziehungen relativ umfassenden Gebrauch von Fallanalysemethoden.

Ungeachtet dessen, dass man in der chinesischen Rechtsprechungspraxis der Methode der Analyse der Anspruchsgrundlage immer noch sichtbar fremd gegenübersteht, werden ihre Vorteile jedoch auch durch die Einführung dieser Methode durch die Wissenschaft nach und nach von vielen Richtern erkannt.

2. Urteilsstil und -ansatz

In China verstärkt sich die personalisierte Färbung eines Urteilsdokuments mit dem Gericht, welches den Fall erforscht, und mit der Erhöhung der Instanz, die den Rechtsfall untersucht. Die Gründe hierfür sind vielseitig. Zunächst gilt im Allgemeinen, je höher der Rang des Gerichts ist, desto komplizierter und desto größer ist der gesellschaftliche Einfluss des Falles, für den es zuständig ist, desto größer ist auch der Anspruch an eine zusammenfassende Analyse des Sachverhalts und an eine umfassende Abwägung der gesellschaftlichen Interessen. Ferner gilt, je höher der Rang des Gerichts ist, desto größer ist der Nutzen für die Verwirklichung der Berufung, die Durchführung der Urteilstkontrolle sowie eine justizielle Vereinheitlichung, und desto höher ist der in der Ermessensfreiheit immanente Anspruch an die Richter. Drittens gilt in Ländern des Kontinentalrechts, dass das System, Richter zu wählen und in ein höheres Amt zu befördern, gemäß der Fachkompetenz und des Gerichtsranges erfolgt. Im Wesentlichen wird gewährleistet, dass das Niveau der Richter ranghöherer Gerichte im Vergleich zu Richtern rangniedrigerer Gerichte auch tatsächlich höher ist. Und je besser die Fachkompetenz ist, desto eher hat der Richter die Möglichkeit und Fähigkeit, im Urteilsdokument sein eigenes Rechtswissen zu demonstrieren und in seinen Worten seine diesbezügliche Geistesgabe zu zeigen.

In den letzten Jahren wurden die US-amerikanischen Methoden der interdisziplinären Rechtsanalyse sowie ähnliche Theorien in die chinesische Rechtstheorie eingeführt. In wenigen Gesetzgebungsbeispielen und in typischen Präzedenzfällen taucht sie ebenfalls auf. Aber in der Gerichtsurteilspraxis erreicht sie noch lange keinen bewussten Zustand im Rechtsdenken oder in der Urteilsfindung. Die meisten Richter wissen noch zu wenig über die Theorie und die Faktoren der Methoden der interdisziplinären Fallanalyse. In der chinesischen Gerichtsurteilspraxis, bei der Begegnung mit immer komplizierteren und vielseitigeren schwierigen Rechtsfällen, entsteht häufig das Bedürfnis, praktische Schwierigkeiten und gesellschaftlichen Druck zu lösen, und rechtsökonomische Methoden, wie etwa den Interessenausgleich,

die Nutzenverteilung usw., sowie rechtssoziologische Methoden, beispielsweise die faktische Effizienz und die gesellschaftlichen Effekte des Rechts, Urteil und öffentliche Meinung, Rechtskultur usw., anzuwenden. Aber gemäß der Ansicht des Verfassers wurden die theoretischen Ursprünge dieser Methoden nicht durch ausländische Schriften inspiriert. Vielmehr ergeben sie sich aus effektiven Antworten auf die pluralistischen Bedürfnisse der Gesellschaft.

3. Einführung der Fallanleitungsmethode

Darüber hinaus ist eine weitere Fallanalysemethode, nämlich die Fallanleitungsmethode, in China bereits in Gebrauch. Das OVG verfasste die Verordnung über die Arbeit mit Leitentscheidungen (im Folgenden abgekürzt als die Verordnung), die, nachdem sie auf der 1501. Sitzung des Gerichtsausschusses dieses Gerichts besprochen worden war, am 26. November 2010 formell veröffentlicht wurde. Wenn der Richter davon überzeugt ist, dass zwischen dem schwebenden Rechtsverfahren und einem Leitentscheidungsfall eine Vergleichbarkeit besteht, dann kann er anhand des Leitentscheidungsfalls ein Urteil formulieren. Auf diese Weise, durch die Bezugnahme auf den Leitfall, können die Argumentationspunkte reduziert werden. Ebenfalls kann überprüft werden, ob das vom Richter gefällte Urteil eine gerechte Maßnahme darstellt oder nicht.

II. Was ist das System der Leitentscheidungen?

1. Der Name „System der Leitentscheidungen“

Der Name „System der Leitentscheidungen“ geht auf den vom OVG veröffentlichten „Abriss über die zweite fünfjährige Reform der Volksgerichte“ zurück. In der Tat existiert von der formellen Bedeutung her kein „System der Leitentscheidungen“ in den beiden großen Rechtssystemen. Es stellt ein Produkt besonderer historischer Epochen der chinesischen Rechtsprechungspraxis dar. Aufgrund dessen, dass die Bedeutung von „Fallrecht“ von unterschiedlichen Blickwinkeln aus verstanden werden kann, kann dies in der Rechtsprechungspraxis schnell Missverständnisse hervorrufen. Obendrein bestimmt die chinesische Verfassung, dass das System des Volkskongresses Chinas grundlegendes politisches System ist. Ähnlich wie das anglo-amerikanische Fallrecht nicht mit dem chinesischen grundlegenden Verwaltungssystem übereinstimmt, kann die Benutzung von Präzedenzfällen und „Fallrecht“ [als *Case Law*] leicht voneinander abweichende Bedeutungen haben, sodass gegenwärtig das „System der Leitentscheidungen“ besser Chinas tatsächlichen nationalen Gegebenheiten entspricht, und es auch einfacher als System von allen Seiten akzeptiert wird. Die durch verschiedene

Gründe herbeigeführten Bedenken gegen Präzedenzfälle können somit abgewendet werden. Dabei drückt es den „Anleitungs-“nutzen des vorherigen Urteils aus. Gleichzeitig benutzt es einen bekannten Begriff, nämlich den der Präzedenzfälle. Überdies geben diese Worte der Entwicklung dieses Systems einen vergleichsweise weiten Raum und verfügen über eine bestimmte Flexibilität. Dies ist insbesondere in der Anfangsphase dieses Systems notwendig.² Dieser Name („System der Leitentscheidungen“) verdeutlicht auch, dass das System der Leitentscheidungen tatsächlich eine umsichtige Systemwahl darstellt. Er drückt aus, dass wir eine Art Leitsystem von „Fällen“ ausführen möchten, aber kein die „Rechtsprechung“ begrenzendes System. Er besagt, dass das System der Leitentscheidungen und das Fallrecht essentiell unterschiedlich sind. Zugleich verdeutlicht er, dass die Leitentscheidungsfälle sich von den meisten gewöhnlichen Fällen unterscheiden, ihr Unterschied liegt gerade im Anleitungswert. Der Gehalt der Anleitung ist sehr vielfältig, er hat einen vielseitigen Inhalt wie etwa das Heranziehen, das Bezugnehmen, das Vorzeigen, das Lenken, die Inspiration, das Normieren und die Überwachung. Es ist vonnöten, dass wir dies alles verstehen und erfassen.

2. Leitentscheidungen als Rechtsquelle?

In Chinas langer Gerichtsurteilspraxis haben das OVG und die oberen und mittleren Volksgerichte regelmäßig und unregelmäßig viele typische Fälle zusammengefasst und veröffentlicht, um die Rechtsprechung anzuleiten. Unabhängig davon, welchen Rang das Erkenntnisgericht hat, für den Fall, dass das OVG oder ein oberes Volksgericht die Festlegung als Leitentscheidung bestätigt, hat dieser Leitfall für die rangniedrigeren Volksgerichte bei der Verhandlung eines entsprechenden Sachverhalts einen Leitnutzen, des Weiteren erzeugt er in der Wirklichkeit eine bestimmte Bindungskraft. In der Rechtswissenschaft stellt der Begriff „System der Leitentscheidungen“ ein Wortgebilde zur Beschreibung des grundlegenden Charakters, des wesentlichen Inhalts und der Werteausrichtung des Systems der Präzedenzfälle mit chinesischen Besonderheiten dar. Zugleich beeinflusst dieser Begriff Handhabungsprobleme wie etwa den Auswahlstandard, das Entstehungsverfahren, die Gestaltungsvoraussetzungen, die Veröffentlichungsart, die Leitregeln und die Nutzungsweise früherer Urteile. Diese Handhabungsprobleme sind praktische Probleme, die einerseits der Rechtsprechung entspringen, andererseits der Rechtsprechung dienen.³

Die hier besprochenen „Leitentscheidungen“ entfalten, verglichen mit der Rechtsprechung der beiden westlichen Rechtssysteme, weder eine faktische

² Jiang Huiling, Einige konkrete Fragen zur Etablierung des Systems der Leitentscheidungen, *Journal of Law Application* 2004/5, 8.

³ Liu Fengjing, Die Unterschiede in der Bezeichnung „Leitentscheidung“, *Global Law Review* 2009/4, 35.

Bindungswirkung wie die Rechtsprechung des kontinentalen Rechts, noch haben sie wie das anglo-amerikanische Fallrecht einen Rechtsquellenstatus oder entfalten gegenüber den Urteilen von Gerichten eine prinzipielle Verbindlichkeit. Sie bieten lediglich rangniedrigeren Volksgerichten bei der Verhandlung eines Rechtsfalls eine Referenz. Außerdem bedarf es für ihre Entstehung noch der Veröffentlichung und der Anerkennung des vorgesehenen Gerichts, und ähnelt nicht der Rechtsprechung westlicher Staaten, wo die Bindungswirkung sofort nach Urteilsverkündung von selbst entsteht. Vom Gesetz oder von der Theorie aus gesehen sind die Leitentscheidungen keine der rechtlichen Quellen; von der Rechtspraxis aus gesehen existiert auch keine Vorgehensweise, „vorangegangene Urteile zu befolgen“; von der Rechtsgültigkeit aus gesehen wirken sie überzeugend und stellen nur eine Referenz dar, sie verfügen über keine eindeutige Verbindlichkeit.

Bei Gerichtsurteilen hängt die Beurteilung des Rechtsfalls noch hauptsächlich vom statuierten Recht ab. Leitentscheidungen wirken unterstützend. Bezüglich der Frage, ob man den Präzedenzfall berücksichtigt und zum Beispiel nimmt, besteht ein großes Wahlrecht. Selbst wenn man nicht auf den Präzedenzfall Bezug nimmt, ist dies nicht rechtswidrig, es bedarf auch keiner speziellen Erklärung, noch weniger bedarf es irgendeiner Verantwortungsübernahme. Aber die Etablierung des Systems der Leitentscheidungen wird in Zukunft bewirken, dass der Charakter der Leitentscheidungen sich bestimmt verändern wird: die ursprüngliche Vorzeigebedeutung und der Referenzwert werden sich zu einer Anleitungsbedeutung wandeln und der Rechtsfall wird hierdurch eine tatsächliche Bindungswirkung entfalten. Sie wird den Richter anweisen, wenn die rechtliche Regelung nicht deutlich genug ist. Es gehört sich, dass die „Anleitung“ des Rechtsfalles angenommen werden muss, damit bei dem gegenwärtig zu verhandelnden Rechtsfall eine sachgerechtere Rechtsanwendung vorgenommen wird. Dies heißt nicht, dass wir in China ein besonderes Rechtssprechungssystem etablieren, auch heißt es erst recht nicht, dass wir das Rechtssystem der westlichen Staaten nachahmen. Es ist ein im Rahmen des bisherigen Systems und auf der Grundlage des derzeitigen justiziellen Systems durchgeführter, Chinas Besonderheiten verkörpernder sowie ein an den großen Trend der ineinander verschmelzenden Entwicklung der beiden Rechtssysteme der Welt angepasster neuer Mechanismus auf Seiten der Rechtsanwendung durch die chinesischen Justizorgane. Unter der Voraussetzung, dass es nicht das statuierte Recht als Chinas hauptsächliche Rechtsquelle beeinflusst, folgt es nicht nur einigen Fallrechtsfaktoren aus Chinas traditioneller Rechtskultur, sondern nimmt auch einige vorteilhafte Erfahrungen des Rechtssprechungssystems westlicher Staaten, insbesondere von Ländern des kontinentalen Rechtssystems, in sich auf und nimmt sich diese als Beispiel.

3. Inhalt der Leitentscheidungen

Sogenannte Leitentscheidungen kennzeichnen solche Fälle, die in einem betreffenden Verfahren überprüft wurden, von betreffenden Organisationen bestätigt wurden und bezüglich der künftigen Fallbehandlung eine bestimmte Anleitungsbedeutung erzeugen können. Nach einer öffentlichen Verkündung durch offizielle Kanäle haben sie für andere Richter, die vergleichbare Rechtsfälle behandeln, einen bestimmten Anleitungsnutzen. Einige Wissenschaftler sind der Ansicht, dass das Leitentscheidungssystem Folgendes enthalte: Erstens Bindungswirkung. Sie kann gegenüber den Parteien und Richtern in vergleichbaren Rechtsfällen eine Normfunktion haben. Deshalb verkörpert sie die Vereinheitlichung des Rechtssystems. Zweitens Selbstvervollständigung. Denn durch die Festlegung von Leitentscheidungen wird die Fähigkeit, das Recht zu berichtigen und zu vervollkommen, erreicht. Deshalb kann gleichzeitig zum Erhalten der Einheit und Stabilität des Rechts eine Bereicherung und Entwicklung der Inhalte des Rechts erlangt werden. Drittens Hilfscharakter. In Bezug auf die Systemstellung gesprochen, sollte nämlich das System der Leitentscheidungen eine Hilfestellung zum geschriebenen Recht einnehmen und einen Ergänzungsnutzen gewähren.⁴ Der Verfasser meint, diese Darstellung entspricht verhältnismäßig Chinas Justizsystem und der jetzigen Rechtsprechungssituation und wahrt grundsätzlich die Übereinstimmung mit der noch im späteren Text zu erläuternden charakterlichen Positionierung des Systems.

Die Verordnung macht den Inhalt des Systems der Leitentscheidungen nicht deutlich, nur in Art. 2 wird der Auswahlstandard der Leitentscheidungen bestimmt. Den Urteilen muss bereits Rechtswirksamkeit erwachsen sein, zudem müssen sie auf Seiten der Rechtsanwendung eine allgemeine Anleitungsbedeutung haben. Sie müssen des Weiteren drei Voraussetzungen erfüllen: Das Urteil ist im Ergebnis korrekt; gesellschaftlicher und rechtlicher Effekt des Urteils stimmen überein; ein Anleitungsscharakter ist vorhanden. Die Auswahl der Leitentscheidungen nimmt nicht den Instanzenzug der Rechtsfälle zum Standard, d. h. Leitentscheidungen beschränken sich nicht nur auf die Urteile des OVGs. Alle in Kraft getretenen Entscheidungen von Gerichten aller Ebenen im ganzen Land können, sofern sie die oben beschriebenen Voraussetzung der Verordnung erfüllen und das Überprüfungsverfahren durchlaufen haben, Leitentscheidungen werden. Aber um die Autorität der Leitentscheidungen zu garantieren, ist das OVG das einzige Verkündungssubjekt der Leitentscheidungen.

⁴ Fu Weiwei/Zhang Xuliang, Der Versuch die Errichtung des Systems der Leitentscheidungen zu besprechen, *Journal of Law Application* 2006/1-2, 16.

III. Die charakterliche Positionierung des Systems der Leitentscheidungen

Der vorherige Text hat ausgeführt, dass, eben weil China ein Land mit einem traditionellen System des geschriebenen Rechts ist, die Entstehung des Systems der Leitentscheidungen natürlich einige Kontroversen zur Folge hat. Hierbei stellt die Frage nach der Positionierung des Rechtssystems unter den im Zuge des fortschreitenden Prozesses des Systems der Leitentscheidungen entstehenden Kontroversen eine Schwerpunktfrage dar. Zur Zeit bestehen hinsichtlich des Charakters des Leitentscheidungssystems in der chinesischen Wissenschaft derzeit zwei Auffassungen: Die einen sagen, es habe einen vorübergehenden Charakter⁵, die anderen, es habe einen Kompromisscharakter.

Die ersteren meinen, dass dieses System, obwohl es formal als System von Leitentscheidungen bezeichnet wird, es aber, sowohl hinsichtlich der Gestalt als auch des Inhalts, weder identisch mit Chinas früherem System der Sammlung von Fällen sei, noch sich vom typischen Rechtssystem des anglo-amerikanischen Rechtskreises unterscheide, ein vorübergehendes System auf dem Weg zu einem Rechtssystem mit chinesischen Besonderheiten darstelle. Die Bezeichnung als vorübergehend kennzeichne dabei, dass dieses System sowohl eine Verbesserung gegenüber Chinas jetzigem System der Sammlung von Fällen darstelle, als auch dass noch ein Abstand zu dem künftig zu schaffenden Rechtssystem bestehe. Sein Ziel sei es, eine Basis zu errichten, um Schritt für Schritt zu einem Rechtssystem mit chinesischen Besonderheiten überzuleiten.

Die anderen aber sind der Ansicht, dass das Durchführen des Systems der Leitentscheidungen eine vermittelnde Systemwahl darstelle. Es drücke unseren Wunsch danach aus, ein System von Leit-„Entscheidungen“ auszuführen, und kein vollständiges System von Leit-„Präjudizien“. Zugleich drücke es auch aus, dass wir im Vergleich zur Vergangenheit Unterschieden begegnen. Man möchte die „Fallentscheidung“ in eine Stellung erheben, dass sie den Richterspruch über spätere vergleichbare Sachverhalte „anleiten“ kann, anstatt ähnlich wie in der Vergangenheit bloß den Nutzen einer „Referenz“ gibt. Das System der Leitentscheidungen sei ein innovatives System, um aktuelle Justizkonflikte zu lösen, aber es sei kein neues „Rechtfortbildungs“-System. Es stelle grundsätzlich immer noch ein rechtliches Gebrauchswerkzeug und -system dar.⁶

⁵ Zhou Youyong, System der Leitentscheidungen als vorübergehender Schritt, Law Review 2006/3, 137.

⁶ Liu Zuoxiang/Xu Jinghe, Die theoretische Grundlage des Systems der Leitentscheidungen, China Legal Science 2006/3, 16.

Somit ist das System der Leitentscheidungen nicht identisch mit Chinas Präjudizienystem im Altertum. Es ist ebenfalls nicht identisch mit dem Fallrechtssystem der *Common Law*-Länder. Es ist nämlich kein basierend auf einer neuen Gewaltenteilung entstandenes „Richterrechts“-System, sondern ein im Rahmen des bestehenden Rechtssystems innovatives System⁷. Sein Ziel ist nicht wirklich, neue Rechtsnormen zu schaffen oder die anleitenden Entscheidungen zu einer neuen Rechtsquelle zu erheben⁸. Gemäß dem OVG sind Leitentscheidungen Urteile, die nach der Etablierung durch ein angemessenes Verfahren, nach Veröffentlichung auf eine angemessene Art und Weise, und mit ihrer typischen und anleitenden Bedeutung bereits Rechtsurteile mit Rechtswirkung bewirkt haben. Hinsichtlich der Justizpraxis haben sie einen lenkenden und Orientierung gebenden tatsächlichen Einfluss und einen konkreten und eindeutigen Anleitungsnutzen. Art. 7 der Verordnung legt fest, „Die vom Obersten Volksgerichtshof verkündeten Leitentscheidungen sollen von den Volksgerichten aller Ebenen bei der Beurteilung vergleichbarer Sachverhalte herangezogen werden.“ Somit sind die Leitentscheidungen ein Arbeitsmechanismus, der die Rechtsprechungsarbeit der unteren Gerichte anleitet und die justiziellen Rechtsprechungsmaßstäbe vereinheitlicht. Die richtige maßgebliche Urteilsbegründung und das die Leitentscheidungen bestätigende Verfahrensarrangement durch die Oberste Urteilskommission

⁷ Ziel dafür, ein System der Leitentscheidungen einzurichten, ist, in Situationen von Unzulänglichkeiten des Rechts, der Rechtsbestimmungen oder justiziellen Auslegung, oder wenn eine Bestimmung nicht eindeutig oder kontrovers ist, durch die Verkündung von Leitentscheidungen den Richtern bei der Beurteilung von ähnlichen oder vergleichbaren Rechtsfällen eine Referenz und einen Bezugspunkt zu geben. Diese Funktionen sind vollkommen deckungsgleich mit den Funktionen der justiziellen Auslegung des OVGs. Das System der Leitentscheidungen und die Leitentscheidungsmaxime sind eine Innovation und Reform von Chinas Justizsystem, sie sind eine Innovation und Reform unter dem Rahmen der Verfassung und des Rechts, ebenso liegen sie im Befugnisbereich des justiziellen Auslegungsfestsetzungsrecht, den die Verfassung und das Gerichtsorganisationsgesetz dem OVG verleihen. Somit kann man sagen, dass die vom OVG verkündeten Leitentscheidungen und die Leitentscheidungsmaxime eine Art der justiziellen Auslegung darstellen. Aber ihre mit der traditionellen justiziellen Auslegung nicht vollständige Identität ist zwischen der justiziellen Auslegung und offiziellen Antwort ein ganz neuer Modus der justiziellen Auslegung.

⁸ Der chinesische Wissenschaftler *Zhou Wangsheng* nimmt eine Differenzierung der Rechtsmodi und Rechtsquellen vor. Er schafft einen Durchbruch in der Auffassung von Chinas traditioneller Rechtstheorie, dass die Rechtsquellen und die Rechtsmodi identisch seien. Siehe *Zhou Wangsheng*, Eine neue Untersuchung der Rechtsquellen, *Journal of Comparative Law* 2005/4, 1. Der Verfasser unterstützt diesen Standpunkt nicht, da der juristische Fachausdruck „Rechtsquellen“, welcher von der Wirksamkeit des Rechts stammend her definiert wurde, bereits allgemein als ein mit den „Rechtsmodi“ identischer Begriff verstanden wird. Falls er nur eine Begrenzung der Externalisierung wäre und nicht nur das allgemeine Verständnis hinsichtlich eines Begriffes beeinflussen würde, wäre dies zugleich auch ohne substantiellen Fortschritt bezüglich der Entwicklung der Rechtstheorie.

erzeugen gemeinsam die Überzeugungskraft und den Anleitungsnutzen der Leitentscheidungen in der Justiz. Ihre Bindungswirkung ist ein diesen innewohnender, tatsächlicher Nutzen, die Leitentscheidungen dürfen nicht direkt als Urteilsgrundlage verwendet werden.

Der Verfasser dieses Aufsatzes ist der Ansicht, dass in Bezug auf die Charakterbestimmung das System der Leitentscheidungen hauptsächlich die im Folgenden beschriebenen Eigenschaften habe.⁹

1. Ergänzungscharakter

Vom Standpunkt der Gesetzgebung aus gesehen, vereinen geschriebene Rechtssatzungen die Vorzüge von Stabilität und Systematik. Aber aufgrund von Faktoren wie etwa der Konflikte zwischen der Abstraktheit von Rechtssatzungen und der Variabilität des gesellschaftlichen Lebens, zwischen den Wissensgrenzen des Gesetzgebers und der grenzenlosen Veränderungen des gesellschaftlichen Lebens, zwischen der Abstraktheit rechtlicher Normen und der Konkretheit von Sachverhaltstatsachen, zwischen der Unbestimmtheit der Idee des Rechts und der Kompliziertheit der realen Gesellschaft oder zwischen der Bündigkeit der Sprache und der Individualität von Angelegenheiten usw., ist der Gesetzgeber, selbst wenn er übermenschliches Wissen und Voraussicht hätte, unmöglich in der Lage die Bündigkeit, die Unschärfe und die fehlende Allgemeingültigkeit von geschriebenen Rechtssatzungen zu verhindern. Natürlich darf man keinesfalls wegen im statuierten Recht bestehender Mängel und Lücken den Stand und den Nutzen von Rechtsnormen im Justizverfahren übersehen.

Ausgehend vom Standpunkt der Rechtsquellen ist normalerweise das statuierte Recht in Staaten des anglo-amerikanischen Rechtskreises die dritte Rechtsquelle, die das Fallrecht ergänzt und berichtigt. Der Richter erwägt zunächst das *Common Law* anzuwenden, danach das *Equity Law*, zum Schluss erst das statuierte Recht.¹⁰ In Staaten des kontinentalen Rechtskreises ist das statuierte Recht die primäre Rechtsquelle, das Urteil enthält lediglich einen Maßstab zur Anwendung der Gesetzesvorschriften. Beispiele sind die Verfassung, das Zivilrecht, das Strafrecht, das Verwaltungsrecht, das Prozessrecht usw., deren Inhalt umfassend grundlegende Fragen des Staates und allgemeine Fragen betrifft, die die unmittelbaren Interessen der Bürger betreffen. Häufig sind sie der wichtigste Teil bei der Gestaltung des staatlichen Rechtssystems. Der Komplex des statuierten Rechts im kontinentalen Rechtskreis kann auf die Zeit der Römer zurückgeführt werden. Rechtswissenschaftler aus dem kontinentalen Rechtskreis haben schon früher diesem

⁹ Siehe *Liu Zheng* (Verf.), Nachfrage und Analyse zur Etablierung von Chinas System der Leitentscheidungen, *People's Court Daily*, Auflage zur Theorie vom 29.12.2007.

¹⁰ *Chen Jinzhao*, Eine Besprechung der Rechtsquellen, *Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law)* 1991/4, 3.

gegenüber unbeirrbarer Entschlossenheit gelobt. Aber entsprechend der fortschreitenden Entwicklung der Gesellschaft, unter dem Einfluss von Theorien wie etwa dem Rechtsutilitarismus und der Schule des Rechtspragmatismus usw., haben die Länder des Kontinentalrechts nach und nach angefangen, Präjudizien einzuführen, um viele Mängel des statuierten Rechts wiedergutzumachen sowie um die Gerechtigkeit eines jeden Falles besser zu wahren. Frankreich, Deutschland, Spanien, Italien, die Schweiz, die Türkei usw., alle Länder kennen eine offizielle Sammlung von Urteilen.¹¹ Obwohl die Frage, ob Präjudizien zur richterlichen Rechtsfortbildung gehören, in den Ländern des kontinentalen Rechts immer noch sehr umstritten ist,¹² kann die Justiz der Länder des kontinentalen Rechts Urteile der Rechtsprechung als Gewohnheitsrecht anerkennen.¹³ Dass dadurch schließlich durch Urteile materielle Ergebnisse gezeitigt werden, ist unzweifelhaft.

Wenn China das System der Leitentscheidungen aufbaut, muss es den durch die Verfassung festgelegten politischen Rahmen beachten. Der Gesamtanspruch an ein System des statuierten Rechts darf nicht durchbrochen werden, der Nutzungsbereich und der Nutzungseffekt des Systems der Leitentscheidungen muss streng definiert werden. In der chinesischen Rechtsprechungspraxis, wenn die Richter den Sachverhalt bearbeiten, müssen sie zunächst in den förmlichen Rechtsquellen, nämlich im statuierten Recht, nach rechtlichen Anhaltspunkten suchen; nur unter den Umständen, dass im formellen Recht offensichtlich rechtlichen Wertungen zuwidergelaufen wird oder keine eindeutige Rechtsregel existiert, kann erst außerhalb der formellen Rechtsquellen Hilfe gesucht werden. Anders gesagt, wenn die Gesetzesvorschrift Befehlscharakter hat, klar und eindeutig sowie ohne jegliche Zweideutigkeit ist, muss der Richter ihr folgen und sie beachten. Der Richter darf nicht die konkrete Gesetzesvorschrift vernachlässigen und stattdessen Rechtsprinzipien anwenden. Diese Rechtsmethode wird als „Verbot der Flucht in die Generalklausel“ bezeichnet. Das Ergebnis einer Flucht hätte das Leerlaufen der konkreten Rechtsnorm zur Folge.

Der Anspruch an den Richter, das Recht streng zu vollziehen, wird ebenfalls zu einer Herausforderung, nämlich, wenn der Richter vielleicht gemäß seiner persönlichen Präferenz gerne entscheiden würde, ob er die Norm des

¹¹ David, *Les Grands Systèmes de droit contemporains* (1964), Übersetzung von Qi Zhusheng, 1984, S. 131f.

¹² Diese Frage ist eine in der Begründungsstufe von Chinas Leitentscheidungssystem übrig gebliebene substantielle Frage, der nicht ausgewichen werden darf, da sie die Frage betrifft, wie man Chinas staatliche Machtstruktur und die Theorie der Gewaltenteilung vereinbart. Infolge dessen, dass betroffene Machtorgane und Teile der Wissenschaft diese Frage übermäßig in den Fokus nehmen, führt dies dazu, dass dieses System es säumig noch nicht geschafft hat, das Licht der Welt zu erblicken.

¹³ Schlesinger, *Justizurteile des kontinentalen Rechts*, Übersetzung von Wu Yingzi, Rechtswissenschaftliche Übersetzungsreihe 1991/6, 30.

Rechts anwendet. Sofern der Gesetzestext etwas unklar ist, wenn Zweifel hinsichtlich seiner Bedeutung und seines Umfangs bestehen, wenn verglichen mit einer anderen Gesetzesnorm ein Konflikt zu einem bestimmten Grad oder bezüglich des Inhalts besteht oder eine Restriktion besteht, oder umgekehrt eine Ausdehnung besteht, kann der Richter gemäß des von Rechtsprinzipien abzuleitenden legislativen Willens eine unklare Norm erläutern und in der rechtlichen ursprünglichen Idee des statuierten Rechts Implikationen entdecken. So weist ein Wissenschaftler darauf hin, „Richter können gemäß den Bedürfnissen der Entwicklung des gesellschaftlichen Lebens, durch erklärende Grundmaxime, neue Ansprüche aus dem Bereich der Wirtschaft, der Politik und der Philosophie ergänzend in das Recht einfügen, um so zu veranlassen, dass das Recht den Entwicklungen der Zeitalter und der Zeit folgt, und um den Wert der Flexibilität des Rechts zu verwirklichen.“¹⁴ Hinsichtlich neuer Typen von Rechtsfällen kann mittels der in den „Gazetten des Obersten Volksgerichts“ veröffentlichten maßgeblichen Urteilen die Verhandlung von Sachverhalten angeleitet werden, wenn die Gesetze und justiziellen Auslegungen keine eindeutige Norm enthalten. Diesbezüglich sollte ein strenger Verfahrensrahmen eingeführt, die Macht des Gesetzgebers beachtet, nur die Ergänzung von Lücken im Gesetz durchgeführt und kein Recht geschaffen werden.

Von der Urteilspraxis aus gesehen, führen die chinesischen Gerichte bereits ein hilfreiches Experiment durch, indem sie Grundprinzipien benutzen, um Gesetzeslücken auszufüllen. Die Grundprinzipien des Rechts bilden ein Instrument, um Lücken auszufüllen, d. h. ihr Gebrauch ist dafür da, um die hohen Voraussetzungen beim justiziellen Syllogismus festzulegen. Natürlich muss, wenn man bei der Rechtsanwendung die Grundprinzipien des Rechts verwendet, dies in konkrete Normen umgesetzt werden. Beispielsweise haben in der Praxis die Gerichte gemäß des Prinzips von Treu und Glauben Regeln, wie etwa die Regel der Störung der Geschäftsgrundlage und die Regel zur Auslobung, geschaffen. Am typischsten zeigt es sich in dem Fall¹⁵, in dem *Li Min* (die Beklagten) *Zhu Jinhua* und *Li Zhaohua* verklagt hat, gemäß Auslobung eine Vergütung zu zahlen. Das Gericht ist in der Urteilsentscheidung der Meinung, dass *Zhu Jinhua* und *Li Zhaohua* zur Leistung der in der Werbung versprochenen Vergütung verpflichtet waren. Die Beklagten bestreiten, dass die für das „Aufgebot, eine Tasche zu suchen“ versprochene Vergütung ernst gemeint war. Im Nachhinein haben sie einen Rückzieher gemacht, sie weigerten sich *Li Min* die Prämie von 15.000 Renminbi zu zahlen. Dies verstößt deshalb gegen das Prinzip von Treu und Glauben in Art. 4 der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts und stellt deshalb ein Fehlverhalten dar. Dies alles bedeutet, dass es möglich ist, wenn Lücken gemäß Grundprinzipien

¹⁴ *Xu Guodong*, Auslegung der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts, 2001, S. 356f.

¹⁵ Siehe Gazette of the Supreme People's Court of PR China 1995/2.

ausgefüllt werden, die Basis der Rechtsanwendung festzulegen, um die Deduktion nach dem justiziellen Syllogismus durchzuführen.

In Ländern des kontinentalen Rechtskreises, ungeachtet dessen, dass Urteile wirklich eine bestimmte Normativität aufweisen, ist ihr Grad an Normativität aber verglichen mit geschriebenem Recht viel geringer. Hinsichtlich der vereinheitlichten Anwendung von Rechtsverordnungen sind Urteile ebenfalls nur relativ, sie wirken sichernd und elastisch zugleich. So soll in der Rechtsprechungspraxis das von uns angesprochene System der Leitentscheidungen sich im Rahmen von Chinas statuiertem Recht befinden. Es bildet ein ergänzendes Instrument zu den Rechtsprechungsgliedern, zur Zuhilfenahme für die Dynamik der Rechtsprechung und der Richter, und dazu, den Geist des Rechts in die maßgebliche Urteilsschlussfolgerung einfließen zu lassen. In Bezug auf den Nutzen des gegenseitigen Ausgleichs und der Integration von Gesetz und Urteil, ist dies sowohl die primäre Besonderheit des Rechtssystems der Volksrepublik China, als auch dessen primärer Vorzug.¹⁶ Aufgrund der Ergänzungsfunktion von Leitentscheidungen gilt, dass der Richter, wenn es für ein bestimmtes Problem bereits eine Leitentscheidung gibt, nicht direkt entsprechend entscheiden darf. Denn theoretisch gesehen folgt der Richter immer noch dem statuierten Recht, keinen Urteilen. Falls der Richter nicht zunächst im statuierten Recht einen Anhaltspunkt für die Urteilsentscheidung findet und sich zu stark auf den Nutzen der Leitentscheidungen verlässt, tritt dies bestimmt in Konflikt mit der Rationalität des Rechtsstaates, ebenfalls widerspricht es der ursprünglichen Intention bei der Schaffung des Systems der Leitentscheidungen.

2. Hilfscharakter

Chinas Gesetzgebungssystem gehört zu den geschriebenen Rechtssystemen. Die Rechtsanwendung der Volksgerichte zielt gewöhnlich auf die Bearbeitung konkreter Rechtsfälle. Gemäß der abstrakten Regelung des Gesetzes erfolgt eine konkrete Sachbearbeitung oder eine Entscheidung. Auch wenn sie zu den Rechtsfällen gehören, die vom Obersten Volksgericht in den „Gazetten des Obersten Volksgerichts“ veröffentlicht werden, haben Leitentscheidungen nur einen Beispiels- und Referenznutzen. Sie gehören nicht in die Kategorie der Rechtsquellen, sie entfalten auch keine rechtliche Verbindlichkeit. Der Verfasser meint, das System der Leitentscheidungen ist lediglich ein neu entstandenes Rechtsanwendungsinstrument, es betrifft nicht die politische Frage des Verhältnisses zwischen der Judikative und Legislative, auch wird es nicht „zwangsläufig eine Einschränkung der Legislative oder der

¹⁶ Zhang Jinfan, *Die Tradition des Rechts Chinas und die neuzeitliche Transformation* (Revidierte Ausgabe), 2005, S. 229.

Judikative bewirken, und dadurch Rechtsnormen leer laufen lassen.“¹⁷ Weil in China der Nationale Volkskongress das höchste staatliche Machtorgan ist, hat der Oberste Volksgerichtshof nicht das Recht, die Beziehungen der Legislative, der Exekutive und der Judikative zu definieren. Ein solcher Standpunkt, wonach Gerichte mittels einer unabhängigen Reform die Judikative erweitern oder den eigenen konstitutionellen Stand erhöhen können, ist mit Chinas politischer Tradition und mit dem grundlegenden System grundsätzlich nicht vereinbar, hinsichtlich des Schutzes der chinesischen verfassungsrechtlichen Maßgaben und der Rechtseinheit hätte dies ebenfalls einen Schaden zur Folge.¹⁸

In der Tat sollte, damit ein Urteil der Rechtsprechung Autorität entfaltet, der Richter mittels eines strengen justiziellen Verfahrens, einer normierten justiziellen Handlungsweise und einer festgelegten Rechtsgrundlage den Parteien und der ganzen Gesellschaft gegenüber Autorität und Glaubwürdigkeit demonstrieren. Die sogenannte festgelegte Rechtsgrundlage erfordert, dass der Richter streng gemäß des Rechts einen respektablen Urteilsspruch verfasst. In der Rechtsprechungspraxis werden die meisten Richter gewissenhaft und sorgfältig frühere ähnliche Rechtsfälle untersuchen, aber sie geben dies selten offen zu. Da das chinesische Recht und die etablierte Rechtstheorie frühere Rechtsfälle nicht als Rechtsquelle anerkennen¹⁹, und gegenüber dem statuierten Recht immer noch ein hoher Grad an Verehrung besteht, könnten ihrer Ansicht nach Leitentscheidungen zu dieser Zeit nur im Stillen als „Helden hinter den Kulissen“ fungieren. Dies ist genauso bei den meisten Richtern in Staaten des kontinentalen Rechtskreises. Diese denken ebenfalls, dass die rationalsten „einsetzbaren“ Rechtsregeln immer noch Bestimmungen des statuierten Rechts seien. Selbst wenn im Urteil Recht durchbrochen oder entwickelt wird, muss es bestimmt konkrete Tatsachen herauslösen, damit die im Urteil geschaffene Norm eher einer Erklärung des statuierten Rechts ähnelt, als einer Überschreitung.

Gemäß der Maxime von Chinas System der Leitentscheidungen wird der Anleitungscharakter der Leitentscheidungen gegenüber nachfolgenden Rechtsfällen nicht abgelehnt, auch nicht die tatsächliche Bindungswirkung. Aber Chinas System der Leitentscheidungen kann unter dem derzeitigen systematischen Rahmen noch nicht als Rechtsquelle eine direkte Anführungsrolle übernehmen. Der Kern des Fallrechts liegt auf dem Grundsatz *stare decisis*. Das System der Leitentscheidungen dagegen legt Nachdruck darauf,

¹⁷ Li Shichun, Ein anderer Gedankenweg des Systems der Leitentscheidungen – Justizaktionismus in Chinas begrenztem Gebrauch, Law Science 2009/6, 59.

¹⁸ Dong Maoyun, Von der Aufhebung der Replik bzgl. des Falls „Qi Yuling“ aus die Richtung der Justizreform betrachten, Law Science 2009/3, 36.

¹⁹ Einige Wissenschaftler sind der Ansicht, Präjudizen seien eine Form von „nicht-förmlichen Rechtsquellen“ oder „Rechtsquellen mit Ergänzungscharakter“.

den Richter anzuleiten und aufzufordern hinsichtlich des Rechtsfalls eine noch passendere Aufklärung und eine korrekte Rechtsanwendung durchzuführen. Tatsächlich bildet es mit dem derzeitigen System der justiziellen Auslegung eine gegenseitige Ergänzung²⁰, oder wird zu einem praktischen Exempel der justiziellen Aufklärung. Der typischste Rechtsfall ist der Rechtsfall, der als der erste Fall bezeichnet wird, in dem ein Rechtssubjekt, nachdem das Recht auf körperliche Gesundheit verletzt wurde, immateriellen Schadensersatz erhalten hat. Dies ist nämlich der Fall bezüglich Schadensersatz für Körperschäden, als die Peking Internationale Nebeldosis GmbH (im Folgenden Nebeldosisgesellschaft), die Küchenzubehörgerätefirma der Stadt Longkou (im Folgenden Longkougerätefirma) und das Restaurant Chunhai im Distrikt Haidian von Peking (im Folgenden Chunhai) verklagte²¹. Dieser Fall betraf Verbraucher, die bei der Nahrungsaufnahme durch Explosionen aus gasbetriebenen Campingkochern Brandverletzungen erlitten. Im Urteil des Rechtsfalls wurde entschieden, dass die Nebeldosisgesellschaft und die Longkougerätefirma zum Schadensersatz verpflichtet sind. Der Schadensersatz belief sich auf eine Summe von 100.000 Renminbi für immaterielle Schäden.

Gleich nach der Zuerkennung wurde dieser Rechtsfall vom OVG veröffentlicht, um hiernach von der justiziellen Auslegung über den immateriellen Schadensersatz, als Referenz, und darüber hinaus für das kürzlich in Kraft getretene Deliktsgesetz, als Leitentscheidung übernommen zu werden. Deswegen sind die Leitentscheidungen im Stande reziprok mit der justiziellen Auslegung einen Effekt herbeizuführen, da die justizielle Auslegung zumeist abstrakte Befehlsgebilde benutzt, um entweder die Grenzen der Gesetze eindeutig festzulegen oder Bestimmungen zu ergänzen. Ihrer Auslegungsdarstellung mangelt es an einem konkreten Adressaten, meistens können sie nicht zur Fallbearbeitung eine konkret gerichtete Lenkung oder Bezugnahme liefern. Aber die Leitentscheidungen können verhältnismäßig direkt für vergleichbare Rechtsfälle eine relativ eindeutige Regelungsanleitung liefern, und die Schlussfolgerungen, die aus dieser Regelungsanleitung formiert werden, sind nichts anderes als eine Auslegung des Gesetzeszwecks. Sie sind die Auslegungen, die die Richter bei ihrer Urteilsfindung hinsichtlich der Rechtsbestimmungen machen. Schließlich werden sie von der justiziellen Auslegung und der Gesetzgebung bestätigt. Genau wie die Rechtsauslegung in Ländern des anglo-amerikanischen Rechtskreises meinen Wissenschaftler, dass Richter bei der Auslegung des Rechts natürlich ausgehend von der wört-

²⁰ Die wechselseitige Beziehung zwischen dem System der Leitentscheidungen und dem System der justiziellen Auslegung wird später im Text noch einmal ausführlich ausgeführt.

²¹ Siehe Oberster Volksgerichtshof/Chinese Institution for the Application of Jurisprudence, *Ausgewählte Entscheidungen der Volksgerichte* (insgesamt 21 Teile), 1997.

lichen Bedeutung des geschriebenen Rechts beginnen sollten und den gebotenen Inhalt der Rechtsnormen bestätigen sollten. Aber die Gerichte sollten außerdem, wenn die Gesetzgebungsorgane bezüglich einiger Situationen keine passenden Rechtsklauseln festgesetzt haben oder die Rechtsbestimmungen Regelungslücken aufweisen, gemäß der Gesetzgebungsintention eine passende Ergänzung vornehmen, sodass die von den Gesetzgebungsorganen vertretene Intension tatsächlich verwirklicht wird. Darüber hinaus, gerade weil Leitentscheidungen nicht direkt als Urteilsgrundlage angeführt werden dürfen, kann zu einem bestimmten Grad möglicherweise die Funktionsentfaltung der Leitentscheidungen in der Rechtsprechungspraxis gemindert werden. Natürlich gibt es auch Menschen, die der Auffassung sind, dass hinsichtlich der Funktionen der Leitentscheidungen aufgrund der Auswahlmethode und Verkündungsart Unterschiede bestünden. Entscheidungen, die vom Rechtssprechungsausschuss des Obersten Volksgerichts diskutiert und verkündet wurden, soll die Wirkung einer justiziellen Auslegung beigemessen werden und darauf sollte hingewiesen werden.²²

Gemäß der Festlegung in der Verordnung bezüglich der Wirkung von Leitentscheidungen, sollen die Richter, wenn sie ähnliche oder vergleichbare Fälle behandeln, das korrekte Verständnis bezüglich des ganzen Inhalts der Leitentscheidungen bezogen auf ein rechtmäßiges und rationales Rechtssprechungsurteil des anhängigen Falles umsetzen. Das Urteilsedikt kann die Erläuterungen aus den Leitentscheidungen in Auszügen anführen, aber im Urteilsedikt darf nicht direkt eine Leitentscheidung als Urteilsbasis zitiert werden.

3. Autoritätscharakter

Die Beschränkung des die Leitentscheidungen verkündenden Subjekts und die Weite der Rechtsfallquellen.

Art. 1 der Verordnung bestimmt, „Die Leitentscheidungen, die für die Urteile und die Vollstreckungsarbeit der Gerichte des ganzen Landes einen Anleitungsnutzen haben, werden vom Obersten Volksgerichtshof bestimmt und einheitlich verkündet.“ Gegenwärtig ist das die Leitentscheidungen verkündende Subjekt allein das OVG. Diese grundsätzliche Festlegung passt zu der Tradition und der jetzigen Situation der Entwicklung des chinesischen Leitentscheidungssystems, sie kann die Einheitlichkeit und die Autorität der Leitentscheidungen vollständig sichern. Denn wenn nicht bezüglich des die Leitentscheidungen bestimmenden und verkündenden Subjekts eine eindeutige Definition erfolgt wäre, hätte dies zu dem Ergebnis führen können, dass irgendeine Entscheidung irgendeines Gerichts jederzeit zu einer Leitentschei-

²² Shen Deyong (Hrsg.), Bewertungsskizze des Justizsystems im Sozialismus mit chinesischen Besonderheiten, 2009/3, S. 280.

dung werden könnte. Ein Leitentscheidungssystem würde schließlich, weil der Umfang der Leitentscheidungen zu groß und sie unmöglich umzusetzen sein würden, nur dem Namen nach existieren. Deswegen meint der Verfasser, dass die Bestätigungsbefugnis für die Leitentscheidungen nur dem OVG zustehen darf, die Gründe hierfür sind:

Erstens, wenn man den regionalen Urteilsorganen in dem Prozess, dass Recht umzusetzen, erlauben würde, Leitentscheidungen zu schaffen, ist dies nicht vorteilhaft dafür, die einheitliche Anwendung des Rechts zu erhalten, nur schwer könnte die Einheit des Rechtssystem gewährleistet werden. Besonders bei dem gegenwärtigen lokalen Protektionismus und der unterschiedlichen Fachkompetenz der Richter, würde, falls man erlauben würde, dass jedes regionale Gericht Leitentscheidungen initiiert, dies zwangsläufig zu Widersprüchen und häufigen Konflikten zwischen den Leitentscheidungen jeder Region führen. Dadurch würde eine noch größere Unordnung entstehen, die Qualität der Leitentscheidungen könnte nur schwer gewährleistet werden.

Betrachtet man – zweitens – die Befugnis, das Gesetz auslegen zu dürfen, so ist nur das Oberste Volksgericht dazu befugt, nicht jedoch die anderen regionalen Gerichte aller Ebenen.

Dem justiziellen Auslegungsrecht kann somit nicht entnommen werden, dass Gerichte aller Ebenen die Befugnisse haben, Leitentscheidungen zu schaffen und zu verkünden.

Natürlich kann unter dem Gesichtspunkt, dass China ein Vielvölkerstaat ist und dass die Situationen aller Gerichte sehr unterschiedlich sind, gemäß den besonderen Bestimmungen, die der Staat im Bereich seiner Gesetzgebung und Judikative macht, hiervon eine Ausnahme zu machen sein. Infolge einer Ermächtigung des Obersten Volksgerichtshof kann das Obere Volksgericht autonomer Gebiete Chinas gemäß der tatsächlichen Lage in der jeweiligen Region Leitentscheidungen schaffen. Aber diese Art von Leitentscheidungen müssen erstens dem Obersten Volksgerichtshof zur Bestätigung vorgelegt werden, wenn der Oberste Volksgerichtshof sie für unangemessen befindet, kann er die Genehmigung verweigern; zweitens erzeugen diese Leitentscheidungen nur im Bereich des betreffenden autonomen Gebiets Wirkung. Außerdem gilt hinsichtlich der Leitentscheidungen des Obersten Volksgerichts, dass, falls die Oberen Volksgerichte autonomer Gebiete meinen, diese passen nicht zu der tatsächlichen Situation in den autonomen Gebieten, sie den Obersten Volksgerichtshof um eine abweichende Durchführung bitten können.

Drittens, der Oberste Volksgerichtshof ist die oberste Rechtsprechungsinstitution des Landes, er beaufsichtigt die Rechtsprechungsarbeit der Gerichte der unteren Ebenen, seine hauptsächliche Funktion besteht darin, die Gerichte unterer Ebenen zu einem richtigen Verständnis und korrekter Rechtsumsetzung anzuleiten. Infolge dessen, dass das OVG Fälle mit Anleitungskarakter verfasst, kann effektiv die Funktion des OVGs, die Urteilsarbeit zu koordinie-

ren, anzuleiten und zu überwachen, verwirklicht werden. Effektiv können Mängel der unkoordinierten und in einer Vielzahl vorhandenen Präzedenzfälle in anglo-amerikanischen Rechtskreisländern vermieden werden.

Viertens, Leitentscheidungen haben die Funktion, Rechtslücken zu füllen, somit muss das Erzeugen und Verkünden von Leitentscheidungen noch strenger reguliert werden. Falls Gerichte aller Ebenen die Befugnisse innehätten, Leitentscheidungen zu erzeugen und zu verkünden, könnte nur schwer garantiert werden, dass darunter ein beträchtlicher Teil von Präzedenzfällen mit dem Sinn, Ziel und der Maxime der Gesetzgebung übereinstimmen. Die Stellung des OVGs, die Leitentscheidungen zu erzeugen und zu verkünden, deutlich zu machen, bedeutet nicht, regionalen Gerichten aller Ebenen zu verbieten, Rechtsurteile mit analogen Anleitungsnutzen oder Öffentlichkeitsnutzen für das Rechtssystem zu veröffentlichen. Das Veröffentlichen dieser Rechtsurteile ist, um die Qualität einer strengen Rechtsvollstreckung durch die Gerichte und die Rechtsfallbehandlung zu verbessern, ebenfalls sehr wertvoll.

Natürlich ist die Festlegung des die Leitentscheidungen verkündenden Subjekts lediglich ein Anfang, später wird man zwangsläufig einer Reihe wichtiger Fragen gegenüberstehen, wie etwa der Frage nach dem Entstehungsmechanismus, der Prüfungsstruktur, dem Verkündungsmedium, dem Urteilsformat, dem Festlegungsverfahren, der Gültigkeit und der Aufhebung, der Kompilation sowie der Recherche der Leitentscheidungen. Und das Design und die Festlegung dieses Systeminhalts sollten die hinreichende Beteiligung seitens der übrigen justiziellen Organe, von Wissenschaftlern und von Anwälten, besonders von Gerichten aller Ebenen erlauben, um dadurch zu garantieren, dass dieses System ein weiteres breites Verständnis und Zustimmung erfährt. Obwohl das Verkündungssubjekt der Leitentscheidungen streng begrenzt ist, bedeutet dies aber nicht, dass alle Rechtsfälle des Obersten Volksgerichts und der Oberen Volksgerichte einen Anleitungsscharakter haben, erst recht deutet es nicht darauf hin, dass die Volksgerichte der unteren Ebenen im Erstellungsprozess des Leitentscheidungssystems erfolglos und tatenlos wären. Bedenkt man den allgemeinen Leitungssinn der Leitentscheidungen, können, obwohl das die Leitentscheidungen verkündende Subjekt auf den Obersten Volksgerichtshof begrenzt ist, die die Leitentscheidungen empfehlenden Subjekte Gerichte aller Ebenen sein. Die Verordnung legt ein Mehrebenenarbeitssystem zur Empfehlung, Auswahl und Berichterstattung von Leitentscheidungen fest, in den Gerichten wird ein Berichts- und Empfehlungssystem nach Ebenen etabliert. Wenn regionale Gerichte aller Ebenen meinen, ein von ihrem Gericht realisiertes Urteil erfülle die Voraussetzungen einer Leitentscheidung, können sie über die vorgesetzten Gerichte das obere Gericht der jeweiligen Region benachrichtigen und vorschlagen, das Urteil dem OVG zu empfehlen. Man kann sagen, alle Gerichte können die Quelle für eine vom OVG festgelegte Leitentscheidung werden. Die Volksgerichte aller Ebenen sollen die vom OVG festgelegten einheitlichen

Standards befolgen, bezüglich rechtskräftiger Urteile von ihnen selbst oder von unteren Gerichten sollen sie ein sorgfältiges Screening durchführen. Zugleich müssen, um die Qualität und die Autorität des Screenings zu garantieren, alle zur Aufnahme stehenden Rechtsfälle, die über die vorgesetzten Gerichte einem Oberen Gericht oder dem OVG zur Vorlage bereit stehen, die kollektive Besprechung und Entscheidung des Rechtsprechungsausschusses des Vorlagegerichts durchlaufen. Gleichzeitig zur Vorlage einer zur Aufnahme stehenden Leitentscheidung müssen der Urteilstenor und die Begründungserklärung dieses Falles mitvorgelegt werden, um den grundlegenden Werkstoff dafür zu liefern, wenn das Verkündungssubjekt die Leitentscheidungen beurteilt und auswählt.

III. Die Geltungskraft der Leitentscheidungen

Man braucht kein Blatt vor den Mund zu nehmen, unmittelbar begegnen Chinas Gerichte bei dem Prozess, justizielle Gerechtigkeit zu verwirklichen, zwei große Schwierigkeiten: Erstens, die uneinheitliche Rechtsanwendung. Gleiche Rechtslagen können nicht eine gleiche Behandlung erfahren; zweitens, bei Konflikten zwischen dem rechtlichen Ergebnis und dem gesellschaftlichen Ergebnis, die sich bei der Lösung eines Falles ereignen, fehlt dem Richter im Allgemeinen eine rationale Geschicklichkeit und eine effektive Methode, zwischen den beiden Ergebnissen eine organische Einheit herzustellen. Daher braucht die Urteilspraxis nicht nur eine paragraphenweise justizielle Auslegung, sondern es ist notwendig, dass ein im derzeitigen Rechtsrahmen zu vervollständigendes normiertes Leitentscheidungssystem eine Ergänzung zum Rechtssystem darstellt, und die Einheitlichkeit, Eindeutigkeit sowie Stabilität dessen Inhalts verstärkt wird, wodurch dem Richter trotz der übermäßigen Vagheit und Abstraktheit des festgelegten Gesetzestextes bei der Rechtsanwendung nicht so viele Schwierigkeiten bereitet werden. Dadurch wird die Übereinstimmung der Rechtsanwendung garantiert. Es wird gesichert, dass die Rechtsnormen bei unterschiedlichen Gerichten und bei unterschiedlichen Spruchkörpern die Einheitlichkeit des Anwendungsergebnisses verfolgen, nämlich, dass am besten in allen Rechtsfällen des gleichen Typs eine standardisierte Rechtsantwort verwendet wird. Dies ist nämlich die „einzig richtige Lösung“²³.

Natürlich erlangt die Eindeutigkeit bei der Rechtsanwendung nicht so einfach wie im Bereich der Naturwissenschaften eine präzise Antwort, obendrein fehlt in Chinas Rechtssystem eine Systemschranke, die die rechtliche Eindeutigkeit zusammenhält, auch fehlt entsprechend der Justizregelungen ein Verfahrensapparat, der die Ermessensfreiheit der Richter effektiv begrenzt, es

²³ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1997, S. 283 - 290.

fehlt ein Zusatzsystem, welches die Idee von der Dynamik der Justiz und die Idee der Enthaltsamkeit der Justiz miteinander in Ausgleich bringt. In Chinas heutigem Rechtssystem ein System der Leitentscheidungen mit chinesischen Besonderheiten zu etablieren, sodass der wichtige Wert der Rechtssicherheit eine effektive Verwirklichung erfährt, führt dazu, dass auf der Systemebene der Satz, „das Recht könne nicht vorhergesehen werden“²⁴, überwunden wird, die Autorität des Rechts sowie der öffentliche Glaube in die Justiz wird verkörpert.

Gegenwärtig, hinsichtlich der Frage, wie die „Anleitungskraft“ der Leitentscheidungen zu verstehen ist, bestehen noch unterschiedliche Auffassungen. Eine Ansicht meint, auf der Basis von Chinas verfassungsmäßigem System die Haltung einzunehmen, dass frühere Rechtsprechungshandlungen Rechtsnormen mit materieller Bindungswirkung sein könnten, fehle es an einer entsprechenden Grundlage. Vorläufig gebe es hierfür auch keine Notwendigkeit. Somit sollen Leitentscheidungen keine formelle Rechtskraft haben, sie gehören nicht zu den formellen Rechtsquellen. Aber sie haben, wenn der Richter vergleichbare Fälle behandelt, nicht nur einen Referenznutzen, sondern sie verfügen über eine tatsächliche Verbindlichkeit.²⁵

Eine andere Auffassung meint, die vom Obersten Volksgericht verkündeten Leitentscheidungen entfalten bereits gegenüber der Rechtsprechungsarbeit der Volksgerichte aller Ebenen eine tatsächliche Bindungswirkung von Präjudizien. Aber wenn es kein angemessenes System gäbe, das eine Anpassung und Beschränkung gewähren würde, hätte dies offensichtlich den Charakter des Mangels an Standardisierung und der Beliebigkeit. Um den Nutzen der vom OVG verkündeten Leitentscheidungen einen Schritt weiter zu bringen, können die Leitentscheidungen nach und nach in das gegenwärtige System der justiziellen Auslegung eingefügt werden, und hierin ein wichtiger Modus werden. Es gibt sogar Menschen, die finden, die unmittelbarste Funktion der einzuführenden Leitentscheidungen sei, dass sie noch besser die mannigfaltigen Funktionen der Justiz entfalten könnten, und im jetzigen justiziellen Auslegungssystem bestehende Missstände vermeiden könnten.²⁶

²⁴ Posner, *The Federal Courts: Challenge and Reform*, chinesische Übersetzung im Verlag der Chinese University of Political Science and Law (CUPL Press), 1996, S. 331.

²⁵ Siehe Zhang Qi, Eine Besprechung des „Anleitungscharakters“ der Leitentscheidungen, *Law and Social Development* 2007/6, 40; Chen Canping, Diskussion der Handhabungsschwierigkeiten im System der Leitentscheidungen, *Law Science Magazine* 2006/3, 101.

²⁶ Siehe Dong Hao, Ein Ausweg aus den Verwirrungen der mit den Rechtsfällen verbundenen Rechtsprechung – Chinas rechtmäßiger und effektiver Weg, einen einheitlichen Rechtsgebrauch zu verwirklichen, *Journal of Law Application* 2007/1, 38; Gan Chaoduan, Die Etablierung der Rechtsprechung als wichtigsten Modus des justiziellen Auslegungssystems, *Law Review* 2003/3, 137.

Ferner besteht noch die Ansicht, dass Chinas tatsächliche Verhältnisse berücksichtigt werden müssten. Die Methode, wie das OVG die Leitentscheidungen verkündet, sollte unter dem Rahmen eines Fallrechtssystems eine Normierungsumgestaltung erfahren, und dann könne ein Urteilssystem mit chinesischen Besonderheiten etabliert werden,²⁷ usw.

1. Die Wirkungstypen der Leitentscheidungen

a) Wirksamkeitsgrad

Zunächst kann man gemäß der Gliederung des Stärke- und Schwächegrades der Wirksamkeit einen Bindungswirkungseffekt und einen Anleitungseffekt unterscheiden. Der sogenannte Bindungswirkungseffekt bezieht sich auf einen gegenüber gerichtlichen Rechtsprechungsurteilen zwingenden Verbindlichkeitseffekt der Leitungsentscheidung. Danach soll das Gericht, wenn es einen ähnlichen Rechtsfall behandelt, „gemäß“ der in dem Präjudiz festgelegten Entscheidungsregeln ein Urteil fällen. Im Großen und Ganzen besitzen in den Ländern des anglo-amerikanischen Rechtskreises die Präjudizien entlang des Instanzenzuges meist eine rechtliche Bindungswirkung. Die Gerichte der unteren Ebenen sollen bei der Verhandlung ähnlicher Rechtsfälle gemäß der Präjudizien der Gerichte der oberen Ebenen ein Urteil fällen. Außer in besonderen Situationen können sie in der Regel nicht von den Präjudizien abweichen. Aber die Präjudizien der Länder des kontinentalen Rechtskreises haben, abgesehen von der Bindungswirkung von Präjudizien in einigen Ländern (wie etwa die Präjudizien des deutschen Verfassungsgerichts), im Allgemeinen keine direkte rechtliche Bindungswirkung. Der sogenannte Anleitungseffekt bedeutet, dass ein Präjudiz gegenüber gerichtlichen Urteilshandlungen ausschließlich Anleitungseffekt hat. Die Richter können bei der Behandlung von ähnlichen Rechtsfällen „gemäß“ dem Präjudiz ein Urteil leisten, aber sie können sich als Grundlage der Entscheidung im Urteilsdikt nicht direkt darauf stützen. Die Wirkung von Präjudizien in Ländern des kontinentalen Rechtskreises entsteht hauptsächlich mittels gerichtlicher Hierarchie und Autorität, ihnen selbst wohnt gewöhnlich keine rechtliche Bindungskraft inne.

b) Realisierungsarten der Wirksamkeit

Als nächstes kann entsprechend der Realisierungsarten der Wirksamkeit differenziert werden. Präjudizien und Leitentscheidungen können unterschieden werden anhand einer Wirksamkeit von Rechts wegen und einer tatsächlichen Wirksamkeit. Die Wirksamkeit von Rechts wegen bedeutet, dass Präjudizien

²⁷ Siehe Cao Sanming, Chinas Fallrechtstradition und die Einrichtung eines Urteilssystems mit chinesischen Besonderheiten, *Journal of Law Application* 2002/12, 36.

und Leitentscheidungen gemäß staatlicher, das Recht betreffender Bestimmungen eine direkte rechtliche Wirksamkeit erfahren. Diese Art der Wirksamkeit kann in den Ländern des anglo-amerikanischen Rechtskreises wiederum in einen Bindungswirkungseffekt und in einen Überzeugungseffekt differenziert werden. Erstere kennzeichnet, dass das Präjudiz die Gerichte zwingt, die Gültigkeit zu befolgen. In demselben Justizdistrikt müssen beispielsweise Gerichte der unteren Ebenen Restriktionen seitens der Präjudizien von Gerichten der oberen Ebenen akzeptieren. Letztere kennzeichnet, sodass die Präjudizien eine gerichtliche Durchführung nicht erzwingen können, eine Wirksamkeit, welche die Gerichte beachten oder vernachlässigen können, wie etwa die Wirksamkeit zwischen gerichtlichen Präjudizien in unterschiedlichen Distrikten. Die tatsächliche Wirksamkeit bedeutet, dass obwohl das Recht keine eindeutige Bestimmung hat, es dennoch im wirklichen Betrieb eine Wirksamkeit gibt. Es gibt Wissenschaftler, die diese Wirksamkeit ferner detaillierter differenzieren in einen Anleitungseffekt und einen Autoritätseffekt. Ersterer kennzeichnet im Wesentlichen den Anleitungsnutzen der mit der justiziellen Auslegung verbundenen Präjudizien. Letzterer kennzeichnet die tatsächliche Autorität, die Präjudizien aufgrund der Stellung der Gerichte entfalten.²⁸ Einige Wissenschaftler weisen darauf hin, dass obwohl die Präjudizien in Ländern des kontinentalen Rechtskreises über keine Verbindlichkeit von Rechts wegen verfügen, sie tatsächlich dennoch von wichtiger Bedeutung sind. Aber die Präjudizien aus Ländern des kontinentalen Rechtskreises weisen, verglichen mit den Präjudizien der Länder des anglo-amerikanischen Rechtskreises, eine noch reichere Mobilität auf.²⁹

2. Die Wirkungsausrichtung der Leitentscheidungen

Die Frage, wie man die Wirkung von Leitentscheidungen positioniert, betrifft direkt deren konkreten Einsatz und schließt die Fragen ein, ob es möglich ist, sie im Urteilsdikt anzuführen, ob ein den Leitentscheidungen zuwiderlaufendes Urteil aufgehoben oder zur erneuten Prüfung zurückgeschickt werden kann, sowie ob die Frage, wenn ein Urteil eine anwendbare Leitentscheidung nicht berücksichtigt hat, einen gesetzlichen Grund darstellt, dass eine Partei Berufung oder Beschwerde einlegt oder das ursprüngliche Urteil aufgehoben wird. Sofern man annimmt, dass Leitentscheidungen eine gesetzliche Bindungswirkung haben, oder zu den Modi der justiziellen Auslegung gehören, kann man bezüglich der oben angesprochenen Frage eine positive Antwort geben; bei gegenteiliger Ansicht ist aber bezüglich des tatsächlichen Um-

²⁸ Wang Yongqing, Eine Besprechung der die Rechtsprechung vergleichenden Forschung, Jilin University Journal (Social Science Edition) 1988/1, 57.

²⁹ Li Lingyan, Eine vergleichende Untersuchung über die zwei westlichen Rechtskulturen und des klassischen Chinas in der Frage der Rechtsprechung, Social Science 1987/5, 46.

fangs, Charakters und der Wirkung usw. eine detaillierte Analyse und Bewertung vonnöten.

a) Tatsächliche Bindungswirkung der Leitentscheidungen

Angesichts der besonderen Situation von Chinas Leitentscheidungssystem nehmen Leitentscheidungen in Chinas Rechtssystem natürlich keine Rechtsquellenstellung ein. Mit anderen Worten, man darf Leitentscheidungen nicht mit statuiertem Recht gleich setzen. Der Verfasser unterstützt die Sichtweise einer Gültigkeitsausrichtung von Leitentscheidungen als „tatsächliche Anleitung“ und als Anleitung ohne normgemäße Bedeutung. Obwohl Leitentscheidungen keine Rechtsquellen sind, haben sie bezüglich der Auslegung bestimmter Begriffe und der Konkretisierung von Paragraphen rechtlicher Bestimmungen immer noch eine positive Bedeutung. Wenn auch Leitentscheidungen keine zwingende Verbindlichkeit von Rechts wegen besitzen, verfügen sie über eine tatsächliche Bindungswirkung.

Dies beruht hauptsächlich auf den folgenden Überlegungen. Zunächst gilt von der gegenwärtigen Gesetzgebung her gesehen, dass, um Leitentscheidungen eindeutig einen gesetzlichen Zwangscharaktereffekt zu gewähren, die rechtliche Grundlage nicht ausreicht. Sodann, wenn man Leitentscheidungen keine bestimmte Gültigkeit gewährt, d. h. sie haben keine Gültigkeit, würde das System der Leitentscheidungen aber nur dem Namen nach existieren. Drittens, das OVG hat in Art. 14 des Fünfjahresreformabrisses für die Volksgerichte eindeutig bestimmt: „Vom Jahr 2000 an werden typische Rechtsfälle zu Fragen der Rechtsanwendung, nachdem sie von der Urteilkommission des OVGs diskutiert und entschieden wurden, veröffentlicht, um den Untergerichten bei der Beurteilung ähnlicher Rechtsfälle eine Referenz zu geben.“ Hieraus kann man ersehen, dass damals das OVG den Anleitungsnutzen typischer Rechtsfälle als „Referenz“ positioniert hat, und nicht als „Anleitung“. Aber der zweite Fünfjahresreformabriss für die Volksgerichte schlägt nun ausdrücklich vor, „das System der Leitentscheidungen zu etablieren und zu vervollkommen, und den Nutzen der Leitentscheidungen hinsichtlich u. a. der Aspekte, den Rechtsanwendungsstandard zu vereinheitlichen, die Rechtsprechungsarbeit der Untergerichte anzuleiten sowie die Rechtstheorie zu bereichern und zu entwickeln, hervorzuheben.“ Dies zeigt, dass hinsichtlich der Anerkennung der Rechtsstellung das OVG den Nutzen der Leitentscheidungen als „Anleitung“ positioniert hat. Der „Anleitungs-“Nutzen darf nicht gleich verstanden werden wie der „Referenz-“Nutzen, aber er unterscheidet sich ebenfalls vom Grundsatz im Fallrecht, „sich nach vorherigen Entscheidungen zu richten“.

Wir verstehen, dass dieser Anleitungsnutzen erfordert, dass Leitentscheidungen eine „tatsächliche Bindungswirkung“ haben sollten. Diese sogenannte tatsächliche Bindungswirkung bedeutet, dass Gerichte derselben Ebene oder

von unteren Ebenen sie hinreichend beachten und berücksichtigen „müssen“. Falls sie offensichtlich hiervon abweichen und ein unbilliges Urteil erzeugen, begegnen sie auf Seiten der justiziellen Verwaltung der Gefahr einer Sanktion oder einer Disziplinarmaßnahme. Das Urteil kann zudem gemäß der statuierten Verfahren aufgehoben, geändert oder es kann gegen das Urteil ein Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet usw. werden. Oberflächlich betrachtet scheinen sich solche Gefahren zu ergeben, weil offensichtlich von den Leitentscheidungen abgewichen wird. Tatsächlich aber realisieren sie sich bei „Verstoßen gegen die ausdrücklichen Bestimmungen des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts“. In einem System des statuierten Rechts haben die Richter immer noch die Möglichkeit gemäß ihres subjektiven Willens und ihres „Gewissens“, unter dem Mantel des statuierten Rechts, mittels rechtlicher Auslegung von Normen, den eigentlichen Sinn der rechtlichen Normen anzustreben. Hier stellt das System der Leitentscheidungen zu einem bestimmten Grad eine „die richterliche Ermessensfreiheit regulierende Fessel“³⁰ dar. Dieser regulierende Nutzen zeigt sich vornehmlich darin, dass mittels des Synthesenutzens der Leitentscheidungen bewirkt wird, dass die Richter zunächst die in den Leitentscheidungen festgelegten Gesetzesauslegungen verwenden müssen, und sie bei Abweichen von den Leitentscheidungen wiederum ein besonderes gesetzliches Verfahren beachten müssen. Auf diese Weise erfährt die subjektive Ansicht der Richter durch die institutionalisierenden Faktoren der Leitentscheidungen eine effektive Einschränkung. Somit verstärkt die hier besprochene „tatsächliche Bindungswirkung“ in der Praxis, vom Blickwinkel des Urteilsmanagements und der justiziellen Methodik aus, eine Sorgfaltspflicht der Richter bezüglich der Leitentscheidungen. Durch materielle und prozessuale Disziplinarregelungen wird daneben gewährleistet, dass, einschließlich solcher ähnlicher Fälle, in denen gemeint wird, dass die Leitentscheidungen nicht angewendet werden sollten, dass die jeweiligen Leitentscheidungen verkündende Gericht schriftlich benachrichtigt werden muss. Hinsichtlich eines Urteils, welches von den Prinzipien und dem Sinn der Leitentscheidungen abweicht, können die vorgesetzten Gerichte bei der Rechtsverhandlung anordnen, dass das Urteil aufgehoben oder geändert wird, sowie möglicherweise eine Verbindung mit der zielbasierten Evaluation der Richter herstellen usw. Deshalb enthält die tatsächliche (und nicht die rechtliche) Bindungswirkung im gerichtlichen Rechtsprechungssystem einen bestimmten Zwangscharakter. Nur so kann bewirkt werden, dass der Fortgang des Leitentscheidungssystems sowohl seinen Anleitungsnutzen hinsichtlich der Urteilsarbeit effektiv entfalten kann, als auch in der justiziellen Praxis nicht blind verwendet wird.

In der gegenwärtigen Lage der Erprobung durch die Gerichte an verschiedenen Orten, erscheinen, obwohl die benutzten Bezeichnungen möglicher-

³⁰Kenzo Takayanagi, *Anglo-amerikanische Rechtstheorie*, 1983, S. 58.

weise nicht identisch sind, die grundlegenden Vorgehensweisen relativ ähnlich. Beispielsweise erkennt man nicht an, dass die „Leitentscheidungen“ selbst eine rechtliche Verbindlichkeit besitzen, man positioniert die „Leitentscheidungen“ nicht als eine Art Rechtsquelle; Richter in einem Distrikt fällen bei der Verhandlung eines ähnlichen Rechtsfalles das Urteil mit Bezugnahme auf die „Leitentscheidung“. Falls sie meinen, dass man nicht Bezug nehmen sollte, richten sie sich an das die „Leitentscheidung“ verkündende Gericht; wenn beim Erlass eines Urteils eine „Leitentscheidung“ nicht nachgelesen wird und hierdurch ein falsches Urteil entsteht, werden die betreffenden Personen zur Verantwortung gezogen usw. Diese Erprobung hat bereits relativ gute praktische Ergebnisse gewonnen. Deshalb beeinflusst die Tatsache, dass gegenwärtig Leitentscheidungen so positioniert werden, dass sie eine tatsächliche Bindungswirkung haben, nicht ihre in der justiziellen Praxis effektiv entfalteten eigenen Funktionen und Nutzen. Wichtiger ist, weil sie der jetzigen Situation von Chinas Gesetzgebungssystem und Justizsystem hinreichend entsprechen können, dass sie genügend Raum erhalten, um in eine neue Stufe der Entwicklung einzutreten.

b) Leitentscheidungen als Präzedenzfälle?

Eine weitere mit der Wirkung verbundene Frage ist, ob eine Leitentscheidung ein Präzedenzfall sein und direkt zitiert werden kann. Derzeit fordern einige Gerichte bei der Umsetzung von Leitentscheidungen ausdrücklich, dass im Urteilsdikt des Gerichts verkündete Leitentscheidungen nicht direkt angeführt werden dürfen. Man sollte sehen, dass die Rechtswirkung irgendeiner in Kraft tretenden Entscheidung sich direkt auf den selbigen Rechtsfall bezieht und nicht andere Fälle betreffen kann. Nur wenn diese Entscheidung zu einem Präzedenzfall wird und zitiert wird, fließt sie in andere Rechtsfälle ein. Erst dann kann sie möglicherweise gegenüber den Urteilen in anderen Fällen eine essentielle Wirkung entfalten. Wenn Leitentscheidungen nicht zitiert werden, können sie nur schwer als Präzedenzfälle bezeichnet werden, auch kann man nicht sagen, dass praktische Urteile die Leitentscheidungen nachgesehen hätten. Im Grunde genommen, von den Ländern des kontinentalen Rechtskreises aus gesehen, sind Fälle, in denen Präjudizien in Gerichtsentscheidungen einfließen, auf Schritt und Tritt anzutreffen. Natürlich müssen wir uns auch darüber klar werden, dass das kodifizierte Recht die Rechtsquelle in China darstellt. Falls die Leitentscheidungen selbst keine rechtliche Bindungswirkung haben, dann dürfen sie nicht als „Urteilsbasis“ angeführt werden. Aber zitiert in Urteilsbegründungen verdienen sie dennoch eine gewissenhafte Behandlung. Kern eines Urteils ist *de facto* die überzeugende Argumentation des Richters. „Autorität rührt von Überzeugung und Anerkennung her. Hinsichtlich heutiger vernünftiger Menschen wird die Überzeugung durch das Beweisverfahren bestimmt, die Anerkennung durch die Überzeu-

gungswirkung.“³¹ Somit veranlasst die Verwendung von Leitentscheidungen um die überzeugende Argumentation des Richters zu stärken, die Parteien dazu, das Urteilsergebnis leichter zu akzeptieren. Es ist offensichtlich hilfreich dafür, die Überzeugungskraft und Autorität eines Urteils zu erhöhen. Unter gewöhnlichen Umständen haben Leitentscheidungen einen anleitenden sowie verallgemeinernden Teil, dieser ist eine im Urteil festgelegte Rechtsauffassung oder ein rechtlicher Lösungsvorschlag für betroffene Probleme, sowie eine rechtliche Argumentation für diese Auffassung oder diesen Vorschlag. Eine allen Argumenten auf den Grund gehende Urteilsentscheidung reicht ebenfalls aus, um zu zeigen, dass der Richter ein kompetenter und qualifizierter Richter ist. Das OVG und die Oberste Volksstaatsanwaltschaft haben bereits in der Einleitung ihrer gemeinsam erarbeiteten „Leitentscheidungen“ darauf hingewiesen: „Obwohl diese Leitentscheidungen keine direkte Rechtsbasis für Rechtsurteile sein können, können Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte sie dennoch als Urteilsgründe oder als Gründe der Gerichtsverhandlungen anführen.“ Die Voraussetzung für ein Zitat ist, dass der Grad der „Vergleichbarkeit“ zwischen dem streitigen Rechtsfall und der Leitentscheidung korrekt beurteilt wird. Dabei ist das System der Leitentscheidung hauptsächlich auf die zweckmäßige Argumentation der Rechtsanwendung fokussiert, sein Anspruch an die Anknüpfung zwischen den Tatsachen und dem Urteilsspruch ist grundsätzlich nicht so streng wie im Fallrecht. Somit wird es bei der Entscheidung für eine „Vergleichbarkeit“ gewöhnlich keine vergleichsweise großen Anerkennungsprobleme geben.

3. Die Ausführungsgrenze der Leitentscheidungen

Falls man die Leitentscheidungen als einen Modus der justiziellen Auslegung einordnet, kann man ihnen gemäß ihrer rechtlichen Bedeutung eine „normgemäße Bindungswirkung“ erteilen. In China, müssen die Leitentscheidungen, sofern sie als justizielle Auslegung eingestuft werden und den justiziellen Auslegungsmethoden der „Interpretation“, „Bestimmung“ und „Entscheidung“ gegenüberstehen³², eine strenge Regulierung erfahren. So verstanden, von den aus dem Rechtssystem herrührenden Zweifeln abgesehen, sind die Schwierigkeiten, denen die juristischen Berufe begegnen, sowie dass das System der Leitentscheidungen sich selbst noch nicht voll entwickelt hat,

³¹ Ji Weidong, Die Einrichtung eines rechtsstaatlichen Verfahrens, 1999, S. 53.

³² Am 1.4.2007 trat Art. 6 der Bestimmung über die justizielle Auslegungsarbeit in Kraft (veröffentlichtes Recht 2007, Nr. 12). Die Modi der justiziellen Auslegung können unterschieden werden in die vier Modi „Interpretation“, „Bestimmung“, „Entscheidung“ und „Replik“. Darunter gehören die ersten drei zur normativen Auslegung, die Replik gehört zur fallgebundenen Auslegung. Sie ist mit dem Modus der Leitentscheidung relativ vergleichbar, nur, dass eine noch ausstehende Rechtsfälle betrifft, die andere jedoch bereits entschiedene Fälle.

wichtige Ursachen, die nicht ignoriert werden dürfen. Das Subjekt mit der Befugnis zur justiziellen Auslegung kann nur das OVG sein. Dies wurde so schon früh in einem "Beschluss" des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses 1981 und dem Gerichtsorganisationsgesetz festgelegt. Der grundlegende Zweck dieser Regelung ist, auf Basis der Arbeitsteilung zwischen den Instanzen sowie des Umstandes, dass die Fähigkeit des Obersten Volksgerichtshofs, Rechtsanwendungsprobleme bei der Lösung von Falltatsachen zu überwinden, weit besser ist als die von unteren Gerichten, – eine justizielle Auslegung durch ihn ist von höherem Nutzen dafür –, eine Vereinheitlichung der Justiz des Staates und das öffentliche Interesse zu befriedigen.³³ Angesichts der Grundlage von Chinas System des statuierten Rechts sowie des Zustandes von Chinas Justizverfahren und Richterschaft, schlägt der Autor vor, die folgende Begrenzung hinsichtlich des Betriebsmechanismus von Chinas System der Leitentscheidungen einzuführen:

a) Auswahl der Leitentscheidungen

Erstens, bezüglich der Wahl der Leitentscheidungen muss man den ursprünglichen Sinn der Gesetzgebung verstehen. Außer in erster Linie den Inhalt des Gesetzes selbst zu analysieren, sind die Erläuterungen und Berichte bezüglich dieser Gesetze, welche die Zustimmung der Gesetzgebungsorgane erhalten haben, ebenfalls ein wichtiger Aspekt. In diesen Erläuterungen und Berichten kommen meistens der Gesetzgebungshintergrund, der Entwurfsablauf, kontroverse Fragen und deren Lösungen des betreffenden Gesetzes zum Ausdruck. Um den Gesetzgebungszweck deutlich zu machen, die Gesetzgebungsabsicht zu begreifen sowie das Recht richtig durchzuführen, sind sie von großem Nutzen. Sie sind der primäre Maßstab dafür, zu beurteilen, ob ein bestimmter Rechtsfall eine Leitentscheidung werden kann. Aber ausschließlich mit einer Begrenzung darauf kann man in einigen Fällen immer noch nicht erreichen, dass dem ursprünglichen Ziel der Gesetzgebung gefolgt wird. Die wichtigste Funktion der Leitentscheidungen ist, Rechtssicherheit und die sich ändernde Realität zu koordinieren. Die wesentliche Lösung ist nämlich die Vertiefung hinsichtlich des ursprünglichen Sinns der Gesetzgebung. Zu diesem Zeitpunkt sollte das OVG seine hervorstechende Auslegungsfähigkeit die auf oberster Justizebene gegenüber den staatlichen und öffentlichen Interessen erfolgt, entfalten, und einen Sachverhaltsvergleich und eine Politikabwägung durchführen, um die Leitentscheidungen umsichtig auszuwählen, außerdem rechtzeitig ein für die Fälle effektives „Berichtssystem bei Zuwi-

³³ Siehe *Yang Li*, Eine Untersuchung über das Funktionieren von Chinas System der Leitentscheidungen, *Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law)* 2008/6, 40.

derlaufen“, „Disziplinarregelung bei Gebrauchsabweichungen“ etc. zu etablieren.

b) Betriebsablauf des Leitentscheidungs-systems

Zweitens, der strikte Betriebsablauf des Systems der Leitentscheidungen. Auch in den Ländern des anglo-amerikanischen Rechts, die eine lange Geschichte der Rechtsfälle haben, ist die Frage danach, wie man die Unbestimmtheit bei der Anwendung von Generalklauseln überwinden kann, um einen Prozess zu führen und zu entscheiden, immer noch ein allgegenwärtiges Problem. Allerdings lässt die Errichtungsfunktion der Leitentscheidungen letztendlich ein öffentliches Handeln mit Vorhersehbarkeit zu. Es ist nötig, zwischen der Vorhersehbarkeit und Unbestimmtheit einen maximalen gemeinsamen Teiler zu erreichen. Das Festsetzen eines strikten Verfahrens der Fallanwendung sowie das Bestimmen einiger Prinzipien von unterschiedlichen Anwendungstechniken usw., betrifft nicht die Unbestimmtheit von Rechtsfällen, die durch das grundlegende System des justiziellen Auslegungsrechts herbeigeführt wird. Gegenwärtig können die heiklen großen Probleme, wie etwa eine Diffusion der justiziellen Auslegungsberechtigung nach unten sowie ihrer Pluralisierung, die Einschränkung, welche die justizielle Auslegung dadurch erleidet, dass sie nicht dazu befugt ist, Verwaltungsverordnungen auszulegen, sowie die vielseitigen Konflikte zwischen Auslegungen des OVGs und Auslegungen der oberen Staatsanwaltschaft im justiziellen Auslegungssystem, dazu führen, dass die Umsetzung des Systems der Leitentscheidungen in eine Unordnung verfällt, wo das justizielle Auslegungsrecht im Sinne eines „Partikularismus unter Feudalherren“ aufgeteilt wird. Das Nichtgebundensein, Verbiegen und sogar das Hinwegsetzen über Recht kann nur schwerlich eine Vorhersehbarkeit gestalten. Offensichtlich ist hinsichtlich der Zukunft der justiziellen Auslegung zu sagen, dass erst die Funktion des OVGs dergestalt zu fördern, dass sie sich von der justiziellen Beurteilung zu einer Vereinheitlichung der Rechtsanwendung transformiert, erst die Tatsache, dass die exekutive Auslegung der justiziellen Auslegung vorgeht, zu ändern, erst die systemischen Konflikte zwischen Auslegungen des OVGs und Auslegungen der obersten Staatsanwaltschaft zu ordnen und die Autorität der justiziellen Auslegung wahrhaftig wiederherzustellen, die grundlegende Stellung der Leitentscheidungen mit ihrer allgemeingültigen Bedeutung zu fördern bedeutet.

c) Bestimmtheit der Leitentscheidungen

Drittens, die Bestimmtheit der Leitentscheidungen stärken. Die augenfälligste Funktion der justiziellen Auslegung ist es zu bewirken, dass Rechtsbestimmungen weniger mehrdeutig sowie besser verständlich werden und dadurch praktischer anzuwenden sind. Aber die Erfahrung zeigt, dass dies ein

Wunschdenken ist. Die praktische justizielle Auslegung ist eine „nominell letzte Auslegung“. Wenn bei ihrer Anwendung auf anhängige Rechtsfälle möglicherweise immer noch Unklarheit und Mehrdeutigkeit bestehen, bedarf es daher einer „Wiederauslegung“. Aber die größte Besonderheit einer Leitentscheidung, die sich von den traditionellen justiziellen Auslegungsmodi unterscheidet, ist, dass sie die „Bestimmtheit eines konkreten Falles“ darstellt. Sowohl eine induktive Leitentscheidungsregel als auch eine entscheidende Urteilsbegründung stellen sich gegenseitig komplementierend, ausgestaltet mit den grundlegenden Fakten jenes Falles, Hintergrundmaterialien sowie dem Beweisführungsverfahren usw. spezifizierte Handlungsandeutungen dar. Man kann sagen, sie erreichen eine „Präzisierung“. Der Richter, der einen Rechtsfall entscheidet, kann durch verschiedene Techniken ihren Gebrauch begründet zurückweisen oder vermeiden. Das OVG kann sie ebenfalls aus angemessenen Gründen nicht verwenden, aber es darf keine sogenannte „Wiederauslegung“ durchführen. Selbst der Einwand, dass „die Entscheidung offensichtlich der Gerechtigkeit zuwiderlaufe“, ist nicht gestattet. Andernfalls würden die Leitentscheidungen, vergleichbar mit der Kompliziertheit und Biogsamkeit, die die traditionellen justiziellen Auslegungsmodi besitzen, dem OVG und gerade dem den Rechtsfall behandelnden Richter einen weiteren freien Auslegungsraum gewähren. Dies würde der ursprünglichen Intention der Leitentscheidungsverwendung zuwiderlaufen werden. Somit ist die Einschränkung hinsichtlich einer „Wiederauslegung“ von Entscheidungen nicht nur eine Würdigung der Autorität der Leitentscheidungen, sondern auch eine Bekräftigung der hierin liegenden Erkenntnis, dass die Auslegung nur dazu führen soll, dass das Recht klarer und transparenter wird anstatt die Unschärfe und Unordnung zu vergrößern.

Methodenfrage in der juristischen Ausbildung und im juristischen Staatsexamen in der Volksrepublik China

Berrit Roth-Mingram

I. Einleitung

Thema dieses Aufsatzes ist die Methodenfrage in der juristischen Ausbildung und im juristischen Staatsexamen in der Volksrepublik China (VR China). Für einen leichten Zugang zu dieser Thematik wird im Folgenden zudem kurz auf die Hintergründe einer juristischen Ausbildung in China eingegangen sowie ein Überblick über den heutigen juristischen Ausbildungsgang in der VR China gegeben. Im Anschluss daran erfolgt eine eingehende Auseinandersetzung mit den in der bisherigen juristischen Ausbildung und im juristischen Staatsexamen in der VR China angewandten Methoden sowie diesbezüglichen Reformvorschläge. Schließlich werden in einem Fazit die Untersuchungsergebnisse zusammengefasst und ein Ausblick auf die weitere Entwicklung der juristischen Ausbildung und des juristischen Staatsexamens in der VR China versucht.

II. Hintergründe einer juristischen Ausbildung in China

Die außergewöhnlich lange Entwicklung des chinesischen Rechts lässt sich anhand archaischer Rechtserscheinungen bereits in der Shang-Dynastie (ca. 16.-11. Jahrhundert v. Chr.) sowie anhand der ersten schriftlich fixierten Quellen aus der Westlichen Zhou-Zeit (1045-771 v. Chr.) nachvollziehen.¹ Wie jedoch war es um den Beruf des Juristen im altertümlichen China bestellt? Es ist anzunehmen, dass der damalige Rechtsgelehrtenstand nicht dem heutigen Bild von überaus spezialisierten Juristen entsprach. Im traditionellen China war eine Ausbildung mittels privater Tutoren üblich. Ziel dieser Ausbildung war das Bestehen einer allgemeinen Beamtenprüfung. Eine gesonderte juristische Prüfung war nicht vorgesehen. Für das Bestehen dieser allgemeinen Beamtenprüfung war daher weniger juristisches Fachwissen als viel-

¹ Zur Vertiefung siehe *Heuser*, Frühzeitliche Rechtsordnungen in China (10.-1. Jahrhundert v. Chr.), ZChinR 2008, 283ff.

mehr das Verständnis der chinesischen Klassiker in Philosophie und Literatur vonnöten.² Modernisierungsbemühungen in der juristischen Ausbildung setzten erst gegen Ende der Qing-Dynastie ein³, als auch erstmals entsprechende Universitätskurse eingeführt wurden.⁴ An diese Bemühungen wurde in der auf dem chinesischen Festland von 1911 bis 1949 andauernden Republikzeit angeknüpft.⁵

III. Überblick über die juristische Ausbildung in der VR China

1. Die schwierigen Anfänge einer juristischen Ausbildung in der VR China

Nach Gründung der VR China am 1. Oktober 1949 durch die Kommunistische Partei Chinas (KPCh) erfolgte relativ schnell ein Bruch sowohl mit dem Recht der Republik China als auch mit dem damaligen juristischen Personal, welches noch zu Republikzeit von der damals herrschenden Partei Guomindang eingesetzt worden war.⁶ Bereits in den frühen 1950er-Jahren unternahm die KPCh ein umfassendes Rechts- und Justizreformprogramm.⁷ Bemerkenswert ist hierbei, dass von Anfang an das notwendige Zusammenspiel von Recht und Politik betont wurde. Dies ist damit zu erklären, dass laut der marxistischen Doktrin, Recht und Gesetz im Wesentlichen die Interessen der Bourgeoisie widerspiegeln würden und daher, wenn nicht schon ganz aufgegeben, zumindest von der Politik kontrolliert werden müssten.⁸ Dies führte beispielsweise dazu, dass das Zentralkomitee der KPCh bereits im August 1949 die Gründung einer Universität für Politikwissenschaft und Recht erlaubte, an der Kader, ehemalige Juristen aus der Republikzeit und Schulab-

² He Weifang, China's Legal Profession: The Nascence and Growing Pains of a Professionalized Legal Class, *Columbia Journal of Asian Law* 2005, 138, 140f. führt aus, dass daher das traditionelle juristische System von Laien dominiert wurde. Diese Laien waren in erster Linie die Privatsekretäre offizieller Beamter, die letzteren bei der Entscheidung von Rechtsfällen halfen. Richter waren keine Juristen im modernen Sinne.

³ He Weifang (Fn. 2), 143.

⁴ Zuo Haicong, Legal Education in China: Present and Future, *Oklahoma City University Law Review* 2009/34, 51.

⁵ Für einen vertiefenden Einblick in die Rechtsreformen während der Republikzeit siehe Heuser, Der Ertrag der Republikperiode (1912-1949) für die Modernisierung des chinesischen Rechts, *ZChinR* 2009, 123ff.

⁶ Zou Keyuan, Professional Legal Education in the People's Republic of China, *Singapore Journal of International & Comparative Law* 2003/7, 161.

⁷ Dabei oblagen diesen Reformen nicht ausgebildeten Rechtsexperten, sondern Personen, „die ihre Erfahrung bei der Organisation von Bauernaufständen und Arbeiterstreiks und im Bürgerkrieg gemacht hatten“ (Heuser, „Sozialistisches Recht“ in der Erprobung. Entwicklungen der chinesischen Rechtsordnung (1949 – 2009), *ZChinR* 2009, 249.

⁸ He Weifang (Fn. 2), 145.

solventen in politischen und rechtlichen Themen im Sinne der KPCH unterrichtet werden sollten.⁹ Die erste rein juristische Fakultät wurde kurz danach im Jahr 1950 an der Renmin-Universität in Beijing eingeweiht.

Dieser Reformeifer im rechtlichen Bereich währte jedoch nicht lange. Bereits mit Einsetzen einer Anti-Rechts-Bewegung im Jahr 1957 als Reaktion auf die während der sogenannten Hundert-Blumen-Bewegung¹⁰ in der chinesischen Bevölkerung geäußerten Kritik an der damaligen politischen Situation in der VR China kam es zu einem Stopp von Rechts-, Ausbildungs- und Justizreformen. Anschließend folgte einer politischen Kampagne die nächste.¹¹ Ein Höhepunkt dieser Kampagnen war die Schließung des Justizministeriums in den Jahren von 1959 bis 1976 während der Kulturrevolution.

Erst nach Ende der zehn Jahre andauernden Kulturrevolution im Jahr 1976 begannen im darauffolgenden Jahr die meisten der zuvor geschlossenen Rechtsfakultäten wieder Studenten aufzunehmen.¹² Und bereits in den Jahren zwischen 1977 und 1982 setzte die sogenannte Große Entwicklung der Rechtlichen Ausbildung¹³ ein.¹⁴ Der neue Rechtsaufbau folgte dabei im Wesentlichen zunächst dem kontinental-europäischen Modell. Folge hiervon sind die großen Gesetzeswerke, die in den letzten Jahren zunehmend geschaffen wurden. Erst in den letzten Jahren kann ein wachsender sich durchsetzender anglo-amerikanischer Einfluss in der chinesischen Rechtswissenschaft sowie Rechtsausbildung festgestellt werden. Neben allgemeinen hochschulpolitischen Reformprogrammen¹⁵ ist für die juristische Ausbildung an chinesischen

⁹ Zou Keyuan (Fn. 6), 162.

¹⁰ 百花运动. Im Rahmen dieser von 1956 bis 1957 dauernden Bewegung war die chinesische Bevölkerung von der KPCh dazu aufgefordert worden, konstruktive Kritik an der damaligen Situation zu äußern. Der große Widerhall in der Bevölkerung verunsicherte die KPCh jedoch und führte zu einem abrupten Halt dieser Bewegung.

¹¹ Siehe Ausführungen bei Han Depei/Stephan Kanter, Legal Education in China, The American Journal of Comparative Law, Vol. 32, No. 3, 1982, 552; Zou Keyuan (Fn. 6), 163.

¹² Zou (Fn. 6), 163, weist darauf hin, dass bereits 1973 die Rechtsfakultäten der Peking-Universität und die Jilin-Universität wieder angefangen hatten, Studenten zu rekrutieren.

¹³ 中国教育法制建设的重大发展.

¹⁴ Han Depei/Kanter (Fn. 11), 554.

¹⁵ In der Hochschulausbildung sind insbesondere die beiden politischen Programme Projekt 211 (211 工程) und Projekt 985 (985 工程) zu nennen. Projekt 211 wurde vom chinesischen Bildungsministerium im Jahr 1995 auf den Weg gebracht, um den wissenschaftlichen Standard an chinesischen Hochschule, insbesondere auch im Vergleich zu westlichen Hochschulen, allgemein zu verbessern. Das Projekt 985 wiederum wurde vom damaligen Staats- und Parteichef Jiang Zemin anlässlich der 100-Jahrfeier der renommierten Peking-Universität im Mai 1998 ins Leben gerufen. Es knüpft an das Projekt 211 dergestalt an, dass ausgewählte Projekt-211-Hochschulen durch das Projekt 985 eine weitergehende Förderung erhalten. Im März 2012 waren dies 39 Hochschulen. Kern dieses Pro-

Hochschulen besonders das offiziell am 26. Mai 2012 eingeführte *Outstanding Legal Personnel Education Scheme*¹⁶ erwähnenswert. Dieses Programm wurde vom Bildungsministerium und *CPC Central Political and Legal Affairs Committee* am 23. Dezember 2011 beschlossen und hat Richtlinien für die juristische Ausbildung in der VR China zum Gegenstand.¹⁷ Dabei sind insbesondere zwei geplante Maßnahmen interessant: Erstens sollen aus den derzeit bestehender Rechtsfakultäten *Outstanding Legal Personnel Education Centers*¹⁸ bestimmt werden, wovon 80 sogenannte *Practice-Oriented and Interdisciplinary Legal Professional Personnel Education Centres*¹⁹ sowie jeweils circa 20 sogenannte *Foreign-related Legal Personnel Education Centres*²⁰ und sogenannte *Western Grassroots Legal Personnel Education Centres*²¹ gegründet werden sollen. Im November 2012 hatten das Bildungsministerium und *CPC Central Political and Legal Affairs Committee* bereits 58 *Practice-Oriented and Interdisciplinary Legal Professional Personnel Education Centres*, 22 *Practice-Oriented and Interdisciplinary Legal Professional Personnel Education Centres* sowie 12 *Western Grassroots Legal Personnel Education Centres* benannt.²² Hierbei sind Überschneidungen mit Hochschulen der Projekte 985 und 211 feststellbar.²³ Zweitens besteht das Ziel, stärkere Austauschbeziehungen zwischen Rechtstheorie und -praxis zu schaffen. Hierfür sollen sowohl 1000 exzellente Hochschullehrer für Recht ausgewählt werden und an praktische Rechtsorganisationen wie etwa Gerichte oder andere Rechtsorgane für ein oder zwei Jahre abgeordnet werden, als auch 1000 Personen aus den Reihen letzterer an chinesische Hochschulen versetzt werden. Diese Maßnahme wird daher auch als „Double 1000“ bezeichnet.²⁴ Das *Outstanding Legal Personnel Education Scheme* verfolgt viele für eine moderne Rechtsausbildung sinnvolle Ziele. Inwiefern dieses neueste politische Projekt jedoch von Erfolg gekrönt sein wird, bleibt abzuwarten und weiter zu beobachten.

jektes sind zwei Förderlinien im Bereich Wissenschaft und Technologie sowie im Bereich Geisteswissenschaften.

¹⁶卓越法律人才教育培养计划.

¹⁷ Für eine Vorstellung dieses Programms siehe *Shan Wenhua*, Legal Education in China: The New „Outstanding Legal Personnel Education Scheme“ and Its Implications, Legal Information Management, 2013, 10ff.

¹⁸卓越法律人才教育培养基地.

¹⁹应用型、复合型法律职业人才教育培养基地.

²⁰涉外法律人才教育培养基地.

²¹西部基层法律人才教育培养基地.

²² *Shan Wenhua* (Fn. 17), 18.

²³ *Shan Wenhua* (Fn. 17), 19.

²⁴ *Shan Wenhua* (Fn. 17), 18.

2. Heutige juristische Ausbildungswege in der VR China

Unmittelbar an den Gymnasialabschluss kann ein rechtswissenschaftliches vierjähriges Bachelorstudium aufgenommen werden. Dabei ist zu beachten, dass die Eliteuniversitäten für Jura²⁵ Spitzennoten in den national einheitlichen Abschlussklausuren für das Gymnasium verlangen.²⁶ Der Bachelorabschluss (LL.B.) befähigt bereits zu einem Einstieg in das Berufsleben.

Eine Mehrheit der chinesischen Studenten strebt jedoch einen an den Bachelorabschluss anschließenden Magisterabschluss beziehungsweise LL.M. an. Das dreijährige Magisterstudium wird in erster Linie zur Vertiefung und Spezialisierung in die Rechtswissenschaften genutzt.²⁷ Neben den Studenten mit einem Bachelor in Jura können auch fachfremde Studenten sich um ein juristisches Magisterstudium bewerben.²⁸

Im Anschluss an das juristische Magisterstudium können die Studenten noch eine Promotion ablegen. Die Einführung von Dokortiteln in der VR China erfolgte im Jahr 1981 als 151 Universitäten vom Staatsrat die Erlaubnis erhielten, Promotionsprogramme einzuführen. Von diesen 151 Universitäten waren damals jedoch nur drei berechtigt, auch Promotionen im Fach Recht anzubieten. Im Jahr 2013 waren dies bereits 37 Universitäten.²⁹ Die Promotionszeit beträgt in der Regel drei Jahre. Eine Promotion ist neuerdings Voraussetzung für eine wissenschaftliche Karriere in der VR China.³⁰ Im Gegensatz zu deutschen Jurastudenten arbeiten chinesische Promovierende ganz überwiegend auch auf solch eine wissenschaftliche Karriere an einer chinesischen Hochschule oder in einem chinesischen *Think Tank* hin. Die Erlangung des Doktorgrades, um seine Karrierechance als freiberuflicher Anwalt oder

²⁵ Gemäß dem internationalen Rankinganbieters QS sind die besten sechs Rechtsfakultäten in der VR China an den folgenden Universitäten zu finden: Peking-Universität in Beijing, Tsinghua-Universität in Beijing, Jiaotong-Universität in Shanghai, China University of Political Science and Law (CUPL) in Beijing, Fudan-Universität in Shanghai, Renmin-Universität in Beijing (eingesehen am 10. Juli 2014). Traditionell gelten folgende fünf Institute und vier Fakultäten als die besten Ausbildungsinstitutionen für die Rechtswissenschaft, nämlich die China University of Political Science and Law in Beijing, Southwest University of Political Science and Law in Chongqing, East China University of Political Science and Law in Shanghai, Zhongnan University of Economics and Law in Wuhan sowie das Northwest Institute of Political Science and Law in Xi'an. Die vier Rechtsfakultäten bestehen an der Renmin-Universität und der Peking-Universität in Beijing, der Wuhan-Universität in Wuhan und der Jilin-Universität in Changchun.

²⁶ Siehe Nachweis bei *Bu Yuanshi*, Juristische Ausbildung und Staatsexamen in Ostasien, ZEuP 2009, 783f.

²⁷ *Bu Yuanshi* (Fn. 26), 785.

²⁸ *Bu Yuanshi* (Fn. 26), 785.

²⁹ *Shan Wenhua* (Fn. 17), 13.

³⁰ *Bu Yuanshi* (Fn. 26), 785.

als Anwalt bei Sozietäten oder in der freien Wirtschaft zu verbessern, ist eher ungewöhnlich.

Als Doktor der Rechtswissenschaften kann der Student anschließend eine Assistenzprofessur annehmen. Weiterhin wurden bereits 1985 sogenannte *Post-Docs*-Forschungszentren eingeführt.³¹ Um den Professorenstand zu erreichen benötigt es keiner separaten Habilitationsschrift, sondern das erfolgreiche Durchlaufen der in der chinesischen Hochschullandschaft vorgesehenen Lehrergrade. Diese sind die Grade einer Assistenzprofessur, Juniorprofessur, außerordentlichen Professur und schließlich einer (ordentlichen) Professur.

Neben dem soeben geschilderten klassischen juristischen Ausbildungsweg können an den Rechtswissenschaften Interessierte auch den im Jahr 1995 eingeführten Abschluss eines *Juris Master* beziehungsweise J.M. anstreben. Dieser Abschluss steht am Ende eines dreijährigen Studienganges, welcher nur für Bachelorabsolventen nicht juristischer Fachrichtungen offen steht. Obwohl die Aufnahmeprüfungen ein fundiertes rechtswissenschaftliches Wissen abverlangen, genießt dieser Studiengang in der VR China bislang noch nicht dasselbe Ansehen wie das Studium zum Magister der Rechtswissenschaft.³² *Bu* bezeichnet den J.M. beispielsweise auch als ein „kompaktes Massenbachelorstudium in Jura“³³.

3. Die juristische Staatsprüfung in der VR China

Mittels zentral angeleiteter Prüfungen wird in der VR China bereits seit längerem versucht, ein einheitliches Niveau der Juristentätigkeit herbeizuführen. Bis 1986 wurde jedoch eine Rechtsanwaltsprüfung von der Richter- beziehungsweise Staatsanwaltsprüfung getrennt abgehalten. Erst im Jahr 2002 wurde die Prüfung für alle drei Berufsstände erstmals vereinheitlicht. Ebenso soll laut einer Ankündigung des chinesischen Justizministeriums von 2002 die Bestellung zum Notar vom erfolgreichen Bestehen der juristischen Staatsexamensprüfung abhängig gemacht werden.³⁴

Die Besonderheit der juristischen Staatsprüfung ist die, dass jeder Bachelorstudent, unabhängig von seiner Fachrichtung, an dieser teilnehmen kann. Bislang sind die Durchfallquoten jedoch recht hoch. Dies führt in der VR China „dazu, dass in ärmeren Gebieten nahezu alle Teilnehmer, die bereits am Gericht arbeiten und für das Richteramt die Prüfung nachzuholen

³¹ Deren Anzahl ist jedoch noch nicht sehr hoch. 2010 gab es lediglich zehn solcher Forschungseinrichtungen in der VR China (*Shan Wenhua* (Fn. 17), 13).

³² Dies mag unter anderem auch daran liegen, dass zum *Juris Master*-Studiengang erheblich mehr Studenten zugelassen werden und die Studiengebühren vergleichsweise hoch sind.

³³ *Bu Yuanshi*, (Fn. 26), 787.

³⁴ Siehe Nachweis bei *Zou Keyuan* (Fn. 6), 175.

haben, durchfallen, sodass zunehmend ein Mangel an Richtern entsteht“³⁵. Zudem ist zu beachten, dass bei der Auswahl künftiger Richter und Staatsanwälte in den letzten Jahren verstärkt Absolventen eines Jurastudiums bevorzugt wurden.

Inhaltlich unterscheidet sich das juristische Staatsexamen deutlich von seinen Pendanten des Ersten und Zweiten Staatsexamens in Deutschland und auch vom anglo-amerikanischen *Bar Exam*. Die Prüfung findet jedes Jahr an einem einzigen Termin statt. Sie umfasst vier Teile, die insgesamt an zwei Tagen in vier Sitzungen von jeweils drei bis dreieinhalb Stunden erfolgen. Anhand der in dieser Aufsatzsammlung abgedruckten Staatsexamensprüfung aus dem Jahr 2013 ist erkennbar, dass bislang eher die Abfrage von Wissen und nicht die juristischen Analyse- und Argumentationsfähigkeiten im Mittelpunkt stehen. Abgeprüft werden theoretisches Hintergrundwissen und die juristischen Standesregeln, materielles und prozedurales Verwaltungsrecht, materielles und prozedurales Strafrecht, materielles Zivilrecht sowie Zivilprozessrecht und Schiedsrecht, Wirtschaftsrecht, öffentliches Wirtschaftsrecht und internationales Recht. Die bevorzugte Prüfungsmethode ist das *Multiple Choice*-Verfahren. Daneben müssen die Prüfungskandidaten Analysen von kurzen Fällen anfertigen und Fragen in Form von Essays beantworten. Da sich viele Fragen unmittelbar aus dem Gesetzestext beantworten lassen,³⁶ ist die Benutzung von Gesetzestexten während der Prüfung vollständig ausgeschlossen. Zusammenfassend ist zu sagen, dass die juristische Staatsprüfung zwar ein breites Wissen bei den Kandidaten nachprüft und somit zu einer gewissen Standardsetzung in der juristischen Praxis führt. Zu kritisieren ist jedoch, dass das Staatsexamen in der VR China keinen besonderen Wert auf juristische Auslegungsmethoden und feinsinnige Argumentationsweisen legt.

4. Der juristische Vorbereitungsdienst

Im Gegensatz zu der in Deutschland notwendigen zweijährigen Referendariatszeit, an deren Ende die Zweite Juristische Staatsprüfung steht, ist in der VR China eine praktische Ausbildungszeit nur für angehende Anwälte vorgesehen. Diese beträgt gemäß Art. 5 Abs. 3 des Rechtsanwaltsgesetzes der VR China³⁷ ein Jahr. Zusätzlich müssen alle Anwälte jedes Jahr 40 Stunden spezielle Trainingskurse absolvieren. Seit November 2012 wird dieses Trai-

³⁵ Bu Yuanshi (Fn. 26), 792. Aufgrund dessen wurden, so Bu, verschiedene Zulassungstypen für Richter eingeführt. Wohingegen die Zulassung A im ganzen Land gültig ist, gelten die Zulassungen B und C nur in besonderen Regionen.

³⁶ Bu (Fn. 26), 794 zitiert Schätzungen, wonach 60 Prozent aller Fragen unmittelbar aus dem Gesetzestext heraus beantwortet werden können.

³⁷ 中华人民共和国律师法, in Kraft getreten am 15. Juni 1995, letzte Reformen am 28. Oktober 2007 mit Inkrafttreten am 1. Juni 2008.

ning vom *National Lawyer's College* in der Provinz Hebei organisiert.³⁸ Bewerber um eine Stelle bei der Staatsanwaltschaft oder bei den Gerichten indes können erst nach einer jahrelangen assistierenden Tätigkeit zum Staatsanwalt beziehungsweise Richter ernannt werden. Sie erhalten ein *Training on the Job*, die Absolvierung eines förmlichen Vorbereitungsdienstes ist nicht vorgesehen.³⁹ Daneben bestehen verschiedene Möglichkeiten der Weiterbildung, wie beispielsweise das auch in Deutschland bekannte Programm der „Chinesisch-Deutschen Zusammenarbeit zur Richterausbildung“ zwischen dem Rechtsberatungsservice der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ; früher Deutsche Gesellschaft für technische Zusammenarbeit, GTZ) und der Nationalen Richterakademie in Beijing zur Ausbildung junger Richter sowie Richterausbilder.⁴⁰

IV. Die Methodenfrage in der juristischen Ausbildung und im juristischen Staatsexamen der VR China

Die Frage nach den notwendigen Inhalten, Formen und insbesondere Methoden in der juristischen Ausbildung wird in der VR China seit längerem diskutiert. In wissenschaftlichen Zeitschriften finden sich hierzu vermehrt Aufsätze mit Ausführungen und Vergleichen zu ausländischen Rechtsordnungen und juristischen Ausbildungswegen. Insbesondere die US-amerikanische sowie die deutsche Juristenausbildung erfahren dabei verstärkte Aufmerksamkeit. Im Folgenden wird zunächst ein knapper Überblick über die derzeitigen Inhalte und Methoden der juristischen Ausbildung in der VR China gegeben. Daran schließt sich eine Diskussion über mögliche Entwicklungen an, wobei ein Fokus auf der Frage liegt, inwiefern die deutsche Juristenausbildung für die chinesische Methodenfrage von Vorbild sein kann.

1. Inhalte der juristischen Ausbildung

Grobe Richtlinien für die Inhalte einer Juristenausbildung lassen sich jeweils im Richter-, Staatsanwalts- und Rechtsanwaltsgesetz finden. In diesen Gesetzen werden die jeweiligen Voraussetzungen für die Ausübung dieser drei typischen Juristenprofessionen festgelegt. Dabei ist bemerkenswert, dass auch die ideologische Einstellung des Kandidaten geprüft wird. Weitere Anforderungen werden durch das chinesische Bildungsministerium festgelegt.⁴¹ Die-

³⁸ *Shan Wenhua* (Fn. 17), 14.

³⁹ *Shan Wenhua* (Fn. 17), 13.

⁴⁰ *Liu Zheng*, S. 194f. in diesem Band.

⁴¹ *Zuo Haicong* (Fn. 4), 51f.

ses erhält wiederum Unterstützung seitens des Justizministeriums und des Ministeriums für öffentliche Sicherheit.

Konkret lässt sich das Jurastudium in die fünf Bereiche Jurisprudenz, Standesregeln, chinesisches Rechtssystem, Prozessrecht sowie Rechtsvergleichung und internationales Recht untergliedern. Kurse werden in den Fächern Jurisprudenz, chinesische Rechtsgeschichte, chinesisches Verfassungsrecht, Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht, Zivil- und Zivilprozessrecht, Handelsrecht, gewerblicher Rechtsschutz, Wirtschaftsrecht, Strafrecht, internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht, Umwelt- und Ressourcenrecht, Arbeits- und Sozialsicherungsrecht angeboten.⁴² Daneben bieten viele chinesische Universitäten Kurse in sogenannten *soft skills* wie etwa englische Rechtsterminologie an.

2. Ausbildungsmethoden

In erster Linie erfolgt die juristische Ausbildung an chinesischen Universitäten in Form von Vorlesungen.⁴³ Manch eine Universität beginnt, zumindest die Anwesenheitspflicht zu lockern und bietet Online-Vorlesungen an. Nachdem diese frontale Unterrichtsweise in den letzten Jahren kritisiert wurde, werden zunehmend für Diskussionen offenere Unterrichtsformen an chinesischen Hochschulen eingeführt. Beispielsweise wird in der Regel in den Kursen des LL.M.- und des Promotionsprogrammes mehr Wert auf Diskussionen und Austausch mit den Studenten gelegt.⁴⁴ Daneben werden neuerdings amerikanische Lehrmethoden, wie etwa *Moot Courts* und *Legal Clinics*, eingeführt. Ebenso erfreut sich die deutsche Methodik der kleinen und großen Fallrechtsübungen zunehmender Beliebtheit an chinesischen Universitäten. Im Folgenden wird der jeweilige Status quo dieser Lehrmethoden in der VR China kurz skizziert.

a) *Moot Courts*

Vor einem *Moot Court* als einem fiktiven Gericht spielen Jurastudenten in den Rollen von Anwälten und Richtern fiktive oder reale Fälle durch. Sinn dieser Übung ist es, dass Studenten ihr theoretisches Fachwissen praktisch anzuwenden lernen. Insbesondere lernen Studenten die praktischen – etwa prozessrechtlichen – Fähigkeiten eines Rechtsanwaltes besser kennen. Weltweit gibt es mittlerweile eine große Anzahl an nationalen sowie internationalen *Moot Court*-Programmen.

⁴² Zuo Haicong (Fn. 4), 54f.

⁴³ Vgl. Zou Keyuan (Fn. 6), 181.

⁴⁴ Zuo Haicong (Fn. 4), 55f.

In China wurde ein *Moot-Court*-Programm erstmals in den 1920er-Jahren an einer Universität in Shanghai eingeführt.⁴⁵ Aber aufgrund der späteren politischen Unruhen und den damit verbundenen Unterbrechungen in der juristischen Ausbildung in der VR China wurden *Moot Courts* erst nach 1998 wieder an chinesischen Universitäten etabliert.⁴⁶

In der chinesischen Rechtswissenschaft werden die Vor- und Nachteile solcher *Moot Courts* in den letzten Jahren verstärkt diskutiert. Einerseits wird gelobt, dass die Studenten durch *Moot Courts* eine aktivere Rolle bei ihrer juristischen Ausbildung einnehmen und Praxiserfahrung sammeln können. Daneben ist anerkannt, dass die Teilnahme an *Moot Courts* sowohl das eigenständige Denken der Studenten als auch deren Charakterbildung stärken.⁴⁷ Nachteilhaft ist jedoch, dass die Praxiserfahrungen auf rechtliche Prozesse vor einem (Schieds-)Gericht beschränkt sind und dass die Kosten für diese Art der praktischen Ausbildung hoch sind.⁴⁸ Nichtsdestotrotz werden die Beibehaltung und der Ausbau von *Moot Courts* an chinesischen Rechtsfakultäten ganz überwiegend befürwortet. Ob jedoch eine stärkere Standardisierung im Bereich der *Moot-Court*-Programme erfolgen sollte⁴⁹ oder ob nicht gerade die Vielfalt und Unterschiedlichkeit der *Moot Courts* als Gründe für den spielerischen Erfolg bei den Studenten beibehalten werden sollten, bleibt zu diskutieren. Solange die *Moot Courts* lediglich eine Ergänzung zu den juristischen Ausbildungsmethoden wie Vorlesungen oder noch zu besprechenden Fallübungen darstellen, erscheint eine Standardisierung und Professionalisierung der chinesischen *Moot-Court*-Programme nicht von äußerster Dringlichkeit.

b) *Legal Clinics*

In der Forschung über die juristische Ausbildung in der VR China haben in den letzten Jahren insbesondere die *Legal Clinics* eine große Resonanz erfahren.⁵⁰ Die sogenannten *Legal Clinics* haben ihre Wurzeln in den USA⁵¹ und

⁴⁵ Song Lixin, Eine Besprechung der Moot Courts in der chinesischen Juristenausbildung und des juristischen Staatsexamens, *Theory Research* 2010/15, 113.

⁴⁶ Song Lixin (Fn. 45), 113.

⁴⁷ Tian Jianqian, Eine Analyse der Vor- und Nachteile der *Moot-Court*-Unterrichtsweise, *Journal of Tianshui Normal University* 2010/6, 125.

⁴⁸ Tian Jianqian (Fn. 47), 125.

⁴⁹ So gefordert von Tian Jianqian (Fn. 47), 127f.

⁵⁰ In der westlichen Forschung mag dies auch an der Dominanz englischsprachiger Artikel zur chinesischen juristischen Ausbildung liegen.

⁵¹ Der Begriff ist angelehnt an die *Clinical Programs*, die damals in dem US-amerikanischen Medizinstudium weit verbreitet waren; vgl. Zhang Li, Eine Beurteilung von Chinas zehnjähriger *Legal-Clinic*-Erziehung, *China Legal Education Research* 2012/1, 1f.

weisen eine enge Verbindung zu der *Legal-Aid-Bewegung*⁵² auf. In der VR China experimentierte erstmals im Jahr 1992 ein Professor an der Universität von Wuhan mit diesem Konzept.⁵³ Im September 2000 hatten bereits sieben Hochschulen *Legal Clinics* nach dem US-amerikanischen Vorbild in ihr Curriculum eingebunden.⁵⁴ Verbunden haben sie sich im *Committee of Chinese Clinical Legal Education (CCCCLE)*⁵⁵. Bereits Ende 2002 waren 87 Universitäten Mitglieder im CCCLE. Diese Zahl ist seitdem stetig am Wachsen.⁵⁶

Heutzutage können in der VR China drei verschiedene Ausprägungen von *Legal Clinics* unterschieden werden. Erstens solche, die sich mit konkreten Rechtsfällen befassen und beratend tätig werden; zweitens solche, die durch eine Zusammenarbeit mit Lokalregierungen bei deren lokaler Gesetzgebung hilfreich sind; sowie drittens solche, die mithilfe eines ganzheitlichen Ansatzes versuchen, positiv auf die *Local Governance* und *Rule of Law* lokaler Institutionen hinzuwirken.⁵⁷ Trotz dieser Vielfalt an *Legal Clinics* bestehen handfeste Schwierigkeiten, die ihren weiteren Erfolg in der VR China drosseln könnten. Zunächst kann noch nicht bei allen Jurastudenten der Wille zu einem ehrenamtlichen gesellschaftspolitischen Engagement festgestellt werden. Daneben fehlen vielen *Legal-Clinic*-Programmen, die bislang noch hauptsächlich mit Mitteln aus dem Ausland, etwa von der US-amerikanischen Ford-Stiftung, finanziert werden, finanzielle und personelle Ressourcen sowie Planungssicherheit. Damit hängt ferner die relative Abhängigkeit vieler *Legal Clinics* von ihren Geldgebern zusammen. Kritisch ist auch die zunehmende Standardisierung der *Legal-Clinic*-Prozesse durch die CCCLE zu bewerten, die innovative Ideen ersticken könnte.⁵⁸

Abschließend ist festzustellen, dass die *Legal Clinics* mittlerweile dennoch einen wertvollen Beitrag zum rechtswissenschaftlichen Curriculum darstel-

⁵² Diese *Legal Aid*-Bewegung entstand 1876 in den USA durch lokale Freiwilligen-gruppen. Nationale US-amerikanische Ausmaße erlangte sie erst in den 1960er-Jahren in einer groß angelegten Anti-Armutsbewegung. Heutzutage sind *Legal Clinics* im Curriculum fast aller *Law Schools* in den USA vorgesehen. (Notes: Adopting and Adapting: Clinical Legal Education and Access to Justice in China, Harvard Law Review 2007, 2136f.

⁵³ Zur Vertiefung siehe Phan Pamela N., Clinical Legal Education in China: In Pursuit of a Culture of Law and a Mission of Social Justice, Yale Human Rights & Development Law Journal 2005, 118ff.

⁵⁴ (Fn. 52), 2139. Diese sieben Hochschulen waren die Peking-Universität, Qinghua-Universität und Renmin-Universität in Beijing, die Wuhan-Universität und South Central University of Economics, Political Science and Law in Wuhan, die Fudan-Universität und die East China University of Political Science and Law in Shanghai.

⁵⁵ 中国诊所法律教育. Dieses Komitee wurde 2002 gegründet. Siehe für weitere Informationen <http://www.cliniclaw.cn/> (eingesehen am 10. Juli 2014).

⁵⁶ Jin Yingjie, Eine Erforschung der Ziele der *Legal-Clinic*-Erziehung, China Legal Education Research 2009/2, 96.

⁵⁷ (Fn. 52), 2148ff.

⁵⁸ (Fn. 52), 2146ff.

len. Sie ermöglichen den Studenten, sich mit realen Rechtsfällen auseinanderzusetzen, die Argumentationstechniken eines Anwalts zu erlernen sowie gesellschaftliche Prozesse besser zu verstehen.⁵⁹ Kritisch ist jedoch, dass nicht alle Studenten an diesen *Legal Clinics* teilnehmen möchten beziehungsweise können. Ferner wird von den Studenten verlangt, frühzeitig eine bestimmte Sichtweise zugunsten ihres Auftraggebers einzunehmen, was den unvoreingenommenen Blick auf Rechtsprobleme trüben kann.

c) Fallrechtsübungen nach deutschem Vorbild

Für den Austausch zwischen der deutschen und chinesischen Rechtswissenschaft bietet sich der Blick auf die zunehmend an chinesischen Universitäten eingeführten Fallrechtsübungen nach deutschem Vorbild an.⁶⁰ Die Lösung von Beispielfällen hat für chinesische Jurastudenten jedoch nicht dieselbe Bedeutung für ihre deutschen Kommilitonen. Denn Beispielfälle kommen bislang nur in einem kleinen Teil der nationalen Justizprüfung vor und sind auch nicht mit den in Deutschland üblichen Examensfällen, die in fünfständiger Bearbeitungszeit beantwortet werden, vergleichbar. Nichtsdestotrotz bieten sie nicht zu unterschätzende Vorteile. Konkrete Fälle aus der Praxis werden in den Vorlesungssaal gebracht und können so Verbindungen zwischen Theorie und Praxis aufzeigen. Gerade vor dem Hintergrund, dass an chinesischen Universitäten in der Regel bislang noch kein Schwerpunkt auf das Erlernen einer juristischen Methodenlehre und Didaktik gelegt wird, erweisen sich Fallrechtsübungen als überaus geeignet für die Übung juristischer Methodik, wie etwa der Gesetzesauslegung. Die Studenten werden zudem spielerisch zur analytischen Auseinandersetzung mit rechtlichen Problemen herangeführt, wobei sie ihr analytisches und insbesondere argumentatives Potenzial auszuschöpfen lernen. Sie erkennen, dass es in der Realität nicht immer nur eine vertretbare Antwort auf ein Rechtsproblem gibt, sondern dass durch entsprechende Argumentation nicht selten mehrere Lösungen vertretbar sind. Diese Erkenntnis kann ihnen bei einer späteren beruflichen Tätigkeit insbesondere als Richter oder Rechtsanwalt, helfen.

3. Reformvorschläge

Die Ausführungen insbesondere zu den in der VR China relativ neuen Unterrichtsformen der *Moot Courts*, *Legal Clinics* und Fallrechtsübungen nach deutschem Vorbild deuten den derzeit stattfindenden Wandel im chinesischen juristischen Ausbildungssystem von reiner Vorlesungsdidaktik zu vermehr-

⁵⁹ Siehe hierzu den ausführlichen Beitrag von *Yuan Gang*, Die Entwicklung der Assimilation der juristischen Falldidaktik, *China Legal Education Research* 2009/3, 119ff.

⁶⁰ *Wang Yuping*, Das deutsche Rechtsausbildungsmodell und seine Impulse für die VR China, *Higher Education & Economy* 2010/3, 46f.

tem Fallrechtsbezug und Diskussionen zwischen dem Lehrpersonal und den Studierenden an. Die Tatsachen, dass sowohl das Recht Deutschlands als auch das der VR China dem kontinental-europäischen Rechtskreis zugeordnet werden können sowie beide Rechtsordnungen stark von Gesetzeskodifizierungen und weniger vom Fallrecht geprägt sind, veranlassen viele chinesische Wissenschaftlicher die deutsche Juristenausbildung als Vorbild für die chinesische Juristenausbildung heranzuziehen.⁶¹ Dabei werden in der chinesischen rechtswissenschaftlichen Landschaft vermehrt Rufe nach Reformen bei den Methoden der Juristenausbildung laut.

Zunächst stellt sich die Frage, was Ziel und Leitbild einer guten Juristenausbildung sein sollte. Denn die Berufswahl stellt sich für den Juristen als überaus vielfältig dar. Er kann in den Staatsdienst gehen, um Richter, Staatsanwalt oder Verwaltungsbeamter zu werden. In der Privatwirtschaft kann er als freischaffender Rechtsanwalt oder Unternehmensjurist tätig werden. Schließlich kann er auch in die Politik gehen oder Forschung an einer Universität oder einem wissenschaftlichen Institut betreiben. Ein Jurastudent kann während seiner Ausbildung kaum mit allen diesen möglichen Berufsbildern vertraut gemacht werden. Daher hat sich die deutsche Juristenausbildung schon früh für einen Beruf als Maßstab entschieden. Dieser ist der des Richters. Kontakt zu weiteren Berufsbildern kann mittels studienbegleitender Praktika und während der zweijährigen Referendarzeit geknüpft werden. In der Juristenausbildung in der VR China hingegen kann – wenn überhaupt – eher von einer Ausrichtung am Berufe des Rechtsanwaltes gesprochen werden. Problematisch hieran ist, dass dem Student im schlimmsten Falle kein objektiver Blick auf Rechtsprobleme ermöglicht wird und er bei Beispielsfällen zu schnell die Vertretung nur einer Streitpartei erlernt. Als Jurist sollte er es aber auch verstehen, bei Rechtsstreitigen für eine ausgleichende Gerechtigkeit zu sorgen. Aufgrund dessen gibt es Stimmen in der chinesischen Rechtswissenschaft, die sich für eine stärkere Ausrichtung am Berufsziel des Richters in der chinesischen Juristenausbildung einsetzen.⁶²

Ein weiteres Problem in der chinesischen Juristenausbildung stellt die oft fehlende Konzentration auf reine Rechtsthemen im Studium dar. Ein insbesondere in den ersten Semestern eines LL.B.-Studiums breites Angebot an Zusatzkursen in Fremdsprachen und sogenannten *Soft Skills* wie etwa Verhandlungstaktik oder Kurse in Marxismus, Leninismus und zu den Theorien von *Mao Zedong* und *Deng Xiaoping* bergen eine große Ablenkungsgefahr von den eigentlichen juristischen Fachinhalten.⁶³ Eine Anpassung des Vorle-

⁶¹ S. u. a. *Wang Yupin* (Fn. 60), 46ff.; *Hao Yanbing*, Das deutsche Rechtsausbildungssystem und seine Impulse, *Theory Research* 2012/15, 203f.

⁶² S. u. a. *Ge Yunsong*, Das Ideal der juristischen Ausbildung, *Peking University Law Journal* 2014/2, 291ff.

⁶³ *Ge Yunsong* (Fn. 62), 288.

sungsstoffes mit Fokus auf die Grundlagen von Zivil-, Straf- und öffentlichem Recht scheint daher geboten.

Hinsichtlich der Unterrichtsmethoden wurde bereits erläutert, dass Vorlesungen zunehmend von *Legal Clinics* oder Fallrechtsübungen begleitet werden. Unter anderem mit Hinblick auf das bevorzugte Leitbild einer Richterausbildung sollten Fallrechtsübungen dabei verstärkt Raum in den Studienplänen eingeräumt werden. Denn im Gegensatz zu den in *Legal Clinics* oder im Rahmen von *Moot Courts* besprochenen Fällen bieten die fiktiven Fälle der Fallrechtsübungen zum einen die Möglichkeit, alle möglichen Rechtspositionen zu beleuchten und zu vertreten. Zum anderen können sie ein ausge dehntes Stoffgebiet und komplizierte Rechtsprobleme abdecken. Und im Gegensatz zur insbesondere in anglo-amerikanischen Ländern beliebten Sokratischen Lehrmethode können nicht nur ein paar, sondern alle Studenten in die Diskussion und die Lösung der Fälle eintreten.⁶⁴

Diese Reformvorschläge im Rahmen der Ausbildungsmethodik führen zu weiterführenden Forderungen, unter anderem für die Staatsexamensprüfung. Letztere sollte in Zukunft weniger *Multiple-Choice*-Fragen beinhalten, sondern komplexe, mithilfe von Gesetzestexten lösbare Beispielsfälle abprüfen. Es ginge damit in Zukunft weniger darum, juristisches Wissen zu kennen, sondern zu verstehen und anzuwenden.⁶⁵ Logisch erscheint dabei die nächste Reformforderung, dass in Zukunft nur Studenten der Rechtswissenschaften an der Staatsexamensprüfung teilnehmen dürfen sollten.⁶⁶ Hierdurch könne sichergestellt werden, dass nur Kandidaten, die bereits vertiefte Kenntnisse juristischen Fachwissens und einer Rechtsdogmatik aufweisen, überhaupt die Prüfung ablegen. Die bislang bestehende Möglichkeit, dass juristisch ungeschulte Teilnehmer lediglich durch Auswendiglernen typischer Prüfungsfragen und -antworten bestehen und später in der Berufspraxis über keine fundierten juristischen Fähigkeiten verfügen, würde hierdurch ausgeschlossen.

Eine weitere Reformmöglichkeit bietet sich für die Zeit nach der chinesischen Staatsexamensprüfung an. Das Durchlaufen einer dem deutschen Referendariat vergleichbaren Praxisphase könnte in Zukunft eine weitere Voraussetzung für die Einstellung in den Staatsdienst oder die Anwalts- und Notarzulassung darstellen. Hierdurch würde auch der Forderung entsprochen werden, dass auch andere Institutionen als die Universitäten eine Pflicht und Kompetenz zur Förderung von *Legal Skills* der Jurastudierenden hätten.⁶⁷ Zwar gibt es bereits sogenannte *Training-on-the-Job*-Programme oder auch

⁶⁴ Ge Yunsong (Fn. 62), 313.

⁶⁵ Ge Yunsong (Fn. 62), 287.

⁶⁶ Vgl. Yu Bo, Die deutsche Rechtsausbildung und die Impulse für China, *Journal of Hebei Normal University* 2010/3, 50ff.

⁶⁷ Vgl. Zhu Suli, An Institutional Inquiry into Legal Skills Education in China, *Global Business & Development Law Journal* 2009/22, 90.

die vom Obersten Volksgerichtshof und von der Obersten Volksstaatsanwaltschaft jeweils eigens eingerichteten Berufsschulen.⁶⁸ Problematisch hieran ist, dass diese Programme und Berufsschulen bereits auf eine bestimmte Berufswahl festgelegt sind. Zu beachten ist auch, dass um Fragen der Praxis und insbesondere auch des Zivil-, Verwaltungs- und Strafprozessrechts kennenzulernen, der chinesische Jurastudent bislang nur die Möglichkeit hat, während seines Studiums möglichst viele Praktika zu absolvieren. Einen umfassenden Überblick über die verschiedenen Berufswahlmöglichkeiten und deren jeweiligen Besonderheiten erlangt er hierdurch nicht. Die Einführung einer für alle Juristen notwendigen einheitlichen Praxisphase könnte dieses Problem beheben.

V. Fazit und Ausblick

Trotz der langen Zeit archaischer Rechtsercheinungen in China knüpft die heutige chinesische Juristenausbildung nur bedingt an diese Zeit an. Die in der Neuzeit vorgenommenen Rechtsetzungs- und Ausbildungsprozesse waren zunächst von politischen Idealen des Kommunismus durchdrungen, bevor sie in der Reformära nach 1978 entideologisiert und auf eine wissenschaftliche Basis gestellt wurden. Die heutige chinesische Juristenausbildung kann als vielfältig bezeichnet werden. Dies nicht nur in Bezug auf die unterschiedlichen Ausbildungsgrade, die der chinesische Student der Rechtswissenschaften erlangen kann, sondern auch hinsichtlich der im Jurastudium angewandten Methoden. Neben der auch bereits im traditionellen China verbreiteten Lehrmethode von Vorlesungen und Rezipieren setzten sich an chinesischen Universitäten zunehmend moderne Lehrmethoden etwa aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis oder Deutschland durch. Dabei ist festzustellen, dass die Entwicklung der juristischen Ausbildung in der VR China noch nicht abgeschlossen ist.

Die Verfasserin hat sich in diesem Aufsatz unter anderem für die verstärkte Einführung von Fallrechtsübungen nach deutschem Vorbild ausgesprochen. Diese Bevorzugung des deutschen Systems ist nicht nur dem deutschen Ausbildungshintergrund der Verfasserin geschuldet, sondern auch dem Glauben, dass nur mittels einer für Diskussionen und für die Anwendung einer juristischen Methodik offenen Arbeitsatmosphäre der Student der Rechtswissenschaften sein Judiz schulen und zur Vollendung bringen kann. Für die Zukunft bleibt abzuwarten, ob das chinesische Ausbildungssystem sich eher am amerikanischen Weg orientieren wird – wofür die bereits vorgenommene Einführung von *Moot Courts* und *Legal Clinics* sprechen würde –, oder ob die deutsche Art und Weise der Rechtsausbildung mit einem Fokus auf Fallü-

⁶⁸ Zou Keyuan (Fn. 6), 167.

bungen während der akademischen Ausbildung und dem daran anschließenden zweijährigen Referendariat mit einem zweiten Staatsexamen eine Entwicklungsalternative darstellen könnte.

Teil IV
Methodendiskussionen in Ostasien

History and Present of Legal Interpretation in Japan

Takehiro Ohya

I. The Origin of Japanese Legal Tradition

1. Reception of Law from the Meiji Period

The history of modern law in Japan started from the Meiji Restoration (明治維新, 1867-), as one of its main objectives was for Japan to be recognized as a “civilized” country to avoid colonization by the western powers. In its first stage, some proposed to rapidly import Western law by translating French civil code and replacing the word “French” with “Japanese”, as the 1st Minister of Justice (司法卿) *Etō Shinpei* (江藤新平).¹ This kind of proposal, however, was unable to gain sufficient support within the government. Firstly, many people thought that the law should be suitable for the society it represents, especially in the case of private law governing civil society, so any law imported shall not be just translated but coordinated to the Japanese society. Secondly, they could not agree on the country from which they should transplant the law. Since Japan could maintain its independence at the time, on one hand, they could maintain the freedom to choose their own model, but, on the other hand, lacked a consolidated legal model necessary for imitation. The earliest legal education, for instance, took different models in different organizations: in Tōkyō University (later to be the Imperial University; 帝国大学 (1886), and the Imperial University of Tōkyō; 東京帝国大学 (1897)) the education of future statesmen and bureaucrat started with the teaching of English law, while the Legal Studies Center in the Ministry of Justice (司法省法学寮) decided to adopt French law to train their students to be future judges.²

¹ *Etō* made such an order to his staff, according to one of the representative Meiji jurists. Memoir by Kuninori Kabuto, quoted in: *R.Nagao*, Tragicomedy in the History of Meiji Legal Studies, The Origin of Legal Studies, 1998, p. 195-196.

² In Tōkyō University, English (or American) lecturers held their lectures in English, using English textbooks, and all the evaluation was made in English. Same situation held in French in the Legal Studies Center. The lecturers were gradually replaced with Japanese studied in each country. See, *R.Nagao* (Fn. 1).

This antagonism is reflected in the history of the Code Dispute (法典論争), as the civil code drafted mainly by the hands of French counselor *Gustave Boissonade* who was hired by the Ministry of Justice. While the code was promulgated in 1890, many scholars criticized it as depending on the Natural Law Theory as the French code had, and was thus not suitable for the Japanese society, as it ignored traditional Japanese value to put importance on family ties. As a result of this dispute, the planned enforcement of the Boissonade code in 1892 was postponed, to be replaced by the newly drafted (current) Civil Code, enacted in 1896 and came into force in 1898, mainly by the hands of three Japanese legal professors. While this dispute was long considered to be between new ideas and old traditions, i.e. between the reformist actively accepting Western individualism and the conservative sticking to feudal family customs, recent studies show that the main antagonism lay between the two traditions from which country they should import laws.³ Those who actively supported the code belonged mainly to the French school, while the critics to the English school. One of the representative critics, *Hodumi Yatsuka* (穂積八束), who published the famous paper titled “Civil Code Comes, Loyalty Gone”,⁴ graduated from the Kaisei School (predecessor of Tōkyō University) where he studied English law and studied abroad in England (and later in Germany). While this paper was considered to show the conservative nature of the critics attacked the foreign character of the Code, family law within the Code was in fact drafted by Japanese officials (to coordinate with the Japanese family system), and *Hodumi* could make little contribution in the re-drafting process of the new code.

The result of this dispute, however, found victory into the hands of German school, which later occupied the education in the Imperial University.⁵ The reason could be complex: (1) the difficulty of importing English law, which consisted of huge piles of cases, was gradually recognized, and thus decreased its attractiveness; (2) as a result of the Franco-Prussian War (1870), the European balance of power was seemed to favor Germany, especially from the Japanese viewpoint; and (3) the historical position of Germany's

³ Eg., *R.Nagao* (Fn. 1), p. 193-208. Until this codification, each judge applied his preferred law in court, usually chosen from his educational background, following the Rules on Trial Affairs (裁判事務心得) providing that the judge applies “the way of reason” (条理) in civil cases when there lacks any written law or custom. See, *K.Hiranuma*, Memoir by Hiranuma Ki'ichirō, 1955, p. 49-50.

⁴ *Y.Hodumi*, Civil Code Comes, Loyalty Gone, *New Journal of Legal Studies*, no. 5, 1891.

⁵ The Meiji government's policy was to send the best students from the Imperial University to Germany, and appoint them to professor upon their return. The abolishment of the Legal Studies Center to be integrated into Tōkyō University in 1885 was “not only the institutional restructuring, but the submission of French school to German one”. *R.Nagao* (Fn. 1), p. 205.

rapid integration into a nation state was accepted to be similar to the Japanese situation. The last element was key for Japan to enact its constitution (The Constitution of the Empire of Japan; 大日本帝国憲法, promulgated in 1889), and required learning from German professors and advisors.⁶

Due to this situation, many legal professors studied abroad in Germany as a part of their graduate education to bring the German way of legal interpretation into Japanese academia. While some continued to study in England or France, the main scene of legal education, especially in the imperial universities, was occupied by German tradition.

2. Influence of Postwar Reform

As the result of Japan's defeat in the Second World War, the fundamental reform of government was made under occupation of the Allied Powers (mainly the United States) and strong American influence (戦後改革; Postwar Reform). The symbol is the new Constitution of Japan (日本国憲法), promulgated in 1946, was based on the draft given by GHQ/SCAP. In the legal areas affected largely by this reform, e.g. constitutional law (especially regarding human rights and new government systems),⁷ family and inheritance law,⁸ criminal procedure,⁹ and newly advanced areas, such as intellectual property or company law, American influence was strong as many Japanese legal professionals and professors studied abroad in the U.S. However, traditional areas like civil law (especially contract and property law), criminal law, or administrative law, still retained their German influence and required many young researchers to spend some years in Germany.

⁶ One of the representative statesmen, *Hirobumi Itō* (伊藤博文 (1841-1909), later to be the Prime Minister (1st, 5th, 7th, and 10th) and the 1st Chairman of the Privy Council (枢密院議長)) himself visited Europe to study constitutional systems, and decided to take the Prussian model following the advice of Professor *Lorenz von Stein* of the University of Vienna, and Professor *Rudolf von Gneist* of the University of Berlin. He and three other Japanese lawyers drafted the imperial constitution with help from advisors *Hermann Roesler* and *Albert Mosse*.

⁷ For instance, the judicial review was introduced into Japanese law for the first time are similar to that of the U.S. which requires concrete damage and shall be judged in the ordinary courts as a part of ordinary civil or administrative disputes. See, the Constitution of Japan, Article 81, and the Constitutionality of the Police Reserve Case (Supreme Court judgment, 8 October 1952) to judge that any court shall not have power to make abstract judgment on the constitutionality.

⁸ The 4th and 5th part of the Civil Code (family and inheritance law), fully amended in 1947 to be compatible with the new constitution.

⁹ The (new) Criminal Procedure Code was promulgated in 1948 and came into force in 1949.

3. The Age of Survey

The other characteristic derived from this historical path, i.e. not dependent on certain source (“mother law”), is the Japanese preference for comparative surveying, especially with regards to legislation. Since the legal education, especially which in the imperial universities was occupied by the German school, as mentioned, the new Civil Code was generally considered to be based on the German tradition. This widely shared belief was enhanced by the fact that the new code adopted the Pandekten style in its composition, same as the BGB (Bürgerliches Gesetzbuch, 1900). Detailed studies from 1970s showed, however, the drafting process of the new code was based on the wide range of comparative studies.

Some parts of the code pointed to influence of the French and English code.¹⁰ The official record of the drafting committee showed that the drafters, mainly three Japanese who had studied abroad in France, Germany, and England, respectively, surveyed related civil codes from more than 30 countries, including Belgium, India, the Netherlands, and Montenegro.¹¹

This (in a way) persistence to conduct comparative surveys is derived partly from the experience of failed legislation in the earlier Meiji restoration, typically that of *Etō*. His successor, 2nd Minister of Justice *Takatō Ōki* (大木喬任), ordered a nationwide survey on civil custom, which led to the publication of the Nation-Wide Collection of Civil Customs (全国民事慣例類集) in 1880. The method of completing a nationwide survey before introducing new legislation was repeated during the period of prewar colonization. For example, in Taiwan, based on the area-wide survey on civil custom and Qing Dynasty administration organized by the Governor-General's Office of Taiwan (臺灣總督府), a series of reports, such as Taiwan Private Law (臺灣私法) and the Administration Law of Qing (清國行政法) were published as premise for Japanese rule and governance. The gradual prohibition of opium smoking, successfully finished by 1945, was a typical example to take of this measure. Both in Manchuria and Northern China, the Japanese government started

¹⁰ One of the leading civil lawyers, *Ei'ichi Hoshino* asserted from the 1970s that at least half of the Civil Code was derived from French code, in spite of its composition. See, e.g. *E.Hoshino*, Collected Papers on Civil Law, Vol. 1, 1970, p. 71, and Vol. 5, 1986, p. 148. The *ultra vires* doctrine (if a legal body (typically corporation) enters into a contract beyond the scope of its power given in its charter, the contract is illegal) prescribed in Article 34, is typical English influence in the Civil Code.

¹¹ According to *Kenjiō Ume*, one of the main drafters of the Civil Code, the laws they most frequently referred to were that of Sachsen (Germany), Zürich (Switzerland), Spain, and Montenegro. See, Record of Questions on the Code (法典質疑録), no. 8, p. 677, p. 674-676, and no. 9, p. 777.

surveying local civil customs during the continuing invasion and warfare, especially from 1938.¹²

Thus, this period is called “the age of survey”,¹³ and while Japanese colonialism and militarism died out in its defeat in the Second World War, this tendency to prefer survey *ex ante* has continued to survive.

4. Remaining Influence

We can point out three important institutions concerning this tendency: the National Diet Library (国立国会図書館), especially its Bureau for Investigation and Legislative Examination (調査及び立法考査局), the Deliberative Council for Legal System (法制審議会), established under the Ministry of Justice, and the Cabinet Legislation Bureau (内閣法制局; CLB).

Along with the Library's main function to store all the books and magazines published in Japan, the Bureau for Investigation and Legislative Examination's primary duty is to provide legislative services to the Diet, e.g. (1) to support their committees in investigation and evaluation concerning measures, (2) to provide useful information for both houses, committees, and each members of the Diet, and (3) to draft measures in case of need, and to support administrative or judicial branches of the government and general public, if possible.¹⁴ To fulfill this task, many specialists, including university professors are hired as full-time Professional Investigators (専門調査員) for some years to provide detailed information and investigation in their field of specialty. Outcomes are published in many forms, and the main publication with relation to this tendency is Foreign Legislation (外国の立法), which consists of monthly bulletins to promptly report legislative trends in foreign countries, and quarterly magazines that carry comments and translations of foreign legislation as reference for drafting and considering new legislation.¹⁵

Most legislation in Japan was proposed and drafted in the administrative branch of the government, not by the members of the Diet, with help from

¹² The Survey on History and Geography in Manchuria and Korea (満洲朝鮮歴史地理調査, 1908-14) and the Survey on Agricultural Village Customs in Northern China (華北農村慣行調査, 1940-44) were both organized by the Manchurian Railway Company (満洲鉄道), under the influence of its 1st president *Gotō Shinpei*, who was the Director of Civil Administration (民政長官) of Taiwan, to organize the survey on civil customs.

¹³ *H.Nishi*, *The Formation Process of “Taiwan Private Law”: Stratigraphical Analysis of the Text*, 2009.

¹⁴ The National Diet Library Act (Act no. 5 of 1948), Article 15. Only the Bureau for Investigation and Legislative Examination has its statutory foundation in the Act, and thus is considered to be a special organization.

¹⁵ In addition to Foreign Legislation, longer survey reports on long-term policy problems are published monthly in Reference (レファレンス) magazines, and short reports are published on demand as the Investigation and Information: Issue Brief (調査と情報: Issue Brief).

many legal professors to provide comparative information from other jurisdictions. In the case of fundamental laws such as the Civil Code or the Criminal Code, the Ministry of Justice is in charge of designing their amendments, thus establishing the Deliberative Council for Legal System. The Council shall consist of up to 20 members, mainly from universities to be considered as the authority in their specialty, to be supported by tentative members in the section meeting organized by each topic.

Before the draft is sent to the Diet under decision of the Cabinet, all the proposed drafts of acts and government ordinances shall be inspected by the Cabinet Legislation Bureau, an organization established directly under the Cabinet, mainly on its constitutionality and legality, i.e. compatibility with the constitution and other laws, which is known to be very strict and time-consuming. This process, however, made many lawyers feel at ease with its results, and much less critical of its outcome. At least, until the first case in 2002 on the Postal Service Act (Supreme Court judgment, Sep. 11, 2002), no law passed the CLB inspection has been judged to be unconstitutional by the Supreme Court, which led to the description of the CLB as “the guardian of the constitution in the government”.

II. Postwar Situation: Immovable Legislation

1. *Political Standstill*

After the period of postwar reform, which fully changed the legal system to fit with the new Constitution, however, Japanese legislation came to a standstill, especially in the field of public law. The typical example is the Constitution of Japan, which was promulgated in 1946 and has since never been amended. In the case of Criminal Code, which was originally enacted in 1907 and gradually became obsolete, its total amendment to coordinate with the postwar situation was proposed in 1963 by the government¹⁶ and drafting was finished in 1974 (Draft for the Amended Criminal Code; 改正刑法草案), but the draft was left alone for more than 20 years until 1995, when a different total amendment that was limited to colloquialization was realized.¹⁷

¹⁶ Prior to this drafting, another drafting committee was organized in 1956 to be finished in 1961, which also was abandoned under political conflict (Preparing Draft for the Amended Criminal Code; 改正刑法準備草案).

¹⁷ Though Article 200 of the Criminal Code prescribing parricide shall be sanctioned by death penalty or life imprisonment was judged unconstitutional due to be too narrow and heavy of a punishment (Supreme Court judgment, 4 April 1973), the article was left alone under political opposition until the 1995 amendment. In this period, prosecutors *voluntarily* avoided referring to the article and instead used Article 199, ordinary murder, for accusing parricides.

The main reasons behind the scene was political antagonism under the Cold War, and slowed-down political processes based on the election system. Faced with the growing left power in occupied Japan, the U.S. started to worry that Japan could be changed into socialism country through the democratic process. This fear was partly realized when a general strike, consisted of more than four million laborers and supported by the Japanese Communist Party (日本共産党; JCP), was planned for February 1st, 1947,¹⁸ and when the Social Democratic Party of Japan (SDP) came to be the first largest party in the lower house (the House of Representatives; 衆議院) to hold the government following the 1947 general election.¹⁹ Faced with the Korean War (1950-51), the occupation forces decided to oppress any further increases of socialist influence in Japan and took some measures, including urging Japanese conservative parties to unite as the Liberal Democratic Party (自由民主党; LDP), in 1955.²⁰

This unified party, better to be considered to be a longstanding coalition between conservative factions (led by 3-6 well-known statesmen) succeeded in keeping the government from 1955 to 1993 (the 1955 Regime; 55 年体制), while they were fighting each other within the party. The emergence and stable existence of such factions have their foundation in the election system of the lower house, called the “middle constituency”, a type of multi-member constituency with a single non-transferable vote, sized 3-5 statesmen for each district. Under Duverger's Law, the number of powerful parties in this system can be estimated to be around 4-6 parties.²¹ In the typical constituency at the time, one successful candidate came from SDP, while another came from other small parties, such as JCP or the Kōmei Party, and the rest from LDP. Thus, this led to a sum of 1/2 to 2/3 of seats to be held by LDP, while the left (mainly SDP and JCP) could hold little more than 1/3. Since more than 2/3 of the total seats in both houses are required to propose constitutional amend-

¹⁸ GHQ/SCAP ordered labor unions to cancel this strike on January 31st, changing its tolerant policies against labor movements. See, e.g. *The Labor Year Book of Japan*, Vol. 22 Post War Special Ed., 1949, Ch. 2, p. 6.

¹⁹ The *Katayama* government (May 1947-February 1948) was organized under the coalition of four parties, and was very unstable, especially due to left-right opposition within SDP, which caused them to separate in 1950.

²⁰ The split Left and Right SDP decided to unite again in 1955, and occupied 156 (of 476) seats in the lower house to be considered as a possible governing party.

²¹ To be precise, Duverger's Law asserts that a single-member constituency tends to favor a two-party system. The M+1 rule generalize this law to the case where certain number (M) of member will be elected from a constituency, which asserts that such election system tends to favor M+1 parties to exist. For more on the M+1 rule and its application in Japanese politics, see, *Reed*, Duverger's Law is Working in Japan, *Electoral Studies*, no. 22, 2007, 96-106, and *Reed*, What Mechanism Causes the M+1 Rule?: A Simple Simulation, *Japanese Journal of Political Science*, no. 4, 2003, 41-60.

ment (The Constitution of Japan, Article 96), this balance was sufficient for the Left to keep Japan under its current constitution with the pacifism clause (Article 9), and they also gradually came to be content with this position.

2. *Viscosity to Interfere Majoritarian Rule*

Not only the balance of power in the lower house, but the deficiency in the discussion procedure in the Diet gave the Japanese legislative process a character of “viscosity”. Under very weak control by the Cabinet over procedures within the houses, semi-permanent opposition parties tried to delay consideration to kill many measures by wasting time and resources to trouble the government and gain some compromise.²² Under this situation, though LDP could hold the government for about 40 years from 1955 to 1993, they needed to make continuous compromises to maintain (at least) nonresistance by the opposition.

From the beginning, the LDP has held up the policy to “enact the original constitution (自主憲法制定)”, i.e. to amend the Constitution to abolish some provisions showing GHQ/SCAP's cautious attitude against Japanese militarism as Article 9, thus to be seen as Reformist (改憲派), despite everyone having known that such amendments would be impossible under the political balance and system of the time. The Left, on the other hand, gradually contended to defend their *status quo*, and found their identity to be Constitutionalist (護憲派). “Constitution” here, however, means only the current Constitution of Japan, especially Article 9, not general constitution or constitutionalism to establish legal norm to limit and control the government.²³ Solutions

²² Viscosity theory has been widely used to investigate legislative process in parliamentary system, indicating its capacity to resist to, or retard, proposals from administrative branch (See, eg. *Brondel, et. al.*, *Legislative Behavior: Some Steps towards a Cross-National Measurement, Government and Opposition*, vol. 5, no. 1, 1969, 67-85), and especially suitable to analyze Japanese politics (See, eg. *M.M.Mochizuki*, *Managing and Influencing the Japanese Legislative Process: the Role of Parties and the National Diet*, Ph.D. Dissertation, Harvard University, 1982). On the relation of procedural rules to politics and recent situation, see, *T.Ohya*, *Twisted Diet: A Failure in Legislating Politics in Japan*, *Legisprudence: International Journal for the Study of Legislation*, vol. 2, no. 3, 2009, 253-269.

²³ For instance, since Article 24 of the Constitution provides that marriage “shall be based only on the mutual consent of both sexes”, same-sex marriage is not permitted according to the government interpretation (Answer from the Director of the Ministry of Justice Civil Affairs Bureau, in the House of Representatives Legal Committee, 3 April 2009). Though some gay rights supporters proposed to amend the provision to introduce same-sex marriage to Japan, the Constitutionalist are in general against such proposal, while they support their objective. According to them, such amendment could be a little leak to sink a great ship, for the government to introduce further amendment to enhance open armament. They propose, instead, to interpret Article 24 only to shut out outside interventions from marrying couple, thus same as “the mutual consent of both parties”.

for polemical topics, such as international relations, including rearmament, thus was generally avoided in politics and legislation.

3. Academism and its Limits

Also the academic debate on the method of interpretation had been rather dull, except in the early years of the postwar period. In the first legal interpretation dispute, mainly between civil law professor *Saburō Kurusu* (来栖三郎) and *Takeyoshi Kawashima* (川島武宜), professor of civil procedure and importer of legal sociology in Japan, another powerful participant *Masayasu Hasegawa* (長谷川正安), a constitutional lawyer, insisted that in the “frame” proposed by *Kawashima* to limit the judgment from textual interpretation, and within it the judge needed to decide by his own conscience, i.e. the arbitrary decision to take political responsibility, the right answer could always be found.²⁴ According to *Hasegawa*, human history has certain rules to develop, based on his Marxism premises, and thus the decision to enhance this trend of development, permitted from the textual interpretation of existing laws, should be “right”. In a way this Marxism theory of legal interpretation was highly political under the Japanese situation of the time, and came to be less popular along with the escalating Cold War, as seen in the fact that the second legal interpretation dispute was completely between civil lawyers, e.g. *Yoshio Hirai* (平井宜雄) and *Ei'ichi Hoshino* (星野英一) in the 1980s.

The three torn legal career system may enhance this separation between constitutional interpretation and the other sectors of society. Typically, in Japanese undergrad legal education, the students to become lawyers²⁵ and bureaucrats must sit the Judicial Examination (司法試験) and the National Civil Service Examination (国家公務員試験), respectively, while those who pursue academic careers proceed to graduate school. Thus, the three legal careers, i.e. lawyers in judiciary, bureaucrats in administration, and professors in universities, are separated from each other in the very early years and rarely interchange.

See, eg. Same-sex marriage as related to the Constitution (EMA Japan's Position Paper), 2015. The difference of the Constitutionalist's position against the “creative” interpretation of Article 9 and 24 seems to show that they are not loyal to any interpretive method, as objective-oriented or text-oriented.

²⁴ See, *S.Kurusu*, Lawyer and Legal Interpretation, Private Law, 1954/11, 16-25, *S.Kurusu*, Lawyers, in: *K.Asai et. al.* (ed.), Problems in Civil Law: Celebrating 60 Years of Professor Suekawa, 1953, p. 235-254, *T.Kawashima*, Legal Studies as Science, Revised Ed., 1964, and *M.Hasegawa*, Studies in Constitutional Cases, 1956.

²⁵ Japanese word “lawyer” (法曹) usually covers judges, prosecutors, and attorneys, who passed the Judicial Examination.

4. Highlighted Position of CLB

In the case of constitutional problems, the interpretive power of the CLB was mainly used. The original powers of the CLB are the following two. (1) To answer the question on the interpretation of acts, ordinances, or rules, which arise within the administrative branch to integrate opinions within the government. (2) To make *ex ante* inspection of the drafts of acts and cabinet ordinances to keep constitutionality, legality, and integrity with other laws. Thus, their function is primarily limited to administration. In constitutional interpretation, however, since constitutional reality was changed by using the interpretive power of the CLB, the LDP depended on it to avoid political struggle. CLB interpretations gradually came to have wide substantive authority, while being criticized by Left parties and the Constitutionals.

On the constitutionality of Japan's rearmament, even the government originally understood that under Article 9 of new constitution it was clearly prohibited to establish any armed force.²⁶ The international relations in Eastern Asia, however, moved the U.S. to push Japan to have some military power to provide self-defense at least, and to help the American war in Asia, if possible. Under strong pressure from the U.S., Japan decided to establish the National Police Reserve (警察予備隊) in 1950, made into the National Safety Forces (保安隊) in 1952 and finally the Japanese Self-Defense Forces (自衛隊; SDF) in 1954. The Japanese government, faced with the increasing necessity to justify this *de facto* increase of military forces, entrusted it to CLB to introduce the difference between "use of force" (武力の行使) and maintenance of "war potential" (戦力の保持).

Article 9 of the Constitution, Paragraph 1, prescribes Japan to "renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes", and in the next paragraph "land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained". While the Constitutionals in general insisted that there was no difference between "force" and "war potential" and to keep or use any military force was prohibited under the Constitution,²⁷ the CLB proposed the interpretation that (1) Paragraph 1 did not prohibit participating in self-defensive war as justified by a self-defensive right natural to any nation, but (2) since Paragraph 2 prohibits Japan from maintaining war potential, to make "war" became impossible, and thus (3) only making self-defensive "action" not reaching "war"; and to

²⁶ See, Answer from S.Yoshida, Prime Minister, in the House of Councilors Budget Committee (10 March 1952).

²⁷ See, Y.Higuchi, et. al., Commentary to the Constitution of Japan, Vol. 1, 1984, p. 177, and I.Satō, Constitution, Revised Ed., Vol. 1, 1983, p. 116-117.

keep minimal measures necessary, was constitutional.²⁸ Along with this official interpretation, SDF was ranked as a self-defense force as shown in its official name, and gradually admitted by the most of Japanese general public, in spite of continuous criticism from the Constitutionalists as product of (un-constitutional) “constitutional amendment by means of interpretation (解釈改憲)”.

The court's tendency to avoid judgment of constitutionality enhanced this phenomenon. In the lawsuits mainly concerning the constitutionality of national security measures in postwar Japan, including U.S. Forces Japan and the SDF, courts adopted the theory of *acte de gouvernement* or political question to refrain from judging such “highly political problem concerning the foundation of national government”, and leaving the problem to the democratic process.²⁹ This tendency is usually considered as “judicial negativism”, but the court in general, especially in civil cases, is active in “inventing” or “flexibly interpreting” existing laws to gain appropriate results and should be mainly understood in relation with stalled constitutional amendments or debates in the legislative branch.³⁰

²⁸ See, Answer from *S.Hayashi*, CLB Director-General, in the House of Representatives Budget Committee (21 December 1954), and Answer from *I.Yoshikuni*, CLB Director-General, in the House of Councilors Budget Committee (13 November 1972).

²⁹ In Sunagawa case (Supreme Court judgment, 16 December 1959), against the 1st instance (Tokyo District Court judgment, 30 March 1959) to find demonstrators who trespassed on the U.S. military base in Japan innocent due to the unconstitutionality of the base itself, the Supreme Court adopted this theory to avoid the constitutional problems in relation to the existence of the U.S. military in Japan. In the Naganuma case on the constitutionality of the SDF, the 1st instance judgment which adopted the theory but refused to apply to the case (Sapporo District Court judgment, 7 September 1973), was overruled in the 2nd instance judgment (Sapporo High Court judgment, 5 August 1976).

³⁰ A representative researcher of criminal procedure once wrote, “when legislation fall silent like a pyramid, cases hassle as sphinx” (*K.Matsuo*, Preface to the 4th Edition, 100 Cases Selection in Criminal Procedure, 4. Aufl., 1981, p. 9). Also described recently, as “one of the characteristics of Japanese criminal justice is to utilize flexible interpretation and application of criminal law to fight with socially deviant behaviors emerge with the times” (*T.Sone*, Present Criminal Legislation and Criminal Law Theory, Journal of Criminal Law, No. 1, 2005. 7). In constitutional law, *Yōichi Higuchi* pointed out “overflowing constitutional discussion” against “legislative immobilism” had existed. See, *E.Hoshino* and *S.Tanaka* (eds.), Dialogue between Legal Philosophy and Positive Legal Studies, 1989, p. 391. For instance, both privacy rights and portrait rights are recognized through cases, without clear provisional or legislative basis. See, *N.Ashibe*, Constitution, 1993, p. 103-106. In civil law, for instance, legislation on excess interest (Act on the Limit of Interest Rate, Article 1, Paragraph 2) was substantially overcome by successive cases, thus was almost nullified (Judgments of Supreme Court, 18 November 1964, 13 November 1968, and 25 November 1969), to be blamed by some scholars to excess the limit of interpretation. See, *T.Uchida*, Civil Law III: General Provisions on “Obligations” and “Real Security Right”, 1996, p. 59.

5. *The Isolated Academia*

The characteristic of Japanese postwar constitutional interpretation could be summarized into three factors. Firstly, there existed a large gap or separation between the reality in the government, both administrative and judicial branch, and the ideal taught in legal education. Secondly, the academic theories on the Constitution tried to be, and were usually in reality, systematic and integral, but with less influence or importance in legal practice. Thirdly, while a consistent theory must exist behind many constitutional judgments made in courts, it was not clear to only be shown sparsely in individual cases. Moreover, it is doubtful that the courts tried to keep their freehand or wide range of interpretive discretion, rejecting to accept any integrated constitutional theory.

On the standard of judicial review, for instance, *Nobuyoshi Ashibe's* (芦部信喜) “Double Standard” theory (二重の基準論) was widely accepted to be authoritative in academia in late 1980s, asserting that “in constitutional review of laws restricting human rights, since the liberty of mind (精神的自由) is an indispensable right to the political process of constitutional democracy and thus keeping with the superior position of economic liberty, the Rationality Standard applied to the restriction on economic liberty is not valid due to the restriction on the liberty of mind and requires a stricter standard”.³¹ While this theory was partly accepted in many court cases to the extent that the liberty of mind has superiority to economic liberty,³² the Supreme Court never accepts *Ashibe's* theory on what standard shall be taken to each liberty, e.g. Clear and Present Danger for restriction based on expressed contents,³³ or Less Restrictive Alternatives based on time or place. The courts continued to adopt a looser standard as Rational Relevance to keep more discretion.

III. A Twist: Situation after 90's Governmental Reform

1. *Changing Background*

The 1990s was the period of another great reform in Japanese government system. The end of Cold War deprived the LDP their reason to be together, and led to the separation of the Japan Renewal Party (新生党) in 1993 to end the long-standing LDP regime. Faced with the increasing power of former

³¹ *N.Ashibe* (Fn. 30), p. 90.

³² See, *The Pharmaceutical Affairs Act Case* (Supreme Court judgment, 30 April 1975) to judge the provision to prohibit opening new pharmacies less than a certain distance to existing ones unconstitutional.

³³ *Ashibe* proposed this standard from American constitutional cases as *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), or *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

oppositions, political reform was made to introduce a one-member constituency election to establish two-party politics to Japan. From 1996, the general election of the lower house, 300 (of 500) seats were chosen from the one-member constituencies, while the rest from the proportional system to split the nation into eight blocks.

This reform added another character to the Japanese government: in general, from the one-member constituency part of the lower house, the government can expect a larger number of colleagues to have firmer foundations, with possible change to the winner.³⁴ The parties created coalitions to deprive the LDP from majority in 1993, ironically lost majority in 1996 leaving the new cabinet to be organized solely by the LDP. In 2009, however, the Democratic Party of Japan (民主党; DPJ) got 308 (of 480) seats of the government, to be replaced in the 2012 election which gave 325 seats to the LDP-Kōmei Coalition.

On this firmer foundation, the government party gradually became accustomed to making decisions without compromise. The *Jun'ichirō Koizumi* (小泉純一郎) government (2001-06) was a typical example which used its power to streamline the privatization of the postal service. The 2nd *Shinzō Abe* (安倍晋三) government (2012-) was also supported by more than 2/3 of seats in coalition in the lower house in 2012, and again in 2014, add offers more freedom to openly refer to the plan to amend the Japanese Constitution.

Another example is the decision of the cabinet on 1st July 2014, to admit the use of collective self-defense rights in limited situations. Under the CLB interpretation of Article 9 of the Constitution, the use of the right to self-defense shall only be possible when (1) Japan is faced with unjust and urgent threat, i.e. a direct, armed attack, (2) there is no other way to avoid this threat, and (3) by using the minimal power necessary (three conditions to use armed forces). The *Abe* government, however, decided to include in the 1st condition “the armed attack to another country with close relations to Japan, which threatens the existence of our nation, and constitutes a clear danger to radically overturn Japanese citizens' rights for life, liberty, and pursuing happiness”. This change, or constitutional amendment by means of interpretation, was made without consent from the CLB.

³⁴ The foundation for the government, however, would usually be weaker and unstable in comparison with the typical Westminster countries, since (1) many smaller parties, e.g. JCP, Kōmei Party, or (new) SDP (社会民主党), survived in the proportional part of the lower house, thus to limit the maximum number of seats the government could hold. (2) The power of the upper house (the House of Councilors; 参議院), prescribed in the Constitution, was never to be weakened.

2. *The New Union*

Under this situation, many former CLB bureaucrats came to show their strong concern for political movement to change current governmental constitutional interpretation. For instance, former Director-General *Masahiro Sakata* (阪田雅裕), is actively publishing many books in coalition with the Constitutionalists.³⁵ This Union, however, seems rather strange from an outsiders' view, since the "CLB, leading discussions to provide legal foundation to the SDF through the interpreting of Article 9, was considered the most blameworthy government organization, as an 'agitator of fraudulent interpretation' or a 'Kollaborateur' of constitutional amendment by means of interpretation' ". "The most legitimate constitutional interpretation" in academia was to deny any *Verfassungswandelung* and thus consider the SDF to be unconstitutional.³⁶

It is not only from the CLB approach, but also from Constitutionalists. *Asaho Mizushima* (水島朝穂), one of the well-known Constitutionalists, criticized the June 1 cabinet decision in his recent book, based on the CLB interpretation.³⁷ Though he was aware of this curious situation of his argument to depend on his former "enemy", he tried to justify his position by mentioning to the notion of two-sidedness of the CLB interpretation, i.e. "during the Cold War criticized by Constitutionalists to undermine the objective of renouncing war, and following the Cold War by Reformists to limit the use of collective self-defense rights".³⁸ Judicial negativism is another excuse for him to depend on. "In comparison to the Supreme Court to be over-cautious to constitutional problems, the 'excessive' hope for the CLB and its power to issue opinions on constitutional interpretation has been shown in recent years".³⁹

3. *Coordination Process?*

Moreover, some mainstream Constitutionalists changed their stance to actively support the CLB's former interpretation, as political restraint power for the

³⁵ See, *M.Sakata*, *Pride of the "Guardian of Law" Cabinet Legislation Bureau: Why Constitutional Amendment by Means of Interpretation shall not be Permitted*, 2014, and *M.Sakata* (ed.), *Constitutional Interpretation of the Government*, 2013.

³⁶ *H.Yamamoto*, *Open the Discussion on Article 9: A Study on "Interchanging Pacifism and Constitutionalism"*, in: *A.Mizushima* (ed.), *Constitutional Dynamism*, 2014, p. 90-91.

³⁷ *A.Mizushima*, *Quo Vadis, the Governmental Interpretation of Article 9?*, in: *A.Mizushima* (Fn. 36), p. 30-34.

³⁸ *I.Urata* (ed.), *Governmental Interpretation of Article 9: Commentary on the Material of the Cabinet Legislation Bureau*, 2013, p. 5.

³⁹ *A Mizushima* (Fn. 36), p. 40.

government to further increase armament.⁴⁰ This contradiction or hypocrisy, however, was strictly criticized by *Tatsuo Inoue* (井上達夫), a representative legal philosopher.

In the case of Constitutionalists, while they pretend to respect the Constitution, they are concealing their political opportunism to secretly avail themselves to, or to clearly approve, the reality of national security by the SDF betraying Article 9. This is not only political deceit, but also constitutional deception.⁴¹

While *Inoue* himself was critical of the security policy of the *Abe* government, he admitted that their challenge to openly propose a constitutional amendment to solve the gap between the ideal situation and the reality of Article 9 was rather straightforward in constitutionalism in comparison with the Constitutionalists.⁴²

So here is a twist in Japanese constitutional interpretation: the Constitutionalists who insist on defending the current Constitution are betraying the Constitution, while the Reformists who insist on changing the postwar regime are loyal to constitutionalism. The next decade could be yet another age for Japan to solve this troubled situation concerning its Constitution.

⁴⁰ See, *M. Aoi*, Considering Establishment of National Defense Military: From the Viewpoint of our Freedom, in: *Y.Okudaira/ K.Aikyō/ M.Aoi* (ed.), What is the Problem of Constitutional Amendments?, 2013, p. 3-29, *M.Aoi*, Considering the Amendment of Article 9, id., p. 167-183, and *K.Aikyō*, The Constitutional Amendment Problem, 2006.

⁴¹ *T.Inoue*, Restatement to the Problem of Article 9: from the Viewpoint of “Justice of War” and Constitutional Democracy, *Theory of Law*, no. 33, 2015, 25. See also, *T.Inoue*, How Can Justice Govern War and Peace: A Legal-Philosophical Reflection, in: *Kühnhardt/M.Takayama* (eds.), *Menschenrechte, Kulturen und Gewalt: Aufsätze einen interkulturellen Ethik*, 2005, p. 277-296.

⁴² Also considering the Constitutionalists' opportunism, see, *T.Ohya*, On the Limit of the Theory on the Limit of Constitutional Amendments, *Theory of Law*, no. 33, 2015, 51-69.

Die Entwicklung der Zivilrechtsmethodik in Japan*

Guntram Rahn

I. Recht als Kulturphänomen

1. Die Begriffe

Unter „Rechtsmethode“ ist jede geregelte Verfahrensweise zur materiellen Entscheidung eines Rechtsfalls zu verstehen. „Rechtsmethodik“ ist die Lehre einer einzelnen Methode der Rechtsanwendung, „Methodologie“ die theoretische Darstellung, Ordnung und gegebenenfalls Wertung geregelter Verfahren zur materiellen Entscheidung von Rechtsfällen.

In Japan wird allgemein zwischen Rechtsmethode (法の方法) und Rechtsauslegung (法解釈) begrifflich nicht unterschieden. Der in der modernen japanischen Zivilrechtsgeschichte berühmte Rechtsmethodenstreit heißt deshalb auf Japanisch „Rechtsauslegungsstreit“ (法解釈論争). „Rechtsauslegung“ ist jedoch lediglich eine vorbereitende Tätigkeit der Rechtsanwendung. Welche Bedeutung ihr bei der materiellen Entscheidung eines Rechtsfalls zukommt, ist eine Frage der einzelnen Rechtsmethodik.

Im Anschluss an die Rezeption kontinental-europäischer Gesetzesvorschriften Ende des 19. Jahrhunderts richtete sich die japanische Rechtswissenschaft fast ausschließlich nach der deutschen Rechtsdogmatik. Während dieser sog. Theorienrezeption wurden viele Begriffe der deutschen Rechtswissenschaft wortwörtlich ins Japanische übersetzt. Der Begriff „Rechtsdogmatik“ selbst – in seiner wörtlichen Bedeutung „rechtliche Glaubenslehre“ – kam dafür aber nicht in Betracht. Der entsprechende japanische Begriff lautet „Rechtsauslegungswissenschaft“ (法解釈学).

2. Die Kulturbedingtheit jeder Rechtsordnung

Jede soziale Ordnung – auch die Rechtsordnung – ist in Wertvorstellungen begründet. Definiert man Kultur als „Gesamtheit der typischen Lebensformen einer Bevölkerung, einschließlich der sie tragenden Geistesverfassung, insbe-

sondere der Wert-Einstellungen“,¹ so leuchtet ein, dass Recht eine „Kulturer-scheinung“ ist.²

Auf die Rezeption einer Rechtsordnung, die in einer fremden Kultur wurzelt, folgt ihre Akkulturation: Das übernommene Recht wirkt einerseits auf die Wertvorstellungen der Empfängerkultur ein und wird andererseits an sie angepasst. Das kann durch Modifikation der übernommenen Rechtsvorschriften geschehen, aber auch durch eine Rechtsmethodik, die gewährleisten soll, dass die materiellen Entscheidungen der Rechtsfälle den eigenen Wertvorstellungen entsprechen. Die historische Entwicklung der Zivilrechtsmethodik in Japan ist dafür ein Beispiel.

II. Entwicklung und Konsolidierung der modernen japanischen Zivilrechtsmethodik

1. Die Gesetzesrezeption

Für den Richter der Militärregierung in der Tokugawa-Zeit (1603-1867) waren nicht allgemeingültige Gesetzesnormen das maßgebliche Kriterium für die Entscheidung von Rechtsfällen, sondern *dōri* (道理), die konfuzianische Vernunft. Der Sachverhalt wurde nicht unter abstrakte Normen subsumiert, vielmehr wurden alle konkreten Umstände des Einzelfalls abgewogen.³ Auch zu Beginn der Meiji-Periode (1868-1911) galt die „natürliche Vernunft“ *jōri* (条理) ausdrücklich als Rechtsquelle.⁴

Ein vorrangiges Motiv der Meiji-Regierung für die Rezeption der westlichen Gesetze war das politische Ziel der Revision der vom Tokugawa-Shogunat geschlossenen ungleichen Staatsverträge (不平等条約), die u.a. die Exterritorialität und Konsulargerichtsbarkeit für Ausländer in Japan vorsahen. Die Westmächte waren zu einer Abänderung dieser Verträge nur bereit, wenn Japan eine „zivilisierte“ Rechtsordnung geschaffen haben würde. Um diese Voraussetzung schnellstens zu erfüllen, lag deshalb nichts näher, als die westlichen Gesetze zu übernehmen.

* Zusammenfassung und Ergänzung der Darstellung in *Rahn*, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan, 1990. Für weitere Einzelheiten wird auf diese Arbeit verwiesen.

¹ Mühlmann, Kultur, in: *Bernsdorf* (Hrsg.), Wörterbuch der Soziologie, 2. Aufl., 1969, S. 598.

² So schon *Kohler*, Recht als Kulturer-scheinung, 1885; *ders.* Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1917, S. 12.

³ Vgl. *Wigmore* (Hrsg.), Law and Justice in Tokugawa Japan, 1891, Neudruck 1969, S. 40.

⁴ Dajōkan-Edikt Nr. 103 von 1875, § 3; englische Übersetzung in *R.Ishii*, Japanese Legislation in the Meiji Era, 1958, S. 307f.

Das im Auftrag der Meiji-Regierung von dem Franzosen *Boissonade* entworfene „alte Bürgerliche Gesetzbuch“ (旧民法) scheiterte jedoch in einer nationalen Reaktion gegen die Überfremdung der japanischen Werte. Die Emotionen schürte ein Aufsatz des im deutschen Recht ausgebildeten Dekans der Universität Tokyo: „Das Bürgerliche Gesetzbuch erscheint, und die Loyalität und Kindespietät gehen zugrunde“.⁵ Im sog. Kodifikationenstreit (法典論争) wurde kritisiert, dass sich das Zivilgesetzbuch am Code Civil orientierte, während der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs sich nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch richtete. Bei der anschließenden Überarbeitung des Zivilgesetzbuchs durch drei Professoren der Universität Tokyo wurde dann vor allem der erste Entwurf des deutschen BGB herangezogen.

Das geltende japanische Bürgerliche Gesetzbuch (民法) trat 1898 in Kraft. Es ist jedoch keine bloße Kopie des zwei Jahre später in Kraft getretenen deutschen BGB. Einige Regelungen französischen Ursprungs waren beibehalten worden, und auch andere Rechtsordnungen hatte man berücksichtigt. Das japanische BGB wird deshalb als „eklektischer und gemischter Typus“ der Rezeption fremder Gesetze bezeichnet.⁶ Eine weitere Eigenart ist sein „summarisches Prinzip“ (概括主義): Es enthält weniger als halb soviel Paragraphen wie das deutsche BGB. Die Verfasser erklärten, man habe im Hinblick auf die künftig sich schnell ändernde Welt die Bestimmungen so knapp wie möglich formuliert und von Definitionen abgesehen.⁷ Diese Besonderheiten des japanischen Bürgerlichen Gesetzbuchs sollten sich auf die Entwicklung der Zivilrechtsmethodik in Japan auswirken.

2. Die Theorienrezeption

Der Kodifikationenstreit war auch ein Konkurrenzkampf zwischen der französischen, englischen und deutschen Rechtsschule in Japan, denen sich die Juristen zugehörig fühlten, je nachdem, wo sie im Ausland studiert hatten.⁸ Vor dem Hintergrund der politischen Orientierung der Meiji-Regierung am neugegründeten Deutschen Reich Bismarcks und dem wachsenden Ansehen der deutschen Wissenschaft Ende des 19. Jahrhunderts, gewann die deutsche Rechtsschule schließlich die Oberhand. Unter den japanischen Rechtswissenschaftlern verbreitete sich eine Stimmung, die in dem Satz Ausdruck fand: „

⁵ *Y.Hozumi*, Das Bürgerliche Gesetzbuch erscheint, und die Loyalität und Kindespietät gehen zugrunde, *Zschr. Hōgaku Shimpō* 1891/5.

⁶ *Z.Kitagawa*, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, 1970, S. 43.

⁷ Vgl. *N.Toshitani*, Sonderheft *Zschr. Jurisuto* „Die Auslegung des Rechts“ 1972, 72.

⁸ Die heutige Hōsei-Universität und die Meiji-Universität gehen auf die französische Rechtsschule zurück, die Chūō-Universität auf die englische Rechtsschule. Die Anhänger der deutschen Rechtsschule waren vor allem in der Universität Tokyo vertreten.

ドイツ法にあらずんば、法にあらず“ – Was nicht deutsches Recht ist, ist kein Recht.⁹

Auf die heterogene Gesetzesrezeption folgte eine Theorienrezeption, die bis in die zwanziger Jahre des 20. Jahrhunderts andauerte.¹⁰ In dieser Zeit richteten sich die japanischen Juristen fast ausschließlich nach der deutschen Rechtslehre. Unerfahren in der Handhabung der rezipierten Gesetze, aber vor die Aufgabe gestellt, sie zu kommentieren und zu ordnen, beeindruckte sie die selbstsichere Autorität der positivistischen deutschen Rechtswissenschaft mit ihrem Anspruch, aus einem geschlossenen Gesetzssystem durch logische Operationen jedes Rechtsproblem zu lösen. Deutsche Lehrbücher wurden übersetzt und Konstruktionen der deutschen Rechtsdogmatik auch solchen japanischen Gesetzesvorschriften aufgezwungen, die von Frankreich oder England übernommen worden waren. Den Gerichten dienten deutsche Gesetzeskommentare und die Lehrbücher des führenden Vermittlers der deutschen Rechtsdogmatik in Japan, *Hideo Hatoyama* (鳩山秀夫),¹¹ als Grundlage der richterlichen Entscheidungstätigkeit.¹² Ein Richter zeichnete sich damals aus, so heißt es, wenn er seine Entscheidungen so lakonisch wie möglich abfasste und über gewisse Kenntnisse der deutschen Sprache verfügte.¹³

3. Das Ende der absoluten Autorität der deutschen Rechtswissenschaft

Der Erste Weltkrieg läutete das Ende der Vorherrschaft der deutschen Rechtswissenschaft in Japan ein. Da ein Auslandsstudium im feindlichen Deutschland unmöglich geworden war, wichen die jungen japanischen Juristen in andere Länder aus. *Izutarō Suehiro* (末広巖太郎)¹⁴ machte in der Schweiz Bekanntschaft mit der Freirechtslehre Eugen Ehrlichs und lernte in den USA die Case Method kennen. Der führende Vertreter der Freirechtslehre in Japan war *Eiichi Makino* (牧野英一).¹⁵ Er propagierte die Unabhängigkeit der Richter vom Gesetz und prägte den Begriff der „konkreten Angemessenheit“ (具体的妥当性) als maßgebliches Kriterium der Fallentscheidung.¹⁶ Von seinem Studienaufenthalt in den USA zurückgekehrt, verkündete *Suehiro*: „Was hat die bisherige japanische Rechtswissenschaft für einen Blödsinn

⁹ *I. Suehiro*, in Kolloquium „Die japanische Rechtswissenschaft“ 1950, S. 40.

¹⁰ Den Begriff „Theorienrezeption“ als Übersetzung des japanischen Begriffes „理論継受“ verwendet *Kitagawa* (Fn. 6).

¹¹ Professor an der Universität Tokyo von 1916 bis 1926.

¹² Vgl. *I. Suehiro*, in Kolloquium (Fn. 9), S. 56.

¹³ Vgl. *E. Makino*, in Kolloquium (Fn. 9), S. 56; *Y. Noda*, Introduction to Japanese Law, translated and edited by *A. H. Angelo*, 1976, S. 59.

¹⁴ Professor an der Universität Tokyo von 1921 bis 1946.

¹⁵ Professor an der Universität Tokyo von 1913 bis 1938.

¹⁶ *E. Makino*, Konkrete Angemessenheit – als Anwendung des Gedankens der gesellschaftlichen Integration des Rechts, *Zschr. Hōgaku Shirin* 1922/Band 24 Nr. 10, abgedruckt in: *E. Makino*, Die konkrete Angemessenheit im Recht, 1925, S. 1 ff.

gemacht! Es gibt nichts Dümmeres als die deutschen Kommentare und Lehrbücher zum Bürgerlichen Recht!“¹⁷ 1921 gründete er an der Universität Tokyo die noch heute bestehende „Studiengruppe für zivilrechtliche Präzedenzfälle“ (民事判例研究会), deren Zweck es ist, das von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geschaffene Fallrecht herauszuarbeiten und zu besprechen. Für die Zivilrechtsmethodik bedeutete dies eine Verlagerung des Interesses von der syllogistischen Deduktion aus dem Gesetz auf eine ausführliche Tatsachenfeststellung und –erörterung. Sie beschränkte sich nicht auf den tatbestandserheblichen Sachverhalt, sondern berücksichtigte alle relevant erscheinenden Lebensumstände, um eine „konkret angemessene“ Einzelfallentscheidung zu gewährleisten. Wie sehr Japans Gesetze auch verwestlicht und internationalisiert würden, erklärte *Suehiro*, so bestehe doch kein Zweifel, dass sie in alle Ewigkeit Japans „*local color*“ beibehielten. Deshalb müsse auch das juristische Schrifttum eine japanische Färbung aufweisen.¹⁸

Unter dem Eindruck der Kritik *Suehiros* versuchte auch *Hatoyama*, die bis dahin von ihm vertretene deutsche Konstruktionsjurisprudenz zu überwinden. In seiner letzten wissenschaftlichen Veröffentlichung über Treu und Glauben im Schuldrecht verkündete er, dieses Prinzip folge aus *jōri* (条理), der natürlichen Vernunft, sein Inhalt sei durch das Studium der japanischen Kultur-normen, des lebenden Rechts und der sozialen Rechtswissenschaft zu bestimmen.¹⁹ Vor dem Hintergrund der durch die Industrialisierung Japans verursachten sozialen Probleme konstatierte er mit Blick auf eine geplante Vermögensrechtsreform den „Übergang vom Individualismus zum Vorrang der Gruppe“.²⁰

So begann in den zwanziger Jahren im japanischen Zivilrecht die Akkulturation des rezipierten Rechts: seine integrative Verarbeitung in den eigenen Kulturkomplex.²¹ Die Kritik an der Begriffsjurisprudenz und dem „individualistischen“ Recht führte zunächst zur Betonung von Treu und Glauben und der Gruppenideologie. Damit wurde der von *Hatoyama* und *Makino* gewiesene Weg eingeschlagen. Erst nach dem Zweiten Weltkrieg knüpfte die japanische Rechtswissenschaft bei *Suehiro* an und beschriftete den von ihm aufgezeig-

¹⁷ *S. Wagatsuma*, Erinnerungen und Rückblick in der Bürgerlichen Rechtswissenschaft, Zschr. Hōritsu Jihō Bd. 32, Nr. 11, zit. n. *T. Ushiomi*, Suehiro Izutarō, in: *ders. u. N. Toshitaka* (Hrsg.), Japanische Rechtswissenschaftler, 1975, S. 343.

¹⁸ *I. Suehiro*, Sachenrecht, Band I, 1920, S. 1ff., vgl. auch *J. Murakami*, Einführung in die Grundlagen des japanischen Rechts, 1974, S. 67f.

¹⁹ *H. Hatoyama*, Das Prinzip von Treu und Glauben im Schuldrecht, Neudruck 1955, S. 260.

²⁰ *H. Hatoyama*, Abriss der Probleme einer Reform des Vermögensrechts, Zschr. Kokka Gakkai Zasshi 1920/Band 34 Nr. 12, 1921/Band 35 Nr. 2, neu abgedruckt in: *H. Hatoyama* (Fn. 19), S. 219ff.

²¹ Vgl. *Hirsch*, „Rezeption“ und *Mühlmann*, „Akkulturation“, in: *Bernsdorf* (Hrsg.), Wörterbuch der Soziologie, 2. Aufl. 1969, S. 901, 13.

ten Weg einer Rechtswissenschaft „japanischer Färbung“. Beiden Wegen gemein war jedoch der neue, außergesetzliche Wertmaßstab der „konkreten Angemessenheit“ der Rechtsanwendung.

4. Die nationalistische Periode

In den dreißiger Jahren prägte das Schlagwort von der „Rückkehr nach Japan“ (日本への回帰) das japanische Geistesleben.²² Die Besinnung auf die japanische Kultur erfasste die ganze Gesellschaft. Der „Geist der Harmonie“ (和の精神) im japanischen „Staatskörper“ (国体) wurde dem individualistischen Kampf eines jeden gegen jeden in den westlichen Gesellschaften gegenübergestellt.²³ Der Pazifische Krieg galt als Kampf zur „Überwindung der westeuropäischen Neuzeit“ (西欧的近代の超克).²⁴

Die nationalistische Abgrenzung gegenüber der westlichen Kultur wirkte sich zwangsläufig auch auf das Recht aus. In der Gesetzgebung kam es zur Kodifikation traditioneller Übung im Personenbürgerschaftsgesetz und zum Ausbau des Schlichtungswesens.²⁵ Weitere Gesetze mit sozialem Einschlag erweckten den Eindruck einer Kontinuität der Rechtsentwicklung seit der Sozialgesetzgebung der zwanziger Jahre. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft arbeiteten verstärkt mit Generalklauseln wie „Gemeinschaftsgeist“, „öffentliche Ordnung und gute Sitten“ und „Treu und Glauben“. Auch das wurde als dem „japanischen Tugendstaat“ gemäß angesehen und als konsequente Fortsetzung der Abkehr von der deutschen Begriffsjurisprudenz.

5. Die Periode der Demokratisierung

Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs und dem Beginn der amerikanischen Besatzung leitete der „Supreme Commander for the Allied Powers“ (SCAP), General Douglas MacArthur, sein Programm der „politischen Reorientierung“ ein, mit dem eine dauerhafte Demokratisierung Japans erreicht werden sollte.²⁶ Ein neues Erziehungsgrundgesetz erhob nun die „Hochschätzung des

²² Vgl. T.Miyakawa, Die Rückkehr nach Japan, in: B.Hashikawa u.a. (Hrsg.), Grundwissen der Geistesgeschichte des modernen Japans, 1971, S. 364.

²³ Vgl. K.Hosaka, Genaue Vorlesung über die wahre Bedeutung des japanischen Staatskörpers, 1940, S. 109.

²⁴ H.Furuta, Denken und Philosophie im Fünfzehnjährigen Krieg, in: ders. u.a. (Hrsg.), Geistesgeschichte der Gesellschaft des modernen Japans, 2. Band., 1971, S. 274ff. – Als „Fünfzehnjähriger Krieg“ wird die Zeit vom „Mandschurischen Zwischenfall“ im Jahr 1931 bis zum Ende des Pazifischen Krieges 1945 bezeichnet.

²⁵ Gesetz betr. die Personenbürgerschaft (身元保証に関する法律), Gesetz Nr. 42 von 1933; Sonderschlichtungsgesetz für Geldschulden (金銭債務臨時調停法), Gesetz Nr. 21 von 1931; Personensachen-Schlichtungsgesetz (人事調停法), Gesetz Nr. 11 von 1939.

²⁶ Supreme Commander for the Allied Powers, Report of Government Section: Political Reorientation of Japan – September 1945 to September 1948, 2 Bde., o.J.

Wertes des Individuums“ zum Bildungsziel.²⁷ Um der Demokratisierung eine konstitutionelle Legitimation zu geben, wurde eine neue Verfassung in Kraft gesetzt, die den Kaiser zum Symbol Japans erklärte und in Artikel 9 den Verzicht auf Krieg als Recht der Nation proklamierte, so dass Streitkräfte nicht unterhalten würden.²⁸ Diese sog. Friedensverfassung war allerdings nicht im Auftrag der japanischen Regierung, sondern von der politischen Abteilung im Hauptquartier des SCAP im Zeitraum von nur einer Woche ausgearbeitet worden.

Die Reformen auf den Gebieten Erziehung, Arbeitsgesetzgebung, Bodenverteilung und Wirtschaftsordnung waren bereits weitgehend abgeschlossen, als es 1948 vor dem Hintergrund der weltpolitischen Konfrontation zwischen den USA und der Sowjetunion zu einem „*reverse course*“ in der Besatzungspolitik kam.²⁹ Das Pendel schlug zurück von der demokratischen Erneuerung zur Restauration der politischen und wirtschaftlichen Stabilität. Die von der Besatzungsmacht seit 1946 betriebene „Säuberung“ des öffentlichen Lebens von Personen, die in der nationalistischen Periode Führungspositionen innegehabt hatten (zu denen auch die späteren Ministerpräsidenten *Hatoyama* und *Kishi* gehörten), wandte sich nun mit weit größerem Erfolg gegen Kommunisten und linksgerichtete Kräfte.³⁰ In eklatantem Widerspruch zu Artikel 9 der von ihm oktroyierten Verfassung forderte *MacArthur* nach Beginn des Koreakrieges 1950 sogar die Wiederaufrüstung Japans.³¹ Dieses in den Augen vieler Japaner eigennützige Fallenlassen der hohen Friedensideale und die vermeintliche Verwandlung Japans in einen amerikanischen Militärstützpunkt führten in den letzten Jahren der Besatzung zu einer Diskreditierung der USA. Japanische Intellektuelle verfolgten mit Misstrauen die restaurativen Tendenzen im japanischen Staat, die nicht selten – wie es schien – unter dem Deckmantel demokratischer Terminologie vorangetrieben wurden.³²

²⁷ Erziehungsgrundgesetz (教育基本法), Gesetz Nr. 5 von 1947, § 1.

²⁸ Vgl. die Darstellung der Entstehungsgeschichte der Verfassung bei *Röhl*, Die japanische Verfassung, 1963, S. 13ff.; *T.Miyazawa*, Die Verfassung, 3. Aufl. 1969, S. 52f. = *T.Miyazawa*, Verfassungsrecht, übers., bearb. und herausgegeben von *Heuser* u. *K.Yamasaki*, 1986, S. 37.

²⁹ Vgl. *Oppler*, Legal Reform in Occupied Japan, 1976, S. 201f. „*Reverse Course*“ ist die gebräuchliche englische Bezeichnung für die geänderte Besatzungspolitik.

³⁰ Vgl. *Baerwald*, The Purge of Japanese Leaders under the Occupation, 1959.

³¹ Einen Überblick über die Entwicklung bis zur Aufstellung der sog. Selbstverteidigungsgruppe (自衛隊) im Juni 1954 gibt *Röhl* (Fn. 28), S. 57.

³² Vgl. *Oppler* (Fn. 29), S. 210; *H.Furuta*, Die historische Entwicklung des Nachkriegsdenkens, in: *ders.* u.a. (Hrsg.), Geistesgeschichte der Gesellschaft des modernen Japans, Band II, 1971, S. 293f.

6. Der Rechtsmethodenstreit

Ende der vierziger Jahre fand in der japanischen Zivilrechtswissenschaft eine Reihe von Kolloquien statt, an denen die führenden Rechtsgelehrten der Zeit, *Izutarō Suehiro*, *Eiichi Makino*, *Sakae Wagatsuma*, *Takeyoshi Kawashima* und andere teilnahmen. Es ging um einen Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung der modernen japanischen Rechtswissenschaft, ihre Kritik und die Entwicklung von Leitvorstellungen für die Zukunft. Die Gespräche wurden 1950 unter dem Titel „Die japanische Rechtswissenschaft“ zu Ehren des sechzigsten Geburtstags von *Suehiro* als Buch veröffentlicht.³³ Wie schon in den zwanziger Jahren, richtete sich die Kritik der japanischen Rechtslehrer erneut gegen den negativen Einfluss der „bürokratischen deutschen Rechtswissenschaft“. Ihre abstrakt-begriffliche Methode habe verhindert, dass man sich den konkreten Problemen in der japanischen Gesellschaft widmete: „Man wollte es nach deutscher Art machen“.³⁴ Dieser Methode wurde auch das Argumentieren mit Generalklauseln wie Treu und Glauben, Rechtsmissbrauchsverbot und öffentliche Ordnung und gute Sitten zugeordnet, die wegen ihrer Popularität in der nationalistischen Periode in Misskredit geraten waren. Zur Überwindung der „bürokratischen Rechtswissenschaft“ (官僚法学) wurde jetzt einhellig die Rechtssoziologie als wichtiges Instrument der künftigen japanischen Zivilrechtswissenschaft propagiert, mit der eine volksnahe, „demokratische“ Rechtsordnung geschaffen werden sollte. Dabei sollte sich die japanische Rechtssoziologie an der pragmatischen amerikanischen Denkart orientieren, denn: „Wenn man die Deutschen Rechtssoziologie betreiben lässt, entsteht daraus leicht etwas, was jedenfalls mit praktischer Rechtswissenschaft nicht in Verbindung zu bringen ist“.³⁵ Die endgültige Hinwendung zu den Problemen des Rechts in der japanischen Gesellschaft begann mit der Entwicklung einer eigenständigen Rechtsmethodik. Sie sollte bei der materiellen Entscheidung von Rechtsfällen ein umfassendes Eingehen auf die tatsächlichen Umstände des konkreten Sachverhalts ermöglichen.³⁶

Die japanische Rechtsmethodendiskussion nach dem Zweiten Weltkrieg zerfiel in zwei Teile: Der erste Teil dauerte von 1953 bis etwa 1955 und betraf den Ruf nach einer „soziologischen Methode“ und die Schaffung einer „wissenschaftlichen Rechtswissenschaft“ im Unterschied zur deutschen „rechtlichen Glaubenslehre“ (Rechtsdogmatik). Im zweiten Teil der Rechtsmethodendiskussion, die seit Mitte der sechziger Jahre geführt wurde und

³³ *N.Hyōronsha* (Hrsg.), „Die japanische Rechtswissenschaft“, 1950.

³⁴ Vgl. *I.Suehiro*, in Kolloquium (Fn. 9), S. 71; *H.Watanabe*, Strukturelle Betrachtungen zum Prinzip von Treu und Glauben, *Zschr. Minshōhō Zasshi* 1985/Band 91 Nr. 4, 475.

³⁵ *I.Suehiro*, in Kolloquium (Fn. 9), S. 113f.

³⁶ *H.Mizumoto*, Entstehung und Ertrag der Interessenabwägungslehre in der Bürgerlichen Rechtswissenschaft, *Zschr. Minshōhō Zasshi* 1970/Band 63 Nr. 2, 15, bezeichnet den Zeitraum von 1952 bis 1960 als Phase der Konsolidierung der japanischen Gesellschaft.

1972 einen vorläufigen Abschluss fand, ging es um die Werturteilsfindung als dem ersten und wesentlichen Schritt innerhalb des Methodik zur Fallentscheidung.

a) *Der Ruf nach einer „soziologischen Methode“ (Saburō Kurusu)*

Auslöser des Rechtsauslegungstreits (法解釈論争) Anfang der fünfziger Jahre waren jedoch nicht Methodenprobleme des Zivilrechts, sondern die vermeintlich „wiederbelebten Neigungen zu reaktionärer Politik“. ³⁷ Hatten Politiker und Wissenschaftler kurz zuvor noch betont, Artikel 9 der Friedensverfassung bedeute den Verzicht auf jede Art von Streitkräften, wurde nun behauptet, die Wiederaufrüstung zur Selbstverteidigung widerspreche der Vorschrift nicht. ³⁸ Man argwöhnte eine interpretative Verfassungsänderung. Zudem erhob der neue Oberste Gerichtshof in seiner Rechtsprechung den unbestimmten Rechtsbegriff des „öffentlichen Wohls“ zur allgemeinen Grundrechtsschranke, obwohl diese Generalklausel nur in vier Verfassungsbestimmungen erwähnt wurde und ein beachtlicher Teil der Lehre deshalb im Umkehrschluss ihre restriktive Anwendung vertrat. ³⁹

Diese politischen Verhältnisse veranlassten *Saburō Kurusu* (来栖三郎) ⁴⁰ im Herbst 1953 zu einem emotionalen Vortrag vor der Japanischen Gesellschaft für Privatrecht (日本私法学会) über das Thema „Die Auslegung des Rechts und die Juristen“. ⁴¹ *Kurusu* beklagte die „Albernheit und Sinnlosigkeit“ einer Rechtsauslegung, die man im Hinblick auf das gewünschte Ergebnis deshalb wähle, weil sie einem gerade günstig erscheine. Tatsächlich gebe es innerhalb eines gewissen Rahmens stets mehrere mögliche Auslegungen. Die Vorstellung eines objektiv einzig richtigen Auslegungsergebnisses sei ein Relikt der Begriffsjurisprudenz. Eine subjektiv für richtig gehaltene Auslegung beruhe vielmehr auf einer Wahl zwischen den mehreren Möglichkeiten aufgrund eines persönlichen Werturteils, das von Vorurteilen oder der politischen und weltanschaulichen Haltung des Auslegenden bestimmt werde. ⁴²

Die nach *Kurusu* „richtige Methode der Rechtsauslegung“ leitet dagegen die Norm zur Fallentscheidung nicht durch logische Deduktion aus dem materiellen Recht ab, sondern schöpft sie mittels Betrachtung und Analyse aus den realen Sozialverhältnissen. Diese „soziologische Methode“ (社会学的方法) soll die deduktive Argumentation nicht ergänzen, sondern an ihre Stelle

³⁷ Z.Kitagawa, Das Methodenproblem in der Dogmatik des japanischen Bürgerlichen Rechts, AcP 166, 339.

³⁸ Vgl. M.Hasegawa, Geschichte der Streite der Rechtswissenschaft, 1976, S. 84.

³⁹ Vgl. H.Suekawa (Hrsg.), Die Grundrechte und das öffentliche Wohl, 1957; W. Röhl (Fn. 28), S. 61ff.

⁴⁰ Professor für Bürgerliches Recht an der Universität Tokyo von 1948 bis 1972.

⁴¹ S.Kurusu, Die Auslegung des Rechts und die Juristen, Zschr. Shihō 1954/11, 16ff.

⁴² S.Kurusu (Fn. 41), 18f.

treten.⁴³ Bei der Begründung der Entscheidung müsse aber offengelegt werden, dass die eigene Auslegung nur eine von mehreren möglichen sei, die aufgrund materieller Gründe durch ein subjektives Werturteil gewählt wurde. Eine solche Methode werde dazu beitragen, „aus den Juristen bescheidenere, aber verantwortungsbewusste und aufrichtigere Menschen zu machen“.⁴⁴

Die unmittelbare Wirkung von *Kurusu* leidenschaftlichem Vortrag auf die anwesenden Zivilrechtslehrer war tiefe Ergriffenheit.⁴⁵ Er hatte die Gemütslage seiner Zuhörer getroffen und ein Problem angesprochen, das nicht nur politisch aktuell war, sondern die japanische Rechtswissenschaft seit ihren Anfängen belastet hatte: das Problem der nach japanischem Empfinden angemessenen Anwendung des rezipierten Rechts auf die japanische Wirklichkeit.

b) „Rechtswissenschaft als Wissenschaft“ (Takeyoshi Kawashima)

Was er nur unbestimmt gefühlt habe, sei von Professor *Kawashima* exakt theoretisch untermauert worden, meinte *Kurusu* mit Blick auf die 1954 erstmals erschienene Abhandlung von *Takeyoshi Kawashima* (川島武宜), „Rechtswissenschaft als Wissenschaft“.⁴⁶ Tatsächlich sollte diese methodologische Arbeit das grundlegende Werk der modernen japanischen Zivilrechtsmethodik werden, auf dem alle weiteren Lehren aufbauten.⁴⁷ *Kawashima*⁴⁸ hatte Eugen Ehrlichs „Grundlegung einer Soziologie des Rechts“ ins Japanische übersetzt und hielt Jerome Franks „Law and the Modern Mind“ in Ehren, das ihm sein Lehrer *Suehiro* ausdrücklich als Vermächtnis hinterlassen hatte.⁴⁹ *Kawashima* erklärt, eine Eigenart der deutschen Rechtswissenschaft sei ihr Charakter einer Glaubenslehre, was ihre Bezeichnung als Rechtsdogmatik ja auch besage.⁵⁰ Ihm gehe es darum, die Rechtswissenschaft als (exakte) Wissenschaft zu etablieren. An die Stelle der Rechtsdogmatik soll eine „praktische Rechtswissenschaft“ (実用法学) treten und die für die juristische Praxis der Gesetzgebung und Gesetzesauslegung notwendigen Techniken zur

⁴³ A.a.O., 23f.

⁴⁴ A.a.O., 24.

⁴⁵ Zur Wirkung des Vortrags auf die anwesenden Zivilrechtslehrer vgl. *J.Aomi*, Untersuchung der Rechtsauslegungslehre im Nachkriegsjapan, 1969, in: *ders.* (Hrsg.), Theorie und Praxis in der Rechtswissenschaft, 1975, S. 136.

⁴⁶ *S.Kurusu*, in: Kolloquium „Die ‚Wissenschaftlichkeit‘ der Rechtsauslegungswissenschaft“, Zschr. Hōritsu Jihō 1954/Band 26 Nr. 4, 387.

⁴⁷ 1955 in einem Sammelband gleichen Titels erschienen: *T.Kawashima*, Rechtswissenschaft als Wissenschaft, 1955.

⁴⁸ Professor für Bürgerliches Recht und Rechtssoziologie an der Universität Tokyo von 1945 bis 1970.

⁴⁹ *T.Kawashima*, Der Weg eines Rechtswissenschaftlers, 1978.

⁵⁰ *T.Kawashima*, Probleme der bürgerlich-rechtlichen Auslegungswissenschaft, 1949, S. 1ff.

Verfügung stellen.⁵¹ Die Theorien der herkömmlichen Rechtswissenschaft seien, im Gegensatz zu wissenschaftlichen Theorien, lediglich eine „Überredungstechnik“ (説得術), um die Menschen von einem bestimmten Ergebnis zu überzeugen. Wichen solche Theorien voneinander ab, so spreche man von „Meinungsverschiedenheiten“, und über die Richtigkeit entschieden letztlich die Machtverhältnisse.⁵²

Nach Kawashima enthält jede rechtliche Regelungsmaßnahme zwei Elemente: ein „rechtliches Werturteil“ (法の価値判断) und „sprachliche Technik“ (言葉の技術).⁵³ Der Grad der Objektivität des Werturteils entspreche der Anzahl der Menschen, die das Wertsystem unterstützten, welches die Grundlage des Urteils bilde. Die Objektivität lasse sich somit empirisch verifizieren. „Richtig“ sei das Werturteil dagegen für jene, die das betreffende Wertsystem teilten.⁵⁴ Stimme das Werturteil des fallentscheidenden Richters mit seinem durch logische Deduktion aus dem Gesetz gewonnenen Ergebnis überein, habe er kein Problem. Wichen beide voneinander ab, dann stelle sich das Problem der Rechtsmethodik. Aufgrund des summarischen Charakters der japanischen Gesetze sei das Auslegungsergebnis aber letztlich gar keine Frage der Deduktion, sondern des Werturteils.⁵⁵ Dagegen habe das zweite Element des Rechts, die sprachliche Technik, nur eine instrumentale Funktion: es diene der Mitteilung an den Adressaten, dass die getroffene Entscheidung zu Gesetz und Rechtsprechung nicht im Widerspruch stehe. Auf diese Weise werde herkömmlich der Glaube an die Richtigkeit der Entscheidung begründet.⁵⁶

Kawashima belässt es nicht bei dieser aus seiner Sicht wissenschaftlichen Analyse der Rechtsauslegung, sondern zieht methodologische Schlussfolgerungen:

Wie wird das „rechtliche Werturteil“ getroffen? Zunächst soll das Rechtsgefühl (法の感覚) sprechen.⁵⁷ Anschließend müsse die nach dem subjektiven Rechtsgefühl gefundene Wertentscheidung rational gerechtfertigt (合理化) werden. Dazu sei – erstens – ihre Stellung im rechtlichen Wertesystem zu verdeutlichen und – zweitens – eine sozialwissenschaftliche Analyse vorzunehmen, um zu klären, ob die aufgrund des Werturteils getroffene Einzelfallentscheidung auch ihren Zweck des *social engineering* erfüllen werde.

Die „sprachliche Technik“ als zweites Element des Verfahrens zur Entscheidung des Rechtsfalls dient dagegen allein der Mitteilung des aufgrund

⁵¹ A.a.O.

⁵² T.Kawashima, *Rechtswissenschaft als Wissenschaft*, 2. Aufl. 1964, S. 40.

⁵³ A.a.O., S. 14ff.

⁵⁴ A.a.O., S. 20f.

⁵⁵ A.a.O., S. 95ff.

⁵⁶ A.a.O., S. 45.

⁵⁷ A.a.O., S. 26ff., auch zum Folgenden.

des rechtlichen Werturteils erzielten Ergebnisses. Dazu müsse sich der Rechtsanwender der „gesetzlichen Konstruktion“ (法律構成) bedienen, die aber lediglich ein „Mittel der Überzeugung“ (説得の手段) der Adressaten von der Richtigkeit des rechtlichen Werturteils sei. *Kawashima* befürwortet deshalb die japanische höchstrichterliche Rechtsprechung, die Generalklauseln wie Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot nicht rechtstheoretisch präzisiert, sondern in den Entscheidungsbegründungen kumuliert, weil dies als Mittel der Überzeugung am wirkungsvollsten sei.

Die Zweiteilung der Fallentscheidung in Werturteil und sprachliche Technik war seit *Kawashima* ein Axiom der japanischen Methodendiskussion. Von ihm gehen alle weiteren Lehren aus. Die funktionale Zweiteilung hat jedoch zur Folge, dass Kritik an der zur Begründung der Entscheidung vorgebrachten juristischen Argumentation, auch wenn sie sich gegen das Ergebnis richtet, nur die sprachliche Technik trifft und nicht die Entscheidung selbst, die auf dem unabhängig davon getroffenen Werturteil beruht. Um das Entscheidungsergebnis anzugreifen, muss stattdessen das zugrundeliegende Werturteil in Frage gestellt werden.

Das zentrale Problem des Rechtsauslegungstreits, die Wissenschaftlichkeit der Auslegung, war durch *Kawashima* auf die Werturteilsfindung reduziert worden. Sie blieb umstritten.

c) Die „Lehre vom praktischen Nutzen“ und „freie Interessenabwägung“ (Ichirō Katō)

Erst Anfang der sechziger Jahre erhielt die Methodendiskussion einen neuen, jetzt auf das Problem des Werturteils fokussierten Impetus. Ein aktueller politischer Bezug fehlte diesmal; es war die Zeit des hohen Wirtschaftswachstums, und die Rechtsprechung beschäftigte sich vor allem mit Verkehrsunfallsachen.⁵⁸

In einem Zivilrechtskolloquium 1960 griff *Ichirō Katō* (加藤一郎)⁵⁹ das Thema wieder auf. Er erklärte, seitdem *Suehiro* im Jahr 1921 zu einer eigenständigen japanischen Rechtswissenschaft aufgerufen hatte, mochte sich jeder dem anschließen haben; bei der Behandlung konkreter Rechtsprobleme entstehe jedoch der Eindruck, dass die japanischen Theorien noch immer nur

⁵⁸ Vgl. Kolloquium Recht und Gerichtsverfahren im gegenwärtigen Japan (現代日本における法と裁判), Zschr. Hanrei Taimuzu (判例タイムズ) 1984/511, 9ff.. Im Jahr 1963 wurde beim LG Tokyo eine Kammer für Verkehrssachen eingerichtet. Eine Auflistung der aktuellen zivilrechtlichen Probleme jener Zeit findet sich bei *H. Mizumoto*, Entstehung und Ertrag der Interessenabwägungslehre in der Bürgerlichen Rechtswissenschaft, Zschr. Minshōhō Zasshi 1971/Band 63 Nr. 4, 18, Fn. 153.

⁵⁹ Professor für Bürgerliches Recht an der Universität Tokyo von 1957 bis 1983. Als Rektor der Universität zur Zeit der Studentenunruhen war *Katō* auch in der Öffentlichkeit bekannt.

erborgtes Wissen aus dem Ausland seien und zu abstrakt.⁶⁰ *Katō* trat für eine Befreiung der japanischen Rechtswissenschaft von dem Ballast der ausländischen Dogmatik ein. Er propagierte eine wissenschaftliche Grundhaltung, die „Lehre vom praktischen Nutzen“ (実益論) genannt wurde: danach sind z.B. juristische Theorien, die sich im Ergebnis nicht unterscheiden, praktisch nutzlos.⁶¹ Die erneute Abwertung der juristischen Konstruktion ging mit einer Verdrängung des Systemdenkens durch ein Problemdenken einher. Die Lehre vom praktischen Nutzen wurde damit zum Wegbereiter jener Zivilrechtsmethodik, die das beherrschende Thema in der letzten Phase der bis 1972 andauernden Methodendiskussion sein sollte: die sog. Interessenabwägungslehre (利益衡量論).

Katō machte den Begriff der „Interessenabwägung“ (利益衡量) in einem Aufsatz von 1966 über „Theorie und Interessenabwägung in der Rechtsauslegungswissenschaft“ als Erster zum Gegenstand einer methodologischen Arbeit und begründete damit seine Methodik der freien Interessenabwägung bei der Fallentscheidung.⁶² Zunächst typisiert er drei Denkart der japanischen Richter.⁶³ Die Begriffsjuristen seien der Meinung, sie wendeten die Rechtsvorschriften auf den Sachverhalt an und gelangten so zu ihrem einzig richtigen Ergebnis: „Ihre Lebenshaltung wird streng, unflexibel und verschlossen sein.“ Die Anhänger der Freien Jurisprudenz trafen die Entscheidung nicht nach den Rechtsvorschriften, sondern nach einer Interessenabwägung gemäß der „substanziellen Angemessenheit“ (実質的妥当性): „Ihre Lebenshaltung wird liberal und voller Zuversicht sein.“ Eine mittlere Gruppe stehe dazwischen, sie entscheide zwar wie die Anhänger der Freien Jurisprudenz, tue aber so, als sei das Ergebnis deduktiv aus den Rechtsvorschriften abgeleitet worden: „Ihre Lebenshaltung kann man vielleicht im gewissen Sinne als heuchlerisch bezeichnen.“

Mit einem Bekenntnis zur Freien Jurisprudenz (自由法学) umreißt *Katō* seine eigene Zivilrechtsmethodik:⁶⁴ Im Entscheidungsakt sei der Rechtsfall zunächst unter bewusster Außerachtlassung der geltenden Rechtsvorschriften zu lösen. Dabei soll es keinen qualitativen Unterschied der Bewertung des Sachverhalts durch den Juristen oder Laien geben. Allerdings: „Das rechtliche Urteil darf dem gesunden Menschenverstand (常識) nicht erliegen, es

⁶⁰ *I.Katō*, in Kolloquium „Reflexion über die Privatrechtswissenschaft“, Zschr. Jurisuto 1960/209, 21.

⁶¹ *H.Mizumoto* (Fn. 58), 7f.

⁶² *I.Katō*, Theorie und Interessenabwägung in der Rechtsauslegungswissenschaft, in: *J.Aomi*, Die Methoden der Rechtswissenschaft in der Gegenwart, 1966, S. 25ff. = Logic and the Balancing of Interests in Legal Interpretation (übers. von *Stevens*), Law in Japan 1968/2, 80ff.

⁶³ A.a.O., 51ff.

⁶⁴ A.a.O., 43ff., auch zum Folgenden.

darf ihm aber auch nicht widersprechen“.⁶⁵ Die Entscheidung, welche Partei obsiegen soll, sei nicht aus dem Gesetz, sondern durch Abwägung der sich aus den konkreten Tatsachen ergebenden Interessen zu gewinnen. Um eine neue Rechtsauslegungswissenschaft aufzubauen, sollten substantiell ähnliche Interessenabwägungen zu Falltypen zusammengestellt werden. Als zweiter Schritt müsse die Entscheidung dann in einem Begründungsakt, „theoretische Konstruktion“ (理論構成) genannt, überprüft und bestätigt werden. Der Zweck der theoretischen Konstruktion des Ergebnisses aus dem Gesetz sei nicht Entscheidungsfindung, sondern Entscheidungsbegründung. Sie diene aber auch der Überprüfung der Angemessenheit des Ergebnisses, das gegebenenfalls noch geändert oder sogar fallengelassen werden könne. Die theoretische Konstruktion erhöhe die Überzeugungskraft (説得力) der Entscheidung: Für die Denkweise der Menschen zeige „die Begründung des Ergebnisses aus allgemeinen Grundsätzen, dass es sich nicht um ein zufälliges, willkürliches Urteil handelt und vermittelt ein Gefühl des Vertrauens in seine Angemessenheit“.⁶⁶ Stets sei aber, anders als bei der begriffsjuristischen Methode, induktiv und nicht deduktiv vorzugehen. Der primäre Zweck des Rechts müsse die „konkrete Angemessenheit“ (具体的妥当性) des Ergebnisses im Einzelfall sein, nicht eine abstrakte Rechtssicherheit.

Katōs Methodik der freien Interessenabwägung übte einen „gewaltigen Einfluss“ aus.⁶⁷ Der Gedanke der Interessenabwägung bei der Rechtsanwendung setzte sich allgemein durch. *Katōs* pragmatische Einstellung zur Lösung von Rechtsproblemen ist seitdem ein kennzeichnender Zug der japanischen Zivilrechtswissenschaft.

d) Das „moderne Recht, wie es sein sollte“ als Kriterium des Werturteils (Toshio Hironaka)

Kritisiert wurde *Katōs* freie Interessenabwägungslehre von den Anhängern der marxistischen Rechtswissenschaft (マルクス主義法学). *Kawashima* hatte gemeint, die empirische Rechtswissenschaft könne eine Aussage darüber machen, welches soziale Wertsystem aufgrund der „Entwicklungsgesetze der Geschichte“ (歴史の発展法則) künftig das vorherrschende sein werde.⁶⁸ Dieser Gedanke war von *Yōzō Watanabe* (渡辺洋三)⁶⁹ aufgegriffen worden, der erklärt hatte, es müsse die Aufgabe des Rechtsanwenders sein,

⁶⁵ A.a.O., 45. Der Begriff „常識“ bedeutet gesunder Menschenverstand im Sinne von „common sense“, vgl. Enzyklopädisches Wörterbuch (広辞苑), hrsg. von I.Shinmura, 2. Aufl. 1970, S. 1094.

⁶⁶ A.a.O., 51.

⁶⁷ H.Mizumoto (Fn. 58), 6.

⁶⁸ T.Kawashima (Fn. 52), S. 65f.

⁶⁹ Professor für Rechtssoziologie und Bürgerliches Recht am Institut für Sozialwissenschaften der Universität Tokyo von 1966 bis 1982.

„die Rechtsnorm aus einer Betrachtung und Analyse der wirklichen Sozialbeziehungen abzuleiten und als Auslegung zu konstruieren“. ⁷⁰ Auf dieser Grundlage entwickelte sich die sog. Moderne Rechtsschule (近代法学派), als deren Hauptvertreter *Toshio Hironaka* (広中俊雄) ⁷¹ gilt. In einer „Denkschrift zur gegenwärtigen Auslegungswissenschaft“ legte er 1969 seine methodologischen Überlegungen dar. ⁷²

Hironaka wandte sich dagegen, den gesunden Menschenverstand zum Kriterium der Auslegung zu machen, da dies der „Aufrechterhaltung prämoderner Sozialbeziehungen, die das moderne Recht nicht schützen sollte“ dienen könne. ⁷³ Der Interessenabwägungslehre fehle ein verifizierbarer Maßstab des Werturteils; sie gebe dem Richter eine Blankovollmacht für seine Entscheidung. ⁷⁴

Ein wissenschaftlich nachprüfbares, „substanzielles“ (実質的) Kriterium ist nach *Hironaka* „das moderne Recht, wie es sein sollte“ (近代法のあり方). Der Auslegende müsse im einzelnen Fall aufgrund der „Erkenntnis der Geschichte“ (歴史的認識) einen konkreten Maßstab aufstellen, der dem Leitbild des modernen Rechts entspreche. Unterstützung fand *Hironaka* bei *Watanabe*. ⁷⁵ Dieser bezeichnete „die Gesetzmäßigkeit der historischen Entwicklung bzw. ihre Richtung (歴史的発展法則ないし発展方向)“ als das geeignete Kriterium des Werturteils. ⁷⁶ Der Gedanke, die Wissenschaftlichkeit des Werturteils auf diese Weise zu begründen, fand aber nicht nur bei den von der marxistischen Rechtstheorie beeinflussten japanischen Rechtswissenschaftlern Anklang. Auch andere forderten, den Wertmaßstab an der „Entwicklungsrichtung der Geschichte“ auszurichten. ⁷⁷

So unterschiedlich die Begründungen des Werturteils als maßgeblicher Entscheidungsakt nach der freien Interessenabwägungslehre und der Moderne Rechtsschule auch waren, gab es doch eine wichtige Übereinstimmung: Keine der Methodenlehren wollte das Werturteil zur Entscheidung des Ein-

⁷⁰ *Y. Watanabe*, Rechtssoziologie und Rechtsauslegungswissenschaft, 1959, S. 38.

⁷¹ *T. Hironaka* war Assistent an der Universität Tokyo, bevor er als Professor für Bürgerliches Recht und Rechtssoziologie (von 1962 bis 1990) an die staatliche Universität Tōhoku wechselte.

⁷² *T. Hironaka*, Eine Denkschrift zur gegenwärtigen Auslegungswissenschaft, Zschr. Shakaikagaku no hōhō, 1969/Nr. 9, abgedr. in: *ders.*, Gesammelte Abhandlungen zum Bürgerlichen Recht, 1971, S. 381ff.

⁷³ *T. Hironaka*, in: *T. Ikuyo* u.a., Grundlagenwissen des Bürgerlichen Rechts, 1964, Frage 1.

⁷⁴ *T. Hironaka* (Fn. 72), S. 385ff., auch zum Folgenden.

⁷⁵ *Y. Watanabe*, Die Sozialwissenschaften und die Auslegung des Rechts, in: 日本法哲学会 (Hrsg.), Auslegung und praktische Anwendung des Rechts, 1967, S. 57ff.

⁷⁶ A.a.O., S. 68.

⁷⁷ Vgl. z.B. *H. Mizumoto*, in Kolloquium „Die Aufgaben der Bürgerlichen Rechtswissenschaft“, Zschr. Hōritsu Jihō 1967/Band 39 Nr. 4, 73.

zelfalls aus dem gesetzten Recht ableiten; beide verwerfen ausdrücklich eine Rechtsauslegung nach dem Willen des Gesetzgebers oder dem Gesetzeszweck.

e) Interessenabwägung in der Wertehierarchie (Eiichi Hoshino)

Der eindringlichste Kritiker *Hironakas* war *Eiichi Hoshino* (星野英一), der sich veranlasst sah, als Gegenposition zur Modernen Rechtsschule eine eigene Zivilrechtsmethodik zu entwickeln.⁷⁸ *Hoshino* hatte sein Auslandsstudium in Frankreich verbracht und war mit einer Abhandlung bekannt geworden, in der er darlegte, dass das japanische Bürgerliche Gesetzbuch vor allem vom französischen Recht geprägt sei; für den Einfluss der deutschen Zivilrechtswissenschaft in Japan gebe es deshalb keine Rechtfertigung.⁷⁹ In der japanischen Methodendiskussion war *Hoshino* als praktizierender Katholik insofern ein Außenseiter, als er sich zur Begründung seiner Auffassung auf Veröffentlichungen der katholischen Theologie berief.⁸⁰

An der Lehre der Modernen Rechtsschule kritisierte *Hoshino*, die Behauptung „Das ist modern, also gut“ sei zur Begründung des Werturteils in der Rechtsmethodik unzureichend.⁸¹ Eine solche Argumentation möge in Japan zwar überzeugen, jedoch lasse sich aus einem Sein auch durch soziologische Forschung ein Sollen nicht ableiten.⁸²

Das Werturteil bedürfe objektiver Kriterien, die man aber im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht finde. Dass der Wille des Gesetzgebers des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem Willen des Volkes entspreche, sei eine Fiktion. Auch der summarische Charakter des japanischen BGB stehe der Verbindlichkeit der gesetzlichen Wertungen entgegen. Die Grundfrage laute vielmehr, womit bei der Entscheidungsfindung die „Stabilität der Gesellschaftsordnung“ angestrebt werden solle. Dazu müsse losgelöst von den Rechtsvorschriften auf „objektiv angemessene“ (客観的妥当) Werte zurückgegriffen werden, die in der Philosophie, dem Denken (思想), der Weltsicht, der Religion begründet seien. Diese Werte ließen sich in eine Rangfolge (価値の序列), eine Hierarchie (ヒエラルヒア), ordnen. Es sei eine vernachlässigte Aufgabe der japanischen Rechtswissenschaft, zu untersuchen, welche Werte in der Gegenwart als Gemeingut der Japaner nicht gezeugnet werden könnten. Die objektive

⁷⁸ Professor für Bürgerliches Recht an der Universität Tokyo von 1964 bis 1986.

⁷⁹ *E.Hoshino*, Der Einfluss des französischen Zivilrechts auf das japanische Bürgerliche Gesetzbuch, 1965, abgedr. in: ders., Gesammelte Abhandlungen zum Bürgerlichen Recht I, 1970, S. 71ff.

⁸⁰ Vgl. z.B. die Zitate in *E.Hoshino*, Einleitung zu einer Auslegungslehre des Bürgerlichen Rechts, 1967, a.a.O., S. 38 Fn. 9, S. 45 Fn. 10 u.a.

⁸¹ *E.Hoshino*, in Kolloquium „Die Aufgaben der Bürgerlichen Rechtswissenschaft“, Zschr. Hōritsu Jihō 1967/Band 39, Nr. 4, 73.

⁸² *E.Hoshino* (Fn. 79), S. 37ff.

Werteordnung der Mehrheit in der japanischen Gesellschaft könne durch Meinungsumfragen festgestellt werden.

Wie gelangt man nach der von *Hoshino* vertretenen Rechtsmethodik zur Interessenabwägung und dem fallentscheidenden Werturteil? Zuerst muss analysiert werden, welche Interessen sich sozialtypisch in dem Rechtsstreit gegenüberstehen, z.B. bei einem Kraftfahrzeugunfall oder einem Umweltschaden. Zweitens ist mit Blick auf die möglichen Rechtsfolgen zu ermitteln, welche Rechtsvorschriften zur Anwendung in Betracht kommen. Drittens muss untersucht werden, welche Werte und Interessen durch die Wahl einer möglichen Rechtsfolge geschützt bzw. nicht verwirklicht werden. Das maßgebliche Werturteil wird dann nach dem gesunden Menschenverstand (常識) in der Gesellschaft getroffen, und die Entscheidung soll letztlich allein dadurch bestimmt sein, ob sie „in der gegenwärtigen japanischen Gesellschaft zu einem angemessenen Ergebnis führt“.⁸³

Die anschließende juristische Konstruktion ist lediglich der Syllogismus, der die Rechtsvorschriften und das durch die nicht gesetzgebundene Wertung gefundene Ergebnis miteinander verknüpft. Sie sei auch deshalb notwendig, weil es für Praktiker und Laien überzeugender sein mag, wenn die Form der Deduktion aus dem Gesetz eingehalten werde und „in den Entscheidungsgründen des Gerichts nicht so deutlich gemacht wird, was Werturteil und was gesetzliche Konstruktion ist“.⁸⁴ Aus „Gründen der Verständlichkeit des Rechts in der demokratischen Gesellschaft“ ist aber eine geradlinige philologische oder systematische Auslegung zu wählen und auf „dogmatische Zwischenkonstruktionen“ (中間の論理構成) im Stil der deutschen Rechtswissenschaft zu verzichten.⁸⁵ Schließlich müssten die Rechtsauslegungen aufgrund der Typen der Sozialbeziehungen, der Interessenlagen und der Werturteile systematisiert werden, nicht nach Rechtsvorschriften, abstrakten Vorstellungen und Theorien.⁸⁶ Die Rechtssicherheit sieht *Hoshino* durch seine Methodik eher gewährleistet als durch eine deduktive Herleitung der Entscheidung aus dem Gesetz; er wirft aber die Frage auf, ob bei einem Rechtsstreit anstatt einer abstrakten Rechtssicherheit nicht die konkrete Angemessenheit der Fallentscheidung anzustreben sei.⁸⁷

7. Die Konsolidierung

Was die Notwendigkeit der Interessenabwägung, der Typisierung von Sachverhalten, der Bildung von Fallgruppen und der Entscheidung aufgrund eines Werturteils entsprechend den objektiven Wertvorstellungen der japanischen

⁸³ A.a.O., S. 55.

⁸⁴ *E.Hoshino* (Fn. 80), S. 75.

⁸⁵ *E.Hoshino* (Fn. 79), S. 12ff.

⁸⁶ *E.Hoshino* (Fn. 80), S. 58.

⁸⁷ *E.Hoshino* (Fn. 80), S. 75.

Gesellschaft betraf, fand *Hoshinos* Interessenabwägungslehre (利益考量論⁸⁸) in der japanischen Zivilrechtswissenschaft breite Zustimmung. Sein Anliegen der Diskussion idealer Werte und ihrer hierarchischen Begründung in Philosophie und Religion wurde dagegen nicht aufgegriffen. Hierzu hieß es, mit seinem „ernsten Eifer“ zeige er „ein westeuropäisches Rückgrat“. ⁸⁹ *Katōs* Interessenabwägungslehre dagegen, nach der das entscheidende Werturteil aufgrund des subjektiven gesunden Menschenverstandes des Entscheiders zu treffen ist, wurde für „sehr japanisch“ (非常に日本的) gehalten. ⁹⁰ Auch *Hoshino* räumte ein, *Katōs* Rechtsmethodik habe in Japan „ungemein große Überzeugungskraft“. ⁹¹ In einem vielbeachteten vermittelnden Aufsatz wurden die Übereinstimmungen in den Methodenlehren „der repräsentativen Zivilrechtswissenschaftler unseres Landes“, *Kawashima*, *Katō* und *Hoshino*, hervorgehoben: Alle drei verneinten weitgehend die Verbindlichkeit des Gesetzes bei der Entscheidungsfindung und lehnten eine Einengung der richterlichen Entscheidungsfreiheit durch Rechtsvorschriften und Rechtsprechung ab. Diese Auffassung – so hieß es – übe in der japanischen Zivilrechtswissenschaft einen erheblichen Einfluss aus. ⁹²

1976 konnte *Hoshino* in einem Vortrag feststellen, dass die „Technik der Interessenabwägung“ inzwischen als Auslegungsmethode von nahezu allen Wissenschaftlern und Praktikern praktiziert und für unerlässlich gehalten werde. ⁹³ Sie hatte Zustimmung gefunden, weil sie das Bedürfnis nach einer den japanischen Anforderungen adäquaten Zivilrechtsmethodik befriedigte. Die Interessenabwägungslehre führte auch, wie von ihr angestrebt, zu einer Popularisierung des Rechts in der japanischen Gesellschaft. ⁹⁴ Die juristische Fachliteratur bemühte sich nun um allgemeinverständliche Darstellungen und die Einbeziehung von Laien in den Kreis der angesprochenen Leser. Damit wurde „die Isolierung (遊離) des Rechts vom Leben des Volkes“ überwun-

⁸⁸ *Hoshinos* Schreibweise des Begriffs „Interessenabwägung“ (利益考量) unterscheidet sich von der *Katōs* beim ersten Ideographen des Kompositums für „Abwägung“ (衡量). *Hoshino* verwendet für die Silbe „kō“ das Zeichen „kō/kangaeru“ = „denken“, bestehend aus 6 Strichen, *Katō* das Zeichen „kō/hakaru“ = „wiegen, wägen“, das sich aus 16 Strichen zusammensetzt und präventiöser wirkt. Der zweite, bei beiden übereinstimmende Ideograph „ryō“ bedeutet ebenfalls „wiegen, wägen“. Trotz des im Grunde unklaren nuanciellen Unterschieds beharrten beide auf ihrer Schreibweise.

⁸⁹ *S.Yoshimi*, in Sonderheft Zschr. Jurisuto „Die Auslegung des Rechts“, 1972, 43.

⁹⁰ *S.Yoshimi*, a.a.O., S. 46.

⁹¹ *E.Hoshino*, in (Fn. 80), S. 44.

⁹² *M.Kai*, Aufgaben der bürgerlichrechtlichen Auslegungswissenschaft, in 日本法哲学会 (Hrsg.), Auslegung und praktische Anwendung des Rechts, 1967.

⁹³ *E.Hoshino*, Über die Methode der Auslegung des Bürgerlichen Rechts, 1976, abgedr. in: *ders.*, Gesammelte Abhandlungen zum Bürgerlichen Recht IV, 1978, S. 63.

⁹⁴ *M.Kai*, Zur „Interessenabwägung“ in der Auslegung des Bürgerlichen Rechts, Zschr. Hōritsu Jihō 1974/Band 46 Nr. 1, 48.

den, die als ein Grundproblem der Modernisierung Japans bezeichnet worden war.⁹⁵

Die breite Akzeptanz der Interessenabwägungslehre trug dazu bei, dass die rund zwanzig Jahre andauernde Phase der Entwicklung neuer Rechtsmethoden in der japanischen Zivilrechtswissenschaft mit *Hoshino* einen Abschluss fand. Offen und dem einzelnen Rechtsanwender überlassen blieb jedoch weiterhin, nach welchem Kriterium das Werturteil zu treffen war: nach dem modernen Recht „wie es sein sollte“ (*Hironaka*), dem gesunden Menschenverstand des Richters (*Katō*) oder den objektiven Wertvorstellungen der japanischen Gesellschaft (*Hoshino*).

In jedem Fall ermöglichte es die Interessenabwägungslehre aber, die aus dem Ausland rezipierten, durch fremde oder nicht erkennbare Wertvorstellungen bedingten und auch nicht aufgrund des nach dem Krieg eingeführten formalen Verfassungsprinzips der repräsentativen Demokratie als verbindlich anerkannten Gesetzesvorschriften mit den aktuellen Wertvorstellungen des japanischen Volkes zu unterlegen. Sie war deshalb nach herrschender Meinung eine historisch notwendige Entwicklung im „Prozess der Neuformation“ des modernen japanischen Zivilrechts.

Die Zivilrechtswissenschaftler wandten sich nun wieder der praktischen Arbeit im materiellen Recht zu. Die drängenden Probleme aufgrund von Umweltschäden und im Verbraucherschutz boten ein Anwendungsfeld für die Ergebnisse der Methodendiskussion.

8. Interessenabwägung und Argumentationslehre (Yoshio Hirai): der „Zweite Rechtsmethodenstreit“

Auch nach dem Ende der Methodendiskussion erschienen weitere einschlägige Veröffentlichungen. Im Wesentlichen handelte es sich jetzt jedoch um Sammelwerke früher publizierter Arbeiten und Sekundärliteratur.⁹⁶ Zu neuen Sachbeiträgen mit ähnlichem Erfolg kam es nicht mehr.⁹⁷

⁹⁵ *N.Toshitani*, Gedanken zum japanischen Recht, 1985, S. 166.

⁹⁶ Vgl. die umfangreichen Literaturangaben zur Sekundärliteratur in *Rahn*, Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan, 1990, S. 317. Eine ausführliche Darstellung der Entwicklung der japanischen Zivilrechtsmethodik erschien in Japan im selben Jahr: *N.Segawa*, Die Auslegung des Bürgerlichen Rechts, in *E.Hoshino* (Hrsg.), Lehrgang des Bürgerlichen Rechts, Sonderband I, 1990. Daran anknüpfend, in deutscher Sprache, *T.Suizu*, Die Methodik des Zivilrechts in Japan – Entwicklung und Struktur, *ZJapanR/J.Japan.L.* 38 (2014), S. 131ff.

⁹⁷ Vgl. *E.Hoshino*, Forschungsnotizen zur Methodenlehre der Auslegungswissenschaft des Bürgerlichen Rechts nach dem Kriege, in: *ders.*, Gesammelte Abhandlungen zum Bürgerlichen Recht V, 1986, S. 3. Kaum Resonanz fanden in der Folgezeit z.B. die methodologischen Arbeiten von *H.Takashima*, Über die Elemente der bürgerlich-rechtlichen Auslegungswissenschaft, *Zschr. Waseda Hōgaku* 1972/Band 47 Nr. 3, 45ff., der vorschlug, auf die juristische Konstruktion vollends zu verzichten, und von *M.Ishida*, Die Methode

Allerdings erregte Ende 1988 (nachdem *Hoshino* 1987 emeritiert worden und zur Universität Chiba gewechselt war) eine scharfe und beharrliche Kritik seiner Rechtsmethodik von Seiten eines jüngeren Fakultätskollegen an der Universität Tokyo erneut Aufsehen. *Yoshio Hirai* (平井宜雄),⁹⁸ dessen Lehrbuch des Allgemeinen Teils des Schuldrechts – wie er selbst vermerkt hatte – als „begrifflich und deduktiv“ kritisiert worden war, stellte die Interessenabwägungslehre grundsätzlich in Frage: Die Entscheidung eines Rechtsfalls aufgrund eines Werturteils in einer Wertehierarchie zu treffen, sei irrational und unjuristisch.⁹⁹ Diese Auffassung richte in der Ausbildung der jungen Juristen großen Schaden an. Denn Wertehierarchien seien nicht mehr als subjektive Überzeugungen. Die Rechtsauslegung nach der Interessenabwägungslehre ende damit, dass jedermann sein Werturteil äußere und sich letztlich derjenige durchsetze, der die Macht innehave.¹⁰⁰ Ein sozialwissenschaftlich oder in einer Wertehierarchie durch Interessenabwägung zu findendes, sozusagen „*a priori*“ objektiv richtiges Werturteil gebe es nicht.¹⁰¹

Angeregt durch die Argumentationslehre *Chaim Perelmans* erklärte *Hirai*, um den Irrationalismus in der japanischen Rechtsmethodik zu überwinden, müsse die Tätigkeit des Juristen als „Problemlösung durch Argumente“ (議論による問題解決) begriffen werden. Zweck der juristischen Ausbildung sei es, Experten heranzuziehen, die diese Tätigkeit beherrschten. Damit setzte er sich in Widerspruch zu einer Grundthese der herrschenden japanischen Zivilrechtsmethodik, nach der das fallentscheidende Werturteil keine Domäne des Juristen ist, sondern ebenso mit dem „gesunden Menschenverstand des Laien“ (素人の常識) getroffen wird.¹⁰²

Die Methodik der Rechtsanwendung nach *Hirai* besteht aus einem „Entdeckungsprozess“ (発見のプロセス), in dem die anzuwendende Rechtsfolge bestimmt wird, und einem „Rechtfertigungsprozess“ (正当化のプロセス), der eine „Mikro-Rechtfertigung“ und eine „Makro-Rechtfertigung“ umfasst.¹⁰³ Die Mikro-Rechtfertigung bestehe aus dem Argument der deduktiven Ableitung der Entscheidung aus dem Gesetz, die Makro-Rechtfertigung aus

der Rechtsauslegungswissenschaft, 1976, der auf der Bindung des Richters an den Willen des Gesetzgebers bestand.

⁹⁸ Professor an der Universität Tokyo von 1974 bis 1998.

⁹⁹ *Y. Hirai*, Erneute Untersuchung der Rechtsauslegungslehren in Japan nach dem Kriege, Zschr. Jurisuto 1988/912, 96ff., Fn. 10. *Hirais* rechtsmethodologische Arbeiten sind veröffentlicht in *Y. Hirai*, Studium der Grundlagenlehren der Rechtswissenschaft, in: *ders.*, Yoshio Hirai Gesammelte Werke I, 2010. Die Zitate im Folgenden verweisen auf diesen Band.

¹⁰⁰ A.a.O., S. 135f.

¹⁰¹ A.a.O., S. 192.

¹⁰² Vgl. *S. Tanaka*, Über die Rationalität des rechtlichen Denkens – in Verbindung mit dem Rechtsauslegungsstreit, Zschr. Hōgaku Kyōshitsu 1982/Band 9 Nr. 24, 23 m.w.N.

¹⁰³ Ausführlich zu *Hirais* Lehre in deutscher Sprache: *Suizu* (Fn. 96), S. 158ff.

den Argumenten, die für die getroffene Entscheidung als solcher sprechen. Argumente könnten immer wieder Gegenargumenten ausgesetzt sein und müssten deshalb gut begründet werden. Unter Berufung auf Karl Popper fordert *Hirano*, die Rechtswissenschaft müsse eine rationale Grundlage erhalten, indem die „guten“ Argumente und Rechtstheorien durch Falsifizierung (反論可能性) von den „schlechten“ unterschieden würden. Rational bedeute hier die Möglichkeit, Äußerungen zu begründen, zu kritisieren und zu korrigieren.¹⁰⁴

Hirai gelang es mit seiner scharfen Kritik jedoch nicht, die Interessenabwägungslehre zu diskreditieren. Seine anspruchsvollen rechtstheoretischen Darlegungen ließen sich nicht ohne weiteres auf ein praktisches Verfahren zur materiellen Entscheidung von Rechtsfällen reduzieren. *Hoshino* erwiderte jeweils ebenso heftig. Die einige Zeit andauernde Auseinandersetzung zwischen beiden wurde sogar als „Zweiter Rechtsauslegungsstreit“ (第二次法解釈論争) bezeichnet.¹⁰⁵ *Hoshino* erklärte, *Hirai* habe die Interessenabwägungslehre überhaupt nicht verstanden. Sie sei nicht irrational, sondern betone im Gegenteil die Wichtigkeit der Soziologie, der Geschichte, der Rechtsvergleichung, der Philosophie und lehre, Juristen mit reicher Bildung und Einsicht heranzuziehen, die eben keine bloßen Gesetzestechniker seien.¹⁰⁶ Die Rechtsmethodik *Hirais* bedeute dagegen eine „Rückkehr zur Begriffsjurisprudenz“ (概念法学への回帰).

III. Die Zivilrechtsmethode in Japan heute

Die Interessenabwägungslehre, mit der der „Rechtsauslegungsstreit“ seinen Abschluss fand, eröffnete die Möglichkeit, die aus dem Ausland rezipierten Gesetze, die fremden Wert-Einstellungen entstammten, mit den Wertvorstellungen der japanischen Gesellschaft zu unterlegen. Auf diese Weise erhielten die Gesetze durch Rechtsprechung und Lehre eine neue Legitimation, aus der eine materielle Verbindlichkeit erwuchs, - und in der Folge gewann die deduktive Methodik gegenüber der induktiven wieder an Bedeutung. Hier ist die Rechtsmethodik *Hirais* einzuordnen.

Als Ergebnis dieser Entwicklung der japanischen Zivilrechtsmethodik hat das japanische Zivilrecht heute nicht mehr nur (um das berühmte Wort *Suehi-*

¹⁰⁴ A.a.O., S. 178ff.

¹⁰⁵ *J.Aomi*, zitiert von *N.Segawa*, in Mini-Symposium „Die Rechtsauslegungslehre und die juristische Ausbildung, Zschr. Jurisuto (ジュリスト) Nr. 940 (01.09.1989), 34.

¹⁰⁶ *E.Hoshino*, „Argumentation“ und juristische Ausbildung, Zschr. Jurisuto Nr. 940 (01.09.1989), 70ff.

ros aufzugreifen) eine „japanische Färbung“. Es ist substanziell japanisches Recht.¹⁰⁷

¹⁰⁷ In diesem Sinne erklärt *K.Rokumoto*, Rechtssoziologie, 1986, S. 229: „Es ist selbstverständlich und wohl wünschenswert, dass jede Gesellschaft ein eigenes Rechtssystem hat, welches ihrer kulturellen Tradition entspricht“.

Theorie und Praxis der juristischen Methodenlehre in Korea

Young-Whan Kim

I. Problemstellung

Wie bekannt ist, gehört Korea zum kontinentaleuropäischen Rechtskreis, in dem das geschriebene Recht als die wichtigste Rechtsquelle angesehen wird. Daher liegt es nahe, dass die koreanische juristische Methodenlehre von Deutschland¹ stark beeinflusst ist, zumal das Rechtssystem selbst mittelbar von Deutschland über Japan rezipiert wurde.² Also verwundert es überhaupt nicht, dass die juristische Methodenlehre in Korea gerade von der auf *Friedrich Carl von Savigny* zurückgehenden sog. Anwendungslehre des positiven Rechts³ ausgeht. Während im angelsächsischen Rechtskreis die Rechtsfindung anhand von Präjudizien eine dominierende Stellung einnimmt,⁴ steht

¹ An dieser Stelle sei die wichtigste Literatur zur juristischen Methodenlehre in Deutschland erwähnt: *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., 2010; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl. 1991; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1972; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., 2012; *Raisch*: Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanonens für die praktische Rechtsanwendung, 1988; *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 1999; *Koch/Rüssmann*, Juristische Begründungslehre, 1982; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., 2013; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl., 2011.

² Ausführlich zur gesamten Rezeption westlichen Rechts in Korea siehe insbes. *Choi Chong-Ko*, Die Rezeption europäischen Rechts in Korea, 1982. Bezüglich der Rezeption des deutschen Rechts in Korea vgl. *M. Reh binder/Ju-Chan Sonn* (Hrsg.), Zur Rezeption des deutschen Rechts in Korea, 1990 (Zu einer umfassenden Bibliographie der deutschsprachigen Veröffentlichungen über koreanisches Recht, die *Adriano Vigano* zusammengestellt hat, siehe Anhang des eben angegebenen Buches). Siehe zur Rezeption des deutschen Strafrechts und deren Problematik *Kim Young-Whan*, Rezeption des deutschen Strafrechts in Korea, in: *Hilgendorf* (Hrsg.), Ostasiatisches Strafrecht, 2010, S. 46ff.

³ v. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 206ff.

⁴ Nach *Fikentscher* ist das Kernstück der englischen Rechtsmethode das Prinzip „*stare decisis*“, nach dem man Präzedenzfälle zu befolgen hat, soweit ihre jeweilige „*ratio de-*

hier dagegen die Auslegung des positiven Rechts und deren Anwendung auf den konkreten Fall im Vordergrund. Ungeachtet dieser unterschiedlichen Methodik der Rechtsgewinnung ist jedoch nicht zu verkennen, dass es in den beiden Rechtskreisen letztlich darauf ankommt, die Sache „Recht“ herauszufinden.

Wenn die juristische Methodenlehre die Reflexion des eigenen Tuns darstellt, nimmt sie einen gewissen Abstand in Anspruch, von dem aus der Prozess der Rechtsgewinnung betrachtet werden kann. Dabei geht es nicht nur darum, zu fragen, was vor sich geht, wenn ein Gesetz interpretiert oder wenn eine Gesetzeslücke ausgefüllt wird. Vielmehr steht auch im Mittelpunkt, unter welchen Bedingungen eine Interpretation des geltenden Rechts als zutreffend beurteilt werden kann. Wie *Karl Larenz* richtigerweise gesagt hat, verfährt die Methodenlehre nicht lediglich deskriptiv, sondern auch normativ.⁵ Wenn sie hiernach dazu dienen soll, das richterliche Urteil auf seine methodische Begründetheit zu überprüfen, versteht sich von selbst, dass die juristische Entscheidungspraxis grundsätzlich durch sie begleitet wird, indem bestimmte Anforderungen an das Vorgehen der Gerichte gestellt werden, die wiederum deren Argumentationsweise und Begründungsstil mitbestimmen.

In dieser Hinsicht scheint mir aber die gegenwärtige Lage der juristischen Methodenlehre in Korea sehr bedenklich zu sein. Denn abgesehen von den unzähligen dogmatischen Arbeiten gibt es kaum eine Monographie über diesen Problembereich. Stattdessen sind nur einige Übersetzungen deutscher Fachliteratur vorzufinden.⁶ Das ist allerdings verständlich, weil die theoretische Befassung mit dieser Thematik, die ein hohes Abstraktionsniveau erfordert, weit über die Kompetenz des üblichen Rechtsdogmatikers hinausgeht, was für diesen eine große Herausforderung bedeutet. Daher sind solche Autoren schwer aufzufinden, die sich der praktischen Tragweite der juristischen Methodenlehre in der Rechtswissenschaft voll bewusst sind. Obwohl dieser Umstand nicht leicht wegzudenken ist, lässt sich dieser miserable Zustand insoweit nicht rechtfertigen, als es ungewiss bleibt, ob die Vorgehensweise der Rechtsgewinnung entweder als Rechtsfindung oder als Rechtsfortbildung

cidendi“ reicht, die die juristische Aussagekraft eines entschiedenen Falles enthält. Dagegen bedeutet „*obiter dictum*“ eine unwesentliche Beigabe für die juristische Entscheidung. Von „*distinguishing*“ als Aufzeigung rechtlicher Unterschiede zwischen zwei Fällen ist das „*overruling*“ als ausgesprochene Zurückweisung eines Präzedenzfalls zu trennen. Näher dazu *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 311f.

⁵ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 64.

⁶ *Kim Hyung-Bae*, Juristische Methodenlehre, 1974 (Übersetzung von *Zippelius*, Einführung in die juristische Methodenlehre, 1. Aufl., 1971), *Huh Il-Tae*, Juristische Methodenlehre, 2000 (Übersetzung von *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995); *Hong Sung-Bang*, Theorie der Rechtsfindung, 2013 (Übersetzung von *Kriele*, Theorie zur Rechtsgewinnung, 1976); *Yoon Zai-Wang*, Juristische Methodenlehre, 2011 (Übersetzung von *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., 2005).

zu qualifizieren ist. Denn im Gegensatz zur Rechtsfindung bedarf die Rechtsfortbildung der methodisch geleiteten Begründung, wenn ihr Ergebnis als Recht im Sinne der geltenden Ordnung zu rechtfertigen ist.

An diesem Bild ändert sich wenig in der juristischen Praxis. Zwar scheint jeder Richter bei der Rechtsanwendung sein eigenes methodisches Mittel zu haben. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass dieses Erkenntnismittel nicht theoretisch systematisch gelernt, sondern bei der Einübung der praktischen Tätigkeit eher pauschal über die Schulter erworben wird. In der Tat stellt sich dieses praktische Wissen, das aus der vagen Idee der Gerechtigkeit im Hinblick auf den konkreten Fall herausgebildet wird, sowohl als fragmentarisch wie auch als grob heraus. Dass die juristische Methodenlehre der Aufgabe nicht gewachsen ist, die richterliche Entscheidung methodisch zu begleiten, ist leicht an den Rechtsprechungen des Obersten Gerichts Koreas zu beobachten.

Ein gutes Beispiel dafür ist, dass es seit jeher ausnahmslos den Begriff „analogisierende Auslegung“ verwendet.⁷ Dadurch wird das im Folgenden darzustellende Denkmuster der juristischen Methodenlehre nicht genau beachtet. Dies wiederum hat zur Folge, dass nicht klargestellt wird, ob sie sich als Rechtsfindung oder als Rechtsfortbildung qualifiziert. Dass die Auslegung aber mindestens begrifflich von der Analogie getrennt werden soll, zeigt sich bald, wenn man den deutschen Sprachgebrauch in Betracht zieht, auf den diese Begriffe zurückgehen. Man nennt die Auslegung einfach „Auslegung“ und die Analogie „Analogie“. Niemand versucht, diese beiden Begriffe miteinander zu verbinden und dann von „auslegender Analogie“ oder „analogisierender Auslegung“ zu sprechen. Darüber hinaus geht der Oberste Gerichtshof Koreas noch einen Schritt weiter, indem er die ausdehnende Auslegung und Analogie als gleichbedeutend und daher verboten begreift.⁸

⁷ Seit 1965 verwendet der Oberste Gerichtshof Koreas den Begriff der analogisierenden Auslegung (Oberster Gerichtshof (大法院) 05.05 1954, Az. 4287Minsnag271). Dabei wird die argumentative Form von Regel und Ausnahme benutzt: 1. Regel: Das Strafrecht soll wörtlich ausgelegt werden, wobei zu beachten ist, dass eine ausdehnende Auslegung oder analogisierende Auslegung strikt verboten ist. 2. Ausnahme: Auch im Strafrecht ist eine solche Auslegung nicht ausgeschlossen, die innerhalb des üblichen Wortsinns die Entstehungsgeschichte und das Ziel der Vorschrift mitberücksichtigt (Oberster Gerichtshof 05.12.2006, Az. 2005do6525; 14.06.2007, Az. 2007do2162; 27.10.2011, Az. 2009do2629). Oder: In der strafrechtlichen Auslegung widerspricht eine systematische und logische Auslegung kaum dem Gesetzmäßigkeitsprinzip, wenn sie innerhalb des möglichen Wortsinns den systematischen Zusammenhang der Vorschrift klarstellt, in dem sie steht (das höchste Gericht 10.01.2003, Az. 2002do2363; 13.10.2011, Az. 2011do6287).

⁸ Dazu III. 3.

Darüber hinaus scheint der Oberste Gerichtshof Koreas auch nicht in der Lage zu sein, „die restriktive Auslegung“ von der „teleologischen Reduktion“ zu unterscheiden.⁹ Am Beispiel der Selbstanzeige nach der Entdeckung der Tat wird behauptet, dass die Einschränkung des „Absehens von der Strafe“ als ihrer Rechtsfolge auf „die Selbstanzeige *vor* der Entdeckung der Tat“ lediglich „eine erlaubte restriktive Auslegung“ darstellt.¹⁰ Aber da das Gesetz selbst keine zeitliche Grenze vorschreibt, ist diese Restriktion mithilfe des möglichen Wortsinns allein nicht zu bewerkstelligen. Erst durch den Bezug auf die *ratio legis* der Vorschrift – nämlich das Bereuen der Tat und die Erleichterung der Tatermittlung zu prämiieren – kann der Anwendungsbereich dieser Vorschrift auf die Selbstanzeige *vor* der Ermittlung reduziert werden. Kurz: Es geht hier nicht um eine restriktive Auslegung, sondern um eine teleologische Reduktion, die durch das Hinzufügen der sinngemäß geforderten Einschränkung geschieht und daher über den „möglichen Wortsinn“ hinausgeht.¹¹

Letztlich sei noch eine bedenkliche Entscheidung des koreanischen Verfassungsgerichts anzuführen, in der sein Kompetenzbereich im Verhältnis zum Obersten Gerichtshof in Frage gestellt wird.¹² Ihr zufolge verstößt eine Auslegung gegen das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip, die eine dem Untersuchungsausschuss angehörende Beauftragte unter dem Merkmal „Beamte“ in § 129 Abs. 1 des koreanischen Strafrechts subsumiert, so dass sie verfassungswidrig ist. Mit anderen Worten: Nicht das Gesetz, sondern eine

⁹ Auch in Deutschland wird darauf hingewiesen, dass diese öfters miteinander vermengt werden, wobei hervorzuheben ist, dass es bei der teleologischen Reduktion um die Einschränkung des zu weit gehenden Anwendungsbereichs der betreffenden Norm nach der ihr eigenen Teleologie geht, was mit der sprachlichen Formulierung wenig zu tun hat. Immerhin wird dadurch der Eindruck erweckt, gesetzestreu zu bleiben. Dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 201.

¹⁰ Oberster Gerichtshof 20.03.1997, Az. 96do1167; A hat von Wahlkampfmanager B ungefähr 6.500 Euro erhalten, damit er als Wahlkampfhelfer die Wahlkampagne für C macht. Er sollte mit diesem Betrag den Wählern einen vermögensrechtlichen Vorteil wie z.B. Essen anbieten, um die Wahl für C zu gewinnen. Daher wurde er wegen Bestechung der Wahl angeklagt und dann polizeilich verfolgt. Da er aber floh, wurde diese Anklage eingestellt. Danach ging er selbst zur Polizei, um das Geständnis abzulegen.

¹¹ Dazu *Gang Yong-Hyun*, Der Anwendungsbereich der Selbstanzeige nach dem Beamtenwahlrecht, *Justizpraxis* Bd 2, 1997, S. 129ff.; *Kim Young-Whan*, Rechtslücke und teleologische Reduktion, *Monatsschrift der Rechtsprechung* 1998/334, 36ff.; *Chang Young-Min*, Analogieverbot und teleologische Reduktion, *Strafrechtliche Fallstudie* Bd. 7, 1999, S. 1ff.; *Kim Il-Su*, Die Grenze der Auslegung, in: *Festschrift für Jae-Sang Lee*, Bd. 1, 2002, S. 42ff.; *Kim Young-Whan*, Selbstanzeige nach der Entdeckung der Tat - eine restriktive Auslegung oder eine teleologische Reduktion?, in: *Festschrift für Il-Su Kim*, 2006, S. 655ff.

¹² Die Entscheidung des koreanischen Verfassungsgerichts 27.12.2012, Az. 2011huhnba117.

bestimmte Auslegung soll verfassungswidrig sein. Davon ausgehend, dass das Gesetz mit dessen Auslegung eng verbunden ist, weil es zu seiner konkreten Anwendung stets der Auslegung bedarf, hat das koreanische Verfassungsgericht seine Kompetenz der abstrakten Normkontrolle so weit erweitert, dass ihr der Bereich der Auslegung unterfällt. Infolgedessen werden die folgenden beiden Fragen miteinander vermengt: Einerseits die Frage, wie das strafrechtliche Merkmal „Beamte“ ausgelegt werden soll, und andererseits, was die Auslegung bedeutet und wer zur Auslegung berechtigt ist. Kurz: In Frage steht hier das Verhältnis zwischen der richterlichen Kompetenz zur Auslegung und der verfassungsrechtlichen Normenkontrolle.¹³

Wenn nach alldem weder die Theorie noch die Praxis der juristischen Methodenlehre in Korea imstande sind, ihr grundlegendes Denkschema selbst ernst zu nehmen, so ist dies m. E. darauf zurückzuführen, dass sie bereits von der rechtswissenschaftlichen Ausbildung in der Universität an nicht systematisch gelernt, sondern eher pauschal beigebracht wird. Aber je schneller dieser bedenkliche Zustand überwunden wird, umso besser für die Rechtsstaatlichkeit bzw. das Vertrauen in die richterliche Entscheidung. Mit anderen Worten: Wer das geltende Recht auslegen und dann auf den konkreten Fall anwenden will, der muss mindestens voll darauf bedacht sein, was er nun tut, wie seine Rechtsanwendung theoretisch strukturiert ist und welcher normative Maßstab ins Spiel kommt. Erst danach kann er begreifen, dass die Rechtsgewinnung nach einem bestimmten Verfahren vor sich geht und nach rationalen Kriterien überprüft wird, was auch der Aufgabe der juristischen Methodenlehre entspricht. Um diese Wichtigkeit der juristischen Methodenlehre deutlich zu machen, soll im Folgenden ihr grundlegendes Denkmuster mit Beispielen aus der Rechtsprechung erörtert werden. Zunächst geht es um das grundlegende Konzept, nämlich die Analyse des Verhältnisses zwischen der Auslegung und der Lückenausfüllung (II). Dann handelt es sich um die Frage der verschiedenen Aspekte der Rechtsfindung: die objektive sowie die subjektive Auslegungslehre, die einzelnen Auslegungselemente und die enge und die weite Auslegung (III). Im Anschluss daran werden bezüglich der Rechtsfortbildung sowohl die Definition der Rechtslücke, als auch die Analogie und die teleologische Reduktion als die Methode der Lückenergänzung untersucht (IV). Schließlich erfolgt eine kurze Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse mit einer kritischen Bemerkung (V).

¹³ Vgl. zur selben Ansicht *Imm Mi-Won*, Die Untersuchung der verfassungsrechtlichen Teilnichtigkeitsentscheidung zum strafrechtlichen Tatbestand der Bestechung, Zeitschrift für Rechtsphilosophie Bd. 16, 2013/1, 143ff.

II. Das Hauptschema der juristischen Methodenlehre

Der Blick auf die juristische Methodenlehre in Deutschland zeigt, dass sich die Rechtsgewinnung auf zwei Wegen vollzieht, nämlich durch die Rechtsfindung und die Rechtsfortbildung, die sich herkömmlich anhand des Kriteriums des möglichen Wortsinns voneinander unterscheiden.¹⁴ Danach bewegt sich die Rechtsfindung im Rahmen des möglichen Wortsinns, um den entscheidenden Maßstab durch die Auslegung des Gesetzes herauszufinden (*secundum* oder *intra legem*). In dem Sinne ist die Auslegung mit der Rechtsfindung gleich. Dagegen geht die Rechtsgewinnung über die Wortlautgrenze hinaus oder weicht vom Wortsinn ab, weil das Gesetz in diesem Fall keine nach ihrem möglichen Wortsinn anwendbare Regel enthält, also eine Gesetzeslücke vorliegt. Da diese durch Analogie oder teleologische Reduktion ergänzt wird, lässt sich eine solche Rechtsgewinnung als Rechtsfortbildung kennzeichnen (*praeter legem*). Der mögliche Wortsinn markiert also die Grenze, wonach sich die Rechtsfindung und die Rechtsfortbildung differenzieren lassen. Auch wenn die Grenzziehung zwischen den beiden Bereichen offensichtlich unscharf ist, weil der Wortlaut neben einem Bedeutungskern einen nach den Rändern verschwimmenden Begriffshof besitzt,¹⁵ basiert die juristische Methodenlehre in Korea dennoch auf dieser Unterscheidung.¹⁶ Das zeigt sich vor allem deutlich in der strafrechtlichen Praxis, wenn es um die verbotene Analogie geht. Dabei ist aber lediglich zu konstatieren, dass umstritten bleibt, was sich unter dem möglichen Wortsinn konkretisieren lässt. Denn die auf denselben Fall bezogenen Entscheidungen vertreten verschiedene Ansichten, auch wenn sie auf denselben Maßstab des möglichen Wortsinns Bezug nehmen.¹⁷

¹⁴ Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, S. 33; Engisch, Einführung (Fn. 1), S. 259; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 23; Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 1), S. 59f.; Bydlinski, Methodenlehre, (Fn. 1), S. 467f.; Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 143f. Nach diesen soll eine Deutung, die nicht mehr im Bereich des möglichen Wortsinns liegt, nicht mehr Ausdeutung, sondern Umdeutung sein.

¹⁵ Zum Begriff von Begriffskern und Begriffshof: Heck, Gesetzesauslegung (Fn. 14), 1914, S. 173.

¹⁶ An der klaren Unterscheidung der beiden Bereiche bestehen auch Zweifel. Siehe zur skeptischen Ansicht Kim Hyung-Bae, Die Auslegung des Gesetzes und die Ausfüllung der Lücke – anhand des Zivilrechts, in: ders., Zivilrechtliche Untersuchung, 1986, S. 41ff.; Shim Hyun-Sup, Juristische Methodenlehre in rechtsphilosophischer Hinsicht, Seoul National University, Rechtswissenschaft Bd. 24, 1983/1, 10ff.; Oh Seo-Hyuk, Die Auslegung des Gesetzes in Korea, in: Koreanische rechtsphilosophische Gesellschaft, Die koreanische Rechtsordnung und die Auslegungslehre, 2013, S. 20ff.

¹⁷ Zum Beispiel in der richterlichen Entscheidung über die fahrlässige Brandstiftung (Oberster Gerichtshof 20.12.1994, Az. 94mo32) divergieren die Meinungen in Bezug auf den möglichen Wortsinn des § 170 StGB. Diese Debatte hat eine weitgehende Diskussion

Gegen das Kriterium des möglichen Wortsinnes bestehen gravierende Einwände. Abgesehen von dem strafrechtlichen Analogieverbot in Deutschland¹⁸ ist die klare Grenze dieses Maßstabes schwer festzulegen, weil sie sich sprachlich kaum genau ausmachen lässt, zumal sich ähnliche methodische Vorgänge in der Auslegung und in der Lückenfüllung abspielen und auch die Auslegung bereits ein wertendes Element enthält.¹⁹ Dennoch gibt es gute Gründe für die auf dem Kriterium der Wortgrenze aufbauende Unterscheidung. Zum einen ist das Gegenargument des graduellen Unterschiedes und des fließenden Übergangs zwischen der Rechtsfindung und der Rechtsfortbildung insofern nicht schlagend, als die Grenze zwischen den beiden Bereichen im Kernbereich des Wortes leicht herauszufinden ist, was in der Praxis der Rechtsfindung üblicherweise geschieht. Zum anderen besteht die praktische Funktion dieser Unterscheidung gerade darin, die jeweilige Rechtsgewinnung rechtsstaatlich zu rechtfertigen. Denn man braucht kaum besondere methodologische Gedankengänge, wenn eine Lösung des Interpretationsproblems innerhalb des möglichen Wortsinnes im Gesetz gefunden werden kann. Dagegen soll die Rechtsfortbildung erneut auf ihre Rechtfertigung geprüft werden, auch wenn die Lückenfüllung nichts anderes als die Fortsetzung der Auslegung darstellt. Sonst würden die Gerichte eine ihnen nicht zustehende Gewalt usurpieren.²⁰

In Bezug auf das strafrechtliche Analogieverbot ist der mögliche Wortsinn wie folgt zu rekonstruieren: Da dieses Kriterium am Anfang der Auslegung formal bleibt, bildet die Umgangssprache den Ausgang der richterlichen Entscheidung, deren Umfang erst durch den hermeneutischen Prozess der Auslegung zu konkretisieren ist und zwar mit der Folge, dass sich der sprachliche Bereich des möglichen Wortsinns am Ende dieses Vorgangs feststellen lässt.²¹

in der juristischen Methodenlehre ausgelöst, deren Ergebnisse schließlich in einem Buch veröffentlicht wurden. Dazu *Shin Dong-Eun* (Hrsg.), *Die Grenze der Gesetzesauslegung*, 2000.

¹⁸ *Sax* und *Kaufmann* zweifeln ein Analogieverbot im herkömmlichen Sinne an: während *Sax* behauptet, dass ein Analogieverbot nicht bestehe, geht *Kaufmann* noch weiter, indem er sagt, dass es ein solches Analogieverbot im Strafrecht überhaupt noch nie gegeben habe. Stattdessen finde die Analogie ihre Grenze nur an dem gesetzlichen Tatbestand zugrundeliegenden Unrechtstypus. An der Ansicht von *Kaufmann* wurde sich weitgehend angeschlossen; *Hassemer*, *Stratenwerth* und *Hruschka*. Dazu *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 259, Anm. 49. Zum strafrechtlichen Analogieverbot in Deutschland *Kim Young-Whan*, Die strafrechtliche Auslegung und die Grenze zur Analogie, in: *Shin Dong-Eun* (Hrsg.), *Die Grenze* (Fn. 17), S. 29f.

¹⁹ *Canaris*, Die Feststellung (Fn. 14), S. 23.

²⁰ *Canaris*, Die Feststellung (Fn. 14), S. 22f.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 1), S. 42f.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 1), S. 470f.

²¹ Dazu *Kim Young-Whan*, *Das Grundproblem der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., 2012, S. 314f.

III. Die Auslegung von Gesetzen

1. Das Auslegungsziel: Gesetzgeber oder Gesetz?

Nach dem Wortgebrauch wird unter Auslegung die Ausbreitung und Darlegung des im Text enthaltenen Sinnes verstanden. Der Gegenstand der juristischen Auslegung ist der Gesetzestext als Träger des in ihm niedergelegten Sinnes, um dessen Verständnis es in der Auslegung geht. Durch die Auslegung wird dieser Sinn mit anderen Worten deutlicher ausgedrückt und mitteilbar gemacht. Wenn man aber auf die Geschichte der juristischen Methodenlehre zurückblickt, sind bereits Ende des 19. Jahrhunderts über das Ziel der Auslegung zwei Theorien, nämlich die subjektive und die objektive Theorie²² entwickelt worden.²³ Während die subjektive Theorie auf die Ermittlung des Willens des historischen Gesetzgebers abzielt,²⁴ soll die objektive Theorie dagegen dazu dienen, den dem Gesetz immanenten Sinn zu erschließen.²⁵ Die Auseinandersetzung über das Auslegungsziel²⁶ scheint mir nun zur Frage nach der Rangfolge der verschiedenen Auslegungselemente gewechselt zu sein. Mit anderen Worten: Im Mittelpunkt steht nun die Debatte nicht um das Auslegungsziel „Wille des Gesetzgebers“ oder „normativer Gesetzessinn“, sondern eher um die Frage, auf welches Auslegungselement es vorerst ankommt, wenn sich der Sinn des Gesetzes nicht genau feststellen lässt.²⁷

Auch wenn diese beiden Lehren vom Wortlaut ausgehen, versucht die subjektive Theorie den Sinn des Gesetzes mit Hilfe des Willens des Gesetzgebers auszumachen, wohingegen es bei der objektiven Theorie darum geht, den rechtlich als maßgeblich zu erachtenden Sinn des Gesetzes zu ermitteln. Da diese Theorien an unterschiedlichen Kriterien ausgerichtet sind, liegt es nahe, dass sich daraus unterschiedliche Auslegungsergebnisse ergeben. Dabei stellt die subjektive Theorie die rechtsstaatliche Anforderung „die Bindung des

²² Larenz zufolge ist die objektive Auslegungstheorie in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts von Kohler, Binding und Wach aufgestellt worden. Larenz, Methodenlehre (Fn. 1), S. 32f.

²³ Koch/Rüßmann behaupten, dass das Alternativprogramm der Subjektiv-Objektiv Kontroverse unklar und unzulässig verengt sei. Stattdessen seien mindestens vier Ziele – Subjekt/historisch, Subjekt/geltungszeitlich, Objekt/historisch und Objekt/geltungszeitlich – erforderlich. Dazu Koch/Rüßmann, Begründungslehre (Fn. 1), S. 179.

²⁴ Nach Savigny heißt Auslegen „sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen und dessen Tätigkeit in sich künstlich wiederholen“; v. Savigny, System (Fn. 3), S. 213.

²⁵ Die objektive Auslegungstheorie besagt, dass das Gesetz vernünftiger als sein Urheber sei und, einmal in Kraft getreten, gleichsam für sich selbst stehe. Es sei daher aus seinem eigenen Sinnzusammenhang auszulegen; Larenz, Methodenlehre (Fn. 1), S. 32f.

²⁶ Dazu Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 155ff.; Engisch, Einführung (Fn. 1), S. 155ff.

²⁷ Koch/Rüßmann, Begründungslehre (Fn. 1), S. 178f.

Richters an das Gesetz“ in den Vordergrund und behauptet, dass die Aufgabe der Justiz gerade darin besteht, dem Willen des Gesetzgebers entsprechend den Sinn des Gesetzestextes wiederzufinden, anstatt die Rolle des Gesetzgebers zu übernehmen. Dagegen hält die objektive Theorie die gerechte Entscheidung im konkreten Fall für ausschlaggebend, indem die Rechtsgewinnung als die Herstellung des der Gegenwart angemessenen Gesetzessinnes aufgefasst wird.²⁸

Jeder der beiden Theorien liegt eine Teilwahrheit zugrunde. Wenn daher an der subjektiven Theorie auf extreme Weise festgehalten wird, kann dies zwar dem rechtsstaatlichen Prinzip der Bindung des Richters an das Gesetz einigermaßen gerecht werden. Aber das hat unvermeidlich zur Folge, dass häufig Gesetzeslücken vorkommen, denn die Vorstellung des Gesetzgebers ist auf die Vergangenheit bezogen. Dahingegen kann das einseitige Bestehen auf die objektive Auslegungstheorie die gerechte Entscheidung im konkreten Fall mit sich bringen, was aber oft dem Prinzip der Gewaltenteilung widersprechen kann, weil hier unabhängig vom Wortlaut entschieden würde. Deswegen wird heute versucht, die beiden Ansätze in einer vermittelnden Ansicht zum Ausgleich zu bringen, wobei der Schwerpunkt mal eher auf dem subjektiven,²⁹ mal eher auf dem objektiven Elemente liegt.³⁰

Wenn ich das richtig sehe, gibt es in Korea kaum eine Diskussion um das Auslegungsziel.³¹ Dabei fällt auf, dass die Rechtsprechung häufig den Begriff „die Absicht der Gesetzgebung (立法取旨)“ verwendet. Aber es scheint nicht ganz klar zu sein, was darunter zu verstehen ist. Denn sie kann einerseits mit der Absicht des Gesetzgebers identifiziert werden. Andererseits ist es auch möglich, sie für die Zielsetzung des Gesetzes zu halten. Immerhin steht fest, dass die juristische Methodenlehre in Korea auf diese Weise der Auseinandersetzung um das Auslegungsziel ausweicht.

²⁸ Einerseits ist gegen die subjektive Theorie darauf hingewiesen worden, dass sich der Wille des Gesetzgebers schwer feststellen lässt. Daneben wird auch hervorgehoben, dass sie nicht dazu geeignet ist, das gegenwärtige Problem richtig zu bewältigen. Andererseits ist an der objektiven Auslegungstheorie kritisiert worden, dass sie das Gesetz zu weit auslegt, so dass die Bindung des Richters an das Gesetz vernachlässigt wird. Dazu *Kim Young-Whan*, Das Grundproblem (Fn. 21), S. 300ff.

²⁹ Beispielsweise *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 172f.

³⁰ Zum Beispiel *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 139f

³¹ Zur Ausnahme davon *Kim Hyung-Bae*, Die Auslegung des Gesetzes (Fn. 16), S. 7ff.; *Hyun-Sup Shim*, Juristische Methodenlehre (Fn. 16), S. 5ff; *Kim Young-Whan*, Das Grundproblem (Fn. 21), S. 292ff.; *Kim Myung-Jae*, Eine kritische Untersuchung über die verfassungsrechtliche Auslegungsmethode, Zeitschrift für Rechtswissenschaft Bd. 21, 2001/1, 61f.

2. Die Kriterien der Auslegung

Wenn die Auslegung nicht dem Gutdünken des Auslegenden überlassen bleibt, sondern in einer nachprüfaren Weise vor sich gehen soll, bedarf es bestimmter Auslegungskriterien, nach denen sich der Auslegende richten soll. Solche Kriterien sind in der juristischen Methodenlehre bereits entwickelt worden. Nachdem *Savigny* als solche das grammatikalische, das logische, das systematische und das historische Element aufgestellt hat,³² wird heute das teleologische Element hinzugefügt, indem das logische und das systematische zu einem systematischen Element zusammengefasst werden.³³

Jede Auslegung eines Textes beginnt mit dem Wortsinn. Dies versteht sich von selbst, weil der Wortlaut des Gesetzes das primäre und wichtigste Indiz für den Normsinn darstellt. Daher gibt es in jedem Land unzählige Beispiele für die grammatikalische Interpretation und Korea ist keine Ausnahme davon. Fraglich ist aber, was unter dem Wortlaut zu verstehen ist, der gerade ausgelegt werden soll. Dabei geht es um die Fragen 1) Umgangssprache oder die Fachsprache, 2) tatsächlicher oder möglicher Sinn 3) der Sprachgebrauch im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses oder der heutige Sprachgebrauch? Um zwei Beispiele für die grammatikalische Interpretation anzuführen: Erstens geht es darum, ob *die Dateneingabe von Unberechtigten* als Computerbetrug zu bestrafen ist, wenn in der ursprünglichen Vorschrift lediglich *die Eingabe falscher Daten* als Tatbestandsmerkmal vorgeschrieben ist. In der Tat hat der Oberste Gerichtshof Koreas nicht nur die Eingabe falscher Daten, sondern auch die richtige Dateneingabe durch Unberechtigte als Computerbetrug bestraft, indem er auf die Absicht der Gesetzgebung und den Telos des Gesetzes Bezug nahm.³⁴ Nun ist aber dieses Problem mit der Änderung des einschlägigen Straftatbestands mit § 347 II endgültig beigelegt.³⁵ Zweitens geht es um die Frage, ob der *Transsexuelle* auch als ein *Tatobjekt der Verge-*

³² v. *Savigny*, System (Fn. 3), S. 212ff.

³³ Dazu *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 127ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 141ff.; *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 436ff.; *Zippelius*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 41ff.

³⁴ Oberster Gerichtshof 10.01.2003, Az. 2002do2363, Nach dem Erhalt der Kreditkarte von B, die von der Bank dem A unrechtmäßig ausgestellt worden ist, hat sich A an der Website des Kreditinstituts mit dem Namen des B angeschlossen und dabei die Nummer seiner Kreditkarte und deren Geheimzahl verwendet und dadurch einen Vermögensvorteil von 3 Euro gewonnen. Deswegen wurde er wegen Computerbetrugs angeklagt; dazu *Oh Young-Keun*, Untersuchung über das Verbrechen im Internet, Zeitschrift für Kriminalpolitik Bd. 54 2003/2, 299; *Oh Byung-Du*, Die Gesetzgebungsgeschichte bezüglich des Computerbetrugs und die Absicht des Gesetzgebers, Zeitschrift für Strafrecht Bd. 19 2007/1, 109ff.; *Byun Zong-Pil*, Kritische Untersuchung über die Auslegungspraxis des Obersten Gerichtshofs, Zeitschrift für Strafrechtsvergleichung Bd. 7, 2005/1, 1ff.

³⁵ Im geänderten § 347 II wird „die Datenverarbeitung durch die Dateneingabe dazu Unberechtigter“ hinzugefügt, was früher nicht vorgesehen war.

waltigung angesehen werden kann, weil das Strafrecht nur die Frau als Tatbestandsmerkmal vorsieht. Ausgehend von der biologischen Betrachtungsweise, in der die weiblichen Geschlechtsorgane hervorgehoben werden, hat der Oberste Gerichtshof Koreas früher den sexuellen Missbrauch von Transsexuellen nicht als Vergewaltigung gewertet.³⁶ Danach hat es seine Ansicht geändert, nachdem zum biologischen Faktor auch der soziologische Aspekt hinzugenommen wurde, unter dem die psychologische Einstellung des Opfers, das sich als eine Frau fühlt, und dessen sozial anerkanntes Selbstverständnis mitberücksichtigt werden.³⁷ Dieses Problem ist nun vollends gelöst, weil das Strafrecht inzwischen das Tatbestandsmerkmal „Frau“ durch das „des fremden Menschen“ ersetzt hat.

Als zweites Element kommt die Systematik des Gesetzes in Betracht. Dahinter steht der Gedanke, dass die einzelnen Normen nicht unverbunden nebeneinander stehen, sondern vielmehr als System konsistenter Wertentscheidungen zu begreifen sind, deren Einzeltatbestände nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den dazugehörigen anderen Normen interpretiert werden. Nur auf diese Weise lassen sich die Wertungswidersprüche vermeiden. Dieses Element wird wiederum in ein äußeres und ein inneres System eingeteilt, wobei inneres System ein konsistentes System von Wertungsentscheidung meint und äußeres System sich auf den formalen Aufbau des Gesetzes bezieht.³⁸ Zur Frage nach der Strafbarkeit der *Tötung des Fötus*, die auf der fahrlässigen Behandlung der Schwangeren durch die Hebamme beruht, hat der Oberste Gerichtshof Koreas im Hinblick auf das äußere System diese nicht als fahrlässige Körperverletzung der Schwangeren beurteilt, denn das geltende Strafrecht enthält neben den Tatbeständen der Körperverletzung bzw. fahrlässigen Körperverletzung auch die Abtreibung, die die Abtötung der Leibesfrucht verbietet, zumal das sich im Mutterleib entwickelnde Leben keinen Teil der Schwangeren darstellt.³⁹ Wenn das Ableben des Fötus nicht

³⁶ Oberster Gerichtshof 11. 6. 1996, Az. 96do791. Dazu *Jeong Hyun-Mi*, Die Vergewaltigung des Transsexuellen, Strafrechtliche Fallstudie Bd. 6, 1998, 166ff.; *Cho Hi-Dae*, Ist der einer Geschlechtsumwandlung unterzogene Transsexuelle als das Tatobjekt der Vergewaltigung anzusehen?, Kommentierung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Bd. 25, 1996, 618ff.

³⁷ Oberster Gerichtshof 10.09.2009, Az. 2009da3580, Bei der Kundenwerbung zur Prostitution an der Straße wurde ein Transsexueller von dem Täter entführt und an einer entlegenen Stelle vergewaltigt; *Kwak Byung-Hoon*, Zur Entscheidung, dass der Transsexuelle als ein Tatobjekt der Vergewaltigung betrachtet wird, Kommentierung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Bd. 82, 2009, 705ff.

³⁸ Dazu *Kramer*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 67.

³⁹ Oberster Gerichtshof 29.06.2007, Az. 2005do3832; Die Hebamme A hat der Schwangeren B eine natürliche Geburt des Kindes empfohlen. Da B aber keine Wehen verspürt hat, besuchte sie A und wurde wieder heim geschickt, da A ihr gesagt hat, dass sie zu A kommen solle, falls die Wehen bei ihr beginnen. Als B Wehen bekam, ging sie zu A, so dass die Ultraschalluntersuchung an B gemacht wurde. Nach der Untersuchung lässt A

wegen der fahrlässigen Tötung zu bestrafen ist, erweist sich dieses Problem freilich als strafrechtliche Lücke, für die eine Gesetzgebung erforderlich ist.⁴⁰ Ein Beispiel für das innere System, das auf den Bedeutungszusammenhang abstellt, stellt die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zur *Staatshaftung über das Verhältnis zwischen § 29 Abs. 1 des koreanischen Grundrechts und § 2 Abs. 1 und Abs. 2 des Staatshaftungsrechts*⁴¹ dar. Dabei werden drei Ansichten vertreten. Vom vermittelnden Ansatzpunkt zwischen der staatlichen Selbsthaftung und dem zivilrechtlichen Schadensersatzprinzip behauptet die Mehrheitsmeinung, dass den Beamten die Amtshaftung nur zuerkannt wird, wenn sie vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt haben. Für das leicht fahrlässige Unrecht der Beamten soll der Staat die Verantwortung übernehmen. Sonst können die Beamten nicht unbesorgt arbeiten. Dagegen ist die Sondermeinung der Ansicht, dass der Beamte nach dem zivilrechtlichen Schadensersatzprinzip in allen Fällen zur Verantwortung gezogen werden muss, ungeachtet einer leichten oder groben Fahrlässigkeit. Aufgrund des staatlichen Haftungsprinzips, nach dem der Staat für sämtliches Unrecht der Beamten verantwortlich sein soll, sagt die Gegenmeinung, dass § 29 Abs. 1 des koreanischen Grundrechts nicht die zivilrechtliche Haftung des Beamten für das während der Amtshandlung erfolgende Unrecht zum Ausdruck bringt, sondern lediglich den Regress der staatlichen Haftung gegen den Beamten klarstellt.⁴²

B warten, ohne dass sie entdeckt hat, dass der Fötus in B bereits voll ausgewachsen war. Da A B in dieser Weise fahrlässig behandelt hat, dass sie nicht die für den Fötus notwendigen Maßnahmen ergriff, wurde der Fötus getötet; dazu *Ha Tae-Young*, Strafrechtliche Probleme des ärztlichen Behandlungsfehlers bei der Geburt, Zeitschrift für Strafrechtsvergleichung Bd. 10 2008/1, 449ff.; *Choi Suk-Yoon*, Das Ableben des Fötus infolge eines ärztlichen Behandlungsfehlers und die fahrlässige Körperverletzung der Schwangeren, Rechtswissenschaft Bd. 30, (2010), 223ff.

⁴⁰ Dazu *Kim Tae-Myung*, Der zeitliche Anfang des Menschen und die Strafbarkeit der Hebamme bei Tötung des Fötus, Zeitschrift für Staatsexamen Bd. 54, 2009/4, 41ff.

⁴¹ Oberster Gerichtshof 15. 2. 1996, Az. 95da38677; Ein Soldat A ist mit dem der Truppe gehörenden Lastwagen gefahren, um eine andere Truppe zu besuchen. Da er dort fahrlässig gehandelt hat, wo eine Barrikade vor dem Zugleis lag, ist sein Lastwagen mit einem kleinen Bus zusammengestoßen, so dass dieser wiederum mit einem Personenwagen zusammengeprallt ist und zwar mit der Folge, dass Insasse B, der auch derselben Truppe angehörte, getötet wurde. Da es aber in diesem Fall um die Handlung des Beamten geht, kann A nicht zivilrechtlich auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

⁴² Dazu *Kim Sung-Su*, Die rechtlichen Probleme der Staatshaftung nach der Befreiung von der japanischen Regierung und die zukünftige gesetzgeberische Aufgabe, in: Festschrift für Young Huh, 1997, S. 390ff.; *Park Kwun-Sung*, Die Haftung des Beamten gegenüber dem Bürger als Opfer seiner Tat, Monatsschrift der Rechtsprechung Bd. 338, 1998, 47ff.; *Cheong Ha-Jung*, Die Staatshaftung und die Verantwortung der Beamten, Monatsschrift der Rechtsprechung Bd. 310, 1996, 22ff.

Wenn die oben genannten beiden Elemente nicht dazu taugen, den Sinn des Gesetzes deutlich zu machen, dann ist es naheliegend, die Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu erforschen. Da die Entstehungsgeschichte vielfach Auskunft über die Normvorstellung des Gesetzgebers gibt, wird dies als das historische Element bezeichnet. Mit ihm sind aber die Vorstellungen gemeint, die der Gesetzgeber tatsächlich gehabt hat, auch wenn deren vollständige Ermittlung kaum möglich erscheint.⁴³ Da aber in Korea nicht genügend Gesetzesmaterialien vorhanden sind, scheint es Schwierigkeiten zu bereiten, Beispiele dafür zu finden. Aber wenn sich die Entstehungsgeschichte und die Absicht des Gesetzes relativ klar erschließen lassen, dann könnte dies als ein historisches Element der Auslegung angenommen werden. Nur unter dieser Voraussetzung kann für die historische Interpretation die Entscheidung des Obersten Gerichtshof Koreas, „*der sog. Betragsfall*“ angeführt werden. § 55 des koreanischen Strafrechts sieht eine Reihe gesetzlicher Strafmilderungen vor, wobei Abs. 1 Nr. 6 besagt: „Ist eine Geldstrafe zu mildern, so wird sie um die Hälfte ihres *Höchstbetrages* herabgesetzt“. Nun ist die Frage, ob mit diesem Merkmal nicht nur die Obergrenze, sondern auch die Untergrenze des Betrags gemeint sein kann. Die Mehrheitsmeinung bejaht dies, indem sie den sog. Redaktionsfehler des Gesetzverfassers⁴⁴ beim Vorgang der Gesetzgebung offen zugegeben hat.⁴⁵ Wenn die geschichtliche Herkunft auch als ein historisches Element der Auslegung zu qualifizieren ist, zeigt sich, dass viele Entscheidungen des koreanischen Verfassungsgerichts darauf Bezug nehmen. Ein markantes Beispiel dafür bildet die Entscheidung zur *Verschärfung der Strafe gegen die moralisch verpönten Taten der Nachkommen* in einer Reihe von Paragraphen (§ 250 II). Zur Frage, ob diese Diskriminierung der hohen Strafe gegen das Gleichheitsgebot der koreanischen Verfassung verstößt, betont dieses Gericht den konfuzianischen Hintergrund der koreanischen Gesellschaft, demzufolge die Aszendenten mit großem Respekt verehrt werden müssen.⁴⁶

⁴³ Zur Schwierigkeit, die Vorstellungen des Gesetzgebers festzustellen siehe vor allem *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 149ff.

⁴⁴ Es gibt zwei Arten von Redaktionsfehlern. Im Fall des sog. Druckfehlers kann er problemlos korrigiert werden, dagegen kann der erst durch die Auslegung herausgefundene Fehler nicht ohne weiteres berichtigt werden, denn diese Korrektur erweist sich als verhüllte teleologische Auslegung. Dazu *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, S. 168ff.

⁴⁵ Oberster Gerichtshof 25.04.1978, Az. 78do246. Dazu *Park Chul*, Die über den Wortlaut hinausgehende und die gegen diesen verstoßende Auslegung, Zeitschrift für Rechtsphilosophie Bd. 6, 2003/1, 185; *Choi Young-Hyun*, Ob anders als der Wortlaut ausgelegt werden kann, wenn Redaktionsfehler herausgefunden werden, Kommentierung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Bd. 60, 341ff.

⁴⁶ Die Entscheidung des Verfassungsgerichts 25.07.2013, Az. 2011hyunba267, Der Angeklagte A hat seinen Vater B für eine schlechte Persönlichkeit gehalten, weil dieser seine

Telos bedeutet Zweck oder Ziel. Somit ist die teleologische Interpretation die Auslegungsmethode, die nach der *ratio legis* fragt. Wenn die Auslegung des Gesetzes dazu dienen soll, gerade eine angemessene Entscheidung in Einzelfällen zu ermöglichen, verwundert es nicht, dass diese Methode am häufigsten verwendet wird, so dass ihr vorrangige Bedeutung in der Gesetzesauslegung zukommt. Hier sind zwei Gruppen objektiver Kriterien zu konstatieren, die den Ausschlag geben müssen, wo die bisherigen Auslegungselemente keine zweifellose Antwort geben: Zum einen geht es um die Struktur des geregelten Sachbereichs, an der der Gesetzgeber selbst nichts ändern kann, und zum anderen um die hinter einer Regelung stehenden rechtsethischen Prinzipien, in denen der Sinnbezug auf die Rechtsidee begreifbar wird. Hier spielt das Prinzip der Gleichbehandlung der Gleichartigen eine herausragende Rolle. Objektiv-teleologisch wird dieses Kriterium deshalb genannt, weil sich der Gesetzgeber dieser Bedeutung nicht immer bewusst gewesen ist. Hier seien zwei Beispiele dafür erwähnt. Zum einen hat der Oberste Gerichtshof seine frühere Ansicht zur Vergewaltigung⁴⁷ geändert, indem nicht die Keuschheit, sondern die sexuelle Selbstbestimmung der Frau als ihr Rechtsgut begriffen wird. Diese Auffassung beruht auch auf dem Grundsatz der Verfassung über die Ehe und die Familie. Infolgedessen kann nicht nur die fremde Frau, sondern auch die *Ehefrau als das Tatobjekt der Vergewaltigung* betrachtet werden. Dies gilt nicht nur für die zerstrittene Ehe. Wenn der Ehemann mit der Drohung und Gewalt seine Ehefrau zur geschlechtlichen Beziehung gezwungen hat, soll seine Tat auch als Vergewaltigung bestraft werden.⁴⁸ Ein anderes Beispiel, das die Frage aufwirft, ob diese Entscheidung

Mutter öfters körperlich misshandelte, wenn er betrunken war. Nun sind A und B aneinander geraten, weil B gegen die Mutter des A gewalttätig war. Dabei hat A ursprünglich vorgehabt, mit B einen Kompromiss zu schließen. Da er aber von seinem Vater körperlich angegriffen wurde, tötete er ihn. Nun hat A beim Koreanischen Verfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde gegen die Verfassungsmäßigkeit des strafrechtlichen Tatbestandes Tötung der Eltern eingereicht, weil er gegen die Gleichheit in der Koreanischen Verfassung verstoße; zur Problematik der Strafverschärfung gegen die Taten der Nachkommen *Kim Young-Whan*, Das Verhältnis von Recht und Moral – am Beispiel des koreanischen Strafrechts, in: *Hilgendorf/Rengier* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Heinz, 2013, S. 755ff.

⁴⁷ Oberster Gerichtshof 10.03.1970, Az. 70do29. Auch wenn die Ehefrau mit Gewalt zur geschlechtlichen Beziehung gezwungen wird, ist eine solche Untat nicht als Vergewaltigung anzusehen, solange das Eheverhältnis andauert.

⁴⁸ Oberster Gerichtshof 16.05.2013, Az. 2012do14788, Az. 2012do252 Plenumsentscheidung (全員合議體 決定); A und B sind seit 20 Jahren ein Ehepaar und haben 2 Kinder. Aber sie streiten sich seit 2 oder 3 Jahren ständig. Als B eines Tag spät nach Hause kam, hat A die B mit den Füßen getreten und sie zum Geschlechtsverkehr gezwungen, indem er ein gefährliches Werkzeug verwendete. Danach wurde A wegen Vergewaltigung angeklagt; dazu *Park Gi-Suk*, Untersuchung über die Vergewaltigung in der Ehe, Kriminalpolitik Bd. 15, 2004/4, 75ff.; *Kim Hye-Jeong*, Das Tatobjekt der Vergewaltigung im Lauf der Zeit und die Rekonstruktion der Tatmodalität, Zeitschrift für Strafrechtsvergleich-

nicht gegen die Analogie verstoße, ist der Fall, dass der Angeklagte das die Abschleppdienstgebühr verlangende Verkehrspersonal mit seinem Personenkraftwagen angefahren, 1m weit mitgeschleift und dann auf den Boden zurückgelassen hat. Nachdem das Fahrzeug als ein gefährliche Werkzeug gemäß § 3 Abs. 1 des Gesetzes gegen das Gewalttätigkeitsverbrechen interpretiert wird, hat der Oberste Gerichtshof entschieden, dass mit dem Wort „*bei sich führen*“ nicht nur „*bei sich haben*“, sondern auch „*verwenden oder benutzen*“ gemeint ist und daher der Angeklagte bestraft werden soll.⁴⁹ Diese Entscheidung ist stark kritisiert worden. Das Hauptgegenargument lautet, dass die Interpretation des Wortes „*bei sich führen*“ als „*zum Verbrechen benutzt*“ weit über den normalen Sprachgebrauch hinausgeht, was somit auch die Wortlautgrenze überschreitet.⁵⁰ Daher wird *de lege ferenda* vorgeschlagen, zum Merkmal „*bei sich führen*“ „*das Benutzen oder Verwenden*“ hinzuzufügen.⁵¹

3. Enge (restriktive) und weite (ausdehnende) Auslegung

Innerhalb der Auslegung, die ohne weiteres gerechtfertigt wird, ist häufig vom Begriffspaar enge (restriktive) und weite (ausdehnende) Auslegung die Rede. Was damit gemeint ist, bleibt nach wie vor ungeklärt. Hierzu hat *Engisch* vier verschiedene Bedeutungen, nämlich den Sprachsinn, den Anwendungsbereich, das Verhältnis der Rechtsnorm zum Freiheitsbereich und die objektive/subjektive Auslegungslehre ausdifferenziert, wobei er sich selbst für die letzte, die subjektive Deutung, entscheidet. Hier werden die Worte des Gesetzes als Ausdrucksmittel für den Willen des Gesetzgebers angesehen, mittels dessen sich die beiden Auslegungen unterscheiden. Danach ist eine eng an den Willen des Gesetzgebers angelehnte Auslegung die restriktive, wohingegen eine über diesen hinausgehende die ausdehnende darstellt.⁵² Da aber, wie bereits erwähnt, der Wille des Gesetzgebers schwer feststellbar ist, wird hier vorgeschlagen, auf den Sinnbereich des möglichen Wortsinns abzu-

chung Bd. 9, 2007/1, 187ff.; *Kim Hak-Tae*, Die rechtstheoretische Debatte über die Vergewaltigung in der Ehe und die Analyse der Gerichtsentscheidungen, Rechtswissenschaft Bd. 34, 2010/1, 149ff.

⁴⁹ Oberster Gerichtshof 30.05.1997, Az. 97do597.

⁵⁰ *Gang Yong-Hyun*, Die Gewalttaten mit dem Fahrzeug und das „Bei Sich Führen“ gefährlicher Werkzeuge, Strafrechtliche Fallstudie, Bd. 7, 1999, 238ff.; *Shin Yang-Kyun*, Die Tendenz der gerichtlichen Entscheidungen zum Gesetzlichkeitsprinzip, Zeitschrift für ostasiatisches Recht Bd. 3, 2009/2, 435ff.; *Oh Seo-Hyuk*, Die Kritik an der Auslegungspraxis der Justiz, Recht und Gesellschaft Bd. 27, 2004, 185ff.

⁵¹ Dazu *Gang Yong-Hyun*, Gewalttaten (Fn. 50), 238, 255.

⁵² *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 184ff.

heben, der variabel ist. Wie *Heck* bereits gesagt hat, sind Begriffskern und Begriffshof zu unterscheiden.⁵³

Im Anschluss an das semantische „Drei-Bereiche-Modell“,⁵⁴ das zur relativ exakten Begriffsbestimmung methodologischer Figuren verhilft, liegt eine restriktive Auslegung vor, wenn die sprachliche Regelung aus dem Kreis der positiven Kandidaten einen engeren Bereich der juristisch relevanten ausgrenzt, also die in der Randzone bleibenden neutralen Kandidaten dadurch nicht erfasst werden. Dagegen ist eine ausdehnende Auslegung dort sichtbar, wo die sprachliche Regel für die positiven Kandidaten so geändert wird, dass sie auch für die neutralen Kandidaten anwendbar ist, also auch die neutralen Kandidaten subsumiert werden.⁵⁵ Auch wenn die Übergänge zwischen diesen drei Bereichen verschwommen sind, also nicht ganz klar ist, ob ein Kandidat noch als positiver, neutraler oder negativer zu klassifizieren ist, lässt sich damit noch nicht die praktische Brauchbarkeit dieses Schemas abtun, denn die Zuordnung in der großen Zahl von Fällen ist überhaupt nicht zu verkennen.⁵⁶

Wie bereits gesagt, hält der Oberste Gerichtshof die ausdehnende Auslegung und Analogie für gleichermaßen verboten. Das zeigt sich weitgehend in den Entscheidungen, in denen es auf die Auslegung der einzelnen Voraussetzungen der Steuererhebung ankommt. Wie aber oben dargestellt, sollten diese beiden voneinander unterschieden werden. Um dies mittels des „Drei-Bereiche-Modells“ zu formulieren: Während sich bei der ausdehnenden Auslegung die sprachliche Regel so verändert, dass sie ganz oder teilweise für die neutralen Kandidaten anwendbar wird, zeigt sich aber bei der Analogie, dass die für die positiven Kandidaten geltende Regel auf die negativen Kandidaten ausgedehnt wird. Immerhin ist ein Beispiel für die ausdehnende Auslegung dort zu finden, wo der Oberste Gerichtshof Koreas die *Fotokopie als Urkunde*

⁵³ *Heck*, Gesetzesauslegung (Fn. 14), S. 107. Diesbezüglich haben auch *Larenz/Canaris* fast gleiche Unterscheidungskriterien behauptet. Danach sei eine Bedeutung eng, die den Kernbereich abdeckt, dagegen eine Bedeutung, die den Randbereich umfasst, weit. Dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 174f.

⁵⁴ Nach diesem Modell gibt es erstens Gegenstände, die unzweifelhaft unter den Begriff fallen („positive Kandidaten“). Zweitens sind auch Gegenstände vorhanden, auf die der Begriff ebenso unzweifelhaft nicht anzuwenden ist („negative Kandidaten“). Drittens gibt es Gegenstände, hinsichtlich derer nicht entschieden werden kann, ob sie unter den Begriff fallen oder nicht („neutrale Kandidaten“). Dazu *Koch/Rießmann*, Begründungslehre (Fn. 1), S. 195f.; *Koch*, Das Postulat der Gesetzesbindung im Lichte sprachphilosophischer Überlegungen, ARSP 1975/1, 34f. Zur Anwendung dieses Modells im strafrechtlichen Analogieverbot *Priester*, Zum Analogieverbot im Strafrecht, in: *Koch* (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976, S. 158ff.

⁵⁵ *Kramer*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 62f.; *Priester*, Zum Analogieverbot (Fn. 54), S. 129f.

⁵⁶ *Kramer*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 62.

im strafrechtlichen Sinne beurteilt.⁵⁷ Anders als in Deutschland, wo die Fotokopien von der Rechtsprechung grundsätzlich als Nicht-Urkunde behandelt werden, steht hier der übliche Gebrauch im Rechts- und Geschäftsverkehr im Mittelpunkt. Angesichts des Zustandes, dass die Fotokopien nicht nur den Anschein des Originals haben, sondern auch im zunehmenden Maß das Original ersetzen, sei dringlich vonnöten, ihre soziale Garantiefunktion in Schutz zu nehmen.⁵⁸

In der Sammlung der koreanischen richterlichen Entscheidungen ist oft eine falsche Sortierung zu beobachten. Wie im Fall der Selbstanzeige bereits ausgeführt, sind solche Entscheidungen, die eigentlich als teleologische Reduktion klassifiziert werden sollen, fälschlicherweise der restriktiven Auslegung zugeordnet.⁵⁹ Das Verhältnis zwischen der restriktiven Auslegung und der teleologischen Reduktion sei aber nochmals anhand des „Drei-Bereiche-Modells“ illustriert: Teleologische Reduktion nimmt den unter die positiven Kandidaten fallenden Gegenstand aus dem Anwendungsbereich der Regel heraus, indem er als ein negativer Kandidat charakterisiert wird. Dahingegen wird durch die restriktive Auslegung eine Regel geschaffen, die die neutralen Kandidaten ausschließt, d.h. nur auf die positiven Kandidaten beschränkt ist. Ein Beispiel für die restriktive Auslegung ist die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs über den Begriff des Beamten. Zur Frage, ob *die Bestechung des Geschäftsführers der Korean Water Resource Corporation als Bestechung einer „als Beamten angesehenen Person“ nach § 111 des Anwaltsrechts* zu bestrafen ist, wird gesagt, dass die Verweisung des Kontrollgesetzes der staatlich finanzierten Institutionen nach § 18 lediglich darauf verweist, bei der Anwendung des strafrechtlichen Bestehungsstatbestandes die Amtsausübenden pauschal als Beamten anzusehen. Da es aber beim Anwaltsrecht nicht auf die formale Inhaberschaft der beruflich hohen Stelle, sondern auf die konkreten dienstlichen Tätigkeiten ankommt, die der amtlichen Dienstleistung gleichkommen, ist hier die Gleichsetzung des betreffenden Geschäftsführers mit dem Beamten abzulehnen. Sonst wird der Anwendungsbereich dieser Klausel zuungunsten der Adressaten weitgehend ausgedehnt.⁶⁰ Hervor-

⁵⁷ Oberster Gerichtshof 12. 9. 1989, Az. 87do506 Plenumsentscheidung; die Angeklagten B haben C fotokopierte Unterlagen von A vorgelegt, in denen die Tatsache zum Ausdruck gebracht wird, dass der Werkvertrag von A an B überlassen wurde.

⁵⁸ Dazu *Ha Tae-Hyoon*, Die Urkundenqualität der Fotokopien, Strafrechtliche Fallstudie Bd.1, 1993, 197ff.

⁵⁹ Näher dazu I.

⁶⁰ Oberster Gerichtshof 16.11.2006, Az. 2006do459, Der Angeklagte A hat von B, C und D eine große Summe Geld aus dem Grund erhalten, dass A durch die Bestechung des Geschäftsführers der Korean Water Resource Corporation dafür sorgt, dass die Firma den Werkvertrag, den sie abschließen möchte, mit B, C und D abschließt; dazu *Lee Woo-Rong*, Kann der Geschäftsführer der Korean Water Resource Corporation als Beamter angesehen werden?, Kommentierung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Bd. 66, 2007,

zuheben bleibt aber, dass sich die weite und enge Auslegung innerhalb des möglichen Wortsinnes bewegen und daher immer erlaubt sind, wohingegen Analogie und teleologische Reduktion als Rechtsfortbildung erneut auf ihre Rechtfertigung überprüft werden müssen, zumal sie über den möglichen Wortsinn hinausgehen.

4. Rangordnung der verschiedenen Auslegungselemente

An der juristischen Methodenlehre in Deutschland ist stark bemängelt worden, dass eine gesicherte Rangordnung unter den eben genannten Auslegungselementen bis jetzt noch nicht vorhanden ist. Daneben ist ihr auch der Methodensynkretismus vorgeworfen worden.⁶¹ Dazu hat *Savigny* bereits behauptet, dass die vier Auslegungselemente nicht vier Arten der Auslegung bedeuten, unter denen man nach Geschmack und Belieben wählen könnte, sondern verschiedene Tätigkeiten, die vereinigt werden müssen, wenn die Auslegung gelingen soll.⁶² Wie *Engisch* zutreffend gesagt hat, scheint mir aber diese Behauptung das eigentliche Problem mit einer gewandten Formulierung verdeckt zu haben. Denn die Ergebnisse hängen weitgehend von der Auswahl des Auslegungselements ab. So kann der Wortlaut in die eine Richtung verweisen und der systematische Zusammenhang und/oder die Entstehungsgeschichte in eine andere Richtung.⁶³ Freilich ist in der gerichtlichen Praxis öfter zu beobachten, dass von Fall zu Fall diejenige Auslegungsmethode verwendet wird, die zum befriedigenden Ergebnis führt. Wenn es bei diesem Methodenpluralismus bleiben würde, dann könnte die juristische Methodenlehre ihre Überzeugungskraft völlig verlieren. Denn der Rechtsanwender bedient sich frei bei den verschiedenen Auslegungselementen je nach Bedarf.

Wie oben bereits gesagt, hat sich der Streit um das Auslegungsziel allmählich in die Frage nach der Rangordnung der verschiedenen Auslegungselemente verwandelt. Und in der Tat fehlt es nicht an Bemühungen, ein Rangverhältnis zwischen verschiedenen Auslegungselementen festzustellen. Auch wenn keine Einigkeit darüber besteht, sieht die überwiegende Ansicht wie folgt aus: Häufig bildet der Wortsinn den Ausgangspunkt der Auslegung und bestimmt zugleich ihre Grenze. Wenn der Wortsinn mehrdeutig ist, dann kommt ein anderes Auslegungselement, nämlich das systematische zum Zuge, in dem der Bedeutungszusammenhang eine wichtige Rolle spielt. Und soweit der mögliche Wortsinn und der Bedeutungszusammenhang des Geset-

517ff.: *Oh Young-Keun*, Rückblick auf die Entscheidung 2006, Strafrechtliche Fallstudie Bd. 15, 2007, 547f.

⁶¹ *Esser*, Vorverständnis (Fn. 1), S. 121ff.; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 85ff.; *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 353ff.

⁶² v. *Savigny*, System (Fn. 3), S. 215.

⁶³ *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 146.

zes dennoch Raum für verschiedene Auslegungen lassen, ist diejenige Auslegung vorzuziehen, die dem Willen des Gesetzgebers am ehesten gerecht wird. Reichen die bisher genannten Kriterien dennoch nicht aus, so wird letztlich auf die objektiv-teleologischen Kriterien zurückgegriffen.⁶⁴

Bezüglich der juristischen Methodenlehre in Korea zeigt sich, dass eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Auslegungselement lediglich in geringem Umfang vorhanden ist,⁶⁵ abgesehen von der relativ intensiven Diskussion um die verfassungskonforme Auslegung, bzw. um die Zulässigkeit der Teilnichtigkeit der Entscheidung.⁶⁶ Und in Bezug auf die Rangfolge der Auslegungselemente ist auch zu beobachten, dass die gerichtlichen Entscheidungen überhaupt nicht ausdrücklich darauf Bezug nehmen. Freilich formuliert die gerichtliche Entscheidung den Grundsatz der Auslegungsmethode, in der letztlich auf eine sachgemäß gerechte Entscheidung abgehoben wird. Wenn aber dabei alle Auslegungselemente, d.h. der allgemeine Sprachgebrauch, das systematische Element, die Entstehungsgeschichte sowie der Zweck des Gesetzes ohne Rangfolge berücksichtigt werden, verwundert es nicht, dass der Eindruck entsteht, als ob die Auslegungskriterien beliebig nach dem erwünschten Ergebnis ausgewählt werden. Das hat sich sehr deutlich am strafrechtlichen Analogieverbot gezeigt.⁶⁷

IV. Methoden richterlicher Rechtsfortbildung

1. Richterliche Rechtsfortbildung als Fortsetzung der Auslegung

Auch wenn die Auslegung des Gesetzes gerade die zentrale Aufgabe einer der Praxis zugewandten Rechtswissenschaft ausmacht, erschöpft sich diese nicht darin. Denn es hat sich immer wieder gezeigt, dass auch ein sorgsam

⁶⁴ *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 147ff., 172ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 1), S. 163ff..

⁶⁵ *Yune Jin-Su*, Erstes Kapitel, Allgemeiner Teil, in: *Kim Yong-Dam* (Hrsg.), Kommentar zum Zivilrecht, Bd.1, 2010, S. 85ff.; *Kim Young-Whan*, Grundprobleme (Fn. 21), S. 253ff.; *Kim Hak-Tae*, Die Grenze der Gesetzesauslegung: Eine kritische Untersuchung der juristischen Methode anhand der gerichtlichen Entscheidung, Hanguk University of Foreign Studies, Rechtswissenschaft Bd. 22, 2006, 177ff.; *Park Dong-Jin*, Eine Studie über die klassische juristische Methodenlehre, Justizverwaltung, 1997, S. 7ff.; *Oh Seo-Hyuk*, Die Auslegung des Gesetzes (Fn. 16), S. 20ff.

⁶⁶ *Nam Bock-Hyun*, Das Verhältnis zwischen dem Verfassungsgericht und dem Obersten Gerichtshof bezüglich der Zuständigkeit, Zeitschrift für öffentliches Recht Bd. 32 Heft 1, 2003, 133ff.; *Han Soo-Woong*, Die Verfassungswidrigkeit von § 68 Abs. 1 des Verfassungsgerichtsgesetzes, Zeitschrift für Verfassung Bd. 10, 1999, 283ff.; *Huh Young*, Das Wesen und die Grenze der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, Zeitschrift für Verfassung Bd. 3, 1992, 175ff.

⁶⁷ Vgl. Anm. 7.

bedachtes Gesetz nicht für jeden Fall eine Lösung zur Verfügung stellt. Also ist jedes Gesetz unvermeidbar lückenhaft, wofür der Richter eine bestimmte Methode der Rechtsgewinnung braucht. Daher versteht es sich von selbst, dass die Ausfüllung dieser Lücke ein wichtiges Anliegen der Jurisprudenz darstellt. Bei näherem Hinsehen ist aber zu beobachten, dass sich die Auslegung grundsätzlich nicht strikt von der Rechtsfortbildung unterscheiden lässt. In der Tat bedeutet jede Konkretisierung eines Begriffs durch die Auslegung insofern eine Rechtsfortbildung, als sie eine unter mehreren Bedeutungen als zutreffend kennzeichnet und damit eine bestehende Ungewissheit beseitigt. Angenommen, dass sich jede Interpretation auch durch eine schöpferische Leistung des verstehenden Subjekts vollzieht, ist dieser kreative Teil schon in der Auslegung vorhanden. Wenn daher zwischen der Auslegung und der Rechtsfortbildung nur ein gradueller Unterschied besteht, dann setzt sich die Auslegung bruchlos in die Rechtsfortbildung als die Lückenausfüllung fort.⁶⁸ So verwundert es nicht, dass auch für die Lückenausfüllung dieselben Kriterien wie bei der Auslegung von maßgebender Bedeutung sind.

Historisch gesehen gab es eine Zeit, in der bereits die Befugnisse des Richters zur Rechtsfortbildung abgelehnt wurden. Auch aufgrund einer Überschätzung des begrifflichen Denkens mit der Annahme der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung wurde deren Lückenlosigkeit ins Feld geführt.⁶⁹ Nachdem aber unter dem Gesichtspunkt des Rechtsverweigerungsgebots die Notwendigkeit der Lückenausfüllung im 19. Jahrhundert grundsätzlich anerkannt wurde,⁷⁰ hat sie sich zu Beginn dieses Jahrhunderts mit der Interessenjurisprudenz und der freien Rechtsbewegung nach und nach erweitert.⁷¹ Auch in Korea ist die Befugnis des Richters zur Rechtsfortbildung weitgehend anerkannt. Freilich bedarf richterliche Rechtsfortbildung der methodisch geleiteten Begründung, weil die Gerichte ohne diese in den Bereich der Gesetzgebung eingreifen würden.

2. Begriff und Art der Gesetzeslücke

Wie erwähnt kennzeichnet der Begriff der Gesetzeslücke die Grenze der Rechtsfortbildung. Und er zeichnet sich in doppelter Hinsicht aus. Zum einen weist er auf eine „Unvollständigkeit“ hin. Daher kann man von einer Gesetzeslücke nur dann sprechen, wenn das Gesetz für einen bestimmten Bereich eine einigermaßen vollständige Regelung anstrebt. Damit wird impliziert, dass dieser Begriff in engem Zusammenhang mit einer umfassenden Gesamtkodifikation des Rechts steht und daher von der Vorstellung des rechtsfreien

⁶⁸ Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 188f.

⁶⁹ Dazu Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. 1, 1892, S. 384ff.

⁷⁰ Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 189.

⁷¹ Zu einer kurzen Zusammenfassung des dogmengeschichtlichen Rückblicks Kramer, Methodenlehre (Fn. 1), S. 115ff.

Raums weit entfernt ist. Ob eine Lücke vorliegt, ist zum anderen in Bezug auf die „Planwidrigkeit“ des Gesetzes zu beurteilen. Dabei ist der ihm zugrunde liegende Regelungsplan aus dem Gesetz selbst im Wege der Auslegung zu erschließen. Hier spielt die Teleologie des Gesetzes allerdings eine entscheidende Rolle, wobei hervorzuheben bleibt, dass sie nicht zu eng verstanden werden darf.

Darum sind nicht nur die Absichten des Gesetzgebers, sondern auch solche objektiven Rechtszwecke und allgemeine Rechtsprinzipien mit zu berücksichtigen, die Eingang in das Gesetz gefunden haben.⁷² Wegen des Begriffselements des gesetzlichen Plans kann das beredte Schweigen des Gesetzes nicht als Lücke qualifiziert werden, weil die bestimmte Absicht des Gesetzgebers dahinter stecken kann.⁷³ Eine Gesetzeslücke bedeutet also „eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes“.⁷⁴ Interessant ist aber, dass es in Korea keine theoretische Diskussion um den Begriff der Lücke selbst gibt, auch wenn viele einzelne Beispiele dafür besonders im zivilrechtlichen Bereich verbreitet sind.

Bei vielen Unterscheidungen ist besonders die von der offenen und der verdeckten Lücke von besonderer Bedeutung.⁷⁵ Offene Lücken liegen dann vor, wenn das Gesetz entgegen seinem Zweck für eine bestimmte Fallgruppe keine Regel enthält, die auf sie anwendbar wäre. Während sich hier die gesetzliche Ordnung als zu eng erweist, verhält sie sich bei den verdeckten Lücken spiegelbildlich. In Frage kommen verdeckte Lücken also, wenn das Gesetz auch solche Fälle geregelt hat, die seinem Sinn und Zweck nach eigentlich nicht erfasst werden sollten. Der Wortsinn des Gesetzes schießt hier über das Ziel hinaus. Hier besteht die Lücke gerade im Fehlen einer Einschränkung des zu weit formulierten Sinnbereichs des Gesetzes.⁷⁶

3. Die Ausfüllung der offenen Lücken durch Analogie

Wenn es um eine offene Lücke geht, so geschieht ihre Ausfüllung meistens im Wege der Analogie. Unter einer Analogie wird eine solche Rechtsgewinnung verstanden, in der die für einen Tatbestand A oder mehrere ähnliche

⁷² Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 195.

⁷³ Zum Wohneigentum als ein Beispiel des beredten Schweigens des Gesetzgebers, das keine Lücke darstellt Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 191f.

⁷⁴ Dazu Canaris, Die Feststellung (Fn. 14), S. 39; Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 191ff, 194.; Engisch, Einführung (Fn. 1), S. 236ff.; Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 1), S. 472f; Kramer, Methodenlehre (Fn. 1), S. 191ff.

⁷⁵ Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 198f.

⁷⁶ Kramer findet den herkömmlichen Sprachgebrauch merkwürdig, weil hier keine Regelung fehlt. Wenn die Lücke hier gerade darin besteht, dass eine gesetzliche Einschränkung fehlt, dann sollte dies anstatt als verdeckte Lücke als Ausnahmenlücke bezeichnet werden. Kramer, Methodenlehre (Fn. 1), S. 199f.

Tatbestände anwendbare Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, aber ihm ähnlichen Tatbestand B übertragen wird. Diese Übertragung beruht darauf, dass beide Tatbestände in der maßgebenden Hinsicht gleich zu bewerten sind, also auf der Forderung der Gerechtigkeit, Gleichartiges gleich zu behandeln.⁷⁷ Ein Beispiel dafür ist die relativ neue Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Koreas über die *Beinprothese als Voraussetzung des Anspruchs auf Versorgung*, wobei diese künstliche Gliedmaße mit dem menschlichen Körper gleichgesetzt wird.⁷⁸ Die erste und die zweite Instanz haben entschieden, dass die Beschädigung der Beinprothese nicht als körperliche Verletzung interpretiert werden darf, weil als Arbeitsunfälle, die die Versorgung in Anspruch nehmen, lediglich solche Unfälle angesehen werden, die mit einer Verletzung des menschlichen Körpers einhergehen. Dazu hat das Gericht auch hinzugefügt, dass auch die Prothese im Rahmen der Versorgung für die Arbeitsunfälle entschädigt werden kann, womit aber noch nicht gesagt ist, dass die Beschädigung der Beinprothese einen Tatbestand des Versorgungsanspruchs darstellt. Im Gegensatz dazu hat der Oberste Gerichtshof dieses Urteil aufgehoben und zwar mit der Begründung, dass die Beinprothese für die Behinderten die Funktion des Fußes ausübt und daher als ein Teil des Körpers betrachtet werden kann, zumal der hier in Frage kommende Wohnblockwart vor der Beschädigung der Prothese problemlos gearbeitet hat.

Gegen die Analogie wird behauptet, dass es dabei nicht um einen Schluss vom Besonderen auf Besonderes, sondern vom Besonderen auf das Allgemeine, d.h. um eine Induktion geht.⁷⁹ Zuzustimmen ist dem Einwand, dass sie ein problematisches Verfahren darstellt. Doch stellt sich heraus, dass sie ein hybrider, nämlich aus Deduktion und Induktion zusammengesetzter Schluss ist. Konkret: Hier lässt sich nicht unmittelbar von einem Besonderen auf ein Besonderes schließen, sondern der Schluss erfolgt durch die Vermittlung des den beiden Tatbeständen Gemeinsamen, das für ihre Bewertung ausschlaggebend ist.⁸⁰

Ein besonders qualifizierter Fall des Analogieschlusses ist das sogenannte „*argumentum a maiore ad minus*“ (*argumentum a fortiori*). Es besagt, dass eine Rechtsfolge, die für einen weniger gewichtigen Sachverhalt angeordnet ist, umso mehr für einen wertungsmäßig gewichtigeren Fall gelten muss, der

⁷⁷ Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 202f.; Engisch, Einführung (Fn. 1), S. 247ff.; Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 1), S. 475f.; Kramer, Methodenlehre (Fn. 1), S. 207f.

⁷⁸ Oberster Gerichtshof 10.04.2014, Az. 2012du20991; Der Wohnblockwart ist bei der Räumung des Schnees ins Wanken geraten und dabei ist seine Beinprothese beschädigt worden. Daher hat er einen Antrag auf Versorgung gestellt.

⁷⁹ Canaris, Die Feststellung (Fn. 14), S. 97ff.; Engisch, Einführung (Fn. 1), S. 248ff.; Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 1), S. 478f.

⁸⁰ Kaufmann, Das Verfahren (Fn. 1), S. 60f.; Engisch, Einführung (Fn. 1), S. 249f.; Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 205f.

aber nicht geregelt ist.⁸¹ Kurz: Wenn es verboten ist, dass zwei mit einem Fahrrad fahren, gilt dies „*erst recht*“ für den Fall, dass drei mit einem Fahrrad fahren.

Ein bekanntes Beispiel dafür ist die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs über den oben genannten Fall „*der fahrlässigen Brandstiftung*“.⁸² Hier geht es um folgenden Sachverhalt: Bei stark windigem Wetter hat der Angeklagte das herumliegende trockene Heu gesammelt, um damit seine Zigarette anzuzünden. Da er seine Zigarette auf den Boden geworfen und danach den Platz gedankenlos verlassen hatte, fiel dem dadurch entstandenen Brand ein großer Teil des Apfelobstgartens zum Opfer. Die einschlägige Vorschrift für diesen Fall ist § 170 Abs.2 des koreanischen Strafrechts. Unter dem Titel fahrlässige Brandstiftung lautet diese Vorschrift, „Der vorangehende Absatz ist auf diejenigen anzuwenden, der fahrlässig einen ihm selbst gehörigen in § 166 und § 167 genannten Gegenstand verbrennt und dadurch eine Gemeingefahr verursacht“. Hier kommt es nun darauf an, wie das Tatbestandsmerkmal „einen ihm selbst gehörigen in § 166 (allgemeine Gebäude) und § 167 (allgemeine Sache) genannten Gegenstand“ interpretiert werden soll. Es scheint von vornherein ausgeschlossen zu sein, diese fahrlässige Brandstiftung des fremden Apfelobstgartens unter diese Vorschrift zu subsumieren, denn dieser Gegenstand gehört einem Fremden. Abweichend vom allgemeinen Sprachgebrauch aber hat die Mehrheitsmeinung des Gerichts diese Vorschrift dahingehend ausgelegt, dass dieser Tatbestand nicht nur seinen eigenen in § 166 genannten Gegenstand, sondern auch die in § 167 genannten Sachen unabhängig von deren Zugehörigkeit erfasst und daher der Angeklagte bestraft werden soll.⁸³ Es ist nicht zu verkennen, dass diese Schlussfolgerung auf dem Gedanken von *argumentum a fortiori* beruht: d.h. wenn die fahrlässige Brandstiftung des eigenen Gegenstandes bestraft wird, gilt dies umso mehr für die der fremden Sachen. Auch wenn über diese Rechtsprechung intensiv diskutiert wurde, fällt dennoch auf, dass das *argumentum a fortiori* in Korea nicht als der Analogie verwandt, sondern vielmehr eher als eine Art der systematischen Auslegung begriffen wird, die der Oberste Gerichtshof ausdrücklich als eine „gesamt-systematische“ bezeichnet hat.

⁸¹ Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 208f.; Kramer, Methodenlehre (Fn. 1), S. 211f.

⁸² Oberster Gerichtshof 20.12.1994, Az. 94mo32

⁸³ Vgl. dazu die einzelnen Beiträge in dem von Dong-Eun Shin herausgegebenen Buch *Shin Dong-Eun* (Hrsg.), Die Grenze (Fn. 17), *Shin Dong-Eun*, Die strafrechtliche Lücke und deren Ausfüllung durch die berichtende Auslegung; *Kim Young-Whan*, Die strafrechtliche Auslegung und die Grenze zur Analogie; *Yi Sang-Don*, Die Grenze der strafrechtlichen Auslegung; zugleich die Kritik an der Auslegungsmethode von *Young-Whan Kim* und von *Dong-Eun Shim*; *Kim Dae-Hwe*, Die Grenze der strafrechtlichen Auslegung und die juristische Methodenlehre; daneben *Kim Il-Su*, Die Grenze der Auslegung, in: Festschrift für Jae-Sang Lee, Bd. 1, 2002, S. 42ff.

Das Pendant zum Analogieschluss und zum *argumentum a fortiori* ist der Umkehrschluss (*argumentum e contrario*). Danach gilt die Rechtsfolge R für andere Tatbestände nicht, weil sie nur an den Tatbestand A geknüpft ist. Hier spielt die Ähnlichkeit der beiden Tatbestände keine Rolle, so dass der Umkehrschluss die Ablehnung der Analogie impliziert. Allerdings ist die Frage, ob eine gesetzliche Regel einen Umkehrschluss erlaubt oder die Grundlage für die Analogie bildet, nicht eine Frage der formalen Logik, sondern der in ihr zum Ausdruck kommenden Wertung. Daher muss die Entscheidung für das eine oder das andere unbedingt mittels des teleologischen Denkens begründet werden.⁸⁴

Als ein Beispiel für das Verhältnis zwischen beiden ist die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs über den Begriff des „Mieters“⁸⁵ zu nennen. Ihr liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Weil er allzeitig mit der Pflege seiner schwerkranken Frau beschäftigt war, hat ein über siebzig Jahre alter Mann seiner Tochter sein Sparbuch gegeben mit der Bitte, an seiner Stelle den Vertrag über eine Mietwohnung abzuschließen, der tatsächlich in ihrem Namen vollzogen wurde. Gemäß dem Mietwohnungsgesetz in der alten Fassung kann der Mieter nach dem Abschluss des Mietvertrages die Übertragung des Eigentums an der Wohnung beantragen, nachdem er 5 Jahre darin gewohnt hat, wenn er den Mietvertrag in seinem Namen abgeschlossen und in dieser Wohnung gewohnt hat. Aufgrund des sog. „materiellen Mieters“, der mit seinem Geld den Mietvertrag abgeschlossen und jahrelang in der Wohnung gelebt hat, hat das Tae-Jeon Oberlandesgericht (die zweite Instanz) diesem alten Mann das Wohnungseigentum bewilligt, auch wenn er rechtlich dazu nicht berechtigt ist. Dahinter steckt die Überlegung, dass der Regelungszweck dieses Gesetzes gerade darin besteht, den armen Leuten das Eigentum an der Wohnung zu gewähren. Im Gegensatz dazu hat der Oberste Gerichtshof aber anders entschieden und zwar mit der Begründung, dass der Mieter in § 15 Abs. 1 des Mietwohnungsgesetzes lediglich denjenigen meint, mit dem der Mietvertrag tatsächlich abgeschlossen wurde, und daher eine ausdehnende Auslegung nicht erlaubt ist, nach der auch die anderen als Vertragspartner darunter fallen. Denn sie verstößt gegen den Grundsatz der Auslegung, deren Ziel darin liegt, der zu billigen Entscheidung insoweit zu dienen, als diese nicht die Rechtssicherheit beeinträchtigt. Wenn aber der Sinn des Gesetzes eindeutig feststeht, dann ist eine davon abweichende Interpretation grundsätzlich ausgeschlossen.⁸⁶

⁸⁴ Dazu Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 210; Engisch, Einführung (Fn. 1), S. 252; Kramer, Methodenlehre (Fn. 1), S. 212ff; Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 1), S. 475f.

⁸⁵ Oberster Gerichtshof 23.04.2009, Az. 2006da81035.

⁸⁶ Moon Kwang-Sub, Die Auslegung des Mieters im Sozialmietwohnungsgesetz, Kommentierung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs, Bd. 79, 2009, 472ff.; Lee Jae-Kyung, Der formale und der materielle Mieter: Zur Entscheidung des Obersten Gerichts-

Eine weitere Grenze zum Analogieschluss ergibt sich aus dem Analogieverbot im Strafrecht, das einen Teil des Gesetzlichkeitsprinzips ausmacht. Dieses Verbot stellt die Aufgabe, die zulässige gesetzestreue Auslegung von der verbotenen rechtsschöpferischen Analogie abzugrenzen, auch wenn sie beide nicht klar zu unterscheiden sind.⁸⁷ Da das Gesetzlichkeitsprinzip auch im Steuerrecht gilt, ist der Analogieschluss hier nicht erlaubt, so dass viele Beispiele dafür in diesem Bereich zu finden sind. Nach dem Gesagten hat Analogie zwei verschiedene Bedeutungen. Einmal ist darunter ein logisches Schlussverfahren zu verstehen, nämlich Gleichartiges gleich zu behandeln. Zum andern hat sie eine kriminalpolitische Bedeutung in Bezug auf das Prinzip *nullum crimen sine lege*, nämlich das Verbot der Rechtsfortbildung zu Ungunsten der Betroffenen. Dabei gilt dieser Grundsatz nicht nur für die Analogie, sondern auch für die teleologische Reduktion, was noch näher zu erklären sein wird.

4. Die Ausfüllung der verdeckten Lücken durch teleologische Reduktion

Bekanntlich gehören Analogie und teleologische Reduktion zur Rechtsfortbildung. Sie stellen quasi zwei wichtige Säulen der Rechtsfortbildung dar. Wie gesagt, bezeichnet eine verdeckte Lücke einen solchen Fall, in dem eine gesetzliche Regel gemäß der immanenten Teleologie des Gesetzes einer Einschränkung bedarf. Die Ausfüllung einer solchen Lücke geschieht also durch das Hinzufügen der sinngemäß geforderten Einschränkung. Weil hiermit die im Gesetz enthaltene, nach ihrem insoweit eindeutigen Wortsinn zu weit gefasste Regel auf den ihr nach dem Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt wird, spricht man von einer teleologischen Reduktion. Kurz: Bei ihr geht es darum, einen zu weit gefassten Wortsinn auf den Anwendungsbereich zu reduzieren, der der *ratio legis* entspricht.⁸⁸ Während die Rechtfertigung der Analogie in dem Gebot der Gerechtigkeit, „gleichartige Fälle gleich“ zu behandeln, besteht, besteht die der teleologischen Reduktion dagegen im Gebot der Gerechtigkeit, „Ungleiches ungleich“ zu behandeln.⁸⁹ Mir scheint diese Art der Rechtsfortbildung eine der schwierigsten Methoden zu sein, denn sie hat den Anschein *contra legem*, als ob sie unmittelbar gegen das Gesetz verstößt. Das heißt: Indem der Anwendungsbereich der in Frage kommenden Vorschrift der *ratio legis* gemäß reduziert wird, findet sie praktisch keine Anwendung mehr. Aus diesem

hofs, 2006da81035, Il-gam Rechtswissenschaft Bd. 19, 2011, 191ff.: Kim Young-Ho, Die konkrete Billigkeit und die Rechtssicherheit als Auslegungsprinzip, Kye-Rong Rechtswissenschaft Bd. 6, 2010, 259ff.

⁸⁷ Vor allem Roxin, Strafrecht Allg. Teil I, 4. Aufl., 2006, S. 148ff.

⁸⁸ Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 210ff.; Kramer, Methodenlehre (Fn. 1), S. 224ff.; Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 1), S. 480f.

⁸⁹ Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 211.

Grund bestehen dagegen die starken Bedenken, dass die Berichtigung des Gesetzes durch teleologische Reduktion eher nicht als eine neue Gesetzgebung zu rechtfertigen wäre.

Wie der Umkehrschluss den Analogieschluss ablehnt, ist auch bei der teleologischen Reduktion eine solche Grenze dort sichtbar, wo „eine sog. formale Ordnungsschrift“ in Frage kommt, die strikt auszulegen ist. Dahinter steckt der Gedanke des Schutzes des Vertrauens der Rechtsgenossen in die Beständigkeit und Voraussehbarkeit der Rechtsausübung, also „Ordnung um der Ordnung willen“. Danach hat sich der Richter diesen Formalvorschriften schweigend zu beugen, mögen sie ihm im Einzelfall auch sinnlos erscheinen.⁹⁰ Also beansprucht die formale Ordnungsschrift ein Reduktionsverbot mit Rücksicht auf das Rechtssicherheitsinteresse.⁹¹

Ein Beispiel dafür ist die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs über die *Gültigkeit des nationalen Wechsels ohne die Angabe des Ausstellungsortes*.^{92/93} Das koreanische Wechselgesetz schreibt in § 1 des Wechselrechts die einzelnen Voraussetzungen der Gültigkeit des Wechsels, bzw. in Nr. 7 die Angabe des Ausstellungsortes vor und definiert in § 2 den mit diesem Formmangel behafteten Wechsel als ungültig. Ausgehend davon, dass dieses Merkmal im Hinblick auf die Gerichtsbarkeit nicht für den nationalen, sondern nur für den internationalen Wechsel von Bedeutung ist, hat die Mehrheitsansicht des Gerichts entschieden, dass der nationale Wechsel ohne den Ausstellungsort gültig ist. Dabei wurde auch der ständige Rechtsverkehr berücksichtigt, in dem ein solcher Wechsel als mangellos behandelt wird. In methodischer Hinsicht wird diese Entscheidung in der Weise rekonstruiert, dass die *ratio legis* von § 1 darin liegt, die Gerichtsbarkeit des Streits klarzustellen, weshalb dieser Zweck für den nationalen Wechsel belanglos ist. In diesem Maß soll daher der Anwendungsbereich dieser Regelung reduziert werden (sog. teleologische Reduktion).⁹⁴ Fraglich ist allerdings, ob diese

⁹⁰ v. Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935, S. 19ff.; Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. 2, 1952, S. 82ff.

⁹¹ Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 212.

⁹² Oberster Gerichtshof 23.04.1998, Az. 95da36466, A hat 5 Wechsel an B ausgestellt und B hat diese wiederum dem C überlassen. Und C hat 4 davon dem D und einen dem E überlassen. Als E diesen Wechsel an dem zuständigen Ort vorgelegt hat, ohne dass der Ausstellungsort notiert war, wurde es abgelehnt, die Wechselsumme zu bezahlen; leider ist hier nicht zu verkennen, dass sich das Gericht der Struktur seiner Argumentation nicht voll bewusst ist.

⁹³ Es gibt auch gleichsinnige Entscheidung über Schecks, dazu Oberster Gerichtshof 19.08.1999, Az. 99da23383.

⁹⁴ Zur zustimmenden Ansicht Choi Jun-Sun, Rückblick auf die Entscheidung in 1998 und Vorschau auf 1999, Zeitschrift für Staatsexamen Bd. 26 1998/1.12., 85ff.; Jung Chang-Hyung, Die Gültigkeit des Wechsels ohne die Angabe des Ausstellungsorts, in: Festschrift für Gil-Jun Park, Bd. II, 1998, S. 711.

Berichtigung mittels der teleologischen Reduktion gerechtfertigt werden kann.⁹⁵ Zwar soll ein Reduktionsverbot grundsätzlich nicht weiter erstreckt werden, als es das Rechtssicherheitsinteresse verlangt. Aber die starken Gegenmeinungen behaupten, dass diese Lücke nicht durch die Rechtsfortbildung, sondern eher durch eine Gesetzesänderung geschlossen werden soll.⁹⁶

Wie bereits dargestellt, ist der teleologischen Reduktion auch unter dem Gesichtspunkt des Analogieverbotes eine Grenze gezogen. Sie ergibt sich dort, wo eine Erweiterung der Strafbarkeit durch teleologische Reduktion herbeigeführt wird. Ein Beispiel dafür ist der schon erwähnte Fall der *Selbstanzeige nach der Entdeckung der Tat*.⁹⁷ Hier ist die Mindermeinung des Gerichts der Ansicht, dass die Beschränkung des „Absehens von der Strafe“ als ihre Rechtsfolge auf „die Selbstanzeige vor der Entdeckung der Tat“ lediglich eine erlaubte restriktive Auslegung darstellt. Dagegen behauptet die Mehrheitsmeinung, dass eine solche enge Auslegung eine „limitierende Analogie“⁹⁸ bedeutet, mittels derer die Strafbarkeit zu Unrecht ausgedehnt wird. Freilich ist es sehr fraglich, ob dieser Begriff der limitierenden Analogie angemessen ist. Denn hier werden zwei Begriffe unterschiedlicher Herkunft, nämlich einerseits die Analogie als das kriminalpolitische Gebot, die Rechtsfortbildung zu Ungunsten des Täters zu verbieten, andererseits die Limitierung als ein Schlussverfahren teleologischer Reduktion, miteinander verbunden.⁹⁹

5. Rechtsfortbildung mit Rücksichten auf allgemeine Grundsätze des Rechts

Sollten diese beiden nicht ausreichen um die gesuchte Entscheidung zu finden, dann wird empfohlen, auf allgemeine Grundsätze des Rechts wie das

⁹⁵ Zur Gegenmeinung *Choi Gi-Won*, Das Fehlen des Ausstellungsortes und die Gültigkeit des Wechsels, Handelsrechtliche Fallstudie V, 2000, S. 48ff.; *Yune Jin-Su*, Erstes Kapital (Fn. 65), S. 90f.

⁹⁶ Hier sei auch der relativ neue Fall erwähnt, dass das ohne Siegel verfasste Testament erbrechtlich als ungültig entschieden wurde. Da der Oberste Gerichtshof die Gültigkeit dieses mangelhaften Testaments verneint hat, ist dieser Fall auch vom koreanischen Verfassungsgericht entschieden worden und zwar mit dem Ergebnis, dass das das Siegel als eine notwendige Form vorschreibende Gesetz verfassungsgemäß sein soll. Dazu der Oberste Gerichtshof 08.09.2006, Az. 2006da25103. Die Entscheidung des koreanischen Verfassungsgerichts (憲法裁判所) 27.03.2008, Az. 2006hyunba82, Plenumsentscheidung. Dazu *Kim Young-Hee*, Der rigorose Formalismus und der wahre Wille des Testamenterstellers, Zivilrechtliche Fallstudie, Bd. 30, 2008, S. 391ff.; *Hyun So-Hye*, Untersuchung zur Verbesserung des Testaments, Zeitschrift für Familienrecht Bd. 23 Heft 2, 2009, 1ff.

⁹⁷ Oberster Gerichtshof 20.03.1997, Az. 96do1167. Vgl. dazu Anm. 11.

⁹⁸ Dieser Begriff geht auf *H. J. Hirsch* zurück. Dazu *Hirsch*, Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, in: *Jescheck* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, 1985, S. 50ff.

⁹⁹ Dazu *Kim Young-Whan*, Selbstanzeige nach der Entdeckung der Tat – eine restriktive Auslegung oder eine teleologische Reduktion?, in: Festschrift für Il-Su Kim, 2006, S. 665f.

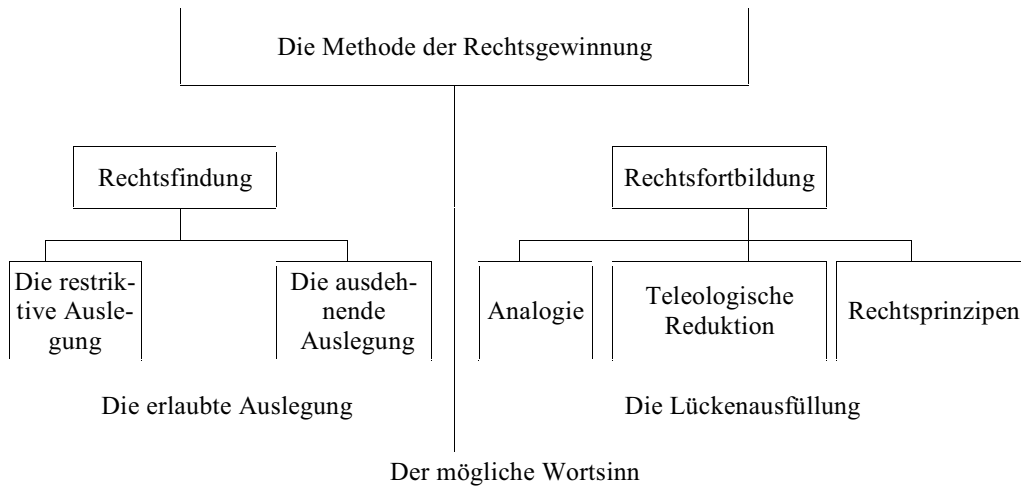
Wesen der Schuld und den übergesetzlichen Notstand usw. zu rekurren. Zu diesen gehören auch der Geist der Rechtsordnung, bzw. die Natur der Sache. Während es in Deutschland relativ viele Beispiele für diese Lückenausfüllung gibt,¹⁰⁰ sind in Korea Beispiele dafür leider schwer zu finden. Ein Beispiel dafür wäre die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs über die Änderung des Geschlechts eines Transsexuellen im Personenstandbuch.¹⁰¹ In der Tat hat der Gesetzgeber einen solchen Fall nicht vorgesehen, so dass es gesetzlich nicht möglich ist, das bei der Geburt eingetragene Geschlecht nachträglich im Personenstandbuch zu korrigieren, was eine Lücke darstellt. Auf den Antrag eines Transsexuellen, dessen Geschlecht von einem Mann zu einer Frau umgewandelt wurde, hat die Mehrheitsmeinung des Obersten Gerichtshofs behauptet, dass das frühere Geschlecht nach dem Verfahren von § 120 des Personenstandesbuchgesetzes (戶籍法) im Personenstandbuch korrigiert werden kann, wenn die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien wie die Menschenwürde der Transsexuellen und das Streben nach dem Glück die volle Geltung erlangen sollen.¹⁰² Dagegen wird freilich von der Gegenmeinung eingewandt, dass das Korrigieren des Geschlechts eine gesetzliche Reform erfordert, ohne die dies nicht bewilligt werden sollte. Das bislang Dargestellte wird in dem folgenden Schaubild zusammengefasst.

¹⁰⁰ Beispiele dafür sind der Verbotsirrtum, die Euthanasie und die Schwangerschaftsunterbrechung aufgrund des Güterabwägungsprinzips. Dazu *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 260ff. Zu erwähnen sei noch, dass sich *Engisch* anders als *Larenz/Canaris* dieser Art der Rechtsfortbildung gegenüber sehr zurückhaltend verhält, *Engisch*, Einführung (Fn. 1), S. 303ff.

¹⁰¹ Oberster Gerichtshof 22.06.2006, Az. 2004sue42 Plenumsentscheidung; A hat nach der Geburt sein Geschlecht als Mann beim Personenstandbuch registriert. Da er transsexuell ist, hat er sich später als eine Frau gefühlt und sich daher umoperieren lassen. Nun hat er einen Antrag darauf gestellt, sein Geschlecht von männlich auf weiblich umzuschreiben.

¹⁰² Dazu *Min Yu-Suk*, Zur Korrektur des Transsexuellen im Personenstandbuch, Kommentierung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs, Bd. 60, 2006, 559ff.; *Yune Jin-Su*, Die Rechtsstellung des Homosexuellen vor der Entscheidung über die Korrektur des Geschlechts, Zeitschrift für Familienrecht Bd. 23 2009/3, 239ff.

Das gesamte Denkschema der juristischen Methodenlehre



V. Schlussbemerkung

Auf den ersten Blick sieht die theoretische Struktur der juristischen Methodenlehre in Korea ganz ähnlich aus wie die in Deutschland. Bei näherem Hinsehen zeigen sich aber gravierende Unterschiede, die hier dargestellt werden sollen.

Zunächst fällt auf der theoretischen Ebene auf, dass auch hier die juristische Methodenlehre zwar anhand der einzelnen Beispiele entwickelt, aber gar nicht zu einem systematischen Konzept theoretisch herausgebildet wird, das die Auslegung und Anwendung des Gesetzes im Ganzen methodisch leiten soll. Aus diesen Gründen wird nicht klargestellt, was die Rechtsfindung und was die Rechtsfortbildung eigentlich bedeuten. Daneben ist auch nicht deutlich, auf welches Auslegungselement die in Frage kommende Auslegung Bezug nimmt. Stattdessen orientieren sich die meisten Rechtsdogmatiker überwiegend an den in der Rechtsprechung verwendeten Wörtern oder an ihrem Ergebnis, um den Prozess der Rechtsgewinnung nachzuvollziehen. So wird die Entscheidung über die Selbstanzeige als ein Beispiel für die grammatikalische Interpretation über die Selbstanzeige¹⁰³ und die Rechtsprechung über die fahrlässige Brandstiftung als ein Fall für die systematische Auslegung¹⁰⁴ zur Kenntnis genommen. Des Weiteren wird die Entscheidung über den Wechsel ohne Angabe des Ausstellungsorts als ein Beispiel für die teleologische Auslegung begriffen, die den Geschäftsverkehr in den Vordergrund

¹⁰³ Dazu oben I 2.

¹⁰⁴ Dazu oben IV 3.

stellt.¹⁰⁵ Wenn die Rechtsfindung und die Rechtsfortbildung hinsichtlich ihrer Rechtfertigung andere methodische Wege gehen sollten, ist diese methodische Ungereimtheit möglichst bald zu überwinden, um die Rechtsstaatlichkeit in vollem Umfang zu verwirklichen.

An diesem problematischen Zustand ändert sich auf der praktischen Ebene kaum etwas. Es muss aber vorausgeschickt werden, dass die Generalklausel und die unbestimmten Begriffe in der koreanischen Gesetzgebung, sei es im Grundrecht wie dem Strafrecht und dem Zivilrecht, sei es im Spezialrecht, häufig missbraucht werden. Darüber hinaus sind auch sehr wenig Gesetzesmaterialien vorhanden, obwohl sie eine große Rolle bei der Rechtsgewinnung spielen. Daher versteht sich von selbst, dass sich die richterlichen Entscheidungen mehr auf das objektiv-teleologische Element der Auslegung als auf das subjektiv-historische Element beziehen, um schließlich auf den juristischen Aktivismus¹⁰⁶ hinauszulaufen, wobei sie Gefahr laufen, das Prinzip der Bindung des Richters an das Gesetz und das Gewaltentrennungsprinzip zu übertreten.¹⁰⁷ Allerdings lässt sich dieser Umstand weitgehend darauf zurückführen, dass die koreanische Gesetzgebung noch nicht zu einer ausdifferenzierten Gesetzgebungstechnik im Stande ist und auch die Gewaltenteilung nicht effektiv verwirklicht wird. Abgesehen davon erscheint mir sehr bedenklich, dass es fast nie zu einer reibungslosen Zusammenarbeit zwischen Theorie und Praxis kommt. Im Gegensatz zu Deutschland, wo die Lehrmeinungen sogar in den Entscheidungen direkt zitiert werden¹⁰⁸, betrachtet die gerichtliche Praxis in Korea die theoretischen Behauptungen lediglich als eine Randnotiz. Ein markantes Beispiel dafür ist die herrschende Lehre über „die Unkenntnis des Rechts“ als Verbotsirrtum, die vom Gericht bis jetzt kaum zur Kenntnis genommen wird.¹⁰⁹

Bezüglich der konkreten Rechtsgewinnung in der Praxis muss zunächst hervorgehoben werden, dass auch hier überhaupt nicht am Hauptschema der juristischen Methodenlehre, vor allem an der grundsätzlichen Trennung zwischen Rechtsfindung und Rechtsfortbildung festgehalten wird. Das zeigt sich deutlich in der Entscheidungssammlung. Zwar werden wegen des Gesetzlichkeitsprinzips im Strafrecht die Auslegung und Analogie anhand des möglichen Wortsinns formal unterschieden, aber das geht gleich wieder fehl, weil wiederum die ausdehnende Auslegung und die Analogie als gleich betrachtet

¹⁰⁵ Dazu IV 4.

¹⁰⁶ Juristischer Aktivismus (engl. *judicial activism*) bezeichnet die Bereitschaft eines Gerichts, neue Richtlinien für ihr Handeln zu setzen. Dieser Aktivismus zeigt sich am deutlichsten in der Schaffung neuer Richtlinien über die *Rechtsgewinnung*.

¹⁰⁷ Oh Seo-Hyuk, Die Auslegung (Fn. 16), S. 6, 31f.

¹⁰⁸ Zur Aufgabenteilung von der Auslegung und Rechtsprechung in Deutschland, Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 1), S. 135f.

¹⁰⁹ Dazu Huh Il-Tae, Zur Unkenntnis des Gesetzes, Strafrechtliche Fallstudie Bd. 1, 1993, 43ff.

werden. Aber noch bedenklicher in rechtsstaatlicher Hinsicht ist, dass die Rechtsprechung die Lücke überhaupt nicht erwähnt und diese meistens mittels der Auslegung zu ergänzen versucht. Konkret: Auch wenn offensichtlich eine Lücke vorliegt, wollen die meisten Richter diese Tatsache nicht wahrnehmen, sondern versuchen diese unrechtmäßig durch eine berichtigende Auslegung zu ergänzen, die sich auf den ganzen Bedeutungszusammenhang oder die *ratio* des Gesetzes bezieht.¹¹⁰ Daneben ist auch nicht klar, auf welchem Wege sich die Rechtsfortbildung vollzieht. Darum bleibt es nach wie vor unklar, ob es sich um eine Analogie oder um eine teleologische Reduktion gehandelt hat. Vermutlich liegt der Grund für das Misstrauen gegenüber dem Lückenbegriff darin, dass die Entscheidung unnötigerweise kompliziert wird, wenn die Lücke offengelegt wird. Freilich ist die Schwierigkeit in der Praxis wohl verständlich. Aber damit ist noch nicht gesagt, dass sie weiter in einer solchen Weise verfahren darf.

Kurz zusammengefasst: Wie Prof. Oh zu Recht gesagt hat, ist das Problem der Theorie und der Praxis in Korea dahingehend zu formulieren, dass zwar der gesamte Sachverhalt einigermaßen in Sicht kommt, aber der konkrete Rechtsgewinnungsprozess nicht verdeutlicht wird, weil das Argument nicht mit den in der juristischen Methodenlehre geläufigen Begriffen formuliert wird.¹¹¹ Davon ausgehend, diesem Missstand abhelfen zu können, sei hier letztlich eine Mahnung von *MacCormic* und *Summers* zur Transparenz des Rechtsgewinnungsprozesses zitiert:

„Da das Auslegungsproblem heute überall auftritt, soll der Richter dem in Frage kommenden Problem nicht ausweichen, sondern es unmittelbar in Angriff nehmen und mit einer selbstkritischen Einstellung versuchen, es deutlich zu formulieren... Im Fall mehrerer konkurrierender Ansichten soll dies durchsichtig gemacht werden. Erst wenn alle Entscheidungsgründe offengelegt werden, ist das richterliche Urteil auf die Richtigkeit zu überprüfen. Was wir daher zu jedem Rechtssystem sagen können, ist nichts anderes als das: Alle Argumente sind kenntlich zu machen, die zur Lösung des Widerspruchs irgendwie beigetragen haben“.¹¹²

¹¹⁰ Zur selben Ansicht *Oh Seo-Hyuk*, Die Auslegung (Fn. 16), S. 20f.

¹¹¹ *Oh Seo-Hyuk*, Die Auslegung (Fn. 16), S. 31.

¹¹² *MacCormic/Summers*, Interpretation and Justification, in: *MacCormic/Summers* (Hrsg.), *Interpreting Statutes*, 1991, S. 542ff. (zitiert aus der Übersetzung von *Park Jeong-Whoon*, Die Rechtfertigung der Auslegung, Zeitschrift für Rechtsphilosophie Bd. 6 2003/1, 353.

Historische Entwicklung und aktueller Stand der Zivilrechtsmethodik in Taiwan

Congzhou Wu

I. Terminologie und Forschungsobjekt der Zivilrechtsmethodik

1. Terminologie

Zu Beginn muss zuerst die Terminologie besprochen werden. Das Wort „Methodenlehre des Zivilrechts“ oder „Zivilrechtsmethodik“ in dieser Forschung sollte ins Chinesische „民法方法論“ („Min-Fa-Fang-Fa-Lun“ in Chinesischer Aussprache) übersetzt werden. Diese Terminologie wird heutzutage in Taiwan häufig verwendet.¹ Aber die frühere Literatur in Taiwan, die von der japanischen Kanji-Übersetzung beeinflusst wurde,² und auch die Literatur auf dem Festland³ wählten den Terminus „民法解釋學“ („Min-Fa-Jie-Shi-Xue“ in Chinesischer Aussprache oder „Auslegungslehre des bürgerlichen Rechts“ in deutscher Übersetzung). Der letzte Ausdruck führt bei Anfängern jedoch leicht zu Verwirrung, da er einem anderen chinesischen Terminus „民法釋義學“ („Min-Fa-Shi-Yi-Xue“ in Chinesischer Aussprache), der „Rechtsdogmatik“⁴ ähnelt, der jedes positives Recht, also Zivilrecht wie auch Strafrecht betrifft. Die letzte Übersetzung sollte somit am besten vermieden werden.

2. Forschungsobjekt

Strafrecht und öffentliches Recht haben heutzutage ihre eigene Rechtsmethodik, die hauptsächlich die jeweils einschlägigen Fälle des Strafrechts oder

¹ Vgl. einige wichtige Werke der Rechtsmethodik wie *Yang Ren-Shou*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1987; *Huang Mao-Rong*, Juristische Methoden und das moderne Zivilrecht, 6. Aufl., 2009; *Wang Tze-Chien*, Juristisches Denken und Fälle des Zivilrechts, 1995 und *Li Hui-Zong*, Fallbasierte Rechtsmethodik, 2009.

² *Yang Zi-Jiang*, Jurisprudenz, 2005, S. 157; *Liang Huixing*, Hermeneutik des Zivilrechts, 1995, S. 1, Vorwort.

³ *Liang Huixing* (Fn. 2), S. 208. Dieses Buch ist auf dem Festland als „Ausgangspunkt der Auslegungslehre des bürgerlichen Rechts“ bezeichnet worden. Es stellt ein „bedeutendes Wahrzeichen“ der Zivilrechtsmethodik in China dar. Dazu vgl. *Duan Kuang*, Japanische Auslegungslehre des bürgerlichen Rechts, 2005, S. 379.

⁴ Vgl. *Kaufmann/Hassemer/Neumann* (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl., 2004, S. 1f.

öffentlichen Rechts zu ihren Forschungsobjekten nehmen. Obwohl beide Rechtsmethoden, genau wie die Methodik des Zivilrechts, betonen, dass die Rechtsanwendung ein Prozess der Rechtsverwirklichung (wie Strafrechtler *Arthur Kaufmann*) oder der Normkonkretisierung (wie Verfassungsrechtler *Friedrich Müller*) darstellt, verfolgen sie verschiedene Anliegen. Die strafrechtliche Methodik kümmert sich besonders darum, wie in Strafsachen die Grenze zwischen der rechtlichen Gesetzesauslegung und der Analogie richtig gezogen werden könnte, da das Analogieverbot des Strafrechts der Kern des *nulla poena sine lege* ist. Die Methodik des öffentlichen Rechts beschäftigt sich mit der Spezialität der verfassungsrechtlichen Interpretation im System der verfassungswidrigen Kontrolle, mit der Funktion der verfassungskonformen Auslegung und mit der Frage, wie die Grundrechte durch die Verwendung dieser Methode garantiert werden könnten. Demzufolge wird die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hauptsächlich als Material der methodologischen Reflexion verwendet. Im Vergleich dazu befasst sich die Zivilrechtsmethodik mit dem Verstehen und Anwenden der zivilrechtlichen Regelungen als wesentlicher Inhalt eines eigenen methodischen Materials.⁵ Neben dem wissenschaftlichen Gegenstand der allgemeinen Rechtsmethodik (einschließlich des Begriffs und der Geltung des Rechts) umfasst das Forschungsobjekt der Methodik des Zivilrechts insbesondere drei Hauptteile, nämlich die zur Lösung praktischer Fälle entwickelte Lehre vom Anspruch, das Verstehen des Rechtssatzes und die Anwendung des Rechtssatzes.⁶

Der Anspruch bildet den Kern des Zivilrechtssystems. Die Anspruchsgrundlage ist also die Rechtsquelle der Rechtsfindung. Ein anwendbarer Anspruch ist als Prämisse der Rechtsanwendung zu finden, damit die zu dem Zivilrichter kommenden Zivilsachen gelöst werden können. Dies ist daher die zentrale Aufgabe der Zivilrechtsmethodik. Die Lehre vom Anspruch bildet einerseits den wichtigsten Hauptteil der Zivilrechtsdogmatik. Sie zeigt zum anderen auch die Eigenschaften der Methodenlehre des Zivilrechts.

Ein solcher Anspruchsaufbau, der zugleich eine Prüfungsreihenfolge der Anspruchsnormen enthält, einschließlich der Ansprüche aus Vertrag, Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, dinglicher Ansprüche, Ansprüche aus Delikt, Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung usw. kann deshalb auch als „innere Systembildung“ bezeichnet werden. Wie der Gelehrte, der die Theorie der Anspruchsgrundlage aufgenommen und in Taiwan als erster initiiert hatte, hervorgehoben hat, soll der Anspruchsaufbau einerseits der Ausgangspunkt der Überlegungen und Diskussionen zur Beantwortung des

⁵ Schapp, Methodenlehre des Zivilrechts, 1998, S. 38.

⁶ Schapp (Fn. 5), S. 3-5.

Falls sein und andererseits zeigt er, dass mehrere Ansprüche in einer bestimmten Reihenfolge geprüft werden sollen.⁷

Unter dem Hauptteil „Verstehen des Rechtssatzes“ werden die Arten und Strukturen der Rechtssätze, die Auslegung und die Anwendung der Rechtssätze, insbesondere die Auslegungskriterien (oder Auslegungselemente, -faktoren, -kanons usw.) sowie das Rangverhältnis zwischen der Interpretationskriterien erforscht.

Schließlich konzentriert sich die Diskussion um die Anwendung des Rechtssatzes auf Subsumtionsmodelle im juristischen Syllogismus und, hinsichtlich ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe oder Generalklauseln, auf Abwägungsmodelle.

Die letzten beiden Forschungsteile der Zivilrechtsmethodik folgen im Grunde den Forschungsergebnissen der allgemeinen Rechtsmethodik. Hier bestehen keine signifikanten inhaltlichen Unterschiede zwischen Deutschland und der Theorierezeption in Taiwan.

II. Deutsche Wertungsjurisprudenz in Taiwan

1. Theorierezeption

Bei der Rechtsanwendung der zivilrechtlichen Methodik, insbesondere bei der Gesetzesauslegung und der Rechtsfortbildung, wird wie gesagt hauptsächlich den Regeln und Rechtsgrundsätze der allgemeinen juristischen Methodik gefolgt. Aus einer historischen Perspektive der Entwicklungslinien wurde die Methodenlehre des Zivilrechts besonders von *Rudolf von Jhering* und *Philipp Heck* beeinflusst. Durch die Entwicklung von der Begriffsjurisprudenz über die Interessensjurisprudenz bis zur Wertungsjurisprudenz bildet der Gedanke der Interesseabwägung sowie der Werturteile einen besonderen Schwerpunkt, der seinen Niederschlag im „teleologischen“ Ansatz gefunden hat.⁸ Mit anderen Worten, die zu Beginn des 20. Jahrhunderts von den Zivilrechtlern *Jhering* und *Heck* gegründete Interessenjurisprudenz und die von den gegenwärtigen zivilrechtlichen Gelehrten wie *K. Larenz*, *J. Esser*, *W. Fikentscher*, *H.-M. Pawlowski*, *F. Bydlinski*, etc. kontinuierlich gestaltete

⁷ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, 21. Aufl., 2007, Rn. 1ff.; *Wang Tze-Chien* (Fn. 1), S. 60ff.

⁸ Über die Entwicklungslinie von der Begriffsjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz vgl. auch *Petersen*, Von der Interessensjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, 2001; *Wu Congzhou*, Zivilrechtswissenschaft und Juristische Methodenlehre, Bd. 2 (Begriffsjurisprudenz, Interessensjurisprudenz und Wertungsjurisprudenz: Versuch einer Entwicklungsgeschichte der Methodenlehre der Zivilrechtswissenschaft), 2007, insbesondere die Tabelle auf S. 469.

Wertungsjurisprudenz⁹ sind bis heute die Hauptströmung der zivilrechtlichen Methodenlehre geworden.¹⁰ Dies zeigt, dass sowohl in Deutschland wie auch in anderen Ländern ein großer Lehrer der Zivilrechtsdogmatik gleichzeitig ein wichtiger Rechtsmethodenlehrer sein sollte. Inzwischen spielt *Karl Larenz* nicht nur in Deutschland sondern auch in Taiwan eine große Rolle. Denn nachdem 1960 *Karl Larenz'* Klassikerwerk mit dem Titel „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ in Deutschland erschienen ist, kann die Rechtsmethodik authentisch als ein professionelles Fach an den zeitgenössischen deutschen Hochschulen bezeichnet werden.¹¹

In Taiwan wurde der wichtigste taiwanische Zivilrechtler (später Grand Justice) *Tze-Chien Wang* von seinem Doktorvater *Karl Larenz* tief und weitreichend beeinflusst. Er hat fast alle Gedanken der Rechtsdogmatik und Rechtsmethodenlehre von *Larenz* rezipiert und in die taiwanische Rechtskultur eingebracht. Angestoßen durch die Theorierezeption durch *Wang* entwickeln sich die Rechtsmethodik und das Gedankensystem der Wertungsjurisprudenz in Taiwan. Die von *Wang* veröffentlichte Hauptmonographie „Juristisches Denken und Fälle des Zivilrechts“¹², die in der Tat ein wissenschaftliches Lehrbuch der zivilrechtlichen Methodenlehre ist, hat einen enormen Einfluss auf die taiwanische Wissenschaft und Praxis ausgeübt. Das Ziel dieses Buches ist, wie er im Vorwort seines anderen wichtigen Lehrbuches, nämlich „Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts“ schrieb, das Prüfungsschema der Anspruchsgrundlage zu zeigen, „um auf der an die Wertungsjurisprudenz orientierten Position nach einer neuen Denkweise zu suchen, die

⁹ Die wichtigste Literatur der Hauptvertreter dieser Theorie sind: *Jhering*, Der Zweck im Recht, 1877 u. 1883; *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912; *ders.*, Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienausgabe), 3. Aufl., 1995; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts; Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1956; *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, 1975-1976, Bd. 1-4; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen; Einführung in die juristische Methodenlehre, 2000; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff; Recht, Methode und Jurisprudenz, 1982 usw. Leider ist bisher nur die Methodenlehre von *Larenz* (Studienausgabe) ins Chinesische übersetzt worden.

¹⁰ Vgl. *Wu Congzhou* (Fn. 8), S. 421-443.

¹¹ Dazu vgl. *Rüthers*, Die Wende-Experten, 1995, S. 191f.; *Wu Congzhou* (Fn. 8), S. 422.

¹² Dieses Buch ist 1982 ursprünglich unter dem Titel „Grundlehre zur Übung des Zivilrechts“ in 1. Auflage erschienen. Im Jahre 1995 wurde es vollständig verbessert und von 238 auf 496 Seiten ergänzt, umbenannt in „Juristisches Denken und Zivilrechtliche Fälle“ und erneut veröffentlicht. Es besteht aus insgesamt 8 Kapiteln, die sich folgendermaßen gliedern: 1. Einleitung; 2. Sachverhalt, Fragestellung und Lösung; 3. Historische Methode oder Anspruchsmethode; 4. Anspruchsgrundlage und Anspruchsaufbau; 5. Anspruch und Einrede; 6. Rechtsanwendung; 7. System, Aufbau und Stil der Falllösung; 8. Übungen und Erläuterungen der Fälle.

Juristen einzuleiten, die Probleme zu erörtern und zu lösen.“¹³ Denn “die Juristen sollten die gründlichen Fähigkeiten der Induktion und Deduktion haben und könnten hin und her zwischen konkretem Sachverhalt und abstraktem Rechtssatz gegenüber zu lösenden Fällen denken.“¹⁴

Darüber hinaus ist auf eine andere, in Taiwan eine große Rolle spielende, rechtsmethodische Monographie mit dem Titel „Juristische Methodenlehre und Zivilrecht der Gegenwart“¹⁵ des Zivilrechtlers *Mao-Rong Huang* hinzuweisen. *Huang* als jetziger taiwanischer Grand Justice hat bei *Josef Esser* an der Uni Tübingen promoviert und wurde gleichzeitig auch von *Karl Larenz* beeinflusst. *Huang*s Monographie deckt vollständig die hauptsächlichen Forschungsthemen der allgemeinen Rechtsmethodik ab. Neben der überkommenen Theorie der Rechtsquellen beschäftigt er sich auch mit den Kriterien der Gesetzesauslegung, der Methode der Ausfüllung von Gesetzeslücken und den Grenzen der gesetzübersteigenden Rechtsfortbildung. Von besonderer Bedeutung ist zugleich seine eingehende Diskussion über die Systembildung in der Rechtswissenschaft.¹⁶ Er geht davon aus, dass die Grundgedanken der Interessen- und Wertungsjurisprudenz bzw. die von *Larenz* bezeichneten Rechtsprinzipien und Typenreihen zum Bilden des inneren Systems immer wieder benutzt werden sollten, um die praktischen Fälle zu analysieren.¹⁷

Meiner Meinung nach bilden die beiden oben genannten wissenschaftlichen Werke, die nahezu gleich auf dem Gedanken der juristischen Methodenlehre von *Karl Larenz* basieren und mit lokalen taiwanischen Fällen kombiniert wurden, gemeinsam folgendes Gesamtbild: Die deutsche Wertungsjurisprudenz wurde in Taiwan umfangreich und tief sinnig rezipiert.

2. Dreistufiger Rechtsfindungsaufbau

Im Anschluss an die Theorierezeption ist zu betonen, dass der von *Larenz* bahnbrechend entwickelte, sogenannte dreistufige Rechtsfindungsaufbau der juristischen Methodenlehre heute auch die herrschende Meinung in Taiwan bildet. Dem Dreistufenbau zufolge sollte ein Rechtsanwender zunächst auf der ersten Stufe zur Klärung des Sinnes des geltenden Rechts, die anzuwen-

¹³ Vgl. *Wang Tze-Chien*, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, 2000, Vorwort.

¹⁴ Hier sind offenbar *Karl Engisch*s bekannte Worte „Hin- und Herwandern des Blickes“ verwendet worden.

¹⁵ Dies Buch ist 1982 in 1. Auflage erschienen. 2009 enthält es als ergänzte 6. Auflage insgesamt 7 Kapitel und umfasst fast 1000 Seiten. Die Überschriften der Kapitel sind im folgender: 1. Über Rechtsquelle; 2. Rechtsbegriffe; 3. Die logische Struktur der Rechtssätze; 4. Feststellung der Tatsache; 5. Gesetzesauslegung; 6. Gesetzeslücke und ihre Ausfüllung; 7. Rechtssystem.

¹⁶ *Huang Mao-Rong*, Juristische Methoden und das moderne Zivilrecht, 6. Aufl., 2009, S. 851.

¹⁷ *Huang Mao-Rong* (Fn. 16), S. 853f.

dende Regel auslegen. Die Interpretationskriterien umfassen dabei den möglichen Gesetzeswortsinn, den Bedeutungszusammenhang des Gesetzes, den Willen des Gesetzgebers bzw. die Entstehungsgeschichte, den objektiven Zweck des Rechts und die Rechtsvergleichung.

Wenn die maximal mögliche Auslegung des Wortlauts überschritten wird, kommt der Rechtsanwender auf die Stufe der Gesetzesergänzung bzw. die Stufe der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung. Durch die Analogie zur Ausfüllung „offener“ Lücken und die teleologische Reduktion zur Ausfüllung „verdeckter“ Lücken können gesetzliche Lücken demzufolge ergänzt werden.

Falls auch durch Analogie oder teleologische Reduktion eine zutreffende Rechtsnorm nicht gefunden werden kann, benötigt es, im Einklang mit der Natur der Sache oder mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, der Schaffung einer notwendigen Regel. Folglich erreicht der Rechtsanwender die letzte Stufe, die der Rechtsfortbildung (sog. gesetzübersteigende Rechtsfortbildung).¹⁸

Insgesamt ist ohne Zweifel festzustellen, dass es einen hohen Grad an Überlappung im theoretischen Entwicklungstrend der Rechtsmethodik zwischen Taiwan und Deutschland gibt. Die Wertungsjurisprudenz bzw. Methodenlehre des Zivilrechts von *Larenz* genießt eine große Befürwortung und herrschende Stellung in Taiwan.

III. Beobachtung über die Verwendung in der Praxis

Die Rechtsmethodik konzentriert sich vor allem auf die praktische Anwendung. Daher wird sie auch als eine „praktische Methodenlehre“¹⁹ verstanden. Infolgedessen sollte neben der Darstellung der Theorie mehr Wert auf die Ergebnisse der Operationen der Praxis gelegt werden. Zu diesem Zweck sollen im Folgenden, dem dreistufigen Rechtsfindungsaufbau entsprechend, einige wichtige zivilrechtliche Entscheidungen des taiwanischen Obersten Gerichtshof veranschaulicht und analysiert werden, damit die genauen Konstellationen der praktischen Anwendung verstanden werden können.

1. Anspruchsgrundlage

Nachdem *Prof. Tze-Chien Wang* seit Jahrzehnten den Anspruchsaufbau und das Prüfungsschema²⁰ initiiert hatte, ist die Denkweise in Anspruchsgrundla-

¹⁸ Dazu *Larenz* (Fn. 9), S. 200ff., S. 254ff.; *Wang Tze-Chien* (Fn. 1), S. 254-344; *Huang Mao-Rong* (Fn. 16), S. 553-756; *Wu Congzhou*, Gesetzeslücke, Analogieanwendung und Teleologische Reduktion im Zivilrecht, in: *Zivilrechtswissenschaft und Juristische Methodenlehre*, Bd. 1, 2007, S. 133-144.

¹⁹ *Schapp* (Fn. 5), S. 2.

²⁰ *Wang Tze-Chien* (Fn. 1), S. 60ff.

gen den Juristen in Taiwan allmählich bekannt. In der Prozesspraxis konzentrieren sich die Behauptungen oder die Verteidigung der Parteien auch auf Anspruchsgrundlagen.²¹

Über die Bedeutung der Anspruchsgrundlage hat die Rechtsprechung des taiwanischen Obersten Gerichtshofs in seiner Entscheidung Nr. 3760, 1997 in den Gründen erklärt: „Taiwanisches BGB § 184 Absatz 1 Satz 1, 2 sieht ausdrücklich vor: Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich einen Schaden zufügt, ist Satz 1 entsprechend anzuwenden.“²² Absatz 1 setzt in der Tat zwei verschiedene Typen von unerlaubten Handlungen fest. Die eine fordert zum Schutz des Rechts entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit als subjektives Verschulden, die anderen beschränkt sich zum Schutz der allgemeinen Interessen auf absichtliche Schädigungen eines anderen in gegen die guten Sitten verstoßender Weise. Da die beiden Sätze verschiedene Tatbestände bestimmen, sind sie freilich unterschiedliche Anspruchsgrundlagen. Daher sind sie unterschiedliche Gegenstände des Rechtsstreits.“²³ Diese Entscheidung wurde von Zivilrechtlern mehrfach rezensiert.²⁴ Sie stellt einen aussagekräftigen Sinn für die Entwicklung der Praxis dar.

Im Übrigen geht die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in Nr. 55, 2008 davon aus, dass „in der Leistungsklage die vom Kläger behaupteten Anspruchsgrundlage ein vollständiger Rechtssatz ist, der aus Tatbestand und Rechtsfolge bestehen sollte“. „Die Prinzipien oder Rechtsquellen wie Treu und Glauben, Billigkeit, Natur der Sache („Fa-Li (法理)“ auf Chinesisch) oder das Gleichheitsprinzip etc. sind nicht anspruchgrundlagefähig (oder subsumtionsfähig)²⁵ und mithin kein Streitgegenstand.“²⁶

²¹ Laut einer Statistik des taiwanischen Justizhofs sind mindestens über einhundert Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs, die den Begriff „Anspruchsgrundlage“ enthalten, zu finden. Es zeigt sich, dass das Anspruchsaufbauprüfungsschema ein Teil der Denkweise der taiwanischen Juristen geworden ist.

²² Daraus ist offenbar zu entnehmen, dass das Tai. BGB in § 184 §§ 823, 826 des deutschen BGB rezipiert.

²³ Im Anschluss gibt es noch viele Urteile des taiwanischen Obersten Gerichtshofs, die der genannten Formulierung folgen. Entscheidung Nr. 2560, 2000, Entscheidung Nr. 1352, 2008, Entscheidung Nr. 2530, 2008 und Entscheidung Nr. 1439, 2010. Sie alle verwenden fast die gleiche Formulierung.

²⁴ Wang Tze-Chien (Fn. 1), S. 63.

²⁵ Anhand einer Statistik eines deutschen Gelehrten gibt es etwa 50-60 Anspruchsnormen in den ersten drei Büchern des BGB. (Dazu Schapp (Fn. 5), S. 42.) Im Taiwanischen BGB sollten es nach grober Schätzung weniger sein.

²⁶ Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Nr. 969, 2008 formuliert die gleichen juristischen Argumente.

2. Auslegungskriterien

Eine Skizze über die Anwendung der Auslegungsmethode in Zivilsachen lässt sich anhand der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Nr. 2261, 2009 sehr schön veranschaulichen. Die Argumentation dieses Urteils über die Auswahl der möglichen Auslegungskriterien enthält eine der detailliertesten Begründungen, die ich gelesen habe. Die Entscheidung betrifft die Frage der Anwendung des Taiwanischen Aktiengesetz § 199 Absatz 1.

Nach dieser Bestimmung bedarf es für die Abberufung eines „einzelnen“ Vorstandsmitglieds nicht nur eines Beschlusses der Hauptversammlung mit der Mehrheit der abgegeben Stimmen (einfache Stimmenmehrheit), sondern auch eines Sonderbeschlusses der Mehrheit, der mindestens zwei Drittel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst. Im Anschluss an die Abberufungsbestimmung des „einzelnen“ Vorstandsmitglieds sieht § 199a a.F. vor, dass wenn vor der noch nicht abgelaufenen Amtszeit des Vorstandsmitglieds die Hauptversammlung beschlossen hat, „alle“ Vorstandsmitglieder erneut zu wählen, diese Neuwahl als eine vorzeitige Abberufung gilt, soweit gleichzeitig keine anderweitigen Beschlüsse getroffen werden, die die Abberufung des Vorstandsmitglieds mit dem Ablauf der Amtszeit vorsehen.

Hierdurch entsteht die Frage, ob die vorzeitige Abberufung „aller“ Vorstandsmitglieder auch eines Sonderbeschlusses der Mehrheit bedarf, wie bei der Abberufung eines „einzelnen“ Vorstandsmitglieds oder ob hier eine einfache Stimmenmehrheit genügt?

Erwähnenswert ist, dass obwohl in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Nr. 2261, 2009 der Oberste Gerichtshof und das Berufungsgericht (das Taiwanische Obergericht) mit übereinstimmenden Auslegungskriterien argumentieren, beide doch zu verschiedenen Ergebnissen kommen.

Das Taiwanische Obergericht vertrat die positive Ansicht. Es begründet dies mit folgende Argumenten: 1. Nach der Interpretation des „*Gesetzeswortsinnes*“ des § 199a besteht das Bedürfnis eines Sonderbeschlusses nicht nur bei der Abberufungsbestimmung eines „einzelnen“ Vorstandsmitglieds, sondern auch bei einer vorzeitige Abberufung „aller“ Vorstandsmitglieder. 2. Die „*Gesetzgebungsbegründung*“ (od. Entstehungsgeschichte) bestätigt, „dass auf Grund des großen Einflusses eines Vorstandsmitglieds auf die Operationen der Gesellschaft, die Notwendigkeit eines Sonderbeschlusses für die Entlassung geregelt wird“. Im Vergleich dazu hätte die vorherige Abberufung „aller“ Vorstandsmitglieder eine größere Beeinflussung als die frühere Entlassung eines „einzelnen“ Vorstandsmitglieds. Es hat nach dem Argument „*a minore ad maius*“ (*argumentum a fortiori*)²⁷, die in diesem Urteil als *logische*

²⁷ Zum „Erst-Recht“-Schluss (*argumentum a fortiori*) vgl. auch: Rütters, Rechtstheorie, 7. Aufl., 2013, Rn. 897ff.

Auslegung bezeichnet wird, den Schluss gezogen, dass erst recht ein Sonderbeschluss benötigt wird. 3. Dem „*Bedeutungszusammenhang*“ gemäß ist auch klarzustellen, dass § 199a keinen Wert auf die Lösung der Frage einer vorzeitigen Beendigung der Amtszeit legt, sondern auf die Hervorhebung des Bedürfnisses eines vorsichtigeren Sonderbeschlussverfahrens.

Dem entgegengesetzt lehnt der Oberste Gerichtshof diese Meinung ab. Zur negativen Schlussfolgerung führt er hauptsächlich folgenden Gründen ins Feld: 1. Die „*ratio legis*“ des später ergänzten § 199a weist darauf hin, dass der Zweck ausschließlich darin liegt, den Übergang der alten und neuen Amtszeit der Vorstandsmitglieder vor Ablauf der Amtszeit des eigentlichen Vorstandsmitglieds bei der Neuwahl durch die Hauptversammlung zu klären. Ob die Art der Neuwahl eine einfache Stimmenmehrheit oder einen Sonderbeschluss, als Ausdruck gesetzgeberischer Besonnenheit, erfordert, lässt der Gesetzgeber dabei außer Betracht. 2. Soweit wir einen Blick auf den Kontext der einschlägigen Regelungen („*systematische Auslegung*“) werfen, können wir herausfinden, dass neben § 195 (Amtszeit des Vorstandsmitglieds), § 198 (Art der Bestellung des Vorstands) und § 199 (Art der Abberufung des Vorstands), § 199a offensichtlich den Endzeitpunkt der Amtszeit des Vorstandsmitglieds bei einer vorzeitigen erneuten Wahl vorsieht. Es handelt sich folglich gar nicht um die Art des Beschlusses. § 199a hat folglich damit, ob dem in § 199 geregelten Sonderbeschluss gefolgt werden soll, nichts zu tun. 3. Die Auslegungskriterien (einschließlich dem Gesetzeswortsinn, dem „Erst-Recht“-Schluss (*argumentum a fortiori*) und dem Bedeutungszusammenhang), die vom Berufungsgericht gewählt wurden, widersprechen der „Gesetzgebungsbegründung“ und gehen weit über die Absicht des Gesetzgebers hinaus. Die Konsequenz des Obergerichtes ist daher nicht vertretbar.

Auf zwei Beobachtungen soll für die Einsichten der Entscheidung hingewiesen werden. Erstens: Das Problem des Verhältnisses der Auslegungskriterien zueinander. Nachdem die unterschiedlichen Auslegungselemente wie wörtliche Auslegung, systematische Auslegung, historische Auslegung und teleologische Auslegung miteinander verwendet werden, scheint es, dass der Oberste Gerichtshof die teleologischen Elemente als die entscheidenden Kriterien versteht. In der Formulierung der Rechtsprechung ist der Vorrang der „teleologischen Auslegung“ vor den anderen Auslegungsargumenten implizit enthalten, wenn es betonte, dass die Ansicht des Berufungsgerichts über den Willen des Gesetzgebers hinaus gegangen und unzulässig ist. Eine solche Tendenz ist aber eine andere als die oben genannte, von dem deutschen Zivilrechtsmeister *Karl Larenz* rezipierte, herrschende Meinung. Nach *Larenz* besteht kein festes Rangverhältnis zwischen den Auslegungskriterien.²⁸ Sie unterstützen sich häufig gegenseitig und spielen zusammen, um zu einem

²⁸ Dazu ausführlich *Larenz*, (Fn. 9), S. 233f. und Fn. 69 mit weiteren Literaturangaben; *Wang Tze-Chien* (Fn. 1), S. 290.

methodisch gesicherten Ergebnis zu gelangen. Am wichtigsten ist, dass der Rechtsanwender zur Begründung verpflichtet ist, warum er diese Auslegungsmethode für ausschlaggebend erachtet. Zweitens hat das Obergericht den „Erst-Recht“-Schluss (od. Größenschluss od. *argumentum a fortiori*) als einen Typ der logischen Auslegung geschildert. Dabei handelt es sich wohl um ein Missverständnis über die Eigenschaft dieser Argumentationsweise.²⁹ In der Tat ist dieses Argument nicht eine Interpretation. Im Gegenteil: Es sollte neben der Analogie und der teleologischen Reduktion, als eine am Zweck orientierte ergänzende Rechtsfortbildung eingeordnet werden.³⁰

Schließlich ist zu ergänzen, dass zur Füllung dieser Gesetzeslücke in § 199a 2012 ein zweiter Absatz neu ergänzt worden ist. Der neue Absatz sieht vor, dass die in § 199a Absatz 1 bestimmte vorzeitige Abberufung „aller“ Vorstandsmitglieder nur einer einfachen Stimmenmehrheit bedarf. Dieser Inhalt nimmt zweifellos die Meinung des Obersten Gerichtshofs in sich auf.³¹

3. Analogie

Seit der Einführung des taiwanischen BGB im Jahre 1930 sind nunmehr fast 85 Jahren vergangen. Die analoge Rechtsanwendung ist dabei die am häufigsten gebrauchte Methode der ergänzenden Rechtsfortbildung in der taiwanischen Gerichtspraxis. Seit achtzig Jahren sind die Urteile unkalkulierbar, in denen Analogien zur Füllung von Gesetzeslücken angewendet wurden, um die Mängel bei der Gesetzgebung zu beseitigen oder zu korrigieren.³² Man kann sagen, dass die Konstellation der Umsetzung der Analogie einen Fortschritt unseres Zivilrechts darstellt.

Eine klassische Entscheidung, an der sich die Argumentation und Begründung der Rechtsmethodik der Analogie ausreichend zeigen lässt, ist die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Nr. 178, 2004. Daher kann man sie auch als eine „Rechtsprechung mit methodischem Charakter“ kennzeichnen.³³

Um die wirtschaftlich benachteiligten Mieter zu schützen und um illegitime Erhöhungen der Miete durch den Vermieter in den städtischen Gebieten

²⁹ Diese Verkennung erscheint auch in der traditionellen Lehre in Taiwan, wie z.B bei Yang Ren-Shou (Fn. 1), S. 145ff.

³⁰ Vgl. Bydlinski, (Fn. 9), S. 472. („Ergänzende Rechtsfortbildung“); Koller, Theorie des Rechts. Eine Einführung, 1997, 2. verbesserte und erweiterte Aufl., S. 230 („Argumente der Rechtsfortbildung“); Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., 2012, S. 66ff.

³¹ Der gleiche Streitpunkt besteht auch in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Nr. 2159, 2009.

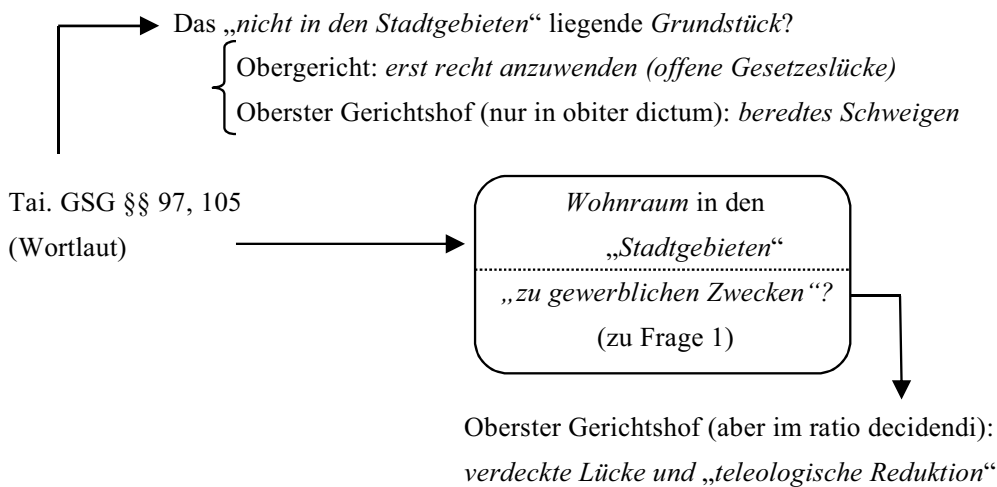
³² Wenn man in der Datenbank des taiwanischen Justizhofs das Schlüsselwort „Analogieschluss“ recherchiert, kann man zumindest mehr als 1000 von dem Obersten Gerichtshof getroffene Entscheidungen, in denen es darum geht, wie die Analogie in den Einzelfällen umgesetzt wird, finden.

³³ Zur ausführlichen Besprechung dieser Rechtsprechung vgl. Wu Congzhou (Fn. 18), S. 119.

zu verhindern, enthält das taiwanische Grundstücksgesetz in § 97 Absatz 1 eine Begrenzung der Miethöhe. Demnach kann als jährlicher Zins für die *Wohnraummiete* in den „Stadtgebieten“ nicht mehr als 10% des Wertes des bewerteten Gesamtpreises des Grundstücks und des Wohnraums vereinbart werden. Diese Regelung ist als Verbotsgesetz ausgestaltet (BGB § 134, Tai. BGB § 71). Aber ein Mietvertrag, der gegen dieses gesetzliche Verbot verstößt, ist nicht vollständige nichtig. Es besteht auf Grund von Präjudizien³⁴ lediglich kein Anspruch auf den Überschuss zur vereinbarten Miete. Diese Beschränkung der Miethöhe ist auf die Miete von Grundstücken zum Wohnraumbau entsprechend anzuwenden (Taiw. Grundstücksgesetz § 105).

Bei der Rechtsanwendung in Verbindung mit dem Taiwanische Grundstücksgesetz §§ 97, 105 sind die beiden folgenden Fragen zu stellen: Finden diese Regelungen auch auf die Vermietung von „*gewerblich genutztem Wohnraum*“ (Frage 1) und auf „*nicht in den Stadtgebieten*“³⁵ liegende Grundstücken zum Wohnraumbau (Frage 2) Anwendung? (Zum Beispiel: Das betroffene Grundstück besteht aus Ackerland für eine bestimmte landwirtschaftliche Region). Zur Lösung dieses komplizierten Falles ist ein Schaubild wie folgend zu zeichnen:

Hauptstreitpunkt (zu Frage 2):



³⁴ Vgl. Das Präjudiz (nämlich gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung) des Obersten Gerichtshofs Nr. 392, 1954 und das Präjudiz des Obersten Gerichtshofs Nr. 793, 1970.

³⁵ Für die Einordnung eines Gebiets als städtisch oder nicht, kommt es auf die Einführung einer Stadtplanung an.

Hierbei geht das Berufungsgericht davon aus, dass die gesetzgeberische Absicht der §§ 97 und 105 des Taiwanische Grundstückgesetzes darin liegt, die wirtschaftlich schwächeren Mieter durch die Begrenzung der Miethöhe von Baugrundstücken zu schützen. Demnach müssen „nach der Natur der Sache“ (oder *argumentum a fortiori*) „erst recht“ die beiden Bestimmungen analog aufs die sich nicht in den Stadtgebieten befindenden Grundstücke angewendet werden.

Aber der Oberste Gerichtshof hat das Urteil des Obergerichts mit folgender Begründung aufgehoben: 1. „Unter einer Analogie versteht man eine dem Grundsatz der Gleichheit und dem sozialen Gemeinkonzept zugrundliegende Rechtsmethode, die die für einen bestimmten Tatbestand im Gesetz enthaltene Regel auf eine vom Gesetz nicht geregelte, doch mit ähnlichem Tatbestand, überträgt, um eine Gesetzeslücke auszufüllen. Eine Gesetzeslücke bedeutet eine *„planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes.“*³⁶ Wo das Gesetz keine Regelung enthält, besteht nicht automatisch eine Regelungslücke. Ob eine Gesetzeslücke vorliegt, hängt davon ab, ob die Regelungsabsicht oder der Plan des Gesetzgebers verletzt ist oder ob es sich um ein *beredtes Schweigen* des Gesetzes handelt.“ 2. Nach Taiwanischem Grundstückgesetzes § 97 und dessen obigem Normzweck soll insofern nur der nicht *gewerbliche Mieter* geschützt werden. Der Begriff des „Wohnraums in den Stadtgebieten“ soll dem Wortlaut gemäß dadurch einschränkt werden, dass die *„verdeckte Lücke“* angesichts des zum gewerblichen Zweckes gemieteten Wohnraums durch *„teleologische Reduktion“* ergänzt wird. Gegenüber dem „nicht zum gewerblichen Zweck“ gemieteten Wohnraum ist § 97 nicht *„subsumtionsfähig“* (Der Begründungsabschnitt führt vor allen zu Frage 2 aus). 3. Die Ansicht des Berufungsgerichts, dass die Analogie „nach der Natur der Sache“ „erst recht“ angewendet werden sollte, ist nicht vertretbar, weil überhaupt keine *„offene Lücke“* geben ist (Der Begründungsabschnitt führt zu Frage 1 aus).

In dieser Entscheidung erläutert der taiwanische Oberste Gerichtshof zum ersten Mal die Bedeutung der Analogie ausführlich. Es zeigt sich auch, dass sich der Oberste Gerichtshof allmählich daran gewöhnt, die Rechtsmethodik zu verwenden, um von Fall zu Fall im Urteil besser zu argumentieren und zu begründen.

4. Gesetzübersteigende Rechtsfortbildung

Durch die bisherige Darstellung wird deutlich, wie der taiwanische Oberste Gerichtshof die Auslegung des Gesetzes und die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung auf die konkreten Fälle (vor allem Analogie und teleologische

³⁶ Dieser Satz verwendet offenbar den Ausdruck von Larenz, der aber eigentlich von *Elze*, Lücken im Gesetz, 1916, S. 3ff. stammt; (Vgl. Larenz (Fn. 9), S. 261 und da Fn. 17).

Reduktion) anwendet. Vor kurzem erkannte das Oberste Gericht endlich auch die Verwendung der dritten Stufe der Rechtsfortbildung, nämlich die der gesetzübersteigenden Rechtsfortbildung, an.

Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Nr. 1695, 2012³⁷ bezieht sich darauf, ob das neu in Kraft getretene Gesetz mit Tai. BGB § 1³⁸ auf die während des alten Gesetzes auftretende Tatsache rückwirkend angewendet werden kann.

Unser Oberster Gerichtshof manifestiert methodisch folgende affirmative Meinung: „Das Recht anzuwenden ist die Pflicht des Gerichts. Anhand des Prinzips „*iura novit curia*“ sollte der Richter von Amts wegen die entsprechend den von der Parteien behaupteten Tatsachen angemessene Rechtsnormen als Grundlage für die Entscheidungen gewinnen. Tai. BGB § 1 bestimmt: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift für die Zivilsache entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Natur der Sache („Fa-Li (法理)“ auf Chinesisch) entscheiden.“ Die sogenannte „Natur der Sache“ („Fa-Li (法理)“) bedeutet der die Sache beherrschende Geist des Sollens, um den Frieden der Rechtsordnung zu erhalten. Die „Natur der Sache“ („Fa-Li (法理)“) hat eine Ergänzungsfunktion, nämlich *die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung* (wie die dem Gleichheitsprinzip zugrundeliegende Analogie) sowie *die gesetzübersteigende Rechtsfortbildung* (wie die über dem ursprünglichen Gesetzesplan geschaffene Rechtsnorm) zu schaffen. [...] Obgleich während des Geschehens der Tatsachen kein anwendbares positives Recht oder analog entsprechend anwendbares Recht bestand, soll der Richter im Wesentlichen im Einklang mit der Natur der Sache und dem Grundsatz der Fairness unter Würdigung der gesetzgeberischen Politik, sozialer Wertungen und des gesamten Geistes des Rechts dadurch das gesetzübersteigende Recht (richterliche freie Rechtssetzung) fortbilden, dass das neu in Kraft tretende Gesetz nach der Natur der Sache zu gelten hat, sodass das Gericht kraft der Gerechtigkeit die Folgerichtigkeit der Werturteile gegenüber den ähnlichen Rechtssachen umsetzen kann.“³⁹

Man kann dementsprechend sagen, dass diese vom Obersten Gerichtshof offenbarte Auffassung deutlich angekündigt hat, dass die taiwanische Zivilrechtsmethodik den von der deutschen Theorie begründeten dreistufigen

³⁷ Übersetzung dieses Urteils in diesem Band, S. 495.

³⁸ Tai. BGB § 1 rezipiert im Wesentlichen Schweizerisches ZGB Art. 1 und sieht ähnlich vor: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift für die Zivilsache entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Natur der Sache („Fa-Li (法理)“ auf Chinesisch) entscheiden.“ Zu der Natur der Sache („Fa-Li (法理)“) im Tai. BGB siehe *Wu Congzhou*, Über die Natur der Sache („Fa-Li (法理)“) im Tai. BGB § 1, in: *Zivilrechtswissenschaft und Juristische Methodenlehre*, Bd. 1, 2007, S. 1ff.

³⁹ Die gleiche Argumentation erscheint wiederholt auch in der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs Nr. 2037, 2012 und Nr. 73, 2013.

Rechtsfindungsaufbau völlig aufgenommen hat. Er wird in der Zukunft weiter entwickelt und vertieft werden.

IV. Schlusswort

Wenn wir mit wenigen Worten den Entwicklungsstand der Zivilrechtsmethodik in Taiwan zusammenfassen möchten, kann man es vielleicht so aussprechen: Die fruchtbare und lebendige Umsetzung der taiwanischen Methodenlehre in der Zivilpraxis dekoriert die Schwäche der wissenschaftlich ungenügenden Forschung!

Wie der Gründer der deutschen Interessenjurisprudenz *Philipp Heck* zu Recht sagte: „Von allen Änderungen ist die Änderung der Methode der größte Fortschritt.“⁴⁰ Der Inhalt des Zivilrechts bzw. die Zivilrechtsdogmatik kann geändert oder aufgehoben werden, aber die Methode des Zivilrechts besteht ewig. Das jetzige Ziel des taiwanischen Zivilrechts sollte so gesetzt werden, dass die wissenschaftliche Forschung der juristischen Methodenlehre vorangetrieben und weiter vertieft wird!

⁴⁰ Vgl. *Heck* (Fn. 9), S. 32.

Die juristische Methodenlehre in Taiwan aus zivilrechtlicher Perspektive

Chin-Fa You

I. Einleitung

Das Pandektenrecht hat sich zum BGB entwickelt. Das taiwanische Zivilgesetzbuch (TZGB) nahm wiederum technisch und inhaltlich das BGB in sich auf.¹ Die juristische Methodenlehre, deren Grundlagen auf Savigny zurückzuführen sind,² ist ein Teil des BGB und damit auch ein Teil des TZGB geworden. Ohne die juristische Methodenlehre ist eine wissenschaftlich angeleitete Rechtsfindung und Rechtsfortbildung kaum vorstellbar. Vor diesem Hintergrund verbreitet sich die deutsche juristische Methodenlehre auch in Taiwan. Häufig werden deutsche methodische Werke in taiwanesischen Schriften zitiert. Da die Methodenlehre in Taiwan auf der deutschen beruht, ist die Verweisung auf die deutsche Literatur wissenschaftlich erforderlich.

Der deutsche Gesetzgeber muss bei seiner Tätigkeit grundsätzlich auch das europäische Recht beachten. Auch bei der richterlichen Rechtsfindung und Rechtsfortbildung muss stets die Vereinbarkeit mit europäischem Recht berücksichtigt werden. Ein Beispiel hierfür findet sich in Gestalt der richtlinienkonformen Auslegung nationaler Vorschriften. Im Gegensatz zum BGB hat das TZGB keinen pandektenrechtlichen Hintergrund, d.h. einen Mangel der geschichtlichen Kontinuität.³ Es ist häufig schwer, allein aus dem Gesetzeswortlaut und aus der lediglich dem Gesetzeswortlaut wiedergebenden gesetzgeberischen Begründung die Vorschriften des TZGB angemessen oder sogar richtig⁴ zu verstehen. Angesichts dieser Schwierigkeit und zur Verständniserleichterung⁵ spielt die Rechtsvergleichung, insbesondere die Vergleichung mit dem deutschen Recht, in der taiwanischen Rechtsprechung und

¹ Dies ist der Grund dafür, dass zahlreiche Juristen aus Taiwan in Deutschland auf dem Gebiet deutschen Zivilrechts promoviert haben.

² Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1975, S. 11f.; Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, 2013, S. 58f.

³ Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 3. Auflage, 1996, S. 280-286; Mei Zhongxie, Grundriss des Zivilrechts, 1954, S. 9-12.

⁴ Leenen, BGB, Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, S. 369f.

⁵ Zweigert/Kötz (Fn. 3), S. 15.

Lehre eine Rolle.⁶ Die deutsche Rechtsprechung und Lehre wird zur rechtsvergleichenden Auslegung und Lückenausfüllung in Taiwan hinzugezogen. Jedoch verpflichtet sich der Rechtsanwender nicht zur Rechtsvergleichung. Der Rechtsanwender unterliegt aber im Grundsatz ausschließlich dem inländischen Recht.⁷

Die Rechtsprechung zeigt nicht nur, was das Recht ist, sondern auch die Methoden für die Rechtsanwendung. Eine juristische methodische Untersuchung muss daher die Rechtsprechung im Auge haben. Sie kann entweder die Überprüfung, ob die Entscheidung rechtmäßig ergangen ist, zum Gegenstand haben oder die Entscheidung als Beweis für die Argumentation geltend machen. Die Aufgabe, die heutige taiwanische juristische Methodenlehre vorzustellen, sollte deshalb von der Rechtsprechung ausgehen und auf die deutsche Literatur verweisen, sofern dies notwendig ist. Die juristische Methodenlehre wird sowohl im Gebiet des Zivilrechts als auch im Gebiet des Strafrechts und des öffentlichen Rechts in Anspruch genommen. Allerdings muss sich die Darstellung angesichts meines Forschungsschwerpunkts auf das Zivilrecht beschränken.

II. Gesetzliche Grundlage

Gemäß § 1 TZGB hat das Gericht nach dem Gesetz, wenn ein solches fehlt, nach dem Gewohnheitsrecht und wo auch ein solches fehlt, nach der Rechtsregel (法理) zu entscheiden. Diese Vorschrift geht auf § 1 Abs. 2 ZGB (Schweiz) zurück⁸ und hat viel zum Ausdruck gebracht. Man denkt dabei in erster Linie an die Lehre der Rechtsquelle. Hinzu kommt noch das Justizverweigerungsverbot. Aus diesem Grundsatz ist die Methode zu entnehmen, dass das Gericht die Gesetzeslücke nach der Rechtsregel ergänzen muss.⁹ Die einfache juristische Methode ist bereits seit der Zeit von Savigny ein Teil des Pandektenrechts geworden.¹⁰ Ohne die juristische Methodenlehre würde man nur schwer erkennen, ob die Entscheidung rechtmäßig oder willkürlich er-

⁶ THGH Nr. 1062 (2011); THGH Nr. 910 (2006); THGH Nr. 294 (2006); THGH Nr. 1215 (1986); THGH Beschluss 22, (1986); THGH Beschluss 1 (1973).

⁷ Näheres dazu *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), S. 16-19. Sehr Kritisch und warnend vor der Rezeption des deutschen Rechts ohne Vorbehalt: *Huang Wei-Xing*, Neue Darstellung der modernen juristischen Methodenlehre, 2014, S. 131-133.

⁸ *Schluep*, Einladung zur Rechtstheorie I, 2006, S. 669f.; *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), S. 286.

⁹ Zu der Lückenausfüllungsfunktion und dem Rechtsregelbegriff des § 1 Abs. 2 ZGB und § 1 TZGB, BSK ZGB I/*Honsel*, § Art. 1, Rn. 26, 34-39; *Kramer* (Fn. 2), S. 249f.; *Schluep* (Fn. 8), S. 674, 683; *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, 7. Auflage, 2013, Rn. 880; *Wang Tze-Chien*, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, 2010, S. 46-48; *Lin Cheng-Er*, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, 2007, S. 67.

¹⁰ v. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 206.

gangen ist.¹¹ Die Rechtsanwendung könnte dann keine Transparenz garantieren. Dies sollte der Grund dafür sein, dass der taiwanische Gesetzgeber mit § 1 TZGB allen Rechtsanwendern die deutschsprachige juristische Methodenlehre¹² übermitteln wollte. Auch aus der gesetzgeberischen Begründung des § 1 TZGB, dass die Setzung dieser Vorschrift auf die Ergänzung des Zivilrechts gerichtet ist, ist eine solche gesetzgeberische Absicht zu entnehmen.

Der höchste chinesische Gerichtshof hat kurz vor dem Inkrafttreten des TZGB (am 23.5.1929) die Elemente des Gewohnheitsrechts dargelegt.¹³ Es entsteht daraus, dass die Beteiligten eine Rechtsvorstellung andauernd realisieren und sich von ihrer Rechtsqualität überzeugen.¹⁴ Diese Darlegung stimmt mit der in der deutschen Literatur herrschenden Anerkennungs- oder Willenstheorie überein.¹⁵ Der Gesetzeswortlaut zeigt sehr deutlich, dass das Gewohnheitsrecht nach § 1 TZGB nur dann eingreift, wo eine gesetzliche Regelung fehlt. Dies hat der höchste taiwanische Gerichtshof auch vielmals bekräftigt.¹⁶

In der frühen Rechtsprechung stellte sich die Frage, ob der Grundsatz des Numerus Clausus des Sachenrechts das Gewohnheitsrecht mit dem Gesetz gleichstellt, also ob die Parteien nach dem Gewohnheitsrecht ein neues dingliches Recht oder ein dingliches Recht mit neuem Inhalt schaffen können. Der THGH hat zunächst diese Frage verneint und derartige dingliche Vereinbarungen für nichtig erklärt.¹⁷ Nachdem die Höchstbetragshypothek sich zum Gewohnheitsrecht entwickelt hat, hat der THGH festgestellt, dass die Höchstbetragshypothek gewohnheitsrechtlich wirksam bestellt werden kann. Schließlich hat das Gesetz zur Änderung des Sachenrechts die Höchstbetragshypothek in den §§ 881–1 bis 881–17 TZGB einbezogen. Darüber hinaus verlangt § 860 TZGB, dass bei der Hypothekenbestellung die zu sichernde Forderung entstanden sein muss. Die Frage nach der gewohnheitsrechtlichen Qualität der Höchstbetragshypothek entgegen dem § 757 (Grundsatz des Numerus Clausus des Sachenrechts), §§ 860f. (Definitionsnorm der Hypothek) TZGB und nach der Rangordnung des gesetzten Rechts und des Gewohnheitsrechts, hat sowohl der THGH als auch die Kommission des Gesetzes zur Änderung des Sachenrechts nicht beantwortet.

¹¹ Rüthers/Fischer (Fn. 9), Rn. 650-653; Leenen (Fn. 4), S. 369f.; Kramer (Fn. 2); Röhl/Röhl, Allgemeiner Rechtslehre, 20. Auflage, 2008, S. 604, 607f.; Vesting, Rechtstheorie, 2007, S. 232; Huang Mao-Rong, Juristische Methoden und das moderne Zivilrecht, 2011, S. 447f.

¹² Dazu Schluep (Fn. 8), S. 674.

¹³ Die früher in China regierende Partei wurde von der kommunistischen Partei besiegt. Sie zog dann nach Taiwan um.

¹⁴ THGH Nr. 1404 (2012); THGH, Nr. 613 (1928).

¹⁵ Röhl/Röhl (Fn. 11), Rn. 555; Rüthers/Fischer (Fn. 9), Rn. 232.

¹⁶ THGH Nr. 272 (2014); THGH Nr. 37 (2011).

¹⁷ THGH Beschluss (1947).

Den Begriff der Rechtsregel im Sinne des § 1 TZGB hat der THGH als die Regel verstanden, die der Natur der Sache zugrunde liegt und sich auf die Lückenergänzung richtet.¹⁸ Der THGH hat in manchen Fällen die Rechtsregel zur Lückenausfüllung angewandt, in denen aber überhaupt keine Lücke bestand (unter IV). Allerdings kann den Entscheidungen des THGH entnommen werden, dass der THGH § 1 TZGB als die gesetzliche Grundlage der juristischen Methode ansieht.¹⁹ Deshalb hat § 1 TZGB die Funktion, auf die juristische Methode hinzuweisen.

III. Auslegung

Savigny hat die Auslegungselemente, nämlich das grammatische, logische, systematische und historische Element, angeführt.²⁰ Die objektiv-teleologische Auslegung ist auf *Larenz* zurückzuführen.²¹ Die Rechtsprechung des THGH und die Lehre haben dies alles grundsätzlich aufgenommen. Im Folgenden werden aber nur die Entscheidungen des THGH vorgestellt, in denen der THGH ausdrücklich die Auslegungsmethode angewandt hat.

1. Grammatisches und systematisches Element

Man kann in der taiwanischen Literatur die heute in Deutschland anerkannten Auslegungskanons finden. Der THGH beschloss,²² dass sich gemäß dem Wortlaut des § 1 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht lediglich auf die gesetzlich aufgelisteten Angelegenheiten beschränken. Um unterscheiden zu können, ob eine vorliegende Angelegenheit unter die freiwillige Gerichtsbarkeit fällt oder nicht, hat man sich demgemäß in erster Linie nach dem gesetzten Recht und dann nach der Natur der Angelegenheit zu richten.

Geht man vom Wortlaut des § 876 Abs. 1 TZGB aus, kommt man ohne weiteres zu der Schlussfolgerung, dass das gesetzliche Erbbaurecht aus § 876 Abs. 1 TZGB dem Erwerber des Eigentums an dem Bauwerk nur dann zusteht, wenn das Bauwerk bei der Bestellung der Hypothek auf das Grundstück

¹⁸ THGH Nr. 1695 (2012), deutsche Übersetzung in diesem Band, S. 495; THGH Nr. 1718 (2008); THGH Nr. 2309 (2006); THGH Nr. 1849 (1994); THGH Nr. 998, (1994); THGH Nr. 3518 (1964). Ebenso *Wang Tze-Chien* (Fn. 9), S. 47f.; *Huang Li*, Allgemeiner Teil des Zivilrechts, 2005, S. 43.

¹⁹ THGH Nr. 1695 (2012); THGH Nr. 294 (2009); THGH Nr. 2309 (2006).

²⁰ v. *Savigny*, Das System des heutigen römischen Rechts, Bd 1., 1840, S. 213f.

²¹ *Larenz* (Fn. 2), S. 322f.

²² THGH Beschluss 3 (1978).

oder das Bauwerk bereits auf dem Grundstück vorhanden war.²³ Diese Rechtslage ist den deutschen Juristen relativ fremd. Denn in Deutschland ist das Gebäude wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 BGB) und die Hypothek am Grundstück umfasst grundsätzlich auch das darauf errichtete Bauwerk, während in Taiwan das Grundstück vom darauf gebauten Gebäude zu trennen ist und dann jeweils Gegenstand des Eigentums sein kann (§ 66 Abs. 1 TZGB). Dem Erwerber des Grundstücks in Deutschland ein gesetzliches Erbbaurecht zuzugestehen, ist deshalb nicht geboten. Allerdings ist die Hypothek angesichts ihrer Akzessorietät gegenüber der Grundschuld in der Praxis von geringer Bedeutung.²⁴

Nach der Entscheidung des THGH ist für die Frage, wem von Verkäufer oder Käufer die Nutzung der Kaufsache zuzuordnen ist und für die Frage, ob der Käufer das Recht zum Besitz der Kaufsache hat, entscheidend auf den Wortlaut des § 373 TZGB, der dem § 446 BGB angelehnt ist, abzustellen.²⁵ Die Übergabe der Kaufsache an den Käufer spielt dabei die einzig entscheidende Rolle. Bei der ersten Frage ist strittig, ob die Gefahr und die *Nutzungsinteressen* des Grundstücks als Kaufsache an den Käufer übergehen, wenn der Verkäufer den Besitz an dem Grundstück hat, das Eigentum an dem Grundstück aber bereits auf den Käufer übertragen wurde. Die zweite Frage bezieht sich auf den Sachverhalt, dass das Eigentum an dem Grundstück auf den Käufer übertragen wurde, dem Verkäufer aber der Besitz bleibt. Man kann in diesem Fall das Phänomen sehen, dass die Trennung des Eigentums von dem Besitz an der Sache die dogmatische Frage, ob dem Eigentümer gegenüber dem Besitzer der dingliche Herausgabeanspruch zusteht, auslöst.

Was ist unter dem Begriff des Schutzgesetzes im Sinne des § 184 Abs. 2 TZGB zu verstehen, der § 823 Abs. 2 BGB nachgebildet ist? Unter dem systematischen Aspekt hat der THGH diese Frage beantwortet. Der Gesetzgeber hatte nach der Ansicht des THGH mit dem Begriff des Schutzgesetzes und dadurch mit § 184 Abs. 2 TZGB die Absicht, den Schutzzweck der anderen Rechtsnormen durchzusetzen und das Deliktsrecht mit diesen in Verbindung zu bringen.²⁶ Mit dieser Rechtsstruktur schafft der Gesetzgeber zugleich eine widerspruchsfreie Rechtsordnung, die man auch als ein System ansieht.

Gemäß § 125 TZGB unterliegen Ansprüche der Verjährung. Da dingliche Ansprüche ebenfalls unter den Wortlaut des § 125 TZGB fallen und die Vor-

²³ THGH Nr. 2905 (1982); *Xie Zai-Quan*, Sachenrecht II, 2010, S. 494; *Chen Rong-Chuan*, Einführung in das Sachenrecht, 2014, S. 149.

²⁴ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Auflage, 2009, § 44 I, Rn. 5; *Wieling*, Sachenrecht, 5. Auflage, 2007, S. 411.

²⁵ THGH Nr. 805 (2013). Ebenso: *Lin Cheng-Er*, Besonderer Teil des Schuldrechts I, 2010, S. 164f.; *Qiu Cong-Zhi/Yao Zhi-Ming*, Das Neue Schuldrecht: Besonderer Teil, 2002, S. 168f.

²⁶ THGH Nr. 1012 (2011). Näheres dazu *Su Yong-Qin*, Die Suche nach dem neuen Zivilrecht, 2008, S. 262.

schriften über die Ersitzung (§§ 769, 770 TZGB, ähnlich wie § 902 Abs. 1 BGB) ausschließlich für nicht eingetragene, unbewegliche Sachen anwendbar sind,²⁷ hat das taiwanische Verfassungsgericht interpretiert, dass die Verjährungsregeln nicht auf alle dinglichen Ansprüche, sondern nur auf die dinglichen Ansprüche aus nicht eingetragenen unbeweglichen Sachen Anwendung finden und dadurch diese beiden Rechtsinstitute in Einklang gebracht werden.²⁸

2. Historisches und objektiv-teleologisches Element

Oft zieht der THGH zur Rechtsanwendung die historische Auslegung heran.²⁹ Beispielsweise hat der THGH sich im Falle eines Frachtvertrags geäußert, dass nach der gesetzgeberischen Begründung des § 224 TZGB (Erfüllungsgelhen) der Frachtführer die Handlung eines Dritten zu vertreten hat, wenn er mit Hilfe des Dritten seinen Geschäftskreis ausdehnt und davon profitiert.³⁰ Darüber hinaus stellt nach der Auffassung des THGH die gesetzgeberische Begründung des § 179 TZGB (ungerechtfertigte Bereicherung) klar, dass die Leistungskondition auch vorliegt, wenn der rechtliche Grund später wegfällt.³¹

Der THGH hat mit der Verweisung auf die gesetzgeberische Begründung des §199-1 TZPG einerseits deutlich gemacht, dass nach der Dispositionsmaxime und der Verhandlungsmaxime der Kläger, nicht aber das Gericht, den Streitgegenstand einzuführen hat. Andererseits ist dies nach der Entscheidung des THGH davon zu unterscheiden, dass das Gericht von Amts wegen das Gesetz anzuwenden hat, ohne an die Rechtsansichten der Parteien gebunden sein zu müssen.³²

Man kann die objektiv-teleologische Auslegung auch in vielen Entscheidungen des THGH finden. Der THGH hat den objektiven Zweck des § 179 TZGB, nämlich die Zuweisungstheorie, dadurch zum Ausdruck gebracht, dass ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung entstanden ist, wenn die eine Partei etwas erlangt hat, was der anderen Partei zuzurechnen ist.³³ Der THGH hat ebenfalls durch die objektiv-teleologische Auslegung des

²⁷ Schwab/Prütting, Sachenrecht, 32. Auflage, 2006, Rn. 251.

²⁸ J. Y. Interpretation, Nr. 107. Ebenso Wieling (Fn. 24), S. 305.

²⁹ THGH Beschluss 5. 2010; THGH Nr. 2 (2011); THGH Nr. 1852 (2011); THGH Nr. 1329 (2011); THGH Nr. 948 (2010); THGH Nr. 337 (2009); THGH Nr. 371 (2009); THGH Nr. 407 (2005).

³⁰ THGH Nr. 1852 (2011).

³¹ THGH Nr. 2 (2011). Deutsche Übersetzung vom Wortlaut „无法律上之原因而受利益, 致他人受损害者, 应返还其利益。虽有法律上之原因, 而其后已不存在者, 亦同“.

³² THGH Nr. 948 (2010).

³³ THGH Nr. 842 (2010). Zur Zuweisungstheorie: Loewenheim, Bereicherungsrecht, 3. Auflage, 2006, S. 82f.; Wang Tze-Chien, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2009, S. 164.

§ 226 TZGB dem Gläubiger im Falle der Leistungsunmöglichkeit des Schuldners erlaubt, vom Vertrag zurückzutreten, ohne dem Schuldner zuerst eine angemessene Frist zu setzen. Die Fristsetzung ist nämlich aufgrund der Zweckbestimmung der Vorschriften des TZGB über die Leistungsunmöglichkeit entbehrlich.

Nach § 494 TZGB a.F. kann der Besteller vom Werkvertrag nicht zurücktreten, wenn die Herstellung des versprochenen Werkes in einem Gebäude oder einem anderen Bauwerk besteht. Ist das Bauwerk mangelhaft und droht Einsturzgefahr, erlaubt der THGH aus der objektiv-teleologischen Sicht dem Besteller von dem Werkvertrag zurückzutreten.³⁴ Der Wortlaut des § 494 TZGB a.F. geht offensichtlich zu weit. Die Entscheidung des THGH bezieht sich in der Tat aber nicht auf die Auslegung, sondern schon auf die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung. Ob der THGH dies erkannt hat, ist unklar. Im Ergebnis ist die Entscheidung des THGH objektiv-teleologisch gerecht. Der Gesetzgeber hat sodann auf diese Rechtslage reagiert und in § 495 Abs. 2 TZGB eine Ausnahme für den Ausschluss dieses Rücktrittsrechts vorgesehen.

§ 184 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 und Abs. 2 TZGB ist gleichbedeutend mit §§ 823 Abs.1, Abs. 2 und 827 BGB. Jede dieser Vorschriften sieht einen Anspruch auf Schadenersatz vor. Diese drei Ansprüche bauen zusammen das System des allgemeinen Deliktshaftungsrechts auf. Trotzdem versteht der THGH das Recht im Sinne des § 184 Abs. 1 Satz 1 TZGB nicht als „das sozialtypische Recht“,³⁵ sondern als „das im Rechtssystem anerkannte Recht“. § 184 Abs. 1 Satz 1 TZGB schützt daher nicht das Interesse, sondern insbesondere den sogenannten „*pure economic loss*“.³⁶ Die Aufgabe des Interessenschutzes übernehmen § 184 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 TZGB. Der THGH sieht diese Unterscheidung als objektiven Zweck des Deliktshaftungsrechts an.

3. Rechtsvergleichendes Element³⁷

Das TZGB hat grundsätzlich das BGB und teilweise das schweizerische ZGB sowie das OR übernommen. Nicht selten wird es in vielen wissenschaftlichen Untersuchungen und Entscheidungen mit dem deutschen Recht verglichen. Insbesondere werden die Entscheidungen des BGH, BAG und die Kommentare zitiert, da sie das deutsche Zivilrecht umfassend vermitteln können. Bei

³⁴ THGH Nr. 3265 (1994).

³⁵ Zheng Yu-Bo/Chen Rong-Long, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, 2006, S. 288; You Chin-Fa, Ratio legis der unerlaubten Handlung, Fu Jen Law Review 2011/42, 180.

³⁶ THGH Nr. 845 (2014); THGH Nr. 1458 (2013); THGH Nr. 342 (2013); THGH Nr. 496 (2012); Chen Cong-Fu, Deliktisches Zurechnungsprinzip und Schadenersatz, 2008, S. 77; Wang Tze-Chien, Unerlaubte Handlung, 2009, S. 87; Chen Chung-Wu, Schutzgegenstand der Vertragshaftung und Deliktshaftung, 2008, S. 127.

³⁷ Die Rechtsvergleichung als Auslegungsfaktor anerkennend siehe Wang Tze-Chien (Fn. 9), S. 56. Dagegen Huang Mao-Rong (Fn. 11), S. 401-488.

der gerichtlichen Auslegung und Lückenausfüllung spielt das deutsche Zivilrecht eine Rolle.

Bevor das Gesetz zur Änderung des Sachenrechts in Kraft trat, war die Höchstbetragshypothek im TZGB nicht geregelt. Es wurde die Frage vor dem THGH gestellt, ob die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet werden, wenn die Forderung verzinslich ist. Der THGH hat diese Frage bejaht und ferner auch die Einrechnung zugelassen, wenn die Zinsen nicht eingetragen sind. Der THGH hat in seinem Beschluss ausdrücklich auf § 1190 Abs. 2 BGB verwiesen.³⁸ Die Verweisung ist als rechtsvergleichende Auslegung anzusehen.

Nach § 511 TZGB kann der Besteller bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Er muss aber den aufgrund der Aufhebung des Vertrags entstandenen Schaden des Werkunternehmers ersetzen. Der Wortlaut des § 511 TZGB ist offensichtlich höchst deutungsbedürftig. Nach dem THGH zählen zum Schadensbegriff im Sinne des § 511 TZGB die vereinbarte Vergütung bezüglich des bislang angefertigten Werkteils sowie die Gewinne hinsichtlich des noch verbleibenden Werkteils, die erst bei Vollendung des Werkes anfallen. Der Werkunternehmer muss sich dasjenige bei der Schadensberechnung anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung der Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.³⁹ Eine derartige Deutung des Schadensbegriffs hat der THGH unter Heranziehung des § 649 Abs. 2 BGB unternommen.

Gemäß § 472 Nr. 4 TZGB kann der Verleiher die Leihe kündigen, wenn der Entleiher stirbt. Im Gegensatz zu § 472 Nr. 4 TZGB sieht § 311 OR vor, dass das Leihverhältnis mit dem Tod des Entleihers endet. Der THGH hat die Schlussfolgerung aus diesem rechtsvergleichenden Unterschied gezogen, dass das Leihverhältnis nicht erlischt, sondern auf den Erben des Entleihers übergeht, soweit der Entleiher die Leihe nicht kündigt.⁴⁰

§ 179 TZGB ist die Einheitstheorie zugrunde gelegt. Der THGH hat aber zur Rechtssicherheit die Trennungstheorie⁴¹ eingeführt, nach welcher die Leistungskondiktion von der Nichtleistungskondiktion unterschieden wird. Zudem hat der THGH die Eingriffskondiktion als eine Unterart der Nichtleistungskondiktion angesehen.⁴² Solche richterlichen Tätigkeiten haben methodisch sowohl den Sinn des Typendenkens als auch den Sinn der rechtsvergleichenden Auslegung.

³⁸ THGH Beschluss 22 (1986).

³⁹ THGH Nr. 738 (2004).

⁴⁰ THGH Nr. 60 (1965).

⁴¹ Zur Einheits- und Trennungstheorie: *Loewenheim* (Fn. 33), S. 9-15.

⁴² THGH Nr. 899 (2011); THGH Nr. 1233 (2010); THGH Nr. 842 (2010); THGH Nr. 1156 (2009).

§ 767 Abs. 1 TZGB sieht vor, dass der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen kann, es sei denn, dass dieser die Sache besitzen darf. Fraglich ist daher, ob dem Eigentümer gegenüber dem Dritten der dingliche Herausgabeanspruch zusteht, wenn der Dritte sein Recht zum Besitz von dem anderen, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist, abgeleitet hat. Diesen Fall regelt aber ausdrücklich § 986 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB. Der THGH hat unter den bestimmten Voraussetzungen, die § 986 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB vorsieht, dem Kläger den dinglichen Herausgabeanspruch zugesagt.⁴³ Mithilfe des deutschen Rechts hat der THGH den Begriff des Rechts zum Besitz im Wege der Auslegung begründet.

IV. Lückenausfüllung

§ 1 TZGB verlangt von dem Gericht, Lücken im Gesetz auszufüllen. Dennoch lehnt es der THGH bislang ausdrücklich ab, das Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo* fortzubilden und beschränkt sich auf § 245-1 TZGB,⁴⁴ der den Ersatz des Vertrauensschadens als Rechtsfolge und die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht als Tatbestand verbindet. Die Rechtsfolge und der Tatbestand des § 245-1 TZGB bilden folglich keine logische Struktur, da die Verletzung einer vorvertraglichen Geheimhaltungspflicht als eines der gesetzlichen Beispiele jedenfalls nicht zu einem Vertrauensschaden, sondern zu einem Schaden an den Integritätsinteressen führen kann. Die Funktionsunfähigkeit des § 245-1 TZGB geht auf die in Taiwan ziemlich verbreitete Illusion zurück, dass das Recht der *c.i.c.* nur dann eingreift, wenn das Rechtsgeschäft unwirksam oder nicht zustande gekommen ist und die Rechtsfolge folgerichtig nur an einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens angeknüpft werden kann.

Darüber hinaus stellte der THGH bislang fest, dass der Käufer im Fall eines anfänglichen Sachmangels vom Verkäufer keine Nacherfüllung verlangen kann, sondern nur vom Kaufvertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern kann. Der THGH lehnt also die Anwendbarkeit des § 227 Abs. 1 des TZGB ab,⁴⁵ der die Schlechtleistung zum Gegenstand hat. Die zurückhaltende Stellung des THGH stellt eine Minderheit dar auf dem rechtsvergleichenden

⁴³ THGH Nr. 266 (2011). Näheres dazu siehe *You Chin-Fa*, Die Existenz und die Natur der Besitzkette – im dispositiven Recht und der Parteiwille, *The Taiwan Law Review* 2013/231, 203-219; *Cai Ming-Cheng*, Die Problematik der Besitzkette zwischen dem Bereich des Schuld- und Sachenrechts – Konzentration auf das relative Recht zum Besitz und den dinglichen Herausgabeanspruch, *The Taiwan Law Review* 2013/231, 5-20.

⁴⁴ THGH Nr. 982 (2010); THGH Nr. 2678 (2008). Deutsche Übersetzung des Wortlauts einfügen:

⁴⁵ THGH Beschluss 7. (1988); THGH Nr. 1691 (2009); THGH Nr. 666 (2002).

Gebiet⁴⁶ und entspricht nicht dem Rechtsbewusstsein im Rechtsverkehr. Auch das Gesetz zur Änderung des Schuldrechts hat nicht zur Verbesserung dieser Lage beigetragen. Der Gesetzgeber hätte die Streitfrage nach dem Verhältnis der Schlechtleistung mit dem Gewährleistungshaftungsrecht in der Begründung des § 227 TZGB behandeln können.

Abgesehen davon hat der THGH bei der Lückenausfüllung viel unternommen. Als Beispiel für die analoge Anwendung hat der THGH vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Schuldrechts die Rechtslage festgestellt, dass die Regelungen über die Leistungsverzögerung analoge Anwendung finden, wenn der Mangel der Leistung beseitigt werden kann; die Vorschriften über Leistungsunmöglichkeit sind analog anzuwenden, wenn der Mangel dagegen nicht zu beseitigen ist.

§ 425 Abs. 1 TZGB regelt den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“. Nach THGH kommt § 425 Abs. 1 TZGB zur Geltung, wenn der Vermieter bei der Überlassung der Mietsache an einen Dritten zugleich der Eigentümer der Mietsache ist; § 425 Abs. 1 TZGB ist analog anzuwenden, wenn der Vermieter zwar nicht der Eigentümer der Mietsache ist, der Mietvertrag aber mit der Genehmigung des Eigentümers zustande gekommen ist.⁴⁷ Nach § 225 Abs. 1 TZGB wird der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit, soweit er diese nicht erbringen kann und dies auch nicht zu vertreten hat. Hat der Dritte die Leistungsunmöglichkeit im Sinne des § 225 Abs. 1 TZGB zu vertreten und steht dem Schuldner ein Anspruch auf Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens zu, kann der Gläubiger nach § 225 Abs. 2 TZGB die Abtretung dieses Anspruchs verlangen. § 225 Abs. 2 TZGB ist analog auf den Fall der Enteignungsentschädigung anzuwenden, da die Entschädigung mit dem Schadensersatz gleichzustellen ist.⁴⁸

§ 97 Abs. 1 des Grundstücksgesetzes sieht die Begrenzung der Miethöhe vor. Gewerbliche Bauwerke fallen auch unter den Wortlaut dieser Vorschrift. Nach dem THGH soll die Begrenzung der Miethöhe jedoch ausschließlich für die städtischen Wohnräume gelten, nicht aber auch für die gewerblichen Bauwerke. Der Sinn und Zweck des § 97 Abs. 1 des Grundstücksgesetzes liegt darin, die Bewohner vor Miettreiberei zu schützen. Er ist deswegen nach dem THGH teleologisch auf die städtischen Wohnräume einzuschränken.⁴⁹

Als Beispiel für die rechtsübersteigende Rechtsfortbildung ist vor allem die Schutzpflicht anzuführen. Die Schutzpflicht wird aus dem Grundsatz von Treu und Glauben hergeleitet und dient der Rücksicht auf die Rechte, Rechts-

⁴⁶ §§ 433 Abs. 1, 437, 280, 281, 283, 439 BGB; Art 8:101 PECL; Art 35, 41, 42, 45 CISG.

⁴⁷ THGH Nr. 163 (1995).

⁴⁸ THGH Nr. 2504 (1991), deutsche Übersetzung in diesem Band, S. 487.

⁴⁹ THGH Nr. 1718 (2004). Kritisch dazu *Huang Wei-Xing* (Fn. 7), S. 129.

güter und Interessen des anderen Teils.⁵⁰ Der THGH hat in seinen früheren Entscheidungen der durch die Schutzpflichtverletzung geschädigten Partei nicht erlaubt, vom Vertrag zurückzutreten,⁵¹ dies aber dann in den neueren Entscheidungen unter der Voraussetzung des Vertragszwecks zugelassen.⁵²

V. Typendenken

Zwar hat der THGH in vielen Entscheidungen die Denkform des Typus zum Ausdruck gebracht, aber viele davon sind nicht typisch.⁵³ Der THGH hat verkannt, dass die drei Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Deliktsrechts (§§ 184 Abs. 1 Satz 1, 2 und Abs. 2 TZGB) als die drei unabhängigen Typen der unerlaubten Handlungen angesehen werden können.⁵⁴ Sie sind nicht typisch, sondern begrifflich⁵⁵ in § 179 TZGB geregelt. Auch die Leistungsmöglichkeit, die Schlechtleistung und die Leistungsverzögerung sieht der THGH als drei Typen der Leistungsstörung an. Ebenfalls sind die drei nicht typisch, sondern exakt und eindeutig als Begriffe im TZGB vorgeschrieben. Allerdings hat man zuzugeben, dass sich Typen zu Begriffen gesetzlich verfestigt haben. In diesem Fall sind alle derartigen Begriffe als gesetzlicher Typ anzusehen und können daher niemals eine endgültige Wertungsfixierung enthalten, da die Wirklichkeit und Wertanschauung sich verändern und das Recht stets die Werteverwirklichung trägt.⁵⁶

Während das BGB die Leistungskondiktion und Nichtleistungskondiktion als Begriffe in § 812 BGB vorschreibt, d. h. der Rechtsanwender aufgrund der Gesetzgebundenheit in der Weise zu verfahren hat, dass er sie begreifen muss,⁵⁷ ist § 179 TZGB auf der Einheitstheorie gegründet und verlangt daher nicht, die beiden zu unterscheiden. Zur Rechtssicherheit und damit Gleichheit

⁵⁰ THGH Nr. 1403 (2013); THGH Nr. 2098 (2012); THGH Nr. 594 (2012); THGH Nr. 2 (2011); THGH Nr. 789 (2010); THGH Nr. 78 (2009); *Lin Cheng-Er*, Neue Darstellung des Allgemeinen Teils des Schuldrechts - Systematische Darstellung I, 2010, S. 38; *Liu Chun-Tang*, Allgemeiner Teil des Schuldrechts I: Allgemeiner Teil des Vertragsrechts, 2011, S. 292.

⁵¹ THGH Nr. 440 (1997). Auch so *Lin Cheng-Er* (Fn. 50), S. 40.

⁵² THGH Nr. 246 (2012); THGH Nr. 2 (2011); THGH Nr. 1488 (2004); THGH Nr. 2380 (2002). Ebenso *Liu Chun-Tang* (Fn. 50), S. 292.

⁵³ Zur Unterscheidung des Begriffs vom Typus: *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 28f.; *Larenz* (Fn. 2), S. 439-442, 448f.

⁵⁴ THGH Nr. 342 (2013); THGH Nr. 1704 (2010); THGH Nr. 338 (2006); THGH Nr. 3760 (1997).

⁵⁵ Ähnliche Beispiele für die Verwechslung des Begriffs mit dem Typus: *Larenz* (Fn. 2), S. 448.

⁵⁶ *Leenen* (Fn. 53), S. 78.

⁵⁷ *Larenz* (Fn. 2), S. 432.

hat der THGH aber unter dieser einheitlichen Anspruchsgrundlage die einfache Typenreihe, nämlich die Leistungskondiktion und Nichtleistungskondiktion, eingeführt.⁵⁸ Sie sind konkreter als die einheitlichen Tatbestände des § 179 TZGB.

Die Schuldverhältnisse können je nach Eigenschaft viele Typenreihen gestalten. Der THGH hat entschieden, dass der Dauerlieferungsvertrag dem Dauerschuldverhältnis zuzuordnen ist und daher die für das Dauerschuldverhältnis geltenden Regelungen analog anwendbar sind. Man kann aus dieser Entscheidung das Ergebnis ableiten, dass der THGH die Typenreihe vom Dauerschuldverhältnis, Ratenlieferungsverhältnis und Dauerlieferungsverhältnis ins Auge gefasst hatte.⁵⁹

VI. Ergebnis

Von der Zeit des Pandektenrechts bis zur Zeit des BGBs bilden das Zivilrecht und die juristische Methodenlehre zusammen die Zivilrechtsdogmatik. Ihr Gegenstand liegt darin, das Gesetz auszulegen, systematisch zu analysieren sowie angemessen zu bewerten. Folglich ist es zur Rechtsanwendung richtig oder adäquat, dass der Rechtsanwender sich mit der juristischen Methodenlehre beschäftigt. Aus der Rechtsprechung des THGH kann man zur Kenntnis nehmen, dass nicht nur das deutsche Zivilrecht Einfluss auf das taiwanische Recht hat, sondern auch, dass sich die deutsche juristische Methodenlehre in Taiwan ausgebreitet hat.

Selbst wenn die deutsche juristische Methodenlehre sich in Taiwan verbreitet hat, insbesondere durch die Rechtsprechung des THGH, bedarf es in der betreffenden Literatur oft der Aufklärung und Vertiefung. An manchen taiwanischen juristischen Fakultäten findet ein Grundkurs für die juristische Methodenlehre oft nicht statt. Dies ist nicht verwunderlich, denn im Gegensatz zu Deutschland hat die taiwanische Zivilrechtsdogmatik von vornherein keinen Hintergrund im Pandektenrecht. Auch das auf dem Boden des Liberalismus und Individualismus gegründete Zivilrecht gehörte vor dem 20. Jahrhundert nicht der Tradition des chinesischen Rechtskreises⁶⁰ an. Die taiwanische juristische Methodenlehre befindet sich in der Entwicklungsphase und es bleibt noch viel zu untersuchen.

⁵⁸ THGH Nr. 1722 (2012); THGH Nr. 1722 (2012); THGH Nr. 1722 (2012); THGH Nr. 899 (2011); THGH Nr. 1555 (2005). Ebenso *Shi Shang-Kuan*, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, 1980, S. 75; *Wang Tze-Chien* (Fn. 33), S. 3-5.

⁵⁹ THGH Nr. 1860 (2005).

⁶⁰ *Zweigert/Kötz* (Fn. 3), S. 280-286.

Teil V

Schlussbetrachtung

Die Entwicklung der juristischen Methodenlehre in Deutschland und der westlichen Welt – Lehren für China und Ostasien?

Rolf Stürner

I. Versuch einer begrifflichen Klärung

1. Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnismöglichkeit und begrifflicher Klarheit

a) Begriffsbildung im Begriffsmeer der Methodenlehre

Wenn man sich mit dem Stand der juristischen Methodenlehre beschäftigt, so begegnet man unvermeidbar mehreren Begriffen, deren Felder sich überschneiden und die sich schwer voneinander abgrenzen lassen, nicht zuletzt auch deshalb, weil schon die Begriffe selbst nicht ganz klare Konturen haben. Es macht auch nach einer mehrere hundert Jahre oder besser mehr als zweitausend Jahre umfassenden Geschichte juristischen Denkens von den Anfängen der westlichen Zivilisation bis heute wenig Sinn, den stets und immer wieder gescheiterten Versuch erneut zu wagen, eine begriffliche Ordnung zu schaffen, die auch nur die Chance hätte, allgemeine Anerkennung zu finden. Die modernen rechtlichen Hybridkulturen Ostasiens wie Japan, Südkorea und Taiwan, die sich mit Fragen der Methodenlehre schon einige Jahrzehnte in intensiver Auseinandersetzung mit entsprechenden Traditionen juristischer Praxis und mit den unterschiedlichen wissenschaftlichen Strömungen der westlichen Zivilisation befassen, teilen dieses Schicksal beschränkter begrifflicher Klarheit, und auch in der jüngeren chinesischen Diskussion, wie sie dieser Band wiedergibt, ist die gleiche Entwicklung zu beobachten. Man spürt das Unbehagen über das Schwimmen in einem Begriffsmeer und fühlt fast einen gewissen Unmut angesichts der offenbaren Unmöglichkeit, festen Grund zu gewinnen. Indessen ist schon die Erwartung falsch, jemals festen begrifflichen Grund gewinnen zu können, und dies ganz einfach vor allem deshalb, weil der Gegenstand aller Überlegung sich selbst wissenschaftlicher Erkenntnis im Sinne objektivierbarer Manifestation entzieht und deshalb auch die Begrifflichkeit, mit der Grundfragen des Rechts, der Rechtssetzung und Rechtsfindung sowie der Rechtsanwendung erfasst und analysiert werden

sollen, stets von Wandelbarkeit und Ambivalenz geprägt sein wird. Es sind nicht nur individuelle Vorstellungen, welche Begriffe und Ergebnisse mitgestalten, sondern natürlich auch nationale und rechtskulturelle Vorgaben, die sich ihrerseits wieder in unterschiedlichen historischen Epochen verschieden ausformen.

b) Der Blick eines überwiegend dogmatisch orientierten Rechtswissenschaftlers auf Rechtsatheorie und Methodenlehre

Trotz der beschriebenen Vielfalt der Begriffsbildung und inhaltlichen Füllung von Begriffen ist es sinnvoll, am Anfang eines Beitrags kurz zu skizzieren, was sein Autor unter die einzelnen Begriffen zu fassen beabsichtigt, auch und gerade wenn sein Begriffsverständnis nicht verallgemeinerungsfähig erscheinen mag. Dabei ist für diesen Beitrag davon auszugehen, dass sein Autor weder originärer Methodenlehrer noch etwa Grundlagenwissenschaftler ist, sondern vielmehr traditioneller Rechtswissenschaftler, der sich allerdings durchaus bemüht, bei seinem rechtswissenschaftlichen Arbeiten und der dabei notwendigen, oft schlüssig erfolgenden Methodenwahl die Erkenntnisse von Grundlagenwissenschaften angemessen zu berücksichtigen und zu verarbeiten.¹ Von diesem Ausgangspunkt sind natürlich wiederum sein Begriffsverständnis und die von ihm vorgenommene Zuordnung der Begriffe bestimmt.

c) Erkenntnisgrenzen eigenen Vorverständnisses als Grund zur Bescheidenheit

Jedes systematische Denken in Begriffen, Prinzipien oder Regeln unterliegt den Erkenntnisgrenzen eines Zirkels,² in dem das Vorverständnis des Betrachters sein Verständnis von Begriffen und den mit ihnen formulierten Grundprinzipien und Grundregeln ebenso prägt wie wiederum die ihm zugängliche Welt bekannter Begriffe, Prinzipien und Regeln sein Vorverständnis konstituieren.³ Diese Interdependenz von Erkenntnis und Vorverständnis kann zum Gefängnis eines geschlossenen Zirkels werden, der jede Bewegung ausschließt, sie kann aber auch einer Spirale vergleichbar sein, die Bewegung nach unten und oben zulässt.⁴ Dabei mag die Chance einer Aufwärtsbewegung mit einem gewissen Erkenntnisgewinn von der Breite der Basis des

¹ Zu diesem Ausgangspunkt schon Stürner, AcP 214 (2014), 7ff., 8f.

² Zum hermeneutischen Zirkel als allgemeines erkenntnistheoretisches Phänomen insbesondere Gadamer, Wahrheit und Methode, 1960, 6. Aufl., 1990; sa die Darstellung bei Rüthers/Fischer/Birk, Rechtsatheorie, 8. Aufl., 2015, R. 156ff.

³ Dazu insbesondere Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., 1972.

⁴ Zur Spirale insbesondere Gadamer, a.a.O.

Vorverständnisses des Betrachters abhängen. Eine Gewähr hierfür gibt es indessen nicht, auch nicht in der Situation des idealen oder herrschaftsfreien Diskurses,⁵ und mit dieser Unsicherheit hat die Rechtswissenschaft zu leben, und sie muss sie in Rechnung stellen. Gefahr droht deshalb immer dort, wo sich eine Schule oder Strömung im Besitz endgültiger Erkenntnis wähnt, um so der Gefahr zu unterliegen, über Aufwärts und Abwärts autoritativ entscheiden zu wollen. Die Beschäftigung mit der Methodenlehre erzieht vor allem zum kritischen Blick und zur Bescheidenheit, sie verfehlt in gefährlicher Weise ihren Sinn und Zweck, wo sie in der Anmaßung sicherer Erkenntnis endet und dabei mehr oder weniger totalitären Tendenzen zum Opfer fällt. Alle nachfolgenden Überlegungen sollten mit dieser Vorgabe gelesen werden.

2. Das Verständnis der mit einzelnen Begriffen beschriebenen Thematik

a) Dogmatik

aa) Rechtswissenschaftliche Dogmatik und Gebrauchsdogmatik

Schon der Begriff „Dogmatik“, der ursprünglich so viel bedeutet wie „festgelegte Meinung“ oder „verbindlicher Lehrsatz“,⁶ wird in sehr verschiedener Weise gebraucht. Manche Autoren verstehen unter Dogmatik nur den systematisch – konstruktiven Teil der Rechtswissenschaft, der vor allem dazu dient, der Praxis bei der Rechtsanwendung ein gegenüber dem Gesetz verfeinertes Regelwerk an die Hand zu geben, um ihr so die Arbeit zu erleichtern.⁷ Andere vertreten wie der Verfasser ein breiteres Verständnis rechtswissenschaftlicher Dogmatik und verstehen unter Dogmatik die systematische Zuordnung des Einzelfalles zu Grundregeln und Grundprinzipien auf der Basis des geltenden Rechts.⁸ Da Dogmatik das geltende Recht zum Ausgangspunkt nimmt oder doch zumindest stets berücksichtigt, sind folgerichtig auch die Auslegungslehre und die Lehre von der Rechtsfortbildung Teile dieser weit verstandenen Dogmatik. Ihre Vertreter unterscheiden zwischen rechtswissenschaftlicher Dogmatik, die bei ihrer Systematisierung das gesamte Feld rechtlich erheblicher Phänomene ausschöpft und dabei Grundprinzipien, Grundregeln, Gesetzestexte, Feinstrukturen, Fallgruppen und Einzelfälle gleichermaßen erfasst, und der Gebrauchsdogmatik, welche Feinstrukturen entwickelt, um sie als Maßstab an den Einzelfall anzulegen und sich dabei den steten

⁵ So aber letztlich der Ausgangspunkt prozeduraler Erkenntnistheorie insbesondere bei Habermas, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, 5. Aufl., 1982.

⁶ Dazu Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, Rn. 310; zur teilweise negativen Besetzung des Begriffs Stürner, *JZ* 2012, 10.

⁷ In diesem Sinne etwa für das Verwaltungsrecht Brohm, *VVDStRL* 1972/30, 245ff.; offener Bachof, *VVDStRL* 1972/30, 193ff.

⁸ Stürner, *AcP* 214 (2014), 11 m.w.N.

Rückgriff auf die Wertungen von Grundprinzipien und Grundregeln zu ersparen.⁹

bb) Rechtswissenschaftliche Dogmatik als Form rechtskulturunabhängiger Systembildung

Das weite Verständnis rechtswissenschaftlicher Dogmatik, das sich weithin mit der Vorstellung notwendiger Systembildung deckt,¹⁰ erlaubt die Feststellung, dass es keine Rechtsordnung ohne einen Mindestbestand an Dogmatik geben kann,¹¹ weil Formen menschlicher Gerechtigkeit stets insoweit dem Gleichheitssatz verbunden sind, als sie Gleiches gleich, Ungleiches ungleich und Ähnliches adäquat modifiziert behandeln,¹² also ihren Regelungen eine systematische differenzierende Zuordnung zu Grunde legen. Historische und rechtsvergleichende Unterschiede ergeben sich vor allem aus unterschiedlichen Kriterien einer Differenzierung und damit nicht zuletzt aus der Verschiedenheit der Grundprinzipien, die sie bestimmen. Im Bereich der Grundprinzipien und ihrer gewichtenden Zuordnung liegt letztlich die Quelle unterschiedlicher Bewertung von Einzelfallkonflikten in räumlich verschiedenen Rechtskulturen und in verschiedenen Epochen innerhalb der gleichen Rechtskultur. Die Genese von Grundprinzipien ist abhängig von ideellen, technischen und wirtschaftlichen Veränderungen, die allerdings wiederum ihrerseits oft zuerst eine Änderung der Einzelfallgerechtigkeit zur Folge haben mit einem nachfolgenden Wandel der Grundprinzipien, bis sich eine veränderte systematisch stimmige Zuordnung innerhalb des dogmatischen Gebäudes wieder herstellt. Die so verstandene wissenschaftliche Dogmatik erweist sich damit nicht zuletzt als ein Instrument wissenschaftlicher und rationaler Analyse auf nationaler und internationaler Ebene, als Sensor für Veränderungen, deren Nutzen oder Gefahr immer nur auf der Basis aufmerksamer und korrekter Analyse zutreffend beurteilt werden kann. Die Umgangssprache gebraucht nicht selten in allen Sprachen den Begriff der Willkür als Gegensatz zum Recht und erfasst damit den zwingenden Zusammenhang zwischen Recht und

⁹ Zu dieser Unterscheidung schon Stürner, JZ 2012, 10ff., 11f.; Würtenberger, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, S. 7 („rechtspraktische Dogmatik“).

¹⁰ Zu diesem Zusammenhang ausführlicher und differenzierter Möllers, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Herausgeber), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl., 2012, § 3 Rn. 35ff.

¹¹ So schon Kötz, in: K. Schmidt, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S. 75ff. gegen Zweigert, Festschrift für Bötticher, 1969, S. 443ff.; gleich Stürner, JZ 2012, 10, 11.

¹² Zur grundlegenden Bedeutung des Gleichheitssatzes schon für das archaische Rechtsdenken bereits der biblische Pentateuch 3. Mose 19, 15; hierzu BVerfGE 54, 277, 296.

Systematik, die erst eine proportionale Zuordnung von Einzellösungen zu einer überzeugenden Gesamtschau erlaubt.

b) Grundlagenwissenschaften

aa) Traditionelles Verständnis der Grundlagenwissenschaften

Von der Dogmatik in diesem weit verstandenen Sinn zu unterscheiden sind die Grundlagenwissenschaften. Grundlagenwissenschaften sind Philosophie, Geschichte, Wirtschaftswissenschaften, Soziologie, Politologie, Psychologie, Kulturwissenschaften, Rechtsvergleichung und in gewisser Weise auch die rechtswissenschaftliche Methodenlehre selbst. Das Wesen der Grundlagenwissenschaften liegt in ihrem Versuch, die Grundlagen des Weltgeschehens und menschlichen Zusammenlebens zu analysieren und zu erfassen, teilweise unter bestimmten Aspekten, teilweise aber auch durchaus mit einem umfassenderen Geltungsanspruch.¹³ Meist ist das Recht mit seiner Grundlegung ein wesentliches und integrales Element dieser Grundlagenwissenschaften. So kann es nicht verwundern, dass es innerhalb der Grundlagenwissenschaften Wissenschaftler gibt, die sich insbesondere den rechtlichen Elementen einer Grundlagenwissenschaft widmen, mögen solche Wissenschaftler ursprünglich in der Grundlagenwissenschaft selbst oder in der Rechtswissenschaft groß geworden sein. Auf diese Weise entstehen Formen gemischter Wissenschaft bzw. Spezialwissenschaften wie Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte, Law and Economics, Rechtssoziologie etc.

bb) Rechtstheorie und Methodenlehre als Grundlagenwissenschaften

Wenn man sich klar macht, dass das Recht selbst integraler Bestandteil menschlicher Kultur und Zivilisation ist, so erhellt daraus, dass auch die Methodenlehre des Rechts an der Entwicklung anderer Grundlagenwissenschaften teil hat, zum Beispiel an erkenntnistheoretischen oder argumentationstheoretischen Erkenntnissen, an Erkenntnissen der Geschichtswissenschaften oder an Ergebnissen systemtheoretischer oder spieltheoretischer Überlegungen. Folgerichtig ist die Methodenlehre des Rechts auch selbst dem Kreis der Grundlagenwissenschaften zuzurechnen.

cc) Grundlagenwissenschaften und Hilfswissenschaften

Grundlagenwissenschaften sind teilweise schwer oder gar nicht von sogenannten Hilfswissenschaften abzugrenzen, die tendenziell nicht für die

¹³ Vgl. zu den Grundlagenwissenschaften den Überblick bei *Stürner*, AcP 214 (2014), 7ff., 30ff.; ferner *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situationen, Analysen, Empfehlungen, 2012; dazu die Beiträge von *Grundmann*, *Gutmann*, *Hillgruber*, *Stephan Lorenz*, *Rixen* und *Stolleis*, JZ 2013, 693ff.

Rechtswissenschaft insgesamt, sondern nur für einzelne Teilbereiche der Rechtswissenschaften Erkenntnisse beisteuern. So kann man trefflich darüber streiten, ob die Psychologie mit ihren Erkenntnissen vor allem zur menschlichen Willensbildung als Grundlagenwissenschaft oder eher als Hilfswissenschaft anzusprechen sei. Von Bedeutung ist diese Einordnungsfrage gegenwärtig auch für die modernen Informationswissenschaften, die nicht nur die technischen Bedingungen der Informationsspeicherung und Informationsverbreitung verändern, sondern damit auch menschliches Verhalten beeinflussen und menschliche Intelligenz teilweise ersetzen und imitieren. Grundlagen- und Hilfswissenschaften vermögen sowohl Grundprinzipien einer Rechtsordnung zu gestalten als auch Details rechtlicher Gestaltung zu beeinflussen. Die Methodik der Rechtswissenschaft ist deshalb gehalten, Erkenntnisse dieser Wissenschaften zu analysieren und zu verarbeiten. Eine ebenso große wie wichtige Streitfrage ist und bleibt, wie dies zu geschehen hat.

II. Stärken und Schwächen deutscher rechtswissenschaftlicher Dogmatik im Vergleich zu anderen kontinentalen Rechtskulturen und zur Rechtskultur des Common Law

1. Die Pyramide eines Rechtssystems

Die deutsche Methodik der Rechtswissenschaft unterscheidet sich vor allem in einem stark ins Auge fallenden Punkt sowohl von der Methodik anderer kontinentaleuropäischer Rechtskulturen als auch noch deutlicher von der Methodik der Rechtskulturen des Common Law.¹⁴ In der Pyramide des Rechtssystems findet sich in allen Rechtskulturen an der breiten Basis eine Fülle detaillierter und sehr konkreter Regeln für Einzelfälle oder Fallgruppen. Die schmale Spitze der Pyramide bilden sehr stark generalisierende und dabei alles überwölbende Grundprinzipien.¹⁵ Darunter folgen etwas verfeinerte Grundregeln, welche die Grundprinzipien für einzelne größere Rechtsgebiete in Konkordanz bringen und konkretisieren. Die Abgrenzung zwischen Grundprinzipien und Grundregeln ist dabei fließend und begrifflich unscharf; oft werden Grundregeln für einzelne Rechtsgebiete auch als Prinzipien dieser Rechtsgebiete bezeichnet, obwohl sie gemessen am Gesamtsystem einer

¹⁴ Zum Folgenden schon Kötz, aaO S. 75ff.; Stürner, JZ 2012, 10ff., 11f., 12ff.m.w.N.; ders., AcP 214 (2014), 7ff., 11ff.

¹⁵ Zu diesem strukturellen Grundansatz insbesondere Dworkin, Taking Rights Seriously, 1978, S. 22ff.; Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., 1998, S. 71ff. Die folgenden Überlegungen variieren allerdings teilweise die von diesen Rechtsphilosophen und Methodenlehrern gewählten Kategorien.

Rechtsordnung eigentlich als Grundregeln anzusprechen wären.¹⁶ Zu den Grundprinzipien westlicher Rechtskulturen gehören ohne Zweifel Recht auf Leben, persönliche Freiheit und individuelle Handlungsfreiheit, Gleichheit, Schutz durch effiziente Gerichtsverfahren¹⁷ etc. Für einzelne Rechtsgebiete erfahren solche Grundprinzipien in Grundregeln wie Abschluss- und inhaltliche Gestaltungsfreiheit im Vertragsrecht, Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozessrecht, gesetzliche Diskriminierungsverbote etc. konkretere Ausformung und Abgleichung, wobei dies auf der Ebene des Verfassungsrechts¹⁸ oder des einfachen Rechts geschehen kann.¹⁹ Allen Rechtssystemen gemeinsam ist die Ausrichtung der detaillierten Regeln für Fallgruppen und Einzelfälle an Grundregeln und Grundprinzipien. Jede Rechtsordnung wird etwa verbraucherschützendes Vertragsrecht letztlich an den Grundprinzipien der Gleichheit und individuellen Handlungsfreiheit messen, in einem zweiten Schritt an den Grundregeln der Abschlussfreiheit und inhaltlichen Gestaltungsfreiheit im Vertragsrecht, um dann auf die Regelungsbedürfnisse der Fallgruppe des Verbrauchervertragsrechts zu schließen und auf die Besonderheiten bestimmter Einzelfälle.²⁰ Dabei geht es hier nur um die logische Struktur, die Ergebnisse können bei gleichen oder ähnlichen Grundprinzipien innerhalb einer gewissen Toleranz sehr unterschiedlich ausfallen, weil eine praktische Konkordanz von Grundprinzipien und Grundregeln auch bei recht unterschiedlicher Gewichtung der einzelnen Prinzipien erreicht werden kann. Die Methodik des deutschen Rechts unterscheidet sich indessen von der Methodik anderer Rechtskulturen dadurch, dass sie zwischen Grundprinzipien und Grundregeln einerseits und Fallgruppen und Ein-

¹⁶ Zu Funktion und Ertrag solcher Überlegungen der etwas kritische Überblick bei *Rüthers/Birk/Fischer*, Rn. 756ff.

¹⁷ Diese Grundprinzipien finden z.B. Ausdruck in der Grundrechtscharta der Europäischen Union (vgl. Art. 2, 6ff., Art. 20ff., Art. 47) und in der Grund- und Menschenrechten nationaler Verfassungen (z.B. Art 2, 3, 19 Abs. 4 GG Deutschland). Sie sind aber vielfach Rechtsprinzipien, die wesentlich älter sind als die relativ jungen Verfassungstexte; dazu für den Fall verfahrensrechtlicher Grund- und Menschenrechte *Stürner*, ZZZ 2014/127, 271ff., 307ff.

¹⁸ Es gibt durchaus Grundrechte in Verfassungstexten, die in sehr detaillierter Weise die praktische Konkordanz zwischen allgemeinen Grundrechten in Konfliktfällen herzustellen versuchen oder allgemeine Grundrechte sehr stark für besondere Fallgruppen konkretisieren; siehe etwa Art 3 Abs. 2; 5, 8, 9, 15, 21, 23, 47 Abs. 2 und 3 etc. EU Grundrechtscharta oder Art. 3 Abs. 2 und 3, 6 Abs. 5 und Art. 9 Abs. 3 GG Deutschland; Art. 111 Abs. 2 Costituzione Italiana (Prozessdauer).

¹⁹ Dazu etwa § 311 des BGB Deutschland (Vertragsfreiheit) oder die „principes directeurs“ in Art. 1 – 24 des Code de procédure civile Frankreich.

²⁰ Beispielhaft für solches methodisches Vorgehen etwa die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 095, 21.4.1993, 29-34, deren gedankliche Struktur in einigen nationalen Implementationen wiederkehrt.

zelfällen andererseits eine Ebene einzieht, die man als feinsystematische Zwischenschicht bezeichnen könnte.

2. Die feinsystematische Zwischenschicht der deutschen Methodik

Die einzelnen Rechtskulturen geben geschlossener Systematik und juristischer Konstruktion unterschiedliches Gewicht.²¹ In der deutschen Rechtskultur kommt dem aus Begriffen und Figürlichkeiten errichteten System vielfach eine sich mehr oder weniger verselbständigende Bedeutung zu. Ein System aus Regeln und Ausnahmen findet eine ausgefeilte begriffliche Zuordnung und teilweise figürliche Verarbeitung, um auf diese Weise die rechtliche Einordnung des Einzelfalles zu einem systemlogischen Schluss werden zu lassen.²² Es war insbesondere die Epoche der sogenannten Begriffsjurisprudenz, die das Begriffsgebäude zur Perfektion zu führen versuchte und die gesamte Rechtsordnung als Pyramide begriff, an deren Spitze die Rechtsidee mit ihren Axiomen stand, aus der sich Mittelglieder, Rechtsfiguren und Rechtssätze im logischen

Pyramide des Rechtssystems in der deutschen Methodenlehre



Schluss deduzieren ließen.²³ Auch wenn man – worauf sogleich ausführlicher einzugehen sein wird – später die Gefahr erkannte, dass ein allzu starker logi-

²¹ Zum Konstruktivismus des 19. Jahrhunderts und der Rolle vor allem von Savignys, Puchtas und Windscheids statt vieler Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 138ff., 146ff.

²² Hierzu und zum folgenden schon Stürner, JZ 2012, 10ff., 11f.

²³ Dazu der Überblick bei Rüthers/Fischer/Birk, Rn. 458ff.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 400ff.; Hager, Rechtsmethoden in Europa, 2009, S. 22ff.

scher Formalismus das Recht zu sehr der gesellschaftlichen und politischen Realität entfremdete und sich das von der Rechtspyramide entworfene Bild allmählich im Sinne der hier dargestellten Struktur zu korrigieren begann, so blieb doch der Einfluss dieses systemlogisch orientierten Rechtsdenkens bis heute durchaus bedeutsam. Die systematische Kraft der großen Kodifikationen vor allem des deutschsprachigen Rechtsraums und der von ihm beeinflussten Hybridkulturen zehrt von dieser Epoche und ihrer begrifflichen Klarheit.

3. Ausprägungen der feinsystematischen Zwischenschicht

In Deutschland beherrscht diese Denkweise noch heute die juristische Falllösungspraxis der Gerichte und Rechtsanwälte sowie die Technik der Klausuren von Studenten in ihrer universitären Ausbildung, im Zivilrecht vor allem in Gestalt der sogenannten Relationstechnik, auch wenn sie in den letzten Jahrzehnten gewisse Auflockerung erfahren hat.²⁴ Für den Einfluss der beschriebenen feinsystematischen Zwischenschicht auf die Rechtspraxis und das Rechtsdenken lassen sich viele treffliche Beispiele anführen. Im Zivilrecht sind gängige Beispiele die Kategorien der absoluten und relativen Person der Zeitgeschichte und der Privatperson als Maßstab des persönlichkeitsrechtlichen Schutzzumfanges gegen Veröffentlichungen durch Medien,²⁵ die ausgefeilte Typenbildung im Vertragsrecht zur Bestimmung des jeweiligen Pflichtenkatalogs,²⁶ die Abgrenzung von ersatz- und nicht ersatzfähigen Schadensformen durch eine sorgsam differenzierende Theorienbildung,²⁷ im Bereicherungsrecht die Formalisierung der Bestimmung des Bereicherungsschuldners durch einen ausgefeilten Leistungsbegriff und die pflegliche Auskleidung des

²⁴ Zur sogenannten Relationstechnik insbesondere *Schellhammer*, Die Arbeitsmethode des Zivilrichters, 17. Aufl., 2014; *Anders/Gehle*, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 12. Aufl., 2015.

²⁵ Dazu der recht deutliche Ansatz BGH 131, 332ff., 336ff.; abgeschwächt in BVerfG 101, 361ff., 393f.; kritisch EGMR, JZ 2004, 1015ff. (deutsch von *Florian Rink*); dazu und zum Vorwurf verbliebener Reste einer Begriffsjurisprudenz durch Richter *Zupancic* ausführlich *Stürner*, AfP 2005, 213ff., 215f.

²⁶ Zu den Vertragstypen des Schuldrechts und ihrer Funktion *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, 1. Halbband, 13. Aufl., 1986, S.4ff.; zur Funktion des Typus bei der Rechtsfindung *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 460ff.; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971; wesentlich zurückhaltender insoweit etwa das englische Vertragsrecht; siehe etwa *Andrews*, Contract Law, 2. Aufl., 2015.

²⁷ Zu dieser Theorienbildung (z.B. Frustrations- und Bedarfstheorie, Kommerzialisierungstheorie) eher distanziert *F. Baur*, Festschrift Ludwig Raiser, 1974, 119ff.; *Kötz*, in: *K. Schmidt*, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S. 86; sehr kritisch *Koziol*, AcP 121 (2012), 1ff., 41ff.

Merkmals „auf dessen Kosten“, ²⁸ endlich die konsequente Trennung von Planung und Vollzug an der Schnittstelle zwischen Schuldrecht und Sachenrecht ²⁹ etc. Im Zivilprozessrecht sind zu erwähnen die Beweisrisikoverteilung anhand einer Kategorisierung der materiell rechtlichen Normen in Anspruchs-, Einwendungs-, Replik- und Dupliknormen, ³⁰ die herrschende zweistufige Streitgegenstandstheorie zur Bestimmung von Rechtshängigkeit und Rechtskraft, ³¹ die Lehre vom Pfändungspfandrecht zur Klärung der Rückabwicklung nach Pfändung und Verwertung eines schuldnerfremden Gegenstandes ³² sowie die systematische Erfassung vieler anderer prozessualer Phänomene, deren Einkleidung in eine dogmatische Form den eigentlichen sachlichen Konflikt manchmal eher verbirgt als offenlegt. ³³ Auch im Strafrecht begegnet eine Freude an feinsystematischer Theorienbildung, ³⁴ etwa bei der Abgrenzung der Teilnahmeformen ³⁵ oder bei der Lehre vom Versuch eines erfolgsqualifizierten Delikts. ³⁶ Im Verwaltungsrecht ging die Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt mit vielen ihrer Differenzierungen der späteren Gesetzgebung voraus und hat sie überlebt, ³⁷ und selbst im Verfassungsrecht

²⁸ Dazu insbesondere *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, 2. Halbband, 13. Aufl., 1994, §§ 67ff.

²⁹ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996; kritisch wiederum *Koziol*, AcP 212 (2012), 1ff., 16ff.; zur Erwiderung *Stürner*, AcP 214 (2014), 8ff., 12/13 unter Verweis auf *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, § 64, insbes. Rn. 146.

³⁰ Satt aller *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 102 Rn. 8f., § 115 Rn. 7ff.

³¹ *Schwab*, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954; *Habscheid*, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1957; weitere Nachweise zu abweichenden Auffassungen in der neueren Monographie von *Althammer*, Streitgegenstand und Interesse, 2012; zum Versuch einer Einordnung *Stürner*, ZZP 2014/127, 271ff., 283/284 m.w.N.; *ders.*, Festschrift für Gerhard Lücke, 1997, S. 829ff., 831; zur chinesischen Sicht auf die deutsche Entwicklung *Ding Ma*, Die Entwicklung der Streitgegenstandslehre in Deutschland und Europa und ihre Vorbildwirkung für das chinesische Recht, 2013.

³² Hierzu der Überblick bei *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl., 2006, § 27, S. 339ff.

³³ Zur dogmatischen Umkleidung zeitloser prozessualer Grundprobleme als Gegenstand der Bemühung vor allem der sogenannten konstruktiven Epoche der deutschen Prozessrechtswissenschaft *Stürner*, ZZP 2014/127, 271ff., 282ff.

³⁴ Zur Problematik des Systemdenkens im Strafrecht insbesondere *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 7 IV; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 1 – 23.

³⁵ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 25 B II – VI.

³⁶ Wiederum *Roxin*, Allgemeiner Teil, Band II, § 29 D I.

³⁷ Zur Fokussierung auf das Verfahrensrecht hoheitlicher Verwaltung insgesamt eher kritisch *Schmidt-Aßmann*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl. 2012, § 27, S. 495ff., insbes. Rn. 9ff. („Verengungs-

hat sich eine Dogmatik des Grundrechtseingriffs gebildet, die zwar nicht in Gestalt einer Schrankenlehre tragfähig war, wohl aber die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit einer Beeinträchtigung anhand der Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit verfeinerte³⁸ und dogmatisierte³⁹ und auch bei der Beurteilung rückwirkender Eingriffe differenzierende Kategorien⁴⁰ schuf. Dabei bleibt festzuhalten, dass sich im Verfassungsrecht Formen einer Dogmenbildung notwendigerweise weniger im Bereich von Feinstrukturen bewegen als in anderen Rechtsgebieten.

4. Feinsystematik in anderen Rechtskulturen?

Die These, dass es in anderen Rechtskulturen Feinsystematik überhaupt nicht gebe, erschiene in dieser radikalen Form sicher etwas übertrieben. Richtig ist aber jedenfalls, dass Rechtskulturen des *Case Law* stärker zu einer sachverhaltsorientierten Fallgruppenbildung neigen, deren differenzierende Rechtsfolgen sich anders als in Rechtskulturen mit Kodifikationen direkt an Grundprinzipien oder Grundregeln orientieren.⁴¹ Auch die „Kodifikationen“ dieses Rechtskreises, die es in Ländern des *Common Law* inzwischen durchaus gibt, sind ebenso wie die *Restatements* in den USA eher eine Darstellung der gerichtlichen Fallpraxis als eine eigenständige Systematisierung als Ergebnis voller wissenschaftlicher Durchdringung einer Rechtsmasse; dies schließt nicht aus, dass der Gesetzgeber oder die Verfasser von *Restatements* punktuell korrigierend eingreifen. Selbst wo der Gesetzgeber wie etwa in England im Immobilienrecht 2002⁴² oder im Zivilprozessrecht⁴³ zu einer weitreichen-

tendenz“); weniger kritisch mE zu Recht insoweit wohl *J.-P. Schneider*, a.a.O. § 28, S. 557ff., insbes. Rn 14.

³⁸ Zu dieser Entwicklung guter Überblick bei *Dreier*, in: *Dreier* (Herausg.), *Grundgesetz*, Band I, 3. Aufl. 2013, Vor Art. 1 Rn. 91 m.w.N.; zur Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und seiner Dogmatisierung insbesondere *Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961; *Schlink*, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976.

³⁹ Zutreffend ist die Beobachtung „geradezu schulmäßiger Prüfung“ anhand dieser Kriterien durch das BVerfG (*Dreier* a.a.O. Rn. 91 Fn. 362) unter Hinweis auf BVerfGE 81, 156, 188ff.; 91, 207, 222ff.; man könnte aus neuerer Zeit exemplarisch hinzufügen BVerfGE 117, 163ff., 181ff.

⁴⁰ Zur Unterscheidung zwischen echter und unechter Rückwirkung statt vieler anderen Entscheidungen BVerfGE 13, 261, 272; 30, 367, 389; 95, 64, 86f.; 101, 239, 263 (echte unzulässige Rückwirkung) einerseits und BVerfGE 63, 343, 356; 72, 200, 242; 74, 129, 155; 97, 67, 79; 105, 17, 37f.; 127, 1 17 (zulässige unechte Rückwirkung auf noch nicht abgeschlossenen Sachverhalte) andererseits. Überblick bei *Brüning*, NJW 1998, 1525; *Fischer*, JuS 2001, 861, 865.

⁴¹ Zum Zusammenhang mit der stark induktiven, fallorientierten Rechtsfindung dieses Rechtskreises *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996, § 18 m.w.N.

⁴² Zu dieser Reform *Sparkes*, *A new land law*, 2. Aufl., 2003.

den Neuregelung ansetzt, geschieht dies eher pragmatisch tastend mit dem Fokus auf einzelne Elemente eines Rechtsgebietes und ohne das Bedürfnis nach einer Gesamtregelung, die alle wesentlichen Rechtsfragen erfasst und einander stimmig zuordnet. So trennt etwa das englische wie auch das US-amerikanische Recht zwischen *sales agreement* und *conveyance* beim Landkauf, begnügt sich aber anders als das deutsche oder französische Recht (Abstraktions- und Kausalprinzip) bei Fehlerfolgen ohne eine grundsätzliche Zuordnung beider Kategorien mit Fallgruppen des Vertrauensschutzes.⁴⁴ Die romanischen Rechte neigen zwar zu deutlich stärkerer Systembildung, so etwa Frankreich bei der Trennung von *droit des obligations* und *droit des biens* und der relativ strengen Typizität der *droits des biens*.⁴⁵ Frankreich und andere romanische Länder erreichen jedoch trotz ihrer langen kodifikatorischen Tradition nicht die Stringenz der deutschen feinsystematischen Zwischenschicht und wollen sie wohl auch gar nicht erreichen.⁴⁶ Im Vertragsrecht Frankreichs etwa verlangt die Zahlung letztlich gesonderte rechtsgeschäftliche Aktivität, wohingegen bei der Gegenleistung ein Rechtsübergang auf Grund der Obligation selbst erkonstruiert wird: „L’obligation de livrer la chose est parfaite par le seule consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire...“⁴⁷ Es ist diese sich auf einer Seite des Vertrags selbst erfüllende Rechtspflicht, die aus deutscher Sicht systematischer Logik entbehrt und der Nachkorrektur durch eine reiche Kasuistik bedarf (Gattungssachen, künftige und fremde Gegenstände, Lieferketten etc.), im Immobilienrecht sogar einer Ergänzung in Gestalt der „*promesse de vente*“, die Planung und Vollzug zu trennen in der Lage ist – und dies alles nur, weil man der Logik der Trennung von Planung und Vollzug nicht vollen konstruktiven Tribut zollen will.⁴⁸

⁴³ Zur sogenannten Woolf-Reform insbesondere *Andrews*, On Civil Processes, Vol. 1, 2013, Rn. 1.06ff., S. 7ff.

⁴⁴ Zu diesem Billigkeitsrecht *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 64 Rn. 41, S. 925.

⁴⁵ Art. 515-14ff. (*droit des biens*) und Art. 1101ff. (*droit des obligations*) C.c.; zur Typizität *Baur/Stürner*, a.a.O., § 64 Rn. 7.

⁴⁶ Zu diesem Unterschied zwischen dem deutschen und französischen Rechtsdenken insbesondere *Ferrand*, Der Einfluss des deutschen Zivilprozessrechts auf Henri Motulskys Lehre, Festschrift Rolf Stürner, Band II, 2013, S. 1485.

⁴⁷ Art. 1138 C.c.

⁴⁸ Siehe schon weithin gleich *Stürner*, JZ 2012, 10ff., 13. Etwas irreführend ist allerdings die allgemeine Feststellung bei *von Bar*, JZ 2015, 845ff., 859 Fn. 39, man könne in Frankreich fremde Sachen nicht verkaufen, die wohl nur eine bestimmte Fallkonstellation betreffen soll.

5. Würdigung der deutschen Feinsystematik

a) Historische Besonderheiten

Eine Würdigung der deutschen Feinsystematik muss zunächst wichtige Besonderheiten der deutschen Geschichte vor allem des 19. Jahrhunderts berücksichtigen. Die Denkweise, wie sie sich in der oben geschilderten deutschen Feinsystematik manifestiert, ist eine Folge einer in praktisch ganz Kontinentaleuropa verbreiteten vernunftrechtlichen Überformung der Rezeption des römischen Rechts durch die sogenannte Pandektistik. Diese Epoche dauerte in Deutschland wegen seines Partikularismus wesentlich länger als in anderen wichtigen Rechtskulturen Kontinentaleuropas wie etwa Frankreich, das sehr viel früher zu nationalstaatlicher Einheit gelangte und nach und nach nationale Kodifikationen bis hin zum Code Civil entwickelte. Die fehlende kodifikatorische Einheit war in Deutschland einer breiten akademischen Bewegung außerordentlich förderlich, die Rechtseinheit durch wissenschaftliche Systembildung und Dogmatik herzustellen versuchte und dabei durchaus eine Art vorgesetzliche Geltung zu beanspruchen begann, spätere Kodifikationen nachhaltig beeinflusste und teilweise auch überlebte, um auf Dauer einen bestimmenden Einfluss auf die gerichtliche Praxis zu behalten. Diese Rechtsdogmatik und ihr prägender Einfluss auf die Gerichte war der Ausgangspunkt zur Entwicklung bürgerlicher Freiheiten in der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts in wesentlich höherem Maße, als dies dem zögerlich aufkommenden Parlamentarismus möglich war. Es war im Lebensgefühl des Bürgertums das Recht, das wesentlich stärker freiheitsbildend war als die Institutionen einer sich langsam durchsetzenden parlamentarischen Demokratie.⁴⁹

b) Die positiven Funktionen deutscher Dogmatik

In der Tat vermag eine Dogmatik, welche die Rechtspyramide von der Basis mit ihren Einzelfällen bis zur Spitze mit ihren Grundprinzipien gedanklich ausschreitet, ein gewisses Maß an sinnvollem Schutz gegen Übergriffe einer mächtigen Regierungsgewalt auf Gesetzgebung und Gerichte zu schaffen, weil sie Unstimmigkeiten sichtbar werden lässt und den Richtern und Beamten auf diese Weise Waffen zu sanfter Gegenwehr zu verschaffen vermag. Die Tradition der Gerichte, ihre Entscheidungen mit den Erkenntnissen der Rechtswissenschaft abzugleichen und auf Kritik und Anregungen einzugehen, hat in Deutschland bis heute viel stärker überlebt als in anderen Rechtskulturen. Rechtswissenschaft und Gerichte können sich auf diese Weise in gewissen Grenzen wechselseitig stützen. Gerade für Gesellschaften, in denen die Entwicklung zu einem Mehr an Rechtsstaatlichkeit noch nicht zum Abschluss

⁴⁹ Zur Reihung „Einigkeit und Recht und Freiheit“ in der deutschen Nationalhymne mit ihrem Text aus dem 19. Jahrhundert schon *Stürner*, AcP 214 (2014), 7ff., 16/17.

gekommen ist, kann dies von Bedeutung sein. Auch lassen sich in Gesellschaften mit einer bereits gefestigteren Rechtsstaatlichkeit noch weitere Vorzüge einer unverkürzten „echten“ rechtswissenschaftlichen Dogmatik aufzeigen. Das Feinsystem mit seinen das kodifizierte Recht implementierenden engmaschigeren Regelsätzen entfaltet bei der Rechtsanwendung durch Gerichte eine Stabilisierungsfunktion, weil es individuellen richterlichen Entscheidungen eine stark objektivierende Rahmung vorgibt und auf diese Weise die Vorhersehbarkeit von Gerichtsentscheidungen und damit die Rechtssicherheit erhöht. Gleichzeitig erzwingt die Dogmatik eine sorgfältige Argumentation bei der Begründung von Abweichungen vom Regelfall. Dies gilt auch bei der Feststellung von Gesetzeslücken und der innovativen Gestaltung ihrer Schließung, die nur auf der Basis sorgfältiger Analyse der Breite und Tiefe des bisherigen Regelungsbestandes erfolgen sollte, wobei Feinsystematik ein wesentlich empfindlicheres Kontrollinstrumentarium bietet als ein nur lose an Grundprinzipien ausgerichtetes Fallrecht. Aus all dem folgt, dass Dogmatik auch kritische Maßstäbe für die Leistungsfähigkeit eines rechtlichen Gesamtsystems bereithält. Die Funktionen der Dogmatik sind nach alldem vielfältig: Systematisierungsfunktion, Stabilisierungsfunktion, Kontrollfunktion und Innovationsfunktion bei Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung.⁵⁰ Aus diesen Funktionen ergibt sich auch eine tragende Bedeutung der Dogmatik in rechtspolitischen Diskussionen, sofern es Juristen gelingt, die in der Dogmatik oft über Jahrtausende geronnene Weisheit in die Umgangssprache zu transformieren.⁵¹

c) Gefahren des Systemdenkens und dogmatischen Denkens

Eine jedem dogmatischen Denken immanente Gefahr ist sein Fehlgebrauch. Er kann vor allem darin bestehen, dass sich die Freude an der Leistungsfähigkeit der Feinsystematik verselbständigt und Wissenschaft und Gerichte zu sehr bei der Gebrauchsdogmatik⁵² stehen bleiben, ohne die notwendige Rückkoppelung an Grundprinzipien und Grundsätze zu leisten. Wenn oft gesagt wird, ein dogmatisches Feinsystem mache „Gerechtigkeitsfragen ... operational“⁵³ und habe eine sinnvolle Entlastungsfunktion für Alltagsfälle um ihrer zeitsparenden Arbeitsvereinfachung willen, so wird eine damit unter Umständen verbundene gedankliche Verkürzung etwas allzu leicht in falscher Weise idealisiert. Es besteht dann stets die Gefahr der Verselbständigung eines Denkens in einem geschlossenen System, welches das Wissen um den Sinn eines

⁵⁰ Gute Zusammenfassung dieser Gesichtspunkte bei *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 321-330.

⁵¹ Zu diesem Aspekt *Stürner*, AcP 214 (2014), 7ff., 20-22.

⁵² Zu diesem Begriff oben unter I 2 a aa.

⁵³ *Esser*, AcP 172 (1972), 97ff., 113; ähnlich auch schon *Llewellyn*, Law and Contemporary Problems 1938/5, 104ff., 118.

dogmatischen Konstruktes zu verlieren beginnt mit der Folge, dass die Arbeit allein in den Grenzen einer Gebrauchsdogmatik den Überblick verlieren lässt und zu Fehlleistungen führt.⁵⁴ Schlimmstenfalls kann die Feinstruktur der Gebrauchsdogmatik unter völlig veränderten Grundparametern eine andere Füllung erfahren und dabei auch pervertiert und missbraucht werden – eine in der Epoche des Nationalsozialismus durchaus reale deutsche Erfahrung.⁵⁵ Die gedankliche Rückbindung an die Grundprinzipien sollte deshalb niemals unterbleiben, weder in der Ausbildung noch in der Praxis oder gar in der Wissenschaft. Die Gesichtspunkte der Arbeitersparnis und Operationalisierbarkeit behalten auch ihr Gewicht, wenn man sich in gedanklichem Zurücklehnen stets noch die Zeit zur Abgleichung des feinsystematischen Ergebnisses mit fundamentalen Grundprinzipien nimmt und dabei das Urteil einer gesellschaftlichen Außenansicht juristischer Deduktion nicht scheut.

d) Deutsche Dogmatik und Europäisierung

Die deutsche Dogmatik der Gegenwart steht vor zwei sehr gewichtigen Herausforderungen. Die erste Herausforderung ist die immer stärkere Europäisierung des nationalen Rechts, welche die Hierarchie der Rechtsnormen um zwei Rechtsschichten erweitert, weil zum deutschen Fallrecht, dem deutschen einfachen Gesetzesrecht und dem deutschen Verfassungsrecht das europäische Primär- und Sekundärrecht als Formen höherrangigen Rechts hinzutreten.⁵⁶ Die Vielfalt der Sprachen und die immer noch sehr erheblichen rechtskulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten der EU erlauben der europäischen Gesetzgebung in einem ersten Schritt regelmäßig keinen abstrakt-generellen Grundansatz im Sinne echter Kodifikation, vielmehr muss sich der europäische Gesetzgeber meist mit eher punktuellen Regelungen begnügen. Versuche, die Vielfalt von auf diese Weise entstehenden Einzelregelungen in einem zweiten Schritt in ein Gesamtsystem zu bringen, war bisher eher selten ein durchschlagender Erfolg beschieden.⁵⁷ Die deutsche Dogmatik zeigte sich in der jüngeren Vergangenheit zwar durchaus bemüht, die aus einer Vielzahl von Rechtsschichten zusammengesetzte Rechtsordnung in

⁵⁴ Ausführliche Schilderung von Beispielen in JZ 2012, 10ff., 12; ZZP 2014/127, 271ff., 282ff.

⁵⁵ Hierzu schon AcP 214 (2014), 7ff., 17.

⁵⁶ Siehe schon AcP 214 (2014), 7ff., 22f.

⁵⁷ Dem Versuch einer Vollharmonisierung des Verbraucherrechts war nur ein teilweiser Erfolg beschieden; dazu der Entwurf einer Richtlinie über Verbraucherrechte (Komm (2008), 614); *Tonner/Reich*, JZ 2009, 277ff.; zur Gesetz gewordenen Fassung *Grundmann* JZ 2013, 53ff.; zum Verbraucherkreditrecht *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20 ff; zum europäischen Kaufrecht als optionales Recht insbesondere *Stadler, Grundmann, Zöchling-Jud, Loschelders, St. Lorenz* AcP 212 (2012), 473ff., 502ff., 550ff., 581ff., 702ff.; *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269ff.

ein System mit mehreren verschiedenen Ebenen zu bringen.⁵⁸ Es bleibt aber doch eher der Gesamteindruck, dass die Bildung eines wirklich geschlossenen Gesamtsystems mit der Vorstellung mehrerer Ebenen nur sehr eingeschränkt harmoniert und dass vor allem die herkömmliche feinsystematische Zwischenschicht einer neuen Systematik weichen muss, deren konstruktive Kraft mit der Zuordnung der verschiedenen Ebenen ausgelastet erscheint. Man mag froh sein, wenn die einzelnen Fallgruppen und gemeinsame Grundprinzipien und Grundregeln ausreichend harmonisieren.

e) Deutsche Dogmatik und moderne Informationstechnologie

Die zweite Herausforderung für die deutsche Dogmatik folgt aus der neuen Informationstechnologie.⁵⁹ Sie erlaubt die Speicherung ungeheurer Datenmengen und den raschen und zielsicheren Abruf einer Vielzahl von Einzeldaten. Es ist eine offene Frage, ob die künftige Entwicklung dazu führen wird, dass der Abruf möglichst ähnlicher Einzelfälle und die direkte Abgleichung mit Grundprinzipien und Grundregeln die Beschäftigung mit Feinsystematik ersetzen könnte, oder ob Verarbeitungsprogramme für riesige Datenmengen nicht gerade nach einer feinsystematischen Zwischenschicht verlangen werden und eine Renaissance der Feinsystematik auf der Basis moderner Informationsverarbeitung bevorsteht. In Ausbildung und Praxis ist bisher allerdings eher eine Verstärkung der Tendenz zur Einzelfallorientierung und weg von systematisierender Dogmatik zu beobachten, die nicht selten selbst die notwendige Rückkopplung zu Grundprinzipien zu gefährden scheint – eine durchaus bedenkliche Entwicklung bis hin zu höchsten Gerichten.

6. Dogmatik mit feinsystematischer Struktur für Ostasien und insbesondere China?

Natürlich stellt sich für die neu entstehende rechtliche Hybridkultur Chinas die Frage, ob für sie die deutsche Dogmatik mit ihrer teilweise sehr feinsystematischen Struktur taugt und nützt. Man kann allerdings feststellen, dass die ostasiatischen Staaten, die sich in schon längerer Tradition mit der Rechtskultur westlicher Zivilisation auseinandersetzen, auch an der deutschen Feinsystematik durchaus einen gewissen Gefallen gefunden haben.

⁵⁸ Statt vieler *Fleischer, Wendehorst, W.-H. Roth, A. Metzger, Grundmann, RabelsZ* 2011/75, 700ff., 730ff., 787ff., 845ff., 882ff.; *Gsell, AcP* 214 (2014), 100ff.

⁵⁹ Hierzu nochmals der Beitrag *AcP* 214 (2014), 7ff., 23/24.

*a) Japan und deutsche Dogmatik**aa) Die Rezeption von Gesetzesrecht und Dogmatik und ihre Grenzen*

Dies gilt in ganz besonderem Maße für Japan, das ohne Zweifel schon am längsten von einer starken Westorientierung seines Rechtssystems und seines Rechtsdenkens geprägt ist.⁶⁰ Die Rezeption deutscher Dogmatik und deutschen Rechtsdenkens ist für Japan am besten dokumentiert. Während sich die japanischen Kodifikationen zwar sehr stark am deutschen Recht orientierten, aber doch Elemente der vorausgehenden Rezeption französischen Rechts die spätere deutsche Dominanz überlebten,⁶¹ war die dogmatische Orientierung zunächst vollkommen deutschem Rechtsdenken angepasst⁶² und vermochte sogar nach dem zweiten Weltkrieg in manchen Fällen US-amerikanische gesetzliche Implantate wieder zu verdrängen.⁶³ Der Einschnitt des zweiten Weltkriegs führte natürlich trotzdem zunächst vor allem im Verfassungsrecht zu einer weitreichenden Ausrichtung am US-amerikanischen Vorbild.⁶⁴ Mit der Intensivierung des Austausches von Gütern, Waren und Ideen und der fortlaufenden Stärkung des akademischen Austausches sowie der fortschreitenden Liberalisierung der japanischen Gesellschaft kam es aber vor allem während der letzten Jahrzehnte zu einer Stärkung des angloamerikanischen Einflusses. Er schlug sich ganz besonders in wirtschaftsnahen Gebieten nieder, wie etwa dem Gesellschaftsrecht,⁶⁵ dem Insolvenz- und Sanierungs-

⁶⁰ Der Verfasser muss es sich aus Raumgründen leider versagen, auf die Entwicklung in Korea und Taiwan einzugehen, die in diesem Band ebenfalls durch vortreffliche Beiträge beschrieben ist. Dem Verfasser fehlen hier allerdings auch die rechtsvergleichenden Kenntnisse noch stärker als im Verhältnis zu Japan. Er erlaubt sich aber die Feststellung, dass nach seinem Eindruck gewisse Ähnlichkeiten zu Japan in beiden Fällen nicht von der Hand zu weisen sind.

⁶¹ Hierzu statt vieler *H.Nakamura*, Japan und das deutsche Zivilprozessrecht, in: *Habscheid* (Herausgeber), Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen, 1991, S. 415ff., 418ff., 421 (am Beispiel des Prozessrechts).

⁶² Sehr deutlich *H.Nakamura*, a.a.O., S. 424-426; *Taniguchi*, in: *Chase/Hershkoff/Silberman/Taniguchi/Varano/Zuckerman*, Civil Litigation in Comparative Context, 2007, S. 95ff.

⁶³ Beispiele aus dem Zivilprozessrecht bei *Taniguchi*, a.a.O., S. 36ff.; *Takada*, Die Theorie des sozialen Zivilprozesses, in: *Stürner/Bruns*, Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, 2014, S. 213ff., 223ff.

⁶⁴ Hierzu und zum Folgenden in diesem Band *T.Ohya*, History and Present of Legal Interpretation in Japan, insbes. sub I. 2 (S. 243).

⁶⁵ Zur Amerikanisierung, die sich mit einer gewissen „Japanisierung“ verband, weil sich deutsche, europäische und US-amerikanische Einflüsse vermischten, insbesondere *Takahashi*, in: *Leipold*, Verbände und Organisationen im japanischen und deutschen Recht, 2006, S. 81ff.

recht⁶⁶ oder dem Wettbewerbsrecht⁶⁷ und Trustrecht,⁶⁸ nicht zuletzt aber auch in der Einführung der Law Schools, die auf das herkömmliche Ausbildungssystem aufgesetzt und inzwischen allerdings etwas entzaubert und in Kritik geraten sind. Es spricht einiges dafür, dass die japanische Praxis sich nicht von der Orientierung an der deutschen Dogmatik bis in die heutige Zeit voll gelöst hat, wohingegen in der Wissenschaft eine sehr starke US-amerikanisch orientierte Konkurrenzbewegung zu beobachten ist,⁶⁹ die aber in der deutschen Entwicklung zur Interessen- und Wertungsjurisprudenz ihre Parallelen und am stark kodifizierten japanischen Recht ihre Grenzen findet. Jedenfalls ist vielen japanischen Kollegen in Begegnungen bis heute eine gebliebene tiefe Neigung zu feindogmatischer Erörterung und Systematisierung abzuspielen.⁷⁰ Trotzdem bleibt festzustellen, dass die japanische Rechtskultur von Anfang an sich in Teilen ihre Eigenheiten bewahrt hat. So stellt etwa *Hideo Nakamura* fest, dass auch nach Einführung der am deutschen Recht orientierten Gesetze über viele Jahre die Mehrheit der Bevölkerung ihre Konflikte nach traditionellen Regeln in Schlichtungsverfahren zu lösen versuchte.⁷¹ Einige Züge dieser Grundhaltung begegnen bis heute in der mediationsähnlichen modernen richterlichen Güteverhandlung.

bb) Gründe für das Überleben dogmatischen Denkens deutschen Stils

Fragt man sich, warum Japan deutsches dogmatisches Denken so stark integriert und bis heute in gewandelter Form bewahrt hat, so stößt man auf mehrere Faktoren, welche diese Entwicklung beeinflusst haben. Zunächst einmal ist auf die jahrhundertealte konfuzianische Grundprägung des japanischen

⁶⁶ Dazu der Überblick von *Kawano*, ZZPInt 2000/5, 415ff.; *Matsushita*, ZZPInt 2001/6, 277ff.; ferner *Krohe*, Unternehmenssanierungsrecht in Japan, 2001.

⁶⁷ Dazu sehr differenziert *Möschel*, Japanisches Kartellrecht – von außen gesehen, in: Japanstudien. Jahrbuch des deutschen Instituts für Japanstudien 2002, S. 165ff.

⁶⁸ Dazu das sehr frühe Trust Law Nr. 62/1922 und das Trust Business Law Nr. 65/1922 mit den weitreichenden Reformgesetzen seit 2004; *Stürner*, Deutsche öffentliche Pfandbriefe und japanische Deckungswerte, 2006, S. 42.

⁶⁹ Dies betont in diesem Band der Beitrag *Rahn*, Die Entwicklung der Zivilrechtsdogmatik in Japan, insbes. sub II 6. -8 (S. 264ff.).

⁷⁰ Dazu als Beispiele die Bände Recht in Japan, zuletzt die Bände 11 und 12, 1998 und 2000, herausgegeben von *Müller-Freienfels*, *Hans Stoll*, *G. Frank*, *Hohloch*, *Leipold*, *R. Stürner*; ferner die Bände *Baumgärtel* (Hrsg.), Grundprobleme des Zivilprozessrechts, Bd. 1 und 2, 1978 und 1985; aus jüngerer Zeit *Leipold* (Hrsg.), Verbände und Organisationen im japanischen und deutschen Recht, 2006; *Stürner/Bruns* (Hrsg.), Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, 2014. Alle deutschen und japanischen Beiträge dokumentieren eine intensive Form der Auseinandersetzung, wie sie ohne die Grundlage dogmatischer Gemeinsamkeiten so nicht denkbar wäre.

⁷¹ Hierzu *H. Nakamura*, a.a.O., S. 424, 438ff.

Rechtsdenkens⁷² zu verweisen, das sich mit dem deutschen Rechtsdenken besser verbinden ließ und noch lässt als mit dem Rechtsdenken der competitive society US-amerikanischer Prägung.⁷³ Ursprünglich mag dabei für das japanische Kaiserreich die hierarchische Struktur der deutschen Gesellschaft vor allem in Preußen Attraktivität entwickelt haben. Aber auch noch nach dem zweiten Weltkrieg, der den Zusammenbruch der nationalistischen, faschistischen und rassistischen Verirrungen Deutschlands und den Zusammenbruch des japanischen Imperialismus zur Folge hatte, blieb das mit dem Sozialstaat und dem gemäßigeren Rheinlandkapitalismus verbundene Gesellschaftsmodell Deutschlands eine gemäßigte Alternative⁷⁴ mit vielen Ähnlichkeiten zur japanischen Nachkriegsentwicklung, die eine krasse Umstellung einer streng hierarchisierten Gesellschaft in eine nach amerikanischem Vorbild streng kompetitive Gesellschaft nicht erlaubte. Es wäre abwegig zu behaupten, dass sich die japanische Gesellschaft am deutschen Modell orientiert hätte. Vielmehr ist von einer Parallelentwicklung auszugehen, die ein fortbestehender und intensiver gedanklicher Austausch unterstützte und die in beiden Wirtschaftskulturen sehr erfolgreich war – erfolgreicher als in vielen Siegerstaaten des zweiten Weltkriegs. Beide Wirtschafts- und Gesellschaftsmodelle basieren auf demokratischen Grundsätzen, die in Deutschland allerdings auf eine längere geistesgeschichtliche, wiewohl politisch zunächst nicht sehr erfolgreiche Tradition zurückblicken können⁷⁵ als in Japan. Sie betonen aber als formierte Gesellschaften beide das kooperative und koordinierende Element wesentlich stärker als das US-amerikanische Gesellschaftsmodell. Koordination und Kooperation verlangen vor allem im Zivil- und Verwaltungsrecht eine Voraussehbarkeit und Regelhaftigkeit, die nur ein weithin kodifiziertes System leisten kann, nicht aber ein Fallrecht, das sich im Rechtsstreit immer erst entwickelt. Dieser stärkeren Regelhaftigkeit mit ihrer Voraussehbarkeit entspricht indessen auch eine Dogmatik, die feiner strukturiert als dies mit dem Instrumentarium von Grundprinzipien, Grundregeln und Fallgruppen möglich ist. So hat in Japan und in Deutschland eine Dogmatik überlebt, die in vielen Bereichen zur Feinstrukturierung auch dort neigt, wo sich in den letzten Jahrzehnten die Grundprinzipien ganz oder in ihrer Zuordnung verändert haben. Auf Vorzüge und Gefahren des hohen Gewichts dogmatischer Feinstruktur ist bereits ausführlich hingewiesen.

⁷² Hierzu wiederum *H. Nakamura*, a.a.O., S. 438.

⁷³ Zum Wesen der US-amerikanischen competitive society und ihres adversarial legalism ausführlich *Stürner*, Markt und Wettbewerb über Alles?, S. 33ff.

⁷⁴ Zum Wesen dieses Gesellschaftsmodells *Stürner*, Markt und Wettbewerb, S. 48ff.

⁷⁵ Dazu nochmals *Stürner*, Markt und Wettbewerb, insbes. S. 53ff.

b) *Der chinesische Weg*

Wenn man die in diesem Bande versammelten Beiträge gelesen hat und auch bemüht gewesen ist, sie aus sich heraus zu verstehen, so wird man schwerlich in den Fehler verfallen wollen, der chinesischen Methodenlehre und ihren Vertretern gute Ratschläge zu erteilen. Denn es gibt beim heutigen Stand der Aufarbeitung westlichen methodischen Gedankenguts durch chinesische Wissenschaftler so recht eigentlich nichts Neues, was in China nicht bereits bedacht und bekannt wäre.⁷⁶ Trotzdem mag es für manche Vertreter der chinesischen Methodenlehre von Nutzen sein, die Außenansicht eines deutschen Wissenschaftlers kennenlernen zu können, der sich in seiner Rechtskultur ebenfalls mit Rechtstheorie und Methodenlehre nur mit ihrer Außenansicht befasst hat, nämlich als Wissenschaftler des Zivilrechts und als praktisch arbeitender Richter. Seine Sicht auf den Stellenwert dieser Grundlagenwissenschaft ist durchaus anerkennend, aber in gewisser Hinsicht vielleicht doch auch wesentlich nüchterner als der Blick von Rechtstheoretikern auf ihre eigene Wissenschaft.

aa) *Der chinesische Ausgangspunkt*

Der chinesische Ausgangspunkt unterscheidet sich von der japanischen Rezeption in einigen Punkten grundlegend. In Japan vollzog sich die Hinwendung zum Recht der westlichen Zivilisation als Folge unmittelbaren außenpolitischen Drucks, die Wahl gerade deutschen Rechts war dann die autonome Entscheidung der kaiserlichen Regierung im Rahmen der Modernisierung vor allem der Wirtschaft.⁷⁷ Die Teilrezeption US-amerikanischen Rechts muss man indessen als eine unmittelbare Zwangsfolge der Niederlage im zweiten Weltkrieg und des Zusammenbruchs des japanischen Imperialismus betrachten.⁷⁸ Die weitere Entwicklung der japanischen Gesellschaft und ihres Rechts geschah später im Zeichen eines gesellschaftlichen Pluralismus und moderner Demokratie mit Gewaltenteilung, wenn gleich sie nicht frei von den Nachwirkungen einer hierarchisierten Einordnungsgesellschaft war, die noch die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts in Japan geprägt hatte. Die Rezeption westlichen Rechts in China⁷⁹ begann zwar bereits am Ende der letzten kaiserlichen Dynastie, in voll kodifizierter Form aber erst nach dem Zusammenbruch kaiserlicher Herrschaft in der Republik China mit dem Versuch einer Rezep-

⁷⁶ Dazu die Beiträge von *Bu Yuanshi* (S. 17ff.), *Lei Lei* (S. 29ff.), *Feng Wei* (S. 57ff.), *Huo Meng/Liu Zhuang* (S. 91ff.), *Weixing Shen* (S. 119ff.), *Huang Hui* (S. 145ff.), und *Su Jiang* (S. 147ff.).

⁷⁷ Dazu statt vieler *Nakamura*, a.a.O., S. 415ff., 417ff.

⁷⁸ Wiederum *Nakamura*, a.a.O., S. 430ff.; *Taniguchi*, a.a.O., S. 35ff., 36.

⁷⁹ Hierzu der kurze Überblick bei *Bu*, Einführung in das Recht Chinas, 2009, § 1 Rn. 8ff.

tion westlichen Rechts in japanischer Gestalt, die aber scheiterte und für die unter der späteren kommunistischen Gesamtverfassung kein Raum war. Nur in Taiwan brach sich diese Form der Rezeption, die vor allem dem deutschen Recht günstig war, volle Bahn.⁸⁰ Die erneute und moderne Rezeption westlichen Rechts war im Wesentlichen die Folge einer autonomen inneren Entwicklung Chinas und begann sich in völlig anderen Koordinaten zu entfalten als in Japan. China wandelte sich von einem Einparteienstaat mit durchaus totalitären und intoleranten Zügen in einen Einparteienstaat mit einigen neuen demokratischen Elementen und einem beschränkten Pluralismus.⁸¹ Die Liberalisierung reichte im Bereich der Wirtschaft am weitesten. Neue marktwirtschaftliche Spielräume sollten einen wirtschaftlichen Aufschwung stimulieren, der auch eine Öffnung des Handels mit der westlichen Welt voraussetzte.⁸² Als sich China zu diesem Wandel anschickte, der mit einem vorsichtigen Eingeständnis des Scheiterns des marxistischen Gesellschaftsmodells verbunden war,⁸³ hatte sich die westliche Welt gegenüber der Nachkriegszeit entscheidend verändert. Die USA waren zur unumstrittenen politischen und wirtschaftlichen Hegemonialmacht aufgestiegen, ihre wirtschaftliche und rechtliche Grundverfassung hatte Europa mit Deutschland ebenso zu prägen begonnen wie Japan und andere ostasiatische Staaten. China traf deshalb am Beginn der neuen Rezeption auf eine westliche Zivilisation, in der in vielen Bereichen mehr oder weniger weltweit der früher stärkere Einfluss der europäischen Rechts- und Wirtschaftskultur vom US-amerikanischen Antipoden verdrängt und ersetzt war.⁸⁴ Eine längere rezeptive Tradition deutschen oder kontinentalen Rechts hatte es in China anders als in Japan nie gegeben. Warum, so stellt sich also die Frage, hat sich dann China nicht auf eine modifizierte Rezeption US-amerikanischen Rechts beschränkt und sich auf eine gemischte Rezeption europäischen Rechts mit stark deutschen Elementen und US-amerikanischen Rechts eingelassen?⁸⁵ Die Antwort liegt im Hinweis auf

⁸⁰ Hierzu in diesem Band *You Chin-Fa* (S. 325ff.).

⁸¹ Dazu *Bu*, Einführung, § 1 Rn. 14, 16.

⁸² Wiederum *Bu*, a.a.O., § 1 Rn. 12, 15; zur Einbindung in die WTO *Esplueges Mota*, China's Accession to WTO, in: *Bu* (Herausgeber), Chinese Business Law, 2010, S. 1ff.

⁸³ Dazu ausführlich *Heilmann*, Das politische System der Volksrepublik China, 2004; *Bu*, Einführung, § 1 Rn. 14.

⁸⁴ Zu dieser Entwicklung von *Mehren/Murray*, Law in the United States, 2. Aufl., 2007, S. 273ff.; ausführlich *Stürner*, Markt und Wettbewerb, passim und insbesondere S. 33ff.; *ders.*, Privatautonomie und Wettbewerb unter der Hegemonie der angloamerikanischen Rechtskultur?, AcP 210 (2010), 105ff.

⁸⁵ Dabei lässt sich grob sagen, dass ähnlich wie in Japan im Kernbereich des herkömmlichen Zivilrechts eher deutscher Einfluss dominiert, wohingegen Rechtsgebiete mit stark wirtschaftlichen Bezügen (Kapitalmarktrecht, Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht) US-amerikanischem Einfluss unterliegen dürften; dazu allgemein *Bu*, Einführung, § 1 Rn. 14f.; siehe auch die Bände *Bu* (Hrsg.), Chinese Business Law, 2010, und Chinese Civil Law, 2013 mit einschlägigen Einzeldarstellungen.

gewichtige Gemeinsamkeiten der japanischen und chinesischen jüngeren Geschichte. Sie liegen im Fehlen einer im eigentlichen Sinne individualistischen Tradition. Sie verunmöglichte in beiden Staaten über Jahrhunderte das Kaisertum und in China später der Kommunismus, und auch der Konfuzianismus war trotz oder gerade wegen seiner individuellen Innerlichkeit eine mit der hierarchischen Gesellschaft in Frieden lebende Geistesströmung geblieben.⁸⁶ Der Schritt zu einer individualistischen Marktgesellschaft war zu groß und zu riskant, und vor allem war ein völliges Umlenken in sehr kurzer Zeit in geordneter Form gar nicht machbar. Folgerichtig war es empfehlenswert, sich wie Japan zumindest auch am kontinentalen und insbesondere deutschen Modell zu orientieren, das von gemäßigten sozialen Ideen mitgeprägt war und nicht nur auf kompetitive Elemente setzte, sondern die Wucht der Marktkräfte durch Formen der Koordination und Kooperation zu bändigen versuchte.⁸⁷ Dies schien im Übrigen umso mehr notwendig, als China anders als Japan am Einparteiensystem festhielt und sich für eine langsamere Gangart zum Wandel entschlossen hat.

bb) Folgen für den Stellenwert der Dogmatik

Die Folgen für die Art des Rechtssystems weisen noch in wesentlich höherem Maße als in Japan auf die Notwendigkeit eines relativ hohen Grades an gesetzlicher Regulierung. Sie wiederum bedarf einer möglichst geschlossenen Systematik mit einer ausreichenden dogmatischen Feinstruktur. Nur so kann ein Gesellschaftsmodell einigermaßen reibungslos funktionieren, das stärker auf Kooperation und Koordination setzt als ein rein kompetitives Gesellschaftsmodell. Eine kompetitive Gesellschaft kann sich mit einem dem Rechtsstreit entfließenden Fallrecht begnügen, das allerdings nur gute Ergebnisse zeitigen kann, wenn eine wohl etablierte und zahlreiche Anwaltschaft die Bürger effizient und zu vertretbaren Kosten vertritt. Beim Anknüpfen an kontinentale kodifikatorische Traditionen muss China natürlich seinen eigenen Weg finden, der sich vom deutschen und japanischen Modell schon deswegen grundlegend unterscheiden müssen, weil der Prozess der Demokratisierung bisher sehr verhalten verlaufen ist. Es ist oben bereits nachdrücklich darauf hingewiesen, dass Systematik und dogmatische Feinstruktur durchaus widersprüchliche Funktion und Wirkung entfalten können.⁸⁸ Einerseits eignet sich ein solches Rechtssystem zur Stützung einer gewissen Unabhängigkeit der Rechtsprechung, die in intensiver Wechselwirkung mit der Wissenschaft ein Rechtsgebäude zu errichten in der Lage ist, das zum Schutze der Bürgerrechte auf die gesellschaftliche und politische Entwicklung

⁸⁶ Dazu die Bemerkungen und Nachweise bei *Bu*, Einführung, § 1 Rn. 19f.

⁸⁷ Nochmals *Stürner*, Markt und Wettbewerb, 2007, passim und AcP 210 (2010), 105ff.

⁸⁸ Hierzu oben unter II 5 a und b.

Einfluss auszuüben vermag. Dies war vor allem in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ein gewisses Verdienst der deutschen Dogmatik mit ihren pandektistischen Traditionen. Sie führte zu einer Emanzipation des Rechtssystems von den übrigen Staatsgewalten und verhalf damit zu einer Festigung rechtsstaatlicher Grundsätze im Bereich aller drei Staatsgewalten, die der demokratischen Entwicklung vorauseilte. Die deutsche Situation des 19. Jahrhunderts ähnelt wie die japanische Situation nach dem zweiten Weltkrieg insoweit der heutigen chinesischen Befindlichkeit. Universitäten und Gerichten ist zur Festigung der Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit ein begrenzter Freiheitsraum eingeräumt, den auszufüllen die Rechtswissenschaft das Ihre tun sollte, was teilweise durchaus politischen Erwartungen entsprechen mag. Es ist auch nicht zuletzt das Streben nach einer Ausfüllung dieses relativen Freiheitsraums, das den Enthusiasmus vieler begabter chinesischer Wissenschaftler für dogmatisches Arbeiten deutschen Stils weckt. Andererseits läuft ein sich selbsttragendes System Gefahr, sich in den Dienst austauschbarer oder bereits ausgetauschter Grundprinzipien zu stellen, ohne sich dessen ausreichend bewusst zu werden. Damit ist die für China besonders heikle Frage angesprochen, wie weit eine Rückkoppelung an die bestimmenden Grundprinzipien der Rechtspyramide möglich bleibt und wie sich diese Grundprinzipien genau entwickeln werden.⁸⁹ Eine für die Rechtswissenschaft und ihre Methodik befriedigende Situation lässt sich insoweit nur erreichen, wenn der wissenschaftliche Freiraum auch die Grundlagenwissenschaften mit umfasst. Darauf wird am Ende noch einmal zurückzukommen sein.

III. Die Bedeutung der Auslegungsmethoden

1. Auslegungsarten und Dogmatik

Wenn man wie hier davon ausgeht, dass Dogmatik die systematische Zuordnung des Einzelfalles zu Grundregeln und Grundprinzipien auf der Basis des geltenden Rechts zu leisten habe⁹⁰, so stellt sich unausweichlich die Frage, wie der Inhalt des geltenden Rechts festzustellen sei. Dies geschieht in dem Bewusstsein, dass niemand bei der Auslegung eines Textes die Beschränkungen des hermeneutischen Zirkels wirklich voll überwinden kann, jedoch gleichwohl guter Anlass zu der Annahme besteht, trotz der Einbindung in ein

⁸⁹ Dabei ist weniger an die Grundsätze zu denken, die einzelne Rechtsgebiete beherrschen, sondern an das gesamte Rechtssystem prägende Prinzipien, wie sie in Menschenrechten zum Ausdruck kommen; dazu oben II 1. Der Katalog, wie er bei *Bu*, Chinese Civil Law. Overview, 2013, S. 4ff., Rn. 12ff., 15ff. aufgeführt ist, bedürfte auf dieser – von ihr dort nicht angesprochenen – Ebene noch einer gewissen Ergänzung.

⁹⁰ So unter I 2 a.

bestimmtes Vorverständnis durch die Wahrnehmung der im Gesetzestext enthaltenen Information zu verbesserter Erkenntnis zu kommen.⁹¹

2. Die Geschichte der Auslegungslehre und die Bedeutung von Savignys

Allen Textwissenschaften (insbesondere Theologie, Rechtswissenschaft, Philosophie, Geschichte, Literaturwissenschaften) ist das Bemühen um Auslegungsmethoden gemeinsam, die Sinn und Bedeutung eines Textes erschließen sollen. In Deutschland haben die in dieser gemeinsamen wissenschaftlichen Tradition stehenden Grundsätze der Auslegung und Fortbildung von Rechtsregeln im Gefolge von Savignys⁹² eine inzwischen mehr oder weniger kanonisierte Systematisierung erfahren, welche in Lehre und Praxis beim Umgang mit Gesetzestexten nach wie vor fast uneingeschränkte Anerkennung findet.⁹³ Allgemeingut ist seine Aufgliederung in Auslegung nach dem Wortlaut (grammatisches Element der Auslegung), Auslegung nach der Logik der im Text zum Ausdruck kommenden Gedankenfolge (logisches Element der Auslegung), Auslegung auf der Basis der vom Gesetzgeber im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses angetroffenen Umstände (historisches Element der Auslegung) und Auslegung nach dem „inneren Zusammenhang“, welcher die Rechtsinstitute und Regeln „zu einer großen Einheit verknüpft“ (systematisches Element der Auslegung).⁹⁴ Von Savigny stellt allerdings diese Auslegungsmethoden unter den Vorbehalt, dass das Gesetz in „gesundem Zustand“ sei, das heißt Regelungsgegenstand und Regelungsziel und damit der Normzweck klar zum Ausdruck kämen. Letztlich stehen also bei ihm die grammatische, logische, historische und systematische Auslegung im Dienste der Feststellung der Teleologie einer Vorschrift.⁹⁵ Von Savigny hat auch bereits erkannt, dass die einzelnen Auslegungsarten nicht in jedem Falle gleichwertig nebeneinanderstehen, sondern dass sie im Einzelfall unterschiedliches Gewicht haben können, und er hat damit in gewisser Weise den heute in Wissenschaft und Praxis oft anzutreffenden Methodensynkretismus – jedem Fall seine eigene Auslegungs- und Rechtsanwendungsmethode – in sehr maßvoller Form schon etwas vorweggenommen.⁹⁶ Wo Gesetze einen „mangelhaften

⁹¹ Hierzu oben unter I 1 c.

⁹² Von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840, Band 1, §§ 32ff., S. 206ff., 212ff.

⁹³ Die Darstellung der Auslegungslehre Savignys folgt überwiegend Rüthers/Fischer/Birk, Methodenlehre, Rn. 698ff., und Rückert, Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny, in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 2. Aufl., 2012, S. 35ff.

⁹⁴ Von Savigny, System, Bd. 1, § 33, S. 213ff.

⁹⁵ So sind wohl letztendlich trotz mancher Einschränkungen die Ausführungen zum „Grund“ eines Gesetzes zu verstehen; von Savigny, System, Bd. 1, § 34, S. 216ff.

⁹⁶ System, Bd. 1, § 33, S. 215.

Zustand“ aufweisen, erkennt *von Savigny* in großer Klarheit, wie fließend sich der Übergang von der Auslegung zur Rechtsfortbildung gestaltet. In solchen Fällen empfiehlt er – allerdings abhängig von der Art des Mangels – ein gestuftes Vorgehen:⁹⁷ Feststellung des systematischen Gesamtzusammenhangs, Feststellung des Normzwecks der Regelung („Grund“ der gesetzlichen Regelung), Feststellung des Werts des Auslegungsergebnisses („innerer Wert des Gesetzesinhalts“) unter Berücksichtigung seiner Folgen.

Es war die Nachwelt, die sich dann unter Berufung auf *von Savigny* auf vier nunmehr klassische Auslegungsmethoden festlegte, nämlich Wortauslegung, systematische Auslegung, historische Auslegung und teleologische Auslegung⁹⁸, was meist, aber in seiner Vereinfachung doch nicht immer den Intentionen *von Savignys* gerecht wird.⁹⁹

3. Auslegungslehre und Gesetzesbindung

a) Methodische Kategorien zur Beschreibung des vom Rechtsanwender in Anspruch genommenen Spielraums

Die Methodenlehre hat für den Rechtsanwender Kategorien entwickelt, die ihm anzuzeigen vermögen, wie weit sich seine Form der Rechtsanwendung vom Gesetzestext entfernt:¹⁰⁰ restriktive und extensive Auslegung (mit Erst-Recht-Schluss und Umkehrschluss); Einzelanalogie, Rechtsanalogie sowie teleologische Extension und Reduktion; Gesetzesergänzende und Gesetzesdurchbrechende Rechtsfortbildung. Diese Kategorien beschreiben weniger die Art und Weise der Rechtsanwendung als vielmehr auch den Grad der Kompetenzverlagerung vom Gesetzgeber zum rechtsanwendenden Richter. Sie sind gleichsam Warnschilder gegen überbordende Macht der Rechtsprechung und gegen den Verlust richterlicher Distanz zur eigenen Machtfülle.

b) Die Bedeutung des Verständnisses der Gewaltenteilung in den verschiedenen Rechtskulturen für die Auslegungslehre

Die intensiven Überlegungen zur Auslegung von Gesetzen machen letztlich nur vollen Sinn, wenn man Gesetze nicht als bloße *Topoi* einer eher freirechtlichen Rechtsanwendung begreift, sondern entsprechend dem verfassungsmäßigen Rang des Gewaltenteilungsprinzips von ihrer Bindungswirkung aus-

⁹⁷ System, Bd. 1, § 35ff., S. 222ff.

⁹⁸ Siehe z.B. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., 2012, S. 35ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 3. Aufl., 1995, S. 141ff.

⁹⁹ Insbesondere *Rückert*, a.a.O., S. 35ff., 41ff.; zustimmend *Rüthers/Birk/Fischer*, a.a.O., Rn. 701.

¹⁰⁰ Zu dieser Typenbildung *Rüthers/Birk/Fischer*, Rn. 888ff.

geht.¹⁰¹ Sie ist auch für Regelwerke aus vergangenen Epochen mit gutem Grunde anzunehmen, wenn der Gesetzgeber der Gegenwart ihre Geltung dadurch bestätigt, dass er Änderungen und Neuregelungen unterlässt. Die Bindungswirkung gesetzlicher und vom Parlament verabschiedeter Regeln erscheint auf den ersten Blick bedeutsamer in Rechtskulturen mit kodifiziertem Recht, die das vom demokratisch gewählten Parlament beschlossene Gesetzesrecht zu einem mehr oder weniger geschlossenen und weithin flächendeckenden System ausgebaut haben. In Rechtskulturen des Case Law, so könnte man meinen, spiele das richtige Textverständnis nicht die tragende Rolle, weil Richter und Gerichte zu einem guten Teil ihre Rechtsregeln selbst entwickeln. Diese Sicht ist aber so nicht haltbar.

c) Gesetzliche und richterliche Rechtsregeln als Gegenstand der Auslegung

Rechtskulturen mit reinem *Case Law* gibt es nicht und hat es auch kaum je gegeben. Meist findet sich auch stets ein Anteil mit „*statutory law*“, der für Gerichte innerhalb seines Regelungsbereiches die gleiche Bindungswirkung entfaltet wie die umfassende Kodifikation.¹⁰² Der verbleibende größere Raum richterlicher Rechtssetzung ist aber durchaus kein Raum ohne bindende Rechtsregeln, die einer Auslegung nicht bedürften. Vielmehr entfalten regelmäßig die in höchstrichterlichen Entscheidungen entwickelten Rechtsregeln eine formalisierte Bindungswirkung („*stare decisis*“ des *common law*)¹⁰³ oder führen doch faktisch zu einer Bindung unterer Gerichte.¹⁰⁴ Der Unterschied zwischen der Auslegung gesetzgeberischer Rechtsregeln und der Auslegung richterlicher Rechtsregeln zeigt dabei nicht die Züge einer vollkommenen Unverwechselbarkeit, er besteht hauptsächlich in der Art des Materials, das dem Interpreten zur Verfügung steht, nämlich die mehr oder weniger wohl begründete Einzelfallentscheidung einerseits und die Gesetzesmaterialien zum abstrakten Rechtssatz andererseits. Die Unterschiedlichkeit der Auslegungsmaterialien mag die Gewichtung der Auslegungsarten verändern können, grundsätzliche methodische Unterschiede bestehen indessen nicht. Auch

¹⁰¹ Ausführlich *Rüthers*, Methodenfragen als Verfassungsfragen, *Rechtstheorie* 2009/40, 253ff.; ähnlich *NJW* 2011, 434ff.

¹⁰² Dies dokumentiert der Beitrag *Munday*, *RabelsZ* 2011/75, 764ff., der sich mit den Auslegungsarten des englischen *statutory law* beschäftigt.

¹⁰³ Zur Geschichte der *stare decisis* insbesondere der Band *Goldstein* (Hrsg.), *Precedents in Law*, 1987; in deutscher Sprache *Maultzsch*, *Streitentscheidung und Normbildung* durch den Zivilprozess, 2010, S. 144ff.

¹⁰⁴ Dies ist beispielsweise in vielen kontinentalen Rechtskulturen wie etwa auch Deutschland der Fall; dazu und zur Entwicklung richterlicher Rechtssätze durch den BGH insbesondere *Maultzsch*, a.a.O., S. 98ff.; ferner *Brehm*, *Festschrift E. Schumann*, 2001, S. 57ff.; zur faktischen Bindungswirkung der Urteile des Obersten Volksgerichts in China *Bu*, *Einführung in das Recht Chinas*, 2009, § 4, Rn. 6, S. 21; zum System der Leitentscheidungen ausführlich in diesem Band *Liu Zheng* sub III (S. 201ff.).

in Rechtskulturen mit Kodifikationen implementieren höchste Gerichte gesetzgeberische Rechtssetzung mit ihren richterlichen Rechtsregeln, wie sie sich in Leitsätzen¹⁰⁵ oder in sozialistischer Tradition¹⁰⁶ auch höchstrichterlichen Richtlinien¹⁰⁷ niederschlagen, mit der Folge, dass auch insoweit auslegungsbedürftige Texte entstehen.

d) Geringere Autorität richterlich oder administrativ geschaffener Rechtsregeln und denkbare Folgen für richterliche Rechtsanwendung?

Ein Unterschied zwischen richterlichen Rechtsregeln und Regeln des Gesetzgebers besteht jedoch darin, dass richterliche Rechtsregeln in aller Regel einer authentischen Interpretation oder Änderung durch das rechtssetzende Gericht selbst zugänglich sind. Dies mag die Autorität solcher Regeln etwas schwächen, weil ein Anreiz besteht, durch Widerspruch eine Änderung oder Implementation herbeizuführen. Die Autorität des parlamentarischen Gesetzes ist in Rechtskulturen sicher größer, in denen die Rechtssetzungsbefugnis der Administration nur geringen Umfang hat, weil man der Regierungsgewalt misstraut, wie dies sehr stark in Deutschland nach den Erfahrungen der nationalsozialistischen Epoche der Fall ist. Wo hingegen wie etwa in Frankreich, China oder in den USA beachtliche Teile des geltenden Rechts von der Administration durch Dekrete¹⁰⁸ oder *Rulemaking*¹⁰⁹ geschaffen werden, welche die parlamentarische Gesetzgebung ergänzen und implementieren, könnte von einer wachsenden Neigung der Gerichte auszugehen sein, sich neben der Administration als ergänzender Gesetzgeber zu betätigen. Auch das Recht der

¹⁰⁵ Zur Leitsatzkultur in Kontinentaleuropa und in Deutschland insbesondere Kötz, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen, 1973, S. 21ff.; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 259; Mautzsch, a.a.O., S. 101ff.; kritisch Brehm, Festschrift Schumann, S. 68.

¹⁰⁶ Siehe dazu zur früheren Rechtslage beispielhaft die DDR mit § 29 Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.09.1974 (aufgehoben zum 31.08.1990) und vorher § 17 Gesetz über die Verfassung der Gerichte der Deutschen Demokratischen Republik vom 17.04.1963.

¹⁰⁷ Siehe etwa die justizielle Auslegung gesetzgeberischen Rechts durch das Oberste Volksgericht in China (hierzu Bu, Einführung in das Recht Chinas, 2009, § 4 Rn. 4, S. 20).

¹⁰⁸ Zur Praxis der Dekrete in Frankreich in Gestalt der *Règlements autonomes Hübner/Constantinesco*, Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., 2001, § 2, 1 b; zur Rechtssetzung durch die Regierung oder Provinzorgane in China Bu, Chinese Civil Law, 2013, Ch. 1, Rn 7, S. 3 und Rn. 9, S. 4.

¹⁰⁹ Zum *Rulemaking* insbesondere Hay, US-amerikanisches Recht, 5. Aufl., 2011, Rn. 89ff., S. 39f.; zur Kompetenz der US-Gerichte zum *Rulemaking* im Bereich des Verfahrensrechts Friedenthal/Miller/Sexton/Hershkoff, Civil Procedure, 11. Aufl., 2013, S. 26f.; Shack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 2011, Rn. 27ff.; zum ähnlichen Symptom der englischen Civil Procedure Rules und Practice Directions Andrews, On Civil Processes, Vol. 1, 2013, Rn. 2.04 und 2.05; zu China Bu, Chinese Civil Law, Rn. 8, S. 3, und Einführung, § 4 Rn. 4, S. 20, wo zwischen auslegenden und rechtsergänzenden Richtlinien unterschieden wird.

Europäischen Union in Gestalt von Verordnungen und Richtlinien ist in seiner Entstehung so stark von der Exekutive bestimmt,¹¹⁰ dass ihm die Autorität parlamentarischen Rechts nicht ganz voll zukommt.

e) Auslegung als Verfassungsfrage vor allem in parlamentarischen Systemen strenger Gewaltenteilung

Die Wahl der Auslegungsmethode durch Gerichte und ihre kritische Begleitung durch eine wachsame rechtswissenschaftliche Öffentlichkeit als Verfassungsfrage zu definieren, ist sicher für jede Form gewaltenteilender Rechtsstaatlichkeit zutreffend, jedoch ist das Gewicht dieser Diskussion in den einzelnen Rechtskulturen sehr verschieden, je nachdem wie weit die Gewaltenteilung bei der Rechtssetzung tatsächlich reicht. Mit diesem Vorbehalt ist die in Deutschland gegenwärtig mit viel rechtshistorisch bedingtem Engagement geführte Methodendiskussion von durchaus allgemeiner Bedeutung auch für andere Rechtskulturen.

4. Die gegenwärtige Methodendiskussion in Deutschland und der Streit um die Bedeutung der „objektiven“ Auslegung bei der Bestimmung der Teleologie einer Rechtsregel

Die gegenwärtige Diskussion um die Methodik der Gesetzesauslegung entzündet sich an der Freiheit der Methodenwahl höchster Gerichte. Vor allem steht die teleologische Auslegung in ihrer objektiven Form teilweise in der Kritik. Diese Lehre geht davon aus, dass zwar die Auslegung nach dem Wortlaut, der Systematik des Gesetzes und der Entstehungsgeschichte zum Verständnis des Zwecks einer Norm beiträgt, es aber bei solcher Betrachtung zumindest stärker auf die Zeit der Geltung einer Norm als auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung ankomme. Neben den Willen des historischen Gesetzgebers stellt sich der „objektive“ Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortverständnis, der Systematik und der Umsetzung des Willens des historischen Gesetzgebers unter den gewandelten Umständen und Bedingungen der Gegenwart ergibt. Dies bedeutet nichts anderes, als dass der Text vor dem Hintergrund der (neuen?) tatsächlichen Gegebenheiten und anhand der rechtsetzethischen Prinzipien, die hinter dem Text stehen, neue Bedeutung erlangt.¹¹¹ Dies kann natürlich dazu führen, dass der Text mit einem Sinn erfüllt wird, den seine Autoren so nie bedacht haben und damit „klüger“ wird als seine Autoren.

¹¹⁰ Zum „hinkenden“ europäischen Parlamentarismus durchaus kritisch Stürner, Markt und Wettbewerb über Alles?, 2007, S. 181/182.

¹¹¹ In diesem Sinne vor allem Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 333ff.; dies., Studienausgabe, 3. Aufl., 1995, S. 153.

5. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum einkommensteuerlichen Splitting für homosexuelle Partnerschaften und der Streit um die objektive Auslegung

a) Die Ordnung von Ehe und Familie im Text des deutschen Grundgesetzes

Man kann die Bedeutung und Funktion der „objektiven“ Auslegung trefflich an der Geschichte der Auslegung des Art. 6 des deutschen Grundgesetzes exemplifizieren.¹¹² Er lautet in seinen hier interessierenden Teilen: „(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung... (4) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. (5) Den nichtehelichen Kindern sind durch Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.“

b) Historische Auslegung im Sinne von Wortbedeutung und systematischer Zuordnung im Zeitpunkt der Entstehung des Verfassungstextes

Wortlaut, historischer Wille der Verfassungsgeber und systematische Auslegung weisen deutlich auf einen Gesetzeszweck, der dem *besonderen* Schutz einer Ehe und Familie gewidmet war, wie sie bei Erlass der Verfassung dem Sprachgebrauch entsprachen. Ehe war in dieser Zeit die auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft zweier Menschen unterschiedlichen Geschlechts.¹¹³ Den Begriff der „Homoehe“ gab es zu diesem Zeitpunkt nicht, es gab nur wie schon in langer Geschichte Zweifel am Status der Ehe zwischen Menschen verschiedenen Geschlechts als Gegenstand eines Schutzmonopols. Sie schlugen sich aber in der Verfassung nicht nieder, das Gegenteil war der Fall, man hielt insoweit an der Tradition fest. Darin lag die politische Entscheidung gegen eine Förderung ähnlicher anderer Lebensformen, obwohl auch im bürgerlichen Lager die Stellung zu Formen gleichgeschlechtlicher Sexualität ambivalent war. Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG war dementsprechend zumindest im gedanklichen Ausgangspunkt die Gemeinschaft von Menschen verschiedenen Geschlechts mit Kindern.¹¹⁴ Der eigens angeordnete Schutz

¹¹² Dazu insbesondere Rütters, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014, S. 115ff. mit umfassenden Nachweisen.

¹¹³ In diesem Sinne letztlich auch Dreier, in: Dreier (Herausgeber), Grundgesetz, 1996, Art. 6 Rn. 31, 32, der für den vom Verfassungsgesetzgeber verwendeten Ehebegriff ebenfalls auf das unterschiedliche Geschlecht abhebt.

¹¹⁴ So im Ergebnis auch Dreier, a.a.O., Rn. 43ff., der bei der später vorgenommenen verfassungsrechtlichen Entkoppelung von Ehe und Familie von einem „Wandel im Normbereich des Art. 6 Abs. 1 GG“ ausgeht (Rn. 45); siehe zum originären Verständnis des verfassungsrechtlichen Familienbegriffes auch BVerfGE 76, 1ff., 51: „Die Ehe ist die rechtliche Form umfassender Bindung zwischen Mann und Frau; sie ist alleinige Grundlage einer vollständigen Familiengemeinschaft...“

aller Mütter und unehelicher Kinder in den Folgevorschriften wäre in dieser Form nicht notwendig gewesen, hätte das damalige Verständnis von Familie jede Gemeinschaft mit Kindern umfasst. Dieser Schutz gilt deshalb in der Vorstellung dieser Zeit den Einzelpersonen und nicht einer „nichtehelichen Familie“. ¹¹⁵ Nach den Grundsätzen einer historisch orientierten systematischen Auslegung des gesamten Art. 6 GG ist also davon auszugehen, dass der damalige Verfassungsgeber gerade nicht die Gleichbehandlung aller Gemeinschaften wechselseitiger besonderer Fürsorge erreichen und auch nicht alle besonders schützen wollte, sondern eben nur Ehe und Familie nach traditionellem Verständnis. Nichtehelichen Müttern und Kindern sollten offenbar als Einzelpersonen außerhalb der traditionellen Familie Schutz gewährt oder gleiche Lebensbedingungen geschaffen werden. ¹¹⁶

c) Der endgültige Bruch des Bundesverfassungsgerichts mit dem überkommenen Textverständnis

Diese ursprüngliche Grundentscheidung der Verfassung mag teilweise widersprüchlich wirken und von Anfang an nicht leicht zu erfüllen gewesen sein. ¹¹⁷ Das BVerfG hat sich aber durchaus selbstbewusst über sie hinweggesetzt, als es nach einer ganzen Serie ähnlicher steuerrechtlicher Entscheidungen in einer Art Schlussentscheidung das steuerliche Ehegattensplitting für homosexuelle Paare als Gebot der Gleichheit betrachtete, um so die steuerliche Gleichstellung von „Homoehe“ und Ehe zwischen Paaren unterschiedlichen Geschlechts endgültig zum strikten Verfassungsgebot zu erheben. ¹¹⁸ Seine Auslegung des Art. 3 Abs. 1 GG schenkt dem Umstand wenig Beachtung, dass Art. 6 Abs. 1 GG gerade die einzig denkbare Funktion hat, Ungleichheiten zwischen der Ehe von Menschen verschiedenen Geschlechts und anderen Formen des Zusammenlebens bei der staatlichen Förderung zu rechtfertigen. Der Grund für diese Privilegierung wird dann auch im Sondervotum *Landau* und *Kessal-Wulf* in für die Gegenwart sehr deutlicher Form angesprochen: Aus der Ehe zwischen Menschen unterschiedlichen Geschlechts entstammen typischerweise Kinder, bei denen in rechtlicher Bindung lebende Eheleute

¹¹⁵ Dieser Begriff taucht dann aber in der Sache schon sehr früh auf; so zu Recht *Dreier*, a.a.O., Rn. 46 unter Hinweis auf BVerfGE 18, 97ff., 105f.

¹¹⁶ In diesem Sinne auch grundsätzlich *Dreier*, a.a.O., Rn. 106ff. und 113ff., der dann allerdings im Folgenden zwar mit dem BVerfG (BVerfGE 25, 167ff.) jede Antinomie zwischen Art. 6 Abs. 1 und Abs. 5 GG leugnet, aber dann doch nicht klarlegt, wie ein besonderer Schutz des traditionellen Familienmodells mit einem gleichen Schutz der unvollständigen nichtehelichen Familie harmonieren soll.

¹¹⁷ Dazu ausführlicher unten unter III 6 a und b.

¹¹⁸ BVerfGE 133, 377ff.

beide gemeinsam natürliche Väter und Mütter sind.¹¹⁹ Diese Form der Regeneration und menschlichen Sozialisation hielt der Verfassungsgeber für so förderungswürdig, dass er bei seiner Typisierung die Mitförderung individuell abweichender Formen ehelichen Zusammenlebens in Kauf nahm, nicht zuletzt um die Regeneration in dieser familialen Sozialisation zu erleichtern und zu ihr zu ermutigen, und auch um das Eindringen einer neugierigen Steuerbehörde in die Gestaltung der Privat- und Intimsphäre zu vermeiden.

d) Die Argumentationslinie der objektiven Auslegung und die Orientierung an den geänderten Umständen der Gegenwart

Es sind die Mittel einer *objektiven Auslegung*, mit denen die Mehrheit des Senates das Verhältnis zwischen Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 6 GG einer anderen durchaus vertretbaren, aber alles andere als zwingenden Auslegung zuführte. Dies geschah vornehmlich und typischerweise unter Berufung auf eine veränderte Wirklichkeit familialer Sozialisation, in der die gleichgeschlechtliche Partnerschaft der Ehe inzwischen überall rechtlich gleichgestellt sei und auch die im wesentlichen gleiche Funktion selbst beim Aufwachsen von Kindern in „behüteten Verhältnissen“ erfülle. Denn es gebe viele Ehen, die nicht auf Kinder ausgerichtet seien und andererseits gleichgeschlechtliche Partnerschaften, in denen ein Teil schwerpunktmäßig wie bei der traditionellen Ehe die Betreuung der Kinder übernehme.

e) Geänderte Umstände: Empirie oder Wertung?

aa) Zwingender Ausschluss gesetzgeberischer Präferenz für natürliche Elternschaft beider Teile?

Bei dieser Form rein empirischer Betrachtung wird dann allerdings nicht etwas genauer erörtert, ob in beiden Formen familialer Sozialisation das Aufwachsen „in behüteten Verhältnissen“ gleich aussieht und für die staatliche Gemeinschaft und ihre Förderungsbereitschaft nicht doch ein Unterschied darin bestehen könnte, der für den Gesetzgeber Entscheidungsspielraum zu schaffen in der Lage sein könnte. In einem Falle stammen Kinder typischerweise von beiden Eltern ab, während im anderen Falle Kinder allenfalls von nur einem Teil abstammen. Sie gehen dann aus einer anderen früheren oder parallelen heterosexuellen Beziehung hervor oder verdanken inzwischen vermehrt durchaus auch einer heterologen Insemination – meist im Ausland – ihr Dasein. Das Gericht nimmt hier dem Verfassungsgeber die Möglichkeit, durch rechtzeitige, schon im Vorfeld einer Familiengründung greifende besondere Förderung des Modells gemeinsamer natürlicher und ehelich verbun-

¹¹⁹ Zu diesem institutionellen Schutz ehelicher Fortpflanzungsmöglichkeit zutreffend Dreier, a.a.O., Rn. 31, 32.

dener Elternschaft eine familien- und regenerationspolitische Präferenz anzuzeigen. Eine solche Präferenz des Verfassungsgebers könnte sich in modifizierter Form im Übrigen auch als vertretbar erweisen, soweit es um den Vergleich „behüteter Verhältnisse“ bei Adoption durch hererosexuelle Paare und bei Adoption durch homosexuelle Paare geht. Die eigene sexuelle Orientierung adoptierter Kinder kennt man nämlich im Vorhinein ebenso wenig wie sich die Auswirkungen gleichgeschlechtlicher Elternschaft auf die sexuelle Entwicklung adoptierter heterosexuell veranlagter Kinder sicher prognostizieren lassen, vor allem angesichts der Tatsache, dass die sexuelle Rollenidentifikation mit einem Elternteil bei Kindern sehr früh beginnt.

bb) Gleichsetzung von Gleichheit und Gleichwertigkeit von Menschen und Gleichwertigkeit ihrer Eigenschaften und Betätigungsformen?

In der Haltung der Mehrheit der Verfassungsrichter scheinen alte und verständliche Ängste mitzuschwingen, die durchaus berechtigt dem Umschlag bevölkerungspolitischen Gestaltungswillens in individuelle Diskriminierung gelten. Aber darf ein Diskriminierungsverbot dazu führen, dass nicht sein kann, was nicht sein darf, nämlich ein Unterschied zwischen natürlicher und synthetischer Eltern-Kind-Beziehung mit vielerlei denkbaren Konsequenzen? Ist eine solche Konsequenz nicht das Ergebnis etwas undifferenzierten Denkens, weil die absolut schutzwürdige Gleichheit und Gleichwertigkeit aller Menschen unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung mit der Gleichheit und Gleichwertigkeit ihrer sexuellen Ausrichtung und Betätigung unter jedem Aspekt einfach gleichgesetzt wird? Ist es wirklich zwingend, das „Alles-Wollen“ eines Teils gleichgeschlechtlich orientierter Menschen gerade auch in Bereichen mit dem Schutz des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots zu umkleiden, in dem die Einbindung in die menschliche Kreatürlichkeit ausgesprochen deutliche Unterschiedlichkeiten hervorbringt, die das Verhältnis zum betroffenen Lebensbereich prägen?

cc) Scheitern des traditionellen Modells der Ehe und Familie?

Im Übrigen scheint das BVerfG in seiner weiteren Argumentation letztlich das gesellschaftliche Scheitern der traditionellen Familie als vorzugswürdiges Modell zu unterstellen und auch deshalb die Entwicklung zur homosexuellen Patchwork-Familie für eine gleichwertige Alternative zu halten mit der Folge voller fördernder Gleichstellung auch bereits im quasi-ehelichen Vorfeld der noch kinderlosen Partnerschaft. Diese teilweise sehr kritische Sicht auf den kulturellen und gesellschaftlichen Stellenwert der traditionellen Familie und ihr eheliches Vorfeld könnte indessen nicht der einzige und leider auch nicht der letzte Irrtum teilweise sehr wertungsfreudiger und politisch einflussreicher Sozialwissenschaften sein. Es ist nämlich ebenso gut denkbar, dass die Gesellschaft und staatliche Gemeinschaft für den Austritt aus der traditionel-

len familialen Sozialisation einen hohen Preis zu zahlen haben werden - und übrigens bei nüchterner Analyse im sozialen und erzieherischen Alltag bereits zahlen. Hinzu kommt ein weiteres, was die Entscheidung des BVerfG ausklammert, für ein Gericht trotzdem ein guter Grund sein könnte, etwas zurückhaltender zu agieren. Ein Teil der Gesellschaft folgt einer Grundtendenz, sich von der Einbindung des Menschen in seine Kreatürlichkeit zu emanzipieren, wobei diese Form der Emanzipation typischerweise der Regeneration und durchaus nicht der von ihr losgelösten Sexualität gilt. Wer über Familie und Kinder nicht nur theoretisiert, sondern tatsächlich selbst versucht, in einer traditionellen Familie dieser Einbindung in die Kreatürlichkeit voll gerecht zu werden, wird gegenüber dem gestaltenden Ehrgeiz eines anderen Teils der Gesellschaft gerade dort skeptisch sein, wo er auf Nivellierung drängt, ohne selbst und in Gestalt eigener Kinder gegenwärtig oder künftig voll persönlich betroffen zu sein.¹²⁰ Nicht selten und nicht ohne Arroganz pflegt er dabei die eigenartige Illusion, Zuwanderer sollten die eigene regenerative Enthaltsamkeit kompensieren.

dd) Überbordender verfassungsrichterlicher Gestaltungswille?

Wie man sich auch immer zu diesen Fragen stellt, es bleibt das Problem, ob es wirklich in der Macht von fünf oder sechs Richterinnen und Richtern eines Senats stehen soll, solche Grundentscheidungen unter Berufung auf einen angeblich objektiv feststellbaren Verfassungswandel zu ändern und neu zu treffen, um sie so der Gesellschaft zu verordnen. Denn es ist in solchen Zweifelsfällen der subjektive Wille dieser Persönlichkeiten, der hier entscheidet, und nicht „die Verfassung“ in Gestalt eines objektiven „Willens“ des Verfassungsgebers.¹²¹ Vielmehr behauptet eine solch weitgehende „objektive“ Aus-

¹²⁰ Die Ursachen von Kinderlosigkeit sind mannigfaltig. In allen Lebensbereichen verändert unmittelbare Betroffenheit die Stellung zu Grundproblemen menschlicher Existenz, und dies vor allem dort, wo Menschheit und Menschen in ihrer Existenz auf die Einbindung in ihre Kreatürlichkeit verwiesen bleiben. Der Teil der Gesellschaft, der selbst aus welchen Gründen auch immer kinderlos ist oder in synthetischer familialer Sozialisation lebt, sollte sich aber doch der Frage stellen, ob die Achtung oder jedenfalls Toleranz gegenüber diesen Lebensformen wirklich ein guter Grund sein können, die unterschiedliche menschliche Prägung, ihre Ursachen und Folgen erst gar nicht mehr anzusprechen und in ihren sozialen und gesellschaftlichen Folgen zu durchdenken.

¹²¹ Im Ergebnis deshalb zutreffend die Kritik von *Rüthers*, *Heimliche Revolution*, a.a.O., S. 115ff. mit ausführlichen Nachweisen. Der Vorhalt einer gewissen Verschleierung des methodischen Vorgehens liegt gerade in diesem Falle nahe, weil hier das Verfassungsgericht über Generationen von Verfassungsrichtern in einem schleichenden Prozess eine alte Verfassungsnorm durch eine neue ersetzt hat (zu solcher Entwicklung und Neubewertung grundsätzlich wohlwollend *Rixen*, JZ 2013, 864 ff, 873), ohne dies so recht eigentlich deutlich zu sagen. Das Gericht hat sich zur verfassungsdurchbrechenden Verfassungsfortbildung nicht offen bekannt, was natürlich eine besondere Begründungslast hätte auslösen

legung nichts anderes als die Verfassungswidrigkeit einer Verfassungsnorm in ihrem ursprünglichen Verständnis.

6. Vorrang der historischen oder historisch orientierten Auslegung als vorzugswürdige Lösung?

Es ist dann allerdings auch nicht ohne eigene Problematik, in der historischen Auslegung ein wirklich wirksames methodisches Hilfsmittel zu sehen, wie dies von einem Teil der Literatur vorgeschlagen wird.¹²² Sicherlich ist der Versuch zur Feststellung der historischen Teleologie einer Rechtsregel ein wichtiges und wesentliches Element jeder Auslegung, was übrigens auch von Mitgliedern des Verfassungsgerichts so gesehen wird,¹²³ auch wenn sie manchmal im Einzelfall anders gewichten als ihre Kritiker. Nur sollte man die Schwierigkeiten solchen Vorgehens nicht unterschätzen. Die historische Auslegung ist kein Allheilmittel.

a) Bekannte Schwierigkeiten bei der Feststellung der historischen Teleologie eines Gesetzestextes

Zum einen ist – vielfach erörtert – die historische Teleologie einer rechtlichen Regelung nicht gerade einfach festzustellen.¹²⁴ Dies gilt in besonderem Maße für parlamentarische Gesetzgebung, bei der die Exekutive maßgeblich mit-

müssen, die man nicht ohne Grund gescheut zu haben scheint. *Heribert Prantl*, der diese Entwicklung durchaus begrüßt, schrieb zu diesem Verfassungswandel (SZ vom 7.9.2013, S. 4): „Karlsruhe hat, stillschweigend, das Grundgesetz um ein neues Grundrecht ergänzt, das man so formulieren könnte: ‚Der Staat achtet und schützt alle Lebensformen. Lebensgemeinschaften mit Kindern und Hilfsbedürftigen stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung‘. Allerdings verschleiert der Begriff „ergänzt“, dass es sich letztlich gleichzeitig um die Abschaffung eines wesentlichen Teils einer bereits bestehenden Verfassungsnorm handelt; dazu auch *Rüthers*, *Heimliche Revolution*, S. 132.

¹²² Nüchtern besehen ist hier teilweise jedoch schon die Einordnung als Vertreter des Primats der historischen Auslegung streitig; dazu der Versuch bei *Engisch*, *Einführung in das Juristische Denken*, 11. Aufl., 2010, S. 160f. mN.; *Rüthers/Birk/Fischer*, *Methodenlehre*, a.a.O., Rn. 796f., die v. *Savigny*, *Windscheid*, *Enneccerus*, *Heck*, *Nawiasky*, *H. Westermann*, *Brox* sowie *G. und D. Reinicke* zu Gegnern der objektiven Theorie rechnen, insbesondere aber *Thibaut*, *Binding* und *Kohler* zu ihren frühen Hauptvertretern.

¹²³ Dazu BVerfG NJW 1469, 1476 (Sondervotum *Di Fabio*, *Osterloh*, *Voßkuhle*); zustimmend *Rüthers*, NJW 2009, 1461ff.; BVerfG NJW 2011, 836ff.

¹²⁴ Statt vieler rechtskulturübergreifend *Hager*, *Rechtsmethoden in Europa*, 2009, S. 38f., Rn. 65ff., S. 64ff., Rn. 138ff., S. 80f., Rn. 176ff., S. 252f., Rn. 8ff; ferner die Beiträge in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 2013, und die Beiträge zum Symposium über die Entstehung von Gesetzen in rechtsvergleichender Perspektive, *RabelsZ* 2014/78, 315ff.; zusammenfassend *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, Rn. 778ff. mN.; ausführlich zur Rolle von Materialien bei der Auslegung neuerdings *Wischmeyer*, *JZ* 2015, 957ff. mit dem Versuch, den Willen des Gesetzgebers unter dem Begriff „kollektiv intentionaler Aktivität“ besser zu strukturieren, und weiteren neueren Nachweisen.

wirkt und die ohne Einbeziehung des Sachverständes interessierter und betroffener Akteure mit sachgerechten Ergebnissen gar nicht möglich wäre.¹²⁵ Wer an der Genese rechtlicher Vorschriften und ihrer Begründung schon intensiver beteiligt war, weiß nur zu gut, wie sich in einem Text widerstrebende Auffassungen in einem Formelkompromiss verbinden lassen. So ist beispielsweise auch die vom parlamentarischen Rat gewählte Fassung von Art. 6 GG in vielerlei Hinsicht ein Kompromiss zwischen schon damals widerstrebenden Gestaltungsbedürfnissen, weil man gleichzeitig die traditionelle Familie besonders fördern und eine Diskriminierung von nichtehelichen Müttern und Kindern vermeiden wollte, also einen Weg zwischen Szylla und Charybdis zu finden versuchte. Gedanklich offen gelassen hat man dabei letztlich, wie eine Förderung eigentlich aussehen kann, in der nichteheliche Kinder *gleiche* Entwicklungsbedingungen haben sollen wie eheliche Kinder und wie genau der Staat ohne Förderung der Gemeinschaft mit der Mutter und – so weit möglich – mit dem Vater überhaupt fördernd eingreifen kann. Natürlich liegt dann der Versuch nahe, schon dem historischen Gesetzgeber die Vorstellung zuzuschreiben, er habe die „nichteheliche Familie“ für gleich förderungswürdig erklären wollen wie die traditionelle vollständige Familie. Zur Ausweitung förderungsmäßiger Gleichstellung auf andere Lebensgemeinschaften aktueller oder potentieller Fürsorge für Kinder ist es dann allerdings ein deutlich weiterer Schritt, bei dem schlussendlich – wiederum widersprüchlich zur ursprünglichen Intention des historischen Verfassungsgesetzgebers – die traditionelle verschiedengeschlechtliche Ehe und die Familie mit natürlicher Verwandtschaft zwischen beiden Eltern und Kindern als *besonders* förderungswürdige Einheiten schlicht weggedacht werden.

b) Interpretatorische Fortschreibung historischer Teleologie als Frage eines abstrakt nicht fassbaren richtigen Maßes

Zum anderen kann man schwerlich voll und ganz bestreiten, dass man ohne ein gewisses Maß einer Fortschreibung der Vorstellung des historischen Gesetzgebers von der Textbedeutung nicht auskommt. Wenn sich – um im gewählten Beispiel zu bleiben – nichteheliche Väter tatsächlich um nichteheliche Kinder und ihr Wohl auf Grund einer Änderung gesellschaftlicher Anschauungen verstärkt kümmern und kümmern sollen, so kommt bei der Förderung gleicher Lebensbedingungen der nichtehelichen Kinder die Stellung des Vaters in einer Weise mit ins Spiel, an die der Verfassungsgesetzgeber der unmittelbaren Nachkriegszeit so nicht denken konnte, die aber bei der Auslegung des Art. 6 Abs. 5 GG berücksichtigt werden kann und muss – ob in genau gleicher Weise wie bei der ehelichen Familie, ist aber eine andere

¹²⁵ Dazu insbesondere Zimmermann, RabelsZ 2014/78, 315ff. zur Wirklichkeit gesetzgeberischer Willensbildung in Deutschland.

Frage. So ist die „objektive“ Auslegung, die man besser als Fortschreibung der historischen Teleologie eines Gesetzes bezeichnen sollte, im Grunde eine Frage des rechten richterlichen Maßes in einer bestimmten historischen und sozialen Situation, das sich abstrakt letztlich nicht bestimmen lässt.¹²⁶ Die Kritik am Ansatz von *Larenz*, der diese Fortschreibung bis hin zum Rückgriff auf sehr allgemeine Rechtsgedanken und Prinzipien befürwortet, die sehr vielfältig füllbar sind, ist aber insoweit berechtigt, als sie auf die Gefahr der Verführung zur richterlichen Selbstverwirklichung hinweist, die vor allem dann gegeben ist, wenn ein rechtlicher Wandel ohne die eigentlich notwendige qualifizierte parlamentarische Mehrheit vollzogen werden soll.

7. Die Bedeutung des Auslegungslehren und des Streits um eine Hierarchie der Auslegungsarten für die chinesische Entwicklung

Als besonders ermutigend wird man den Stand der deutschen Auslegungsdiskussion vom Standpunkt einer fremden Rechtskultur aus nicht betrachten können. Gleichwohl lassen sich aus der deutschen Entwicklung doch einige verallgemeinerungsfähige Schlüsse ziehen.

a) Bedeutung der Gesetzesbindung

Die grundsätzliche Bindung an Gesetze, Rechtsverordnungen oder Auslegungs- und Ergänzungsrichtlinien des Obersten Volksgerichts ist eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung, die das chinesische Rechtssystem im Grundsatz mit Rechtssystemen der westlichen Welt teilt¹²⁷, mag auch die Gewaltenteilung nicht so streng durchgehalten sein wie in Deutschland, vor allem wenn man die Auslegungs- und Rechtssetzungsbefugnis des Obersten Volksgerichts mitberücksichtigt. Dies führt natürlich ähnlich wie in westlichen Rechtskulturen zur Frage nach Auslegung und Textverständnis. Das methodische Instrumentarium, das Auslegungsarten charakterisiert oder den Abstand einer Form der Rechtsanwendung zum Text anzeigen soll, ist deshalb auch für die chinesische Rechtskultur von grundlegender Bedeutung und Gegenstand methodischer Überlegungen.¹²⁸

¹²⁶ Dies bleibt auch ein Einwand gegen die zunächst und im Ausgangspunkt einleuchtende These der Arbeit von *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2010, nach der dem Richter – grob gesagt – möglichst enge Normenbildung anzuempfehlen sei. Auch diese Frage lässt sich nur situationsabhängig beantworten, so richtig der *Maultzsche* Grundansatz auch sein mag.

¹²⁷ Siehe oben unter III 3 c und d.

¹²⁸ Dazu insbesondere in diesem Band der Beitrag *Feng Wei* sub III. 2 (S. 66ff.).

b) Hierarchie zu Gunsten einer teleologischen objektiven Auslegung?

Es kann nicht verwundern, dass nach einer intensiven wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit den einzelnen Auslegungsarten und ihrer Genese sich auch in China ein Streit um die richtige Reihenfolge und das Gewicht der verschiedenen Auslegungsarten anbahnt. Die deutschen Erfahrungen sollten allerdings nicht dazu ermutigen, insoweit auf eine klare Antwort zu hoffen. Gerade das Beispiel der Verfassungsauslegung durch das BVerfG im Streit um die Steuerbegünstigung eingetragener homosexueller Partnerschaften¹²⁹ zeigt wie kaum ein anderer Fall, wie sehr Zuordnung und Gewicht der einzelnen Auslegungsarten eine Frage des richtigen Maßes sind, die nur für einen konkreten Fall mehr oder weniger einleuchtend beantwortet werden kann, so dass es eine abstrakte und in strengem Sinne allein „richtige“ Zuordnung letztlich nicht geben kann. Es ist mit *von Savigny* im Ausgangspunkt sicher empfehlenswert, zunächst den Sinn und Zweck einer Vorschrift nach dem Verständnishorizont des historischen Gesetzgebers zu bestimmen und sich dabei der Auslegung nach dem damaligen Wortsinn, seiner Logik und seines damaligen systematischen Zusammenhangs unter Berücksichtigung der damals bestehenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zu bedienen. Die nachfolgende Transposition der so festgestellten Teleologie einer Vorschrift in die Gegenwart bereitet stets dann Schwierigkeiten, wenn sich Wortsinn, Logik, Systematik oder gesellschaftliche und wirtschaftliche Verhältnisse so geändert haben, dass die gefundene ursprüngliche Teleologie entweder teilweise oder insgesamt keinen vernünftigen Sinn mehr ergibt. Die Frage muss dann sein, wie der Gesetzgeber jetzt entscheiden würde. Sowohl die Frage nach fortbestehender Sinnhaftigkeit als auch die Frage nach der Transposition des Regelungszwecks in die Gegenwart lässt sich aber nur im Rahmen richterlicher Wertung beantworten, deren Spielraum mit dem Grad der Verallgemeinerung des Regelungszwecks im Rahmen der Transposition in die Gegenwart immer größer wird. Er kann dann wie im Beispiel des geschilderten deutschen Verfassungsfalls so groß werden, dass auch noch das Gegenteil von dem, was der Absicht des historischen Gesetzgebers entsprochen hat, sich als gegenwärtiger Regelungszweck der Vorschrift präsentieren lässt. Dieser Gefahr sollte ein Gericht im Regelfalle nicht erliegen, sondern die Rechtsänderung durch den Gesetzgeber abwarten. Dazu mag es Ausnahmen geben, die aber nur in Fällen einer besonders schweren Rechtskrise angenommen werden sollten. Eine Orientierung vor allem an einer US-amerikanischen Theoriebildung, wie sie dem legal realism, der *sociological jurisprudence* oder *law and economics* entfließt¹³⁰ und in Japan ähnlich wie in

¹²⁹ Hierzu oben III 5 und 6.

¹³⁰ Zu diesen Bewegungen unten sub IV 2 b und IV 3 b bb und cc.

der deutschen Interessen- und Wertungsjurisprudenz¹³¹ durchaus Anklang findet,¹³² ist in diesem Rahmen so lange sinnvoll, wie sie zur Feststellung der Teleologie des historischen Gesetzgebers und ihrer Transformation eingesetzt wird. Man sollte dabei aber nie übersehen, dass die US-amerikanische Rechtskultur solche Theorien nicht zuletzt als Theorien der Rechtsentstehung und Rechtserzeugung¹³³ entwickelt hat, die in diesem Rechtskreis in viel weiterem Umfang als in kodifikationsorientierten Rechtskulturen, zu denen auch China gehört, nicht dem Gesetzgeber, sondern Gerichten anvertraut sind. Schließlich sollte jede praxisorientierte Auslegungs- und Rechtsfortbildungslehre auch berücksichtigen, dass die Maßstäbe für höchste Gerichte großzügiger sein können als für Instanzgerichte, vor allem wenn für das Oberste Gericht wie in China eine besondere Richtlinienkompetenz besteht,¹³⁴ die auch bestimmte Formen der Rechtsfortbildung mit umfasst. Eine zu weitgehende Großzügigkeit gewöhnlicher Gerichte bei Auslegung und Rechtsfortbildung läuft Gefahr, die gerade beginnende Akzeptanz richterlicher Unabhängigkeit zu gefährden, die zunächst einmal vor allem dort mutig eingesetzt werden sollte, wo die Durchsetzung klaren Rechts auf Widerstand stößt.

IV. Die Rolle der Grundlagenwissenschaften

1. Der umfassende Einfluss der gesellschaftlichen Entwicklung und damit der Grundlagenwissenschaften auf das Rechtsdenken

Die Grundlagenwissenschaften sind zugleich Seismographen und Promotoren gesamtgesellschaftlicher Entwicklung. Sie analysieren und gestalten soziale, wirtschaftliche, kulturelle und ethische Evolutionen und Revolutionen. Das Vorverständnis von Gerechtigkeit und ihren einzelnen Ausformungen wird von solchen Veränderungen wesentlich mitbestimmt. Dies aber bedeutet, dass nicht nur Inhalt und Balance von gesellschaftlichen und rechtlichen Grundprinzipien und Grundregeln entsprechenden Wandlungen unterliegen, sondern auch das Vorverständnis des Rechtsanwenders bei der Lektüre seiner Texte. Als „Einbruchstellen“ der Grundlagenwissenschaften in das dogmatische Gebäude rechtswissenschaftlichen und rechtspraktischen Denkens sind deshalb nicht nur Grundprinzipien und Grundregeln in Betracht zu ziehen, sondern die Geschichtlichkeit der Rechtstheorie selbst wie auch das Textverständnis einfacher Rechtsregeln an der Basis der Pyramide des Rechts.

¹³¹ Dazu IV 3 b ee.

¹³² Vgl. in diesem Band *Rahn* sub II. 6 (S. 264ff.).

¹³³ Hierzu IV 3 b.

¹³⁴ Dazu III 3 c.

2. Rechtswissenschaftliche Methodenlehre und die Berücksichtigung der Veränderung von Grundprinzipien und Grundregeln

a) Das Beispiel Ehe und Familie

Das Verständnis von Ehe, Familie und Sexualität in der westlichen Zivilisation mit seinem sich ausbreitenden Individualismus unterliegt einem Wandel, den Philosophie, Politologie, Psychologie und Soziologie und Ökonomie sowohl analysieren als auch beeinflussen. Dies führt zur ausführlich beschriebenen Veränderung des Verständnisses von Ehe und Familie. So geht etwa der soziologische Familienbegriff mehr und mehr davon aus, dass wechselseitige Verlässlichkeit das Verständnis des Wesens der Ehe und unter Einbeziehung von Kindern das Verständnis des Wesens der Familie prägt.¹³⁵ Unschwer kann man in der Argumentation des BVerfG¹³⁶ zur steuerlichen Förderung der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft den rechtlichen Niederschlag dieses Verständnisses erkennen, das einer Widmung der Ehe zur Fortpflanzung nicht widerspricht, sie aber auch nicht zu einem wesentlichen Essentiale im Sinne einer Typisierung erklärt. Ob man hier von einer inhaltlichen Veränderung eines Grundprinzips oder einer Grundregel ausgeht, nämlich des besonderen Schutzes einer typischerweise auch der Regeneration gewidmeten Institution, ist eine eher zweitrangige Frage, obgleich die Einordnung als Grundregel der Rechtspyramide passender sein dürfte. Dabei stellt sich nicht ernsthaft die Frage, ob die Beschäftigung mit der Änderung von Grundprinzipien oder Grundregeln und ihren Folgen Aufgabe rechtswissenschaftlicher Dogmatik und verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung ist. Die Frage kann nur sein, ob es richtig ist, nur oder vorrangig die Erkenntnisse soziologischer Empirie einzubeziehen, wenn man sich dieser Aufgabe stellt. Man kann sie nämlich letztlich ohne sorgfältige Berücksichtigung kinderpsychologischer Forschung und bevölkerungspolitischer Erkenntnisse ebenso wenig sinnvoll beantworten wie ohne die Einbeziehung politologischer und demokratietheoretischer Überlegungen über die Verteilung der Entscheidungskompetenz insbesondere bei verbleibenden Zweifeln in Grundsatzfragen gesellschaftlicher Entwicklung. Es besteht also immer die Gefahr einer Verengung, falls man nicht die Erkenntnisse aller einschlägigen Grundlagenwissenschaften zusammenzuführen bereit ist und nur oder ganz überwiegend auf die eher segmentarischen Erkenntnisse einer einzigen Grundlagenwissenschaft setzt.

¹³⁵ Dazu statt vieler *Lüscher*, Widersprüchliche Vielfalt. Neue Perspektiven zum juristischen und soziologischen Verständnis von Ehe und Familie. 38. Bitburger Gespräche. Jahrbuch 2001, 2001, S. 15ff. mN; *ders.*, Widersprüchliche Mannigfaltigkeit – Nachhaltige Leistungen: Ehe, Familie und Verwandtschaft heute. Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002, Sitzungsberichte Band II/1, 2002, S. L 9ff., insbes. S. L 32ff.

¹³⁶ Hierzu oben unter III 5 b-e.

b) Das Beispiel der Finanzprodukte und der Finanzmärkte

Man kann das Phänomen verkürzender Einbeziehung grundlagenwissenschaftlichen Wissens bei der Zuordnung und Gewichtung von Grundprinzipien noch an vielen anderen Beispielen darstellen. Ein wichtiges zeitgenössisches Beispiel sei herausgegriffen, nämlich das Verständnis der Vertragsfreiheit und ihrer Bedeutung für wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt.¹³⁷ Die neoliberale Markttheorie neigt zur Erhaltung der Innovationsfähigkeit dazu, die inhaltliche Gestaltung von Austauschverträgen und verkehrsfähigen Gütern möglichst dem Wettbewerb der Marktteilnehmer zu überlassen, die ohne paternalistische Bevormundung selbst entscheiden sollen, was ihnen taugt. Hintergrund ist die Annahme, dass das Streben nach möglichst hoher individueller Gewinnmaximierung unter tunlichster Vermeidung von Transaktionskosten sowie von externen Kosten eine wirtschaftliche Effizienz bewirkt, die zu einem Gleichgewicht einer für alle optimalen Ressourcenverteilung führen soll (sog. Pareto-Optimum).¹³⁸ Nun hat dieser Ansatz zwei schwer übersehbare Schwächen. Einmal ist die Vermeidung externer und vor allem sozialer Kosten ein kaum zu bewältigendes Problem.¹³⁹ Zum anderen setzt er eine Gleichheit des Informationsstandes der vertragsschließenden Parteien voraus, damit der auf individuellen Vertragsschlüssen beruhende freie Wettbewerb zu funktionierenden Märkten führen kann (Vermeidung von Informationsasymmetrien).¹⁴⁰ Selbst wenn aber ein bestehendes Informationsgefälle durch pflichtgemäße Information beseitigt wird, was angesichts der zur Aufklärung notwendigen Informationsmengen ohnehin realitätsfremd erscheinen muss, lehrt die Verhaltenspsychologie, dass der individuelle Marktteilnehmer seine Entscheidungen nicht an rationaler Überlegung auf der Basis solcher Informationen ausrichtet, sondern das Opfer psychologisch bedingter Blockaden

¹³⁷ Dazu schon *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles. Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie, 2007; *ders.* in weiteren Beiträgen zu diesem Thema: Sind globale Märkte regulierbar?, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Jahresband 2009, S. 1-22; Privatautonomie und Wettbewerb unter der Hegemonie der angloamerikanischen Rechtskultur?, AcP 210 (2010), 105-155; Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, JZ 2012, 10-24; Die Marktideologie nach der Finanzkrise, in: *Hochhuth* (Hrsg.), Rückzug des Staates und Freiheit des Einzelnen – Die Privatisierung existentieller Infrastrukturen, 2012, S. 231 – 243; Recht und Macht, in: *Starck* (Hrsg.), Recht und Willkür. Vortrag auf dem Akademietag der Wissenschaftsakademien in Hannover 2012, S. 63 – 89; Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert? AcP 214 (2014), 7-54.

¹³⁸ Nach *Vilfredo Pareto*, Manuale di economia politica, 1906, Editizioni Studio Tesi, 1994.

¹³⁹ Dazu sehr früh schon *Coase*, The Problem of Social Costs, Journal of Law and Economics 1960/3, 1ff.

¹⁴⁰ Insbesondere *Akerlof*, The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, Issue 3, 1970/8, 488-500.

zu werden droht.¹⁴¹ Die kontinentale Rechtstradition hat deshalb zur Vermeidung externer Kosten und zur Behebung der Folgen einer nicht zu behebenden Informationsasymmetrie unter dem Topos der Solidarität handelbare verkehrsfähige Güter gesetzlich typisiert,¹⁴² um den schwächeren Teil und die Gesellschaft als Ganzes vor den Folgen eines vertraglichen Ungleichgewichtes zu schützen. Das Modelldenken neoliberaler Ökonomie vor allem anglo-amerikanischer Provenienz hat sich bei der Schaffung neuer Finanzprodukte und neuer weltweiter Finanzmärkte weithin durchgesetzt und der rechtlichen Gestaltung der Finanzmärkte seinen Stempel aufgeprägt. Die Dogmatik des Rechts der Finanzmärkte hat sich auch in Deutschland und Europa vom Grundprinzip weithin unbeschränkter vertraglicher Gestaltungsfreiheit leiten lassen, falls der andere Teil in langen Prospektbeschreibungen informiert war. Das Grundprinzip der Solidarität mit dem schwächeren Teil, wie es in Europa im Schuldrecht durch das Recht der AGB, im Sachenrecht durch gesetzliche Typisierung und Typenzwang¹⁴³ und bei Gebrauchsgütern durch gesetzliche qualitative Mindestanforderungen¹⁴⁴ Ausformung erfahren hatte, blieb im Recht der Finanzprodukte und der Finanzmärkte über Jahrzehnte unbeachtet, bis die Finanzkrise als Folge rechtsdogmatischen Versagens deutlich werden ließ, wie sehr dieses Versäumnis nicht nur individuelle Schäden schuf, sondern auch hohe soziale Kosten.¹⁴⁵ Was war geschehen? Man hatte in einem in dieser Form neuen Rechtsgebiet das Recht gläubig an den Lehren einer öko-

¹⁴¹ Statt vieler *Shiller/Akerlof*, *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy and Why It Matters for Global Capitalism*, 2009; *Sunstein*, *Behavioral Law and Economics*, 2002; *Shiller*, *Irrational Exuberance*, 2. Aufl., 2005, S. 147ff., 157ff.; *Kahneman/Knetsch/Thaler*, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, *The Journal of Political Economy*, Vol. 98, No. 6, 1990/12, 1325-1348; *dies.*, *The Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias*, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, No. 1, 1991, 193-206; *Eidenmüller*, *JZ* 2005, 216-224.

¹⁴² Zu diesem Grundtopos kontinentaleuropäischer Rechtsentwicklung insbesondere *Kern*, *Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts*, 2013; *Stürner*, *AcP* 210 (2010), 105ff., 134ff., 151ff.; *ders.* *AcP* 194 (1994), 265ff., 274ff.;

¹⁴³ Weithin ablehnend oder doch indifferent gegenüber Typenzwang und *numerus clausus* auf der Basis ökonomischer Analyse *Fleischer*, *Festschrift H.B. Schäfer*, 2008, S. 125ff.; *Merril/Smith* 111 *Yale L.J.* 357 (2001/2002); *dies.* 110 *Yale L. J.* 2001/2002; *Smith*, 79 *N.Y.U.L.Rev* 2004, 1719ff.; *Hansman/Kraakman*, 31 *J. Legal Stud.* 2002, 373ff.

¹⁴⁴ Dazu *Weiß*, *Die rechtliche Gewährleistung von Produktsicherheit*, 2008.

¹⁴⁵ Der Konsequenz einer Typisierung von Finanzmarktprodukten nähert man sich aber nur zögerlich, sondern setzt auf Verschärfung der Aufklärung und auf einzelne behördliche Produktverbote und schadensersatzrechtliche Rückabwicklung; hierzu statt vieler *Langenbucher*, *ZHR* 2013/177, 692ff.; merkwürdig ergebnislos und unbefriedigend die Sicht von *Zimmer*, *JZ* 2014, 714ff., der nur die Weiterpflege der Aufklärung mit dem als zweifelhaft erkannten Informationstopos und das Verbot erörtert, beides zutreffend als unbefriedigend erkennt und die liberale Tradition der Typisierung erst gar nicht richtig in Betracht zieht – für den Vorsitzenden der Monopolkommission eine bemerkenswerte gedankliche Enthaltensamkeit, die eine etwas festgefahrene Verankerung in der neoliberalen Denkschule verrät.

nomischen Strömung und ihren Prinzipien ausgerichtet, aber die Erkenntnisse anderer Grundlagenwissenschaften wie Verhaltenspsychologie, Rechtsgeschichte, Wirtschaftsethik oder Soziologie ausgeblendet, die auf die defizitäre Verschiebung der Balance widerstreitender Grundprinzipien, nämlich Freiheit und Solidarität, hingewiesen hätten.

3. Der Einfluss anderer Grundlagenwissenschaften auf die Rechtstheorie und die Methodik des Rechts

Wenn man die Selbstverständlichkeit berücksichtigt, dass nicht nur die Sicht auf einzelne Texte, sondern auch das Verständnis der Methode der Rechtsgewinnung selbst von einem sich wandelnden Vorverständnis geprägt ist und bleibt, so wird deutlich, wie sehr auch die Methodenlehre selbst unter dem unmittelbaren Einfluss ideell oder materialistisch geprägter Strömungen des Zeitgeistes notwendigerweise stehen muss. Diese schlichte Erkenntnis führt zu keiner generellen Abwertung der Bemühungen um eine adäquate Methode der Rechtsgewinnung, sie trägt aber von vorneherein und in heilsamer Weise dazu bei, jeden Richtigkeitsanspruch einer methodischen Strömung zu relativieren. Die Rechtsdogmatik, wie sie sich im Deutschland des 19. Jahrhunderts verfestigt hat, um dann im rechtswissenschaftlichen und rechtspraktischen Arbeiten bis in die Gegenwart einflussreich zu bleiben, ist ein Phänomen menschlichen Strebens nach Erkenntnis, die von den Zufälligkeiten individueller Beschränktheit und Willkür unabhängig und damit „objektiv“ erscheint.

a) Frühes philosophisches und theologisches Systemdenken und sein Einfluss auf die rechtswissenschaftliche Methodik – Naturrecht

Dieses menschliche Bedürfnis nach objektiver Vergewisserung hat schon sehr früh in der griechischen Philosophie zu einem Systemdenken geführt, das die Welt ordnend zu erklären versuchte und dabei auch dem Recht eine vorrechtlich begründete, aus der Natur der Dinge folgende Funktion zuwies, für die als Vertreter des antiken Naturrechts vor allem Platon und Aristoteles stehen.¹⁴⁶ Unter griechischem und augustinischem Einfluss entwickelte Thomas von Aquin in scholastischem Geiste ein umfassendes System christlicher Philosophie,¹⁴⁷ das ein System christlichen Naturrechts umfasste und die weitere Entwicklung philosophischen Systemdenkens in Europa ebenso maß-

¹⁴⁶ Repräsentativ *Platon*, *Der Staat* (Politeia). Platons Werke. Friedrich Schleiermacher. 2. Aufl. 1817 – 1820 bzw. 1. Aufl. 1928 (Dritter Teil). Neuausgabe Akademie Verlag 1985; *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, hrsg. von *Nickel*, 2011 (Übersetzung von *Olof Gigon*).

¹⁴⁷ *Thomas von Aquin*, *Summa theologiae*. Summe der Theologie. Deutsche Ausgabe von Ceslaus Maria Schneider. 1886 – 1892. Taschenausgabe von *Bernhart*, 3 Bände 1985.

geblich beeinflussen sollte wie das Systemdenken des kanonischen Rechts¹⁴⁸ und der späteren breiten Rezeption des römischen Rechts.¹⁴⁹ Nach dem zweiten Weltkrieg erfuhr das christliche Naturrecht, das im Denken der katholischen und protestantischen Theologie in unterschiedlicher Gestalt überlebt hatte, als Folge einer Aufwertung kirchlichen Einflusses eine kurze Renaissance.¹⁵⁰ Sie scheiterte aber an der Säkularisierung der Gesellschaft, nicht zuletzt weil sie in Form einer Haltsuche die Folge einer Verunsicherung durch die Perversion staatlichen Rechts im Nationalsozialismus war und ihre gedanklichen Ansätze von etwas verkürzender Naivität geprägt waren. Der säkulare Nachfahre des christlichen Naturrechts war mit Beginn der Aufklärung das vernunftrechtliche Naturrecht, welches in seiner Grundlegung göttlichen Willen zu einer bestimmten Ordnung durch menschliche Wissen um „natürliche“ Ordnungsvorstellungen ersetzte,¹⁵¹ dabei aber auf dem Kontinent durchaus die Tradition des Systemdenkens übernahm, wie es sich dann auch in den Gesetzbüchern des Kontinents im späten 18. Jahrhundert und im 19. Jahrhundert niederschlug. Zutreffend ist die Beobachtung, dass die Kodifikationsbewegung in Europa zwei recht gegenläufige methodische Strömungen provoziert haben mag,¹⁵² nämlich eine eher gesetzessystematische Linie und eine Strömung, die sich weniger mit der Deutung gesetzten Rechts befasst als mit seiner Entstehung und damit seiner außer- und vorrechtlichen Grundlegung. Dabei bleibt eine Einordnung im Einzelfall schwierig.

b) Rechtsentstehungsorientierte Grundlagenwissenschaften und ihr Einfluss auf rechtswissenschaftliche Methodenlehre

aa) Historische Schulen in Deutschland

Im 19. Jahrhundert kamen Geschichtswissenschaft und Rechtsgeschichte mehr oder weniger gleichzeitig zu einer ersten Blüte, für die Namen wie *von Savigny*¹⁵³, *Puchta*¹⁵⁴ und *Theodor Mommsen*¹⁵⁵ stehen. Diese aufkommende

¹⁴⁸ Dies verbindet sich unter anderem mit Namen wie *Gratian*, *Concordia discordantium canonum*, Bologna um 1140; *Durantis*, *Speculum iudiciale*, 1272.

¹⁴⁹ Diese Entwicklung war in Deutschland im 19. Jahrhundert zu einem gewissen Abschluss gebracht; repräsentativ *von Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840; *Puchta*, *Lehrbuch der Pandekten*, 1838; *ders.*, *Cursus der Institutionen*, Band 1 – 3, 1841 – 1847; *ders.*, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Band 1, 1847; Band 2, 1848.

¹⁵⁰ Zum modernen Naturrecht *Müller*, *Naturrecht und Grundgesetz*, 1967; *Weinkauff*, *NJW* 1960, 1689ff.; zu Recht kritisch *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, Rn. 430ff.

¹⁵¹ Dazu insbesondere *Grotius*, *De iure belli et pacis*, 1625; *von Pufendorf*, *De iure naturae et gentium libri octo*, 1672; *Thomasius*, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, 1705; *Wolff*, *Institutiones Iuris Naturae et Gentium*, 1750.

¹⁵² So *Rüthers/Birk/Fischer*, *Rechtstheorie*, Rn. 450.

¹⁵³ Maßgeblich das Werk *von Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840.

¹⁵⁴ Besonders prägend *Puchta*, *Lehrbuch der Pandekten*, 1838.

Rechtsgeschichte legte ihren Schwerpunkt vorzüglich auf den Entstehungsprozess des Rechts. Fast folgerichtig entwickelte sich eine historische Rechtsschule, die sich in Gegensatz vor allem zur vernunftrechtlichen Kodifikation stellte und die den Charakter des Rechts als Element nationaler Kultur betonte, dessen Grundprinzipien einer Rechtskultur organisch entwachsen.¹⁵⁶ Diese Vorstellung entsprach weithin der in England vorherrschenden Auffassung und damit einer Rechtskultur, die auch noch im 19. Jahrhundert Bestrebungen nach vermehrter, vernunftrechtlich fundierter Kodifikation kontinentalen Vorbilds mit größter Zurückhaltung begegnete.¹⁵⁷

bb) Englischer philosophischer Utilitarismus

Anders als die deutsche Gesellschaft und Rechtskultur, bei der sich in der Epoche der Romantik auch mit der historischen Rechtsschule romantisierende und idealisierende, den „Volksgeist“ als Rechtsquelle beschwörende Elemente verbanden, orientierten sich die englische Gesellschaft und Rechtsentwicklung indessen stärker am aufkommenden philosophischen Utilitarismus, für den Namen wie *Hobbes*,¹⁵⁸ *Jeremy Bentham*,¹⁵⁹ *David Hume*,¹⁶⁰ *Adam Smith*¹⁶¹ und *Spencer*¹⁶² repräsentativ genannt sein sollen. Im Zentrum dieses Denkens steht die Vorstellung von der Gerechtigkeit als individueller und kollektiver Existenzsicherung, das größtmögliche Glück für die größtmögliche Zahl von Menschen als Staatszielbestimmung, das sich nicht zuletzt im Genuss erworbenen Vermögens manifestiert.¹⁶³ Zwar hat dieser gedankliche Ansatz das staatliche Selbstverständnis einschließlich des Kolonialismus und seiner strategischen Grundlagen sowie das tägliche Rechtsdenken stets stär-

¹⁵⁵ Weltweit anerkannt und mit dem Nobelpreis für Literatur ausgezeichnet *Mommsen*, *Römische Geschichte*, 1854-1856; wichtig in diesem Zusammenhang auch *Mommsen*, *Römisches Staatsrecht*, 1871-1888.

¹⁵⁶ Siehe vor allem *von Savigny*, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

¹⁵⁷ Dazu und zu den kodifikatorischen Bemühungen *Jeremy Benthams* insbesondere *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, § 14 V, S. 194f.

¹⁵⁸ *Hobbes*, *De Cive*. The Latin Version, *Warrender* (Hrsg.), Oxford 1983, S. 133ff., 197ff.; dazu *Böckenförde*, *Gemeinwohlvorstellungen bei Klassikern der Rechts- und Staatsphilosophie*, in: *Münkler/Fischer*, *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht*, 2002, S. 43ff., 56ff.

¹⁵⁹ *Bentham*, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, 1789 (teilweiser Abdruck bei *Troyer*, *Bentham and Mill*, 2003, S. 8ff.).

¹⁶⁰ *Hume*, *Essays, moral and political*, 1741/1742.

¹⁶¹ *Adam Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776; Nachdruck 1993.

¹⁶² *Spencer*, *Social Statistics*, 1851;

¹⁶³ Zusammenfassend *Stürner*, *Markt und Wettbewerb über Alles?*, S. 35ff.

ker bestimmt als auf dem Kontinent, seine volle Wucht bis hin zu einem Siegeszug in der Gegenwart entfaltete es aber erst in den USA.

cc) *Vom Legal Realism zu Law and Economics in den USA und Europa*

In den USA war der rechtsphilosophische Utilitarismus englischer Prägung der ideale Ausgangspunkt für den Pragmatismus des „*legal realism*“ und der „*sociological jurisprudence*“, mit dem sich Namen wie *Holmes*, *Roscoe Pound* und später *Llewellyn* verbinden.¹⁶⁴ Mit seiner Orientierung an der wirtschaftlichen und sozialen Wirklichkeit war er wiederum die ideale Basis für den in ähnlicher Weise wohlstandsmaximierenden Grundansatz der modernen ökonomischen Analyse des Rechts und der modernen Institutionenökonomie.¹⁶⁵ In den USA haben sie in vielen Bereichen das traditionelle rechtswissenschaftliche Denken verdrängt und ersetzt oder doch in Bedrängnis gebracht, um mit ihrer neuen Begriffs- und Systembildung unmittelbarer Maßstab für Gesetzgebung und Rechtsanwendung zu werden.¹⁶⁶ Diese Ökonomisierung des Rechtsdenkens hat auch Europa und Deutschland erreicht¹⁶⁷ mit einem in manchen Rechtsgebieten wie etwa Schadensersatzrecht¹⁶⁸ oder Wettbewerbsrecht¹⁶⁹ nahezu unbeschränkten Geltungsanspruch bei der Prin-

¹⁶⁴ Dazu etwa *Holmes*, *The Common Law*, 1881; *Pound*, *The Need of Sociological Jurisprudence*, *Green Bag* 1907/19, 611; *Llewellyn*, *The Bramble Bush*, 1951; nicht unbeeinflusst von dieser Grundströmung auch der vorteilsorientierte Pragmatismus *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, insbes. Kap. 2; dazu *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, Rn. 383ff.; zum Überblick von *Mehren/Murray*, *Law in the United States*, 2. Aufl., 2007, S. 35ff.

¹⁶⁵ Grundlegend *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl., 2014; *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Ausgabe 2004; *Kaplow/Shavell*, *Fairness versus Welfare*, 2002 (Neuausgabe 2006).

¹⁶⁶ Kritisch aus den USA vor allem *Sandel*, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, 2012. Dass seine Überlegungen teilweise großes Aufsehen erregen, zeigt den Grad der Verirrung ökonomischen Denkens in bedenklicher Weise an.

¹⁶⁷ Zur Rezeption in Deutschland und letztlich Europa informativ *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl., 2013 (Nachauflage); *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 4. Aufl., 2015; *Kirsch*, *Neue politische Ökonomie*, 5. Aufl., 2004.

¹⁶⁸ Dazu etwa *MünchKomm/Wagner*, *BGB*, 6. Aufl., 2013 Vor § 823 Rn. 45ff. mN; *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, 11. Aufl., 2010, Rn. 59-92. Allerdings ist für deliktisches schuldhaftes Verhalten die These von der Steuerungswirkung richtiger Schadensallokation nur sehr begrenzt haltbar, wenn man wie im Vertragsrecht Informationsdefizite und psychologisch bedingte Blockaden miteinbezieht: etwas vereinfachend daher die Darstellung bei *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 296.

¹⁶⁹ Zu verbleibenden Unterschieden zwischen dem von der Chicago-Schule geprägten US-amerikanischen Kartellrecht und dem europäischen und deutschen Kartellrecht statt vieler *Posner*, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 *U. Pa. L. Rev.* 1979, 925ff.; *Hay*, *US-amerikanisches Recht*, 5. Aufl., 2011, Rn. 627ff.; *Oberender* (Hrsg.), *Effizienz*

zipienbildung und Rechtsanwendung.¹⁷⁰ Die Folgen für das europäische und deutsche Rechtsdenken sind für den Topos des Vertragsrechts und der Marktfreiheiten bereits dargestellt und an anderer Stelle breiter ausgeführt.¹⁷¹ Die Rechtswissenschaft läuft auf diese Weise Gefahr, als williger Vollstrecker zu einer Hilfswissenschaft der Ökonomie zu werden und die Einsichten anderer Grundlagenwissenschaften zu verdrängen mit bemerkenswerten gesamtgesellschaftlichen Folgen.

dd) Sozialistische Verführung und das bleibende Grundprinzip der Solidarität

Man darf angesichts der US-amerikanischen rechtskulturellen Hegemonie und des mit ihr verbundenen weltweiten *Law Marketing*, wie es der exzellenten Präsentationskultur einer kompetitiven Marktgesellschaft entspricht, nicht aus den Augen verlieren, dass es in der deutschen rechtstheoretischen Entwicklung durchaus Parallelströmungen gegeben hat, die eine stärkere Orientierung des Rechtsdenkens an der wirtschaftlichen und sozialen Wirklichkeit einforderten. Man sollte insoweit zunächst einmal *Karl Marx* als extremen Antipoden zum US-amerikanischen *legal realism* nicht ausklammern,¹⁷² dessen Analyse der gesellschaftlichen Machtposition der kapitaleignenden Schicht das Rechtsdenken insoweit nachhaltig beeinflusste, als in Deutschland und ganz Europa neben Freiheit und Gleichheit die staatlich organisierte Solidarität über die „*Fraternité*“ der französischen Revolution hinaus fester Bestandteil des Kanons der Grundprinzipien einer Rechtsordnung geblieben ist.¹⁷³ Allerdings hatte die Teilhabe seiner Lehre an Hegelianischen Vorstellungen¹⁷⁴ vom Verlauf der Menschheitsgeschichte einen Realitätsverlust zur

und Wettbewerb, 2005; *Mestmäcker*, A Legal Theory without Law, 2007; überblicksweise *Stürner*, Markt und Wettbewerb, S. 36ff., 55ff.

¹⁷⁰ Einflussreich für das deutsche Rechtsdenken insgesamt vor allem die Freiburger Schule; hierzu insbesondere *Hayek*, Der Weg zur Knechtschaft, Ausgabe 2004 (mit Wirkungsgeschichte); *ders.*, Recht, Gesetz und Freiheit. Eine Neufassung der liberalen Grundsätze der Gerechtigkeit, Deutsche Ausgabe 2003; *ders.*, Die Verfassung der Freiheit, 4. Aufl. 2005; zur Einordnung *Hayeks* in den breiten und vielfältigen Strom des Neoliberalismus vor allem *Mestmäcker*, A Legal Theory without Law, 2007; *Petersen*, Freiheit unter dem Gesetz. Friedrich August von Hayeks Rechtsdenken, 2014.

¹⁷¹ Siehe dazu oben unter IV 2 b; ferner *Stürner*, AcP 214 (2014), 7ff., 18ff., 37ff., 48ff.; *ders.*, JZ 2012, 12ff., 18ff.; *ders.*, Markt und Wettbewerb über Alles?, 2007.

¹⁷² Dazu vor allem *Karl Marx*, Das Kapital. Kritik der Politischen Ökonomie. Gesamtausgabe Marx/Engels. Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften. Abt. II, Bände 5- 15, Ausgabe 1983-2008.

¹⁷³ Hierzu zusammenfassend *Stürner*, Markt und Wettbewerb über Alles?, S. 53f. m.N.; demgegenüber selbstsicher für die US-amerikanische Rechtskultur *Lipset/Marks*, It didn't happen here: Why Socialism Failed in the United States, 2000.

¹⁷⁴ *Karl Marx*, Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie, Gesammelte Werke aaO Abt. I Band 2, 2. Aufl. 2009; *ders.*, Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie, Gesammelte Werke, a.a.O. Abt. I, Band 30, 2011.

Folge, der sich wie alle fortschrittsgläubigen Heilslehren, welche das Wesen menschliche Natur nicht angemessen zu verarbeiten verstehen, sehr verhängnisvoll auswirken musste¹⁷⁵ und seine Rechtstheorie verschattete.¹⁷⁶ Die Lehren des Sozialreformers *Lorenz von Stein*, der eine Milderung und den Abbau der Klassegegensätze intendierte, mögen sich im langen Gang der Geschichte als tragender erwiesen haben¹⁷⁷.

ee) Zweckorientierung und Interessenjurisprudenz in Deutschland

Zu den deutschen Strömungen der Methodenlehre des Rechts, die eine engere Verwandtschaft mit dem *legal realism* sowie der *sociological jurisprudence* mit ihrem utilitaristischen Grundansatz aufweisen, muss man die Lehre von der Zweckorientierung des Rechts,¹⁷⁸ die Interessenjurisprudenz¹⁷⁹ und letztlich in ihrem Gefolge die ihr verwandte Wertungsjurisprudenz¹⁸⁰ rechnen. Diese methodischen Strömungen haben alle eine Gemeinsamkeit: Sie halten dazu an, nicht beim inneren System der Rechtsordnung stehen zu bleiben, sondern stets danach zu fragen, wie angesichts sozialer und wirtschaftlicher Realitäten die Gestaltungsabsicht des Rechts zu begreifen sei und sich ihre Wirkung optimieren lasse. Wenn man *law and economics* auf ihren Kern zurückführt und sowohl ihres etwas gestelzten Konzeptualismus als auch ihres Hangs zur Mathematisierung nicht exakt fassbarer Kategorien entkleidet, wird unschwer eine gewisse Nähe zu diesen älteren Strömungen der Methodenlehre sichtbar. Sie haben denn auch das überwiegend systematische Arbeiten von Wissenschaft und Praxis zwar nicht abgelöst, aber doch die Bedeutung der Systemlogik zu Gunsten einer auf der wirtschaftlichen und sozialen Realität basierenden teleologischen Betrachtung gemindert.

¹⁷⁵ Ausführlich *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 506ff.

¹⁷⁶ Dazu insbesondere *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde. Band II: Falsche Propheten: Hegel, Marx und die Folgen. Gesammelte Werke: Band 6, 2003.

¹⁷⁷ Hierzu vor allem *von Stein*, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich, Neudruck 1959; *ders.*, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft in Deutschland, Neudruck 1970.

¹⁷⁸ *von Jhering*, Der Zweck im Recht, Neudruck 1970; *ders.*, Der Kampf ums Recht, 23. Aufl., 1946.

¹⁷⁹ *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932; *ders.*, Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., 1932; *ders.*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1ff.

¹⁸⁰ *H. Westermann*, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955; hierzu noch *Petersen*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, 2001.

ff) Kritischer Rationalismus und seine Grenzen

Auch der moderne kritische Rationalismus versuchte den wissenschaftlichen Blick hinter die Rechtsnorm, in dem Bestreben, allgemein gültige Maßstäbe für „richtiges“ menschliches Handeln zu erarbeiten, allerdings in etwas unglücklicher Anknüpfung an marxistische Analysen und teilweise umstrittene *Freud'sche* Erkenntnisse.¹⁸¹ Dieser Glaube an wissenschaftlich begründbare Wahrheit und Vernunft war als später Nachfahre Hegelianischen und Marxistischen Denkens zum Scheitern verurteilt,¹⁸² vor allem nach dem seine Perversion in Gestalt totalitärer sozialistischer Systeme allmählich zusammengebrochen war. Stärkeren Einfluss konnte die prozedurale Diskurstheorie mit ihrer Forderung nach Regeln für die Begründungsfähigkeit von Werten („ideale Sprechsituation“)¹⁸³ gewinnen, ebenso die etwas ähnliche topische Rechtslehre,¹⁸⁴ die auf die Bedeutung der Erörterung aller denkbaren Argumente als rechtliche Wertungsbasis abhebt. Allerdings verbindet sie mit der Diskurstheorie ein eigenartiger Glaube an Richtigkeit durch Einbindung in bestimmte Verfahren des Denkens, der durchaus missbrauchsgeeignet sein kann.

b) Der philosophische Positivismus und gesetzespositivistische Lehren

aa) Positivismus in Philosophie und Rechtstheorie

Die scholastisch und idealistisch orientierte Philosophie, wie sie vor allem in Deutschland eine Blüte erlebt hat und sich in ihrer Endphase mit den Namen *Fichte*, *Schelling* und *Hegel* verbindet, provozierte in Gestalt des philosophischen Positivismus eine Gegenbewegung, die darauf abzielte, in den Geisteswissenschaften die wissenschaftliche Erkenntnisfähigkeit auf das sinnlich Wahrnehmbare zu beschränken und auch hier nur wie in den Naturwissenschaften das „Sein“ zu beschreiben und nicht das wertende „Sollen“ mit seiner oft in der Metaphysik wurzelnden Grundlegung. Diese Form eines erkenntnistheoretischen Positivismus, wie er vor allem von dem französischen Philosophen und Soziologen *Auguste Comte*¹⁸⁵ vertreten wurde, erwies sich in

¹⁸¹ Dazu *Albert/Topitsch* (Hrsg.), *Werturteilsstreit*, 3. Aufl. 1990.

¹⁸² Konsequenter kritisch *Popper*, *Philosophische Selbstinterpretation und Polemik gegen die Dialektiker*, in: *Grossner* (Hrsg.), *Verfall der Philosophie*, 1971, S. 278ff.

¹⁸³ Zuletzt *Habermas*, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, 5. Aufl., 1992, S. 53ff., 101f.; ferner *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl., 1996, S. 219ff., 260ff.

¹⁸⁴ Hierzu *Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl., 1974.

¹⁸⁵ Hierzu *Comte*, *Cours de philosophie positive. Oeuvre D' Auguste Comte*. Paris, Ed. anthropos, 1968-1969; *ders.*, *Sociologie*, aaO, 1975; zum weiteren und besseren Verständnis *Iring Fetscher* (Hrsg.), *Auguste Comte. Rede über den Geist des Positivismus*, 3. Aufl. 1979. Neuausgabe 1994.

fast allen Geistes- und Sozialwissenschaften als sehr wirkungsmächtig.¹⁸⁶ Teile der Rechtstheorie beeinflusste diese Bewegung im Sinne einer Fokussierung auf eine empirische Betrachtung der Rechtstexte einschließlich der Texte über die Art ihrer Entstehung – Recht als empirisches Phänomen, die Grundlegung seiner inhaltlichen Wertungen als Gegenstand der Ethik und politischer Entscheidung, beides Felder, die außerhalb der eigentlichen Rechtswissenschaft liegen. Für diese Präferenz zur Empirie steht vor allem die reine Rechtslehre *Hans Kelsens*,¹⁸⁷ die der Engländer *H. L. A. Hart*¹⁸⁸ aufgenommen und modifiziert hat.

bb) Positivrechtliches System und immanente Grundprinzipien

Man wird auch bei modernen Systematikern wie *Ronald Dworkin*¹⁸⁹ und *Robert Alexy*¹⁹⁰ noch Nachwehen eines empirischen Ansatzes erkennen können, wenn sie das System einfacher positiver Rechtsregeln um allgemeinere Prinzipien ergänzen, die diesem Regelsystem zu Grunde liegen und aus ihm herleitbar sein sollen. Sie sind Maßstab der Auslegung und Rechtsfortbildung, und ihre genaue Zuordnung zueinander bedarf im Kollisionsfall der Abwägung. Man sieht gerade bei diesen beiden Theoretikern, wie nahe reine Rechtslehre und puristische systematische Dogmatik beieinander liegen. Beider Anliegen ist es, die Rechtsanwendung vor einer entgleisenden Wertungsjurisprudenz zu bewahren, die subjektive Wertungen zu Prinzipien erhebt, um Recht und Rechtsanwendung auf diese Weise vor willkürlicher Handhabung zu bewahren. Die reine Rechtslehre will dies verhindern, indem sie die Rechtsentstehung und teilweise sogar die Rechtsfortbildung ausklammert und zum nichtwissenschaftlichen Terrain der Rechtspolitik erklärt, nicht um Juristen gegenüber diesem Bereich moralischer Gleichgültigkeit anzuempfehlen, sondern eigentlich eher um den Sinn für Wahrnehmung politischer und moralischer Verantwortlichkeit zu stärken.¹⁹¹ Die Neosystematik

¹⁸⁶ Zur späteren thesenartigen Zusammenfassung insbesondere *Wittgenstein*, Logisch-philosophische Abhandlung. *Tractatus logico-philosophicus*, Wien 1918. Ausgabe Suhrkamp von *Brian McGuinness* und *Joachim Schulte* 1989. Neuausgabe 2003; bekannt insbesondere die Eingangssätze zu 1 und 7: „Die Welt ist alles, was der Fall ist“ – „Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen“.

¹⁸⁷ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, Nachdruck 1992.

¹⁸⁸ *H.L.Hart*, *The Concept of Law*, 1961; *ders.*, *Law, Liberty and Morality*, 1963; s.a. *Kelsen* JZ 1965, 465, 468.

¹⁸⁹ *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977; deutsche Übersetzung: *Bürgerrechte ernst genommen*, 1984.

¹⁹⁰ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., 1996; *ders.*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl., 1996; *ders.*, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, *Rechtstheorie* 18 (1987), 405ff.

¹⁹¹ Zu Recht weist *Rüthers* darauf hin, dass der Rechtspositivismus nicht für das Versagen gegenüber dem NS-Staat verantwortlich gemacht werden sollte; *Rüthers*, *Die unbe-*

Dworkins und *Alexys* versucht vergeblich, die Interdependenz zwischen der Generierung und dem Verständnis angeblich rechtsimmanenter Grundprinzipien und ihrer außerrechtlichen Prägung, wie sie sich in den Grundlagenwissenschaften spiegelt, durch interpretatorische Kunstgriffe zu überspielen, um dabei den Tücken des hermeneutischen Zirkels zu erliegen¹⁹² und sich sozusagen wie Münchhausen an dem eigenen Schopf bzw. Haar aus dem Sumpf zu ziehen.¹⁹³ Dies entwertet diese Theorien so wenig wie andere vergebliche Versuche zum Ausbruch aus dem Gefängnis des hermeneutischen Zirkels, man sollte sich aber nicht in Scheinsicherheit vor der Abhängigkeit von kulturellen und gesellschaftlichen Voraussetzungen menschlicher Rechtsfindung und Gerechtigkeit wiegen, die das Recht selbst gerade nicht schaffen kann.

c) Kein Alleingeltungsanspruch einer angeblich „richtigen“ Rechtstheorie

Man kann aus der Einbindung der Rechtstheorie in die Geschichtlichkeit aller Geistes-, Sozial- und Kulturwissenschaften eigentlich nur den zwingenden Schluss ziehen, dass es eine in eigentlichem Sinne „richtige“ Rechtstheorie nicht geben kann. Jeder Alleingeltungsanspruch führt ebenso in die Irre wie die Gläubigkeit des Rechtsanwenders, der die Schwächen einer Rechtstheorie angesichts ihrer nicht zu leugnenden Stärken nicht mehr zu sehen bereit ist. Mit dem Gefühl endgültiger Erkenntnis verbindet sich vielmehr stets die Gefahr der Verführung,¹⁹⁴ die in der Geschichte des Rechts viel Unheil gebracht hat. Vielmehr ist es mit den Rechtstheorien wie mit den Religionen in der Ringparabel *Lessings*:¹⁹⁵ Sie müssen sich an ihren Ergebnissen praktischer Humanität messen lassen. Auch hier kann dem Rechtsanwender einmal mehr nur der Versuch zum Überblick und zur Zusammenschau helfen.

4. Grundlagenwissenschaften und Textverständnis einfacher Rechtsregeln

Häufig setzt das Textverständnis einfacher Rechtsregeln grundlagenwissenschaftliche Kenntnisse voraus. So ist beispielsweise der für einzelne Vorschriften des Kartellrechts zentrale Begriff des „Marktes“ nur im Sinne des jeweils relevanten Marktes sinnvoll zu erfassen. Er aber setzt zu seiner Be-

grenzte Auslegung, 7. Aufl., 2012, S. 9ff., 277ff.; ähnlich *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 483ff. Es gibt kein Rechtssystem, das den Zusammenbruch politischer Kultur aufhalten kann, wenn die Gesellschaft insgesamt mit der großen Mehrheit ihrer Eliten versagt.

¹⁹² Zum hermeneutischen Zirkel oben unter I 1 c.

¹⁹³ *Bürger*, Wunderbare Reisen zu Wasser und zu Lande – Feldzüge und lustige Abenteuer des Freiherrn von Münchhausen, wie er dieselben bei der Flasche im Zirkel seiner Freunde selbst zu erzählen pflegt, 1788.

¹⁹⁴ Insoweit stets hilfreich *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde. Band II: Falsche Propheten: Hegel, Marx und die Folgen. Gesammelte Werke: Band 6, 2003.

¹⁹⁵ *Lessing*, Nathan der Weise, 3. Aufzug, 7. Auftritt

stimmung wirtschaftswissenschaftliche Kenntnisse voraus.¹⁹⁶ Ebenso verlangt bei unternehmerischen Entscheidungen die Beurteilung der Pflichten eines ordentlichen Geschäftsführers¹⁹⁷ oft betriebswirtschaftliche und insbesondere auch bewertungsrechtliche Kenntnisse, um überhaupt den Kreis möglicher Vergewisserung abstecken zu können. Ähnlich lässt sich die Bedeutung der Weitergabe von Schäden aus Kartellabsprachen¹⁹⁸ an Dritte bei der Berechnung des Schadens eines Erstabnehmers ohne wirtschaftswissenschaftlichen Sachverstand kaum beurteilen¹⁹⁹. Diese Beispiele ließen sich auch mit Fallkonstellationen aus anderen Rechtsgebieten beliebig vermehren, hier können aber wenige Andeutungen genügen.

5. Die Grundlagenwissenschaften in der entstehenden chinesischen Methodenlehre

a) Ein schwieriges Kapitel

Das vielleicht schwierigste Kapitel der neu entstehenden chinesischen Methodenlehre ist ihr Verhältnis zu den Grundlagenwissenschaften. Der Grund hierfür liegt auf der Hand. Die Grundlagenwissenschaften, mit ihrem Versuch zur Erklärung des Weltganzen oder doch eines wesentlichen Teils menschlichen Zusammenlebens, weisen in vielen Fällen eine besonders enge Beziehung zu den obersten Grundprinzipien der Rechtspyramide auf, sie beschreiben die Quelle überkommener oberster Prinzipien, schaffen neue oberste Grundprinzipien oder analysieren die Voraussetzungen einer wünschenswerten Zuordnung und Balance. Wie einflussreich Grundlagenwissenschaften sein können, zeigt sehr plastisch das wirkungsmächtige Beispiel der Gesellschaftsphilosophie des Marxismus: In der westlichen Welt als verführerische Illusion über das Wesen der menschlichen Natur bekämpft,²⁰⁰ in China noch vor wenigen Jahrzehnten als gültiges Grundkonzept menschlichen Zusammenlebens verherrlicht und mit bitterer Konsequenz umgesetzt sowie bis heute nicht voll abgelegt,²⁰¹ aber letztlich zu einem guten Teil doch verschwiegen, in Europa teilweise ein historischer Anstoß zur Entwicklung des Sozialstaates.²⁰² Eine ähnlich starke, wenngleich viel weniger totalitäre Kraft geht gegenwärtig von der neoliberalen Marktideologie aus, die das Handeln

¹⁹⁶ Dazu *Stürner*, AcP 124 (2014), 7ff., 32 mN.

¹⁹⁷ Z. B. § 93 Abs. 1 AktienG; ausführlich *J. Stürner*, Geschäftsleitung in fremdnützigen Organisationen, 2013, S. 155ff., 379ff. mN.

¹⁹⁸ § 33 Abs. 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Deutschland.

¹⁹⁹ Zur Beurteilung des sog. *passing-on defense* ausführlich *Hellwig*, in: *Basedow* (Hrsg.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, 2007, S. 121ff.

²⁰⁰ Dazu nochmals *Popper*, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde: Band II. Falsche Propheten: Hegel, Marx und die Folgen. Gesammelte Werke Band 6*, 2003.

²⁰¹ Statt vieler *Bu*, Einführung, § 1 Rn. 13ff., S. 5f.

²⁰² Dazu *Stürner*, *Markt und Wettbewerb*, S. 53/54.

der USA ebenso wesentlich bestimmt wie viele Bereiche der Aktivitäten der Europäischen Union,²⁰³ durch die von ihr zu einem guten Teil provozierte Finanzkrise eine vorläufige Schwächung ihrer Wucht ebenso erfuhr wie durch sozialistische und nationalistische Gegenbewegungen und heftige islamistische Aggression. Man sieht, es ist gefährlich, sich mit den Grundfragen menschlichen Zusammenlebens zu befassen und aus vermeintlich neuen Erkenntnissen Schlüsse für innovative gesellschaftliche und rechtliche Gestaltung zu ziehen. Trotzdem gehört die Beschäftigung mit den gesellschaftlichen, geistesgeschichtlichen und ökonomischen Voraussetzungen gelungener Rechtsstaatlichkeit zum Kern einer wissenschaftlichen Rechtstheorie und Methodenlehre, gerade weil das Recht selbst diese Voraussetzungen nicht zu schaffen vermag, aber trotzdem auf ihre Existenz angewiesen ist. Beim Stand der gegenwärtigen chinesischen Entwicklung kann man Gefahr laufen, durch zu rasches Vorpreschen gewonnenes grundlagenwissenschaftliches Terrain wieder zu verlieren, man kann aber auch durch das Fehlen grundlagenwissenschaftlicher Reflexion die Verankerung wichtiger Grundprinzipien in ethischen, philosophischen, gesellschaftspolitischen und wirtschaftspolitischen Grundkonzeptionen vergessen machen, mit ebenfalls gefährlichen Folgen für ihre bleibende Akzeptanz. So gilt es, einen maßvollen Mittelweg zu finden.

b) Die Verträglichkeit positivistisch geprägter Methodenlehren

Die Beschäftigung mit positivistisch geprägten rechtswissenschaftlichen Methodenlehren, die empiristisch das System des geltenden Rechts als Forschungsgegenstand wählen und die Existenz seiner außerrechtlichen Voraussetzungen in Gestalt von Grundprinzipien unterstellen oder als integralen Bestandteil jedes Rechtssystems betrachten, haben für den Gehalt und Erhalt eines Rechtssystems und seine Weiterentwicklung eine bedeutsame Funktion, obwohl sie die Entstehung und Wandlung seiner axiomatischen Voraussetzungen nicht ins Zentrum ihrer Betrachtung stellen. Man kann die Bedeutung solcher Methodik etwas mit der Bedeutung der Dogmatik und Systematik für den Gerechtigkeitswert einer Rechtsordnung vergleichen. Das System zwingt zu einer Proportionalität wechselseitiger Zuordnung von Regelsätzen unterschiedlicher Reichweite und trägt damit dem Bedürfnis nach einer Kategorienbildung auf der Basis des Gleichheitssatzes Rechnung. Die Katastrophe einer Entgleisung der alles überwölbenden Regelsätze klammern aber solche Methodenlehren aus. Sie erwecken mit ihrer Beschränkung auf systemimma-

²⁰³ Zu dieser Thematik nochmals *Stürner*, Markt und Wettbewerb, passim; zur Finanzkrise und ihren inneren Ursachen *ders.*, Sind globale Märkte regulierbar?, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe. Jahresband 2009, S. 1ff.; *ders.*, Recht und Markt. Gefährdung der Vermögensordnung durch private Spekulation und staatliche Überschuldung, in: *Starck* (Herausgeber), Recht und Willkür. Akademietag der Union der deutschen Akademien der Wissenschaft 2012, 2012, S. 63ff.

nente Gerechtigkeit den Eindruck politischer Neutralität, obwohl sie damit etwas unterschätzt werden. Richtig ist nur, dass solche Methodenlehren ähnlich wie die traditionelle Dogmatik eine nur maßvolle Veränderungsneigung entwickeln und revolutionäre Verwerfungen eher meiden. Sie sind als Katalysatoren des Übergangs besonders geeignet, vor allem wenn bestimmte Grundprinzipien wie in der Gegenwart in internationalen Konventionen festgeschrieben sind und ihr klarer Bruch den Austritt aus der gegenwärtigen Gestalt menschlicher Gerechtigkeit anzeigt. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass im China der Gegenwart wie auch in Schwellenländern Südamerikas sich die Vertreter solcher Methodenlehren wie *Dworkin* oder *Alexy* besonderer Beliebtheit erfreuen.

c) Scheinpositivismus der objektiven Auslegung?

Soweit der Vorwurf gegen die objektive Auslegung zutrifft, dass sie mehr verschleiert als offenlegt, ist ihre rechtspolitische Wirkung durchaus ambivalent. Sie kann sowohl zur schleichenden Gefährdung einer zutiefst den Grund- und Menschenrechten verpflichteten Rechtsordnung beitragen als auch zur stillen Wandlung einer von widerstreitenden politischen Strömungen auf dem rechten Weg behinderten Gesellschaft. Das Ansehen der Methodenlehre von *Karl Larenz* und *Claus Wilhelm Canaris* mag nicht zuletzt auch auf der Offenheit ihrer Auslegungslehre beruhen, die aber dabei stets die Gesetzesbindung betont. Man könnte von einer Art Scheinpositivismus sprechen. Er ist eine Waffe, die nicht in die falschen Hände geraten darf, und dessen sollte sich jeder bewusst sein, der sie benützt.

d) Die Position rechtsentstehungsorientierter Grundlagenwissenschaften in Zeiten des Wandels

Grundlagenwissenschaften, die sich außerrechtlichen Voraussetzungen eines Rechtssystems widmen und damit der Entstehung „richtigen“ Rechts, laufen immer Gefahr, ihr Verständnis des Weltganzen zu einem mehr oder weniger geschlossenen System auszuformen und die Rechtsordnung diesem System dienstbar zu machen. Dabei entspricht es eigentlich gefestigter historischer Erfahrung, dass einzelne Grundlagenwissenschaften oder gar Strömungen einzelner Grundlagenwissenschaften immer nur einen Teilaspekt zutreffend erfassen und allein der Versuch zur Zusammenführung der Erkenntnisse verschiedener Grundlagenwissenschaften und ihrer unterschiedlichen Strömungen als Erkenntnisquelle ausgewogener Entwicklung einer Gesellschaft taugt. China hat sich gerade von den Folgen einer Gesellschafts-, Geschichts- und Rechtsphilosophie mühsam befreit, die in ihrer Einseitigkeit und Realitätsferne zu einer Ideologie erstarrt war. In dieser Situation ist es wenig ratsam, grundlagenwissenschaftliche Leistungsfähigkeit einmal mehr zu überschätzen und eine neue vermeintlich wissenschaftliche Erkenntnis als Basis gesell-

schaftlicher und damit auch rechtlicher Gestaltung zu präsentieren – mag es sich dabei auch um Formen neoliberaler Ökonomie mit umfassendem Geltungsanspruch handeln, für die Teile der chinesischen Gesellschaft sehr empfänglich scheinen. Sinnvoll ist die Pflege der Kenntnis der Inhalte solcher grundlagenwissenschaftlicher Erkenntnisse ohne den Versuch ihrer Verabsolutierung und unter Wahrung des Überblicks, der eine ausgewogene Zusammenschau erlaubt. Die von den rationalistischen prozeduralen Gerechtigkeits-theorien postulierte Situation des herrschaftsfreien idealen Diskurses beschreibt insoweit einen erstrebenswerten Weg, muss aber in Rechnung stellen, dass menschliche Entscheidungsfindung dieses Ideal wegen ihrer Eingebundenheit in vielerlei mitwirkende irrationale Faktoren selten oder nie verwirklichen kann. Eine inhaltliche Richtigkeitsgarantie kann auch dieser Weg nicht gewähren, was sich nicht zuletzt an manchen konkreten inhaltlichen Ergebnissen der Vertreter dieser Schule zeigt. Das typische Ergebnis einer um Ausgewogenheit bemühten Beschäftigung mit Erkenntnissen von Grundlagenwissenschaften sind nicht monistische Systeme, sondern eine Präferenz für kompliziertere gemischte Strukturen, wie sie etwa westliche demokratische Gesellschaften in unterschiedlichen Formen sozialer Marktwirtschaft verwirklichen. Die beschriebene Art der Beschäftigung mit grundlagenwissenschaftlicher Erkenntnis setzt allerdings einen gewissen Pluralismus voraus, der im inneruniversitären Bereich Chinas während der letzten Jahrzehnte in bemerkenswertem Umfang gewachsen zu sein scheint. Darin liegt ein absolut bewahrenswerter Fortschritt, den man von Seiten der Wissenschaft nicht unbedacht aufs Spiel setzen sollte. Wissenschaft ist der Unruhe einer Uhr vergleichbar, die genaue Zeit sollte sie nicht anzeigen wollen.

V. Schlussbemerkung

Das Gesamtergebnis des Versuchs einer Bilanz durch einen deutschen Rechtswissenschaftler, der selbst nicht Rechtstheoretiker und Methodenlehrer ist, mag jeden ernüchtern, der sich für Rechtstheorien der westlichen Zivilisation begeistert. Er sollte sich aber immer klar machen, dass die Ideenretorte des transatlantischen westlichen Raums neben sehr tragfähigen Grundkonzeptionen auch gesellschafts- und rechtspolitischen Strömungen zum Durchbruch verholfen hat, die über Teile der Welt viel Unheil brachten. Diese Ernüchterung soll aber nicht von intensiver Beschäftigung abschrecken, sondern im Gegenteil zu ihr ermutigen. Dem Rechtswissenschaftler kann die Erkenntnis nicht erspart bleiben, dass sein Denken im gesicherten System, wie es jede Rechtskultur mehr oder weniger entwickelt, zwar geronnene Weisheiten von Jahrhunderten zu aktivieren vermag, aber in seinen Fundamenten an allen Unsicherheiten philosophischer, sozialwissenschaftlicher, naturwissenschaftlicher, technischer und ökonomischer Erkenntnis und Entwicklung teil hat.

Immer stellt sich für den Juristen die Frage, wo er sich vornehmlich verorten soll, in der relativen Sicherheit rechtlicher und rechtswissenschaftlicher Systematisierung oder in der verunsichernden Erkenntniswelt der Grundlagenwissenschaften. Die Antwort auf diese Frage ist immer streitig geblieben. Letztlich braucht jeder gute Jurist beides. Allerdings haben in Deutschland die Erfahrungen in Reformstudiengängen gezeigt, dass es gefährlich ist, alles auf einmal zu wollen.²⁰⁴ Eine gewisse Festigung systematischer Kenntnisse des Rechts scheint empfehlenswert, ehe man sich mit Grundlagenwissenschaften vertieft befasst. Dabei sollte es sich um Kenntnisse handeln, die das System an der Lösung von Einzelfällen exemplifizieren und so die Brücke zur Realität schlagen. Der so bereits etwas geschulte Jurist kann das Anliegen der Grundlagenwissenschaften dann wesentlich besser verstehen und einordnen, als wenn er grundlagenwissenschaftliche Äußerungen über rechtswissenschaftliche Formen des Systemdenkens verarbeiten soll, die er noch gar nicht richtig kennt. Es ist deshalb zu begrüßen, dass dieser Band einige hilfreiche Überlegungen und Handreichungen zu Ausbildungsfragen präsentiert.²⁰⁵ Denn es ist auch und vor allem die kommende Juristengeneration, die über das chinesische Rechtswesen und seine Bedeutung für die Gesellschaft mitentscheidet.

²⁰⁴ Zu den Erfahrungen in Konstanz *Stürner*, ZVglRWiss 2014/113, 105ff., 108ff.; *ders.*, Freiburger Universitätsblätter 208 (Juni 2015), S. 31ff., 39ff.

²⁰⁵ Dazu der Beitrag *Roth-Mingram* (S. 215ff.) und die Materialien in Teil V des Bandes.

Teil VI

Materialien

China

Examensklausur 2013 mit Musterlösung*

Bearbeitungsanmerkung: Dieser Prüfungsbogen setzt sich aus Kurzantwort-Fragen, Fallanalysen und Erläuterungsaufgaben zusammen. Bitte tragen Sie die Antwort der Reihenfolge nach in die entsprechenden Stellen im Antwortbogen ein. Schreiben Sie Ihre Antwort nicht auf den Prüfungsbogen.

Aufgaben

1. Aufgabe (20 Punkte)

Thema 1: Am Nachmittag des 23. Februars fand im Politbüro die vierte Sitzung über das Voranschreiten der Staatsverwaltung gemäß Gesetz statt. Der Generalsekretär der Kommunistischen Partei Chinas, XI Jinping, moderierte die Sitzung und betonte die große Errungenschaft unseres Landes, das sozialistische Rechtssystem chinesischer Prägung mit der Führung der Verfassung aufgebaut zu haben und das Ziel verwirklicht zu haben, in unserem Land und unserer Gesellschaft in aller Hinsicht Gesetze zum Befolgen geschafft zu haben. Die Praxis ist die Grundlage der Gesetze und die Gesetze sollen sich zusammen mit der Veränderung der Praxis entwickeln. Wir sollen die Planung der Gesetzgebung verbessern, die Schwerpunkte der Gesetzgebung in den Vordergrund bringen, das Erlassen, die Revision und die Aufhebung der Gesetze parallel laufen lassen, das wissenschaftliche und demokratische Niveau der Gesetzgebung erhöhen und die Zielstrebigkeit, die Rechtzeitigkeit und die Systematisierung der Gesetzgebung vervollkommen. Wir sollen die Arbeitsweise und das Arbeitsverfahren der Gesetzgebung verbessern, die organisierte Mitwirkung des Publikums vergrößern und uns die Meinungen aller Seiten anhören. Die Gesetze sollen die Entwicklungsanforderungen der Wirtschaftsgesellschaft exakt widerspiegeln und die verschiedenen Interessen besser koordinieren. Insbesondere sollte auch die leitende und führende Funktion der Gesetzgebung in der sozialen Entwicklung zur Geltung gebracht werden. (Auszug aus Xinhua, 24. April 2014, Beijing)

Thema 2: Bis Ende 2010 wurden in China 236 effektive Gesetze, über 690 Verwaltungsverordnungen, über 8600 lokale Verordnungen erlassen und die Sortierungsarbeit der geltenden Gesetze, Verwaltungsverordnungen und lokalen Verordnungen vollständig durchgeführt. Das sozialistische Gesetzessys-

* Übersetzt von *Yiying Yang*.

tem chinesischer Prägung ist bereits gegründet worden. Dieses Rechtssystem basiert auf der nationalen Gegebenheit und der Realität Chinas, entspricht dem Erfordernis der Öffnung und der Reformierung des Landes, sowie der Entwicklung der sozialistischen Modernisierung und repräsentiert den Willen der Partei und des Volkes. Geleitet unter der Verfassung, verkörpert durch mehrere Rechtsgebiete, wie verfassungsrechtliche Gesetze, Zivilrecht und Handelsrecht, zusammengesetzt aus mehreren Schichten von Gesetzen, Verwaltungsverordnungen und lokalen Verordnungen, wurde in diesem Rechtssystem eine wissenschaftliche, harmonische und einheitliche innere Struktur gebildet. In jeder Hinsicht bezüglich der Entwicklung der Wirtschaft, Politik, Kultur, Gesellschaft sowie der ökologischen Zivilisation in unserem Land, ist das Ziel der Rechtsschaffung zum Befolgen verwirklicht worden. (Auszug aus dem „Arbeitsbericht des Ständigen Komitee des Nationalvolkkongresses“, veröffentlicht am 10. März 2011.)

Aufgabenstellung:

Erläutern Sie bitte aus der Perspektive der wissenschaftlichen Gesetzgebung und demokratischen Gesetzgebung anhand der zwei obigen Themen und in Verbindung mit dem inhaltlichen Sinn des Konzepts der Durchführung der Staatsverwaltung gemäß dem Gesetz, die Bedeutung und die Anforderungen bei dem Aufbau und Vervollkommen des sozialistischen Rechtssystems chinesischer Prägung während der Durchsetzung des Grundprinzips der Staatsverwaltung gemäß dem Gesetz.

Anforderungen:

1. Richtige Ansichten, vollständiger und exakter Ausdruck
2. Nur Kopie aus den Themen bringt keine Punkte
3. Mindestens 400 Zeichen

2. Aufgabe (22 Punkte)

Sachverhalt:

A kennt Yu flüchtig und weiß, dass dieser alleine wohnt. Eines Nachts kam A mit einem Messer zu Yus Wohnung, um Sachen zu stehlen. Nach der Suche stellte A fest, dass es nichts zum Stehlen gab. Im diesem Moment bewegte sich zufällig der schlafende Yu heftig und murmelte vor sich hin. A fürchtete von Yu erkannt zu werden. Daraufhin erstach A den Yu und flüchtete. (Erste Tatsache)

Aufgrund von Blutflecken an der Kleidung des A fiel dieser auf seiner Flucht dem Zivilfahnder Cheng auf. Cheng kam zu A und zog ihm am Kragen, dabei versuchte er den A festzunehmen. Da A davon ausging, dass Cheng ein Räuber war, schlug er gegen Cheng. In diesem Moment fuhr der B,

ein Freund von A, mit einem schwarzen Auto vorbei und hielt an, als er diese Situation sah. A und B schlugen Cheng. Cheng trat ein paar Schritte zurück und sagte: „Hört auf, ich bin Polizist.“ Dann sagte A zu B: „Hör nicht auf ihn, wir sollen diesen falschen Polizisten verprügeln.“ Cheng wurde niedergeschlagen, fiel auf den Boden und verletzt sich leicht. (Zweite Tatsache)

Ein Autofahrer Xie sah A und B nach der Schlägerei mit dem Auto wegfahren und fuhr deswegen dem Auto des B hinterher. A sagte zu B, dass B schneller und Schlangenlinien fahren soll, um nicht von Xie überholt zu werden. Nach zwei Kilometern verlor B in Panik die Kontrolle über den Wagen und fuhr gegen einen Betonpfosten mitten in der Straße. Xie konnte nicht rechtzeitig bremsen und fuhr gegen das Auto von B, dabei wurde Xie schwer verletzt. In diesem Moment kam auch die Polizei und nahm A und B fest. (Dritte Tatsache)

Nachdem A und B angeklagt wurden, versucht As Vater, C, durch Beziehungen und Bestechungen für A ein möglichst leichtes Urteil zu erzielen. C erfuhr, dass Ds Cousin Liu Abteilungsdirektor des Gerichts für Strafsachen ist. Daraufhin bat C den D, dem Liu RMB 150.000 zu geben. Als D mit den RMB 150.000 zu Liu kam, lehnte Liu diese ab. (Vierte Tatsache)

D teilte C das Misslingen des Versuchs mit, gab ihm jedoch lediglich RMB 50.000 zurück. Die restlichen RMB 100.000 behielt D und kaufte damit Aktien. Nachdem das Urteil verkündet und A zu einer Strafe verurteilt worden war, verlangte C die restlichen RMB 100.000 von D zurück. D weigerte sich jedoch, das Geld zurückzuzahlen. C erhob Klage gegen D vor Gericht wegen Unterschlagung. (Fünfte Tatsache)

Fragestellungen:

1. Zur ersten Tatsache: Welchen Tatbestand erfüllt das Verhalten von A? Warum?
2. Zur zweiten Tatsache: Welchen Tatbestand erfüllt das Verhalten von A und B? Warum?
3. Zur dritten Tatsache: Ist A und Bs Handeln verantwortlich für die Verletzung des C? Warum?
4. Zur vierten Tatsache: Erfüllt die Tat von D den Tatbestand der Bestechungsvermittlung? Stellt seine Tat den Tatbestand der Bestechung (Mittäter) dar? Erfüllt seine Tat den Tatbestand von Bestechlichkeit durch Einflussausübung? Was sind die jeweiligen Gründe?
5. Zur fünften Tatsache sind die Meinungen gespalten. Einige sind der Ansicht, dass das Verhalten von D eine Unterschlagung darstellt, während andere das Gegenteil behaupten. Was ist Ihre Meinung? Warum?

3. Aufgabe (22 Punkte)

Sachverhalt:

Im Juli 2012 fing Li nach dem Studienabschluss an in einem staatseigenen Unternehmen als Buchhalter zu arbeiten. Da Li die Mittel fehlten, eine eigene Wohnung zu kaufen und sein Arbeitgeber ihm auch keine Wohnung zur Verfügung stellte, musste Li bei Freunden und Verwandten Unterkunft suchen. Li stand unter Druck, die Mittel für den Kauf einer Wohnung zu besorgen.

Im April 2013 wurde eine größere Menge Bargeld (RMB 800.000) vom Arbeitgeber im Tresor hinterlegt, die nicht rechtzeitig zur Bank gebracht wurde. Li nutzte seine dienstliche Position aus, nahm das komplette Bargeld an sich und präparierte einen Tatort, an welchem der angebliche Diebstahl begangen wurde. Mit dem Geld kaufte sich Li eine Wohnung.

Dieses ungewöhnliche Verhalten fiel dem Arbeitgeber jedoch auf, worauf hin dieser Li bei der Staatsanwaltschaft anzeigte. Die Ermittlungsabteilung der Staatsanwaltschaft gegen Korruption ergriff sofort technische Ermittlungsmaßnahmen. Sie stellte Li als Verdächtigen fest und eröffnete den Untersuchungsprozess. Während sich Li in Untersuchungshaft befand, gestand Li sein ganzes kriminelles Verhalten. Aufgrund der Tatsache, dass der Täter sich schuldig bekannte und das Diebesgut in vollem Umfang zurück gebracht wurde, auch in Erwägung der Erfordernisse der Fallbearbeitung, beschloss die Staatsanwaltschaft Li in einem (von der Staatsanwaltschaft) bestimmten Ort unter Hausarrest zu stellen.

Im Juli 2013 wurde öffentlich Anklage erhoben. Li und sein Verteidigungsanwalt trugen vor Gericht vor, dass Li während der Untersuchungshaft gefoltert worden sei. Sie forderten, dass das illegal erlangte Beweismaterial nicht verwendet werden dürfte.

Fragestellungen:

1. War es rechtmäßig, dass die Staatsanwaltschaft bei der Untersuchung der die Korruption von Li technische Untersuchungsmittel einsetzte? Warum?

2. In Hinsicht auf den Einsatz technischer Mittel gemäß dem revidierten „Strafprozessgesetz“, welche besondere Anforderungen gibt es bezüglich der einsetzenden Subjekte, des Umfangs der anwendbaren Straftaten und des Anwendungsverfahrens?

3. War es rechtmäßig, dass die Staatsanwaltschaft Li unter Hausarrest stellte? Warum?

4. In welchen Schritten muss verfahren werden, wenn das Gericht den Antrag von Li und seinem Verteidiger über den Ausschluss illegal erlangter Beweismaterialien bearbeitet?

4. Aufgabe (22 Punkte)

Sachverhalt:

Hochschulabsolvent Li geht demnächst nach Stadt A, um dort ein Praktikum bei einem Wirtschaftsprüfer zu machen. Daher versuchte Li vorher, in einem Internetportal für Wohnungsvermittlungen nach einer Wohnung zu suchen. Er gab für die gewünschte Wohnung zwei Kriterien an. Zum einen sollte sich die Wohnung in einer guten Lage befinden, zum anderen sollte die Wohnung eine Dusche besitzen. Zhang hat eine 2-Zimmer-Wohnung von Wang gemietet, wobei im Mietvertrag vereinbart wurde, dass Zhang die Wohnung untervermieten darf. Zhang nahm Kontakt mit Li auf, schilderte ihm die Lage der Wohnung und sicherte ihm zu, dass die Wohnung mit einer modernen Dusche ausgestattet sei. Li war damit einverstanden, die Wohnung von Zhang zu mieten und überwies die Miete im Voraus.

Nach seinem Einzug stellte Li fest, dass die Wohnung sehr günstig gelegen war und auch, dass ein sehr geräumiges Badezimmer vorhanden war. Allerdings war die Dusche so alt und in so einem schlechten Zustand, dass sie gar nicht richtig benutzt werden konnte. In der Wohnung gab es auch keine Klimaanlage. Außerdem erfuhr Li, dass Zhang mit der Mietzahlung an Wang bereits einen Monat im Verzug war und Wang bereits ankündigte, wie im Mietvertrag für diesen Fall vereinbart, den Vertrag mit Zhang zu kündigen.

Li forderte Wang auf, die Dusche endgültig zu reparieren, da diese trotz einiger Reparaturversuche immer noch nicht richtig funktionierte. Zhang war zudem nicht mehr erreichbar, als Li versuchte ihn zu kontaktieren. Li musste daher mit kaltem Wasser duschen und holte sich hierdurch eine Erkältung. Für Li entstanden Kosten für die medizinische Behandlung der Erkältung. Zudem hatte Li auch keine andere Wahl, als zu der Firma B zu gehen und dort eine neue Duschanlage zu kaufen. Der Mitarbeiter Hao der Firma B ging mit Li zu dessen Wohnung, um die Duschanlage zu montieren. Da Hao eine Leiter für den Einbau der Duschanlage benötigte, holte Li eine Holzkiste aus dem Keller von Wang heraus und stellte sie dem Hao als Leiter zur Verfügung. Da Hao in Eile war, musste dieser Lis Wohnung gleich nach der Montage verlassen, ohne die Duschanlage vorschriftsmäßig probeweise eingeschaltet und getestet zu haben. Hao garantierte jedoch dem Li, dass die Duschanlage nun problemlos funktionieren würde. Li schob die Holzkiste an eine Wand im Badezimmer. Li rief Zhang an und teilte ihm den Kauf und die Montage der neuen Duschanlage mit, wozu Zhang nichts sagte.

Da es in der Wohnung unerträglich heiß war, kaufte Li in vorheriger Absprache mit Zhang eine Klimaanlage für das Schlafzimmer.

Am gleichen Abend kam Huang, ein alter Kommilitone von Li, nach Stadt A um Li zu besuchen. Huang ging ins Badezimmer um zu duschen. Er schaltete die Dusche gemäß der darauf angebrachten Anleitung an. Dabei sprang die Schnittstelle der Warmwasserleitung. Durch den Schock fiel Huang hin

und verletzte sich. Laut einem Gutachten ist es eine Verletzung schwersten Grades. Zudem wurde teure Kleidung in der Holzkiste, die sich noch im Badezimmer befand, durch den Wasserschaden zerstört.

Fragestellungen:

1. Da Zhang mit der Mietzahlung für einen Monat im Verzug ist, will Wang den Mietvertrag mit Zhang kündigen. Li will die Wohnung jedoch weiterhin mieten. Welche Möglichkeiten hat Li, gegen das Kündigungsrecht von Wang vorzugehen?

2. Wer soll die Kosten für die medizinische Behandlung des Li tragen? Warum?

3. Darf Li die Duschanlage austauschen? Wer soll die Kosten für den Austausch der Duschanlage tragen? Warum?

4. Wer soll die Kosten für den Kauf der Klimaanlage tragen? Warum?

5. Haben Li und/oder Zhang eine Schadensersatzpflicht für Huangs Schaden? Warum?

6. Hat Hao bzw. die Firma B eine Schadensersatzpflicht für Huangs Schaden? Warum?

7. Haben Li und/oder die Firma B eine Schadensersatzpflicht für den Schaden, welcher durch die zerstörte Kleidung entstand? Warum?

5. Aufgabe (18 Punkte)

Sachverhalt:

Im Mai 2012 gründeten die Xingping Renovierungs- und Innenarchitektur-GmbH (im Folgenden: Xingping GmbH) und die vier natürlichen Personen A, B, C und D zusammen die Dachang Baumaterialverarbeitungs-GmbH (im Folgenden: Dachang GmbH). Während der Vorbereitungsphase wurde der Vorstandsvorsitzende der Xingping GmbH, Ma Wei, als Hauptbeauftragter für die Gründung der Dachang GmbH benannt, der umfassend für alle Angelegenheiten bezogen auf die Gründung zuständig sein sollte. Ma Wei beauftragte wiederum A, ihn bei den Gründungsangelegenheiten zu unterstützen.

Am 25. Mai 2012 unterzeichnete A im Namen der GmbH einen Mietvertrag mit E über eine Wohnung, die zukünftig als eingetragener Sitz der Dachang GmbH dienen sollte.

Am 05. Juni 2012 wurde die Dachang GmbH eingetragen und damit gegründet. Ma Wei wurde Vorstandsvorsitzender, A wurde Geschäftsführer. Das Stammkapital betrug RMB 10 Mio. Hiervon wurde ein Fabrikgebäude als Sacheinlage von der Xingping GmbH aufgebracht. A brachte als Einlagen eine Betriebsanlage (für diese Anlage wurde keine Evaluierung durch Dritte durchgeführt; A meldete sie für RMB 1,5 Mio. an), sowie RMB 1 Mio. in bar.

Im Februar 2013 fälschte A mit Kenntnis von Ma Wei die Unterschriften von C und D und übertrug deren gesamte Anteile an B. Diese Übertragung wurde auch eingetragen. Im Mai 2013 übertrug B all seine Anteile für RMB 3 Mio. an den Dritten Wu Geng, der nichts von der Vorgeschichte wusste. Ma Wei und A legten zu der Übertragung keinen Widerspruch ein. Auch diese Änderung wurde eingetragen.

Es wurde nun festgestellt:

1. Das Eigentumsrecht über das Fabrikgebäude, welches Xingping GmbH als Einlage aufgebracht hatte, gehörte dem Vater von Ma Wei. Im Mai 2011 erlangte Ma Wei das Eigentum des Fabrikgebäudes nur, indem er das Testament seines Vaters gefälscht hatte. Im August desselben Jahres investierte Ma Wei dieses Fabrikgebäude als Einlage in die gegründete Xingping GmbH, in der Ma Wei 80% der Anteile gehören. Der tatsächliche Erbe von Ma Weis Vater war sein Bruder, Ma Yi.

2. Die Bareinlage von A in Höhe von RMB 1 Mio. wurde von seinem Freund Man Yue für ihn geleistet. Am 10. Juni 2012 überwies A vom Konto der GmbH RMB 1 Mio. auf sein eigenes Konto, anschließend zahlte er vereinbarungsgemäß das Geld zurück an Man Yue.

3. Die Betriebsanlage, die A als Einlage aufbrachte, hatte Anfang Juni 2012 einen Marktwert von RMB 1,3 Mio. und im Januar 2013 einen Marktwert von RMB 800.000.

Fragestellungen:

1. Ist der Mietvertrag zwischen A, der im Namen der GmbH in Gründung handelte und E wirksam? Warum?

2. Können C und D im Januar 2013 behaupten, der tatsächliche Wert der von A geleisteten Einlage in Form der Betriebsanlage sei nur RMB 800.000 wert und A daraufhin auffordern die fehlende Einlagen nachzuzahlen? Warum?

3. Muss Man Yue die entsprechende Verantwortung tragen, falls A seine Bareinlage in Höhe von RMB 1 Mio. nicht nachleisten kann? Warum?

4. Kann Ma Yi die Rückgabe des Fabrikgebäudes von der Dachang GmbH verlangen? Warum?

5. Hat B die Anteile von C und D erworben? Warum?

6. Hat Wu Geng die gesamten Anteile von B erworben? Warum?

6. Aufgabe (21 Punkte)

Sachverhalt:

Gemäß dem „Gesetz über Aufträge der öffentlichen Hand“ ist ein Verzeichnis aller Aufträge der öffentlichen Hand, die dem Lokalhaushalt zuzurechnen sind, von der Regierung der Provinzen, Autonomen Regionen sowie regie-

rungsunmittelbaren Städten oder von einer von diesen beauftragten Behörde festzulegen und bekanntzugeben. Bei der Durchsicht der Webseite der Finanzabteilung der Provinzregierung konnte Zhang kein Verzeichnis der öffentlichen Verträge finden. Nachdem sämtliche Sucherei nach diesem Verzeichnis vergeblich war, beantragte Zhang die Bekanntgabe dieses Verzeichnisses bei der Finanzbehörde der Provinzregierung. Die Finanzbehörde antwortete, dass das Verzeichnis der öffentlichen Aufträge die Arbeit, das Leben oder sonstige Bedürfnisse wie z. B. die Forschung von Zhang nicht direkt betrifft und lehnte daraufhin die Bekanntgabe dieses Verzeichnisses ab. Zhang legte Widerspruch bei der Provinzregierung ein und forderte sie auf, die Nichtbekanntgabe des Verzeichnisses durch die Finanzabteilung für rechtswidrig zu erklären und die Bekanntgabe anzuordnen. Die Provinzregierung nahm den Antrag am 10. April an, erteilte jedoch keine Entscheidung über den Widerspruch innerhalb der gesetzlichen Frist. Zhang erhob daraufhin am 18. Juni Klage gegen die Provinzregierung beim zuständigen Gericht.

Fragestellungen:

1. Soll das Gericht die Klage annehmen? Warum?
2. Ist der Grund, den die Finanzabteilung für die Ablehnung der Bekanntgabe des Verzeichnisses der Aufträge öffentlicher Hand angab, rechtmäßig? Warum?
3. Wie soll die Provinzregierung nach der Annahme des Widerspruchsantrags von Zhang den Fall behandeln, damit er mit dem „Verwaltungswiderspruchsgesetz“ und der „Verordnung über die Bekanntgabe der Regierungsinformationen“ konform ist?
4. Wer führt die Aufsicht, wenn die von den Verwaltungsorganen bekanntzugebenden Informationen nicht bekanntgegeben werden?
5. Wenn Zhang direkt eine Klage wegen der Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Finanzabteilung erhoben hätte, da diese nicht von Amts wegen das Verzeichnis der Aufträge der öffentlichen Hand bekanntgegeben hatte, ohne einen Antrag auf die Bekanntgabe bei der Finanzabteilung zu stellen, wie hätte das Gericht den Fall zu handhaben?

7. Aufgabe (25 Punkte)

Sachverhalt:

Sun und Qian betrieben in einer Partnerschaft ein Metallwarengeschäft. Wegen Meinungsverschiedenheiten zu Geschäftsideen verstanden sich Sun und Qian nicht gut. Sun hat deswegen die Gebrüder Zhao Long und Zhao Hu angestiftet, Qian zu provozieren und ihn zu verprügeln. Die Kosten für medizinische Behandlung der Verletzung von Qian betrugen RMB 20.000, die Verpflegungskosten betrugen RMB 3.000 und die Verkehrskosten betrugen

RMB 2.000. Qian beauftragte den Anwalt Li, die Gebrüder Zhao vor Gericht des Kreises A anzuklagen, sowie folgende Schadensersatzansprüche geltend zu machen: wirtschaftlichen Verlust in Höhe von RMB 25.000 und Schmerzensgeld in Höhe von RMB 5.000. Als Beweismaterial wurden unter anderem ein ärztliches Zeugnis, ein Attest, Taxifahrbelege, Quittungen sowie eine schriftliche Bezeugung vom Zeugen Zhou beim Gericht abgegeben. Das Gericht des Kreises A eröffnete ein vereinfachtes Verfahren für diesen Fall. Die zwei Angeklagten haben kein Beweismaterial abgegeben. Während der Gerichtsverhandlung bekannten sie sich dazu, den Qian geschlagen zu haben. Sie legten jedoch Einspruch gegen die Höhe des Betrags des Schadensersatzes ein. Das Gericht des Kreises A gab schließlich allen Ansprüchen von Qian statt.

Die zwei Angeklagten nahmen das Urteil nicht an und gingen in Berufung vor dem Gericht mittlerer Stufe der Stadt B. Sie gestanden ein, dass sie von Sun angestiftet worden waren. Qian forderte, den Sun als Mitangeklagten ebenfalls beizuladen, sich von ihm den Schaden ersetzen zu lassen sowie die Partnerschaft aufzulösen und das Vermögen der Partnerschaft aufzuteilen. Nach der Überprüfung stellte das Gericht mittlerer Stufe der Stadt B fest, dass Sun ebenfalls Angeklagter sei und an der Verhandlung teilnehmen soll. Sun wurde aufgefordert, an einem Vergleich teilzunehmen. Zum Schluss vereinbarten alle Parteien eine Vergleichsabsprache. Qian verzichtet auf das Schmerzensgeld; Sun hat den Schadensersatz in Höhe von RMB 15.000 an Qian vor Ort zu zahlen. Die Gebrüder Zhao haben den Schadensersatz in Höhe von RMB 10.000 innerhalb von sieben Tagen an Qian zu zahlen. Qian und Sun waren damit einverstanden, die Partnerschaft weiter zu betreiben. Das Gericht mittlerer Stufe der Stadt B ließ das Vergleichsschreiben allen Parteien zukommen und schloss diesen Fall damit ab.

Fragestellungen:

1. Bitte entwerfen Sie eine Klageschrift für Qian ODER das Gerichtsurteil erster Instanz. (Bitte schreiben Sie entweder die Klageschrift oder das Gerichtsurteil; die Antwort mit der besseren Bewertung zählt, sofern Sie auf beide antworten.)
2. Wie ist zu verfahren, wenn das Gericht mittlerer Stufe der Stadt B mit dem Vergleich erfolglos gewesen wäre?
3. Sofern das Gericht des Kreises A diesen Fall erneut verhandeln müsste, welche Besonderheiten müsste das Gericht beachten?
4. Mit der Intensivierung des sozialen Wandels in den vergangenen Jahren ist die Staatsverwaltung diversen Herausforderungen ausgesetzt. Es ist die unvermeidliche Tendenz der Staatsverwaltung, dass die Konflikte in der Gesellschaft durch mehrere Kanäle wie Volksvergleich, administrativer Vergleich, Gerichtsvergleich sowie Gerichtsverhandlungen gelöst werden. Aus-

gangspunkt der Justizreform ist die Befriedigung der Bedürfnisse des Volkes nach Justiz, sodass die Rechthabenden den Prozess gewinnen und die Gerechtigkeit durch Justiz offenbart wird. Bitte nehmen Sie Bezug auf den Sachverhalt dieses Falles und erläutern Sie das Verhältnis zwischen dem Vergleich und der Gerichtsverhandlung zur Zeit des sozialen Wandels.

Anmerkungen:

1. Bitte antworten Sie auf diese Fragen anhand Ihrer Kenntnisse über gesetzliche Regelungen und justizielle Auslegungen, sowie der Rechtstheorie über das Zivilprozessrecht.
2. Der Standpunkt muss aussagekräftig, die Logik anschaulich, die Begründung ausreichend und der Text fließend sein.
3. Bitte antworten Sie auf diese Fragen in der vorgegebenen Reihenfolge. Mindestens 600 Schriftzeichen.

Lösungen¹

1. Lösungen (Stichpunkte)

1. Zum entscheidenden Zeitpunkt der sozialen Entwicklung unseres Landes hat unsere Partei eine wichtige Entscheidung getroffen, nämlich die Festlegung des Prinzips der „Staatsverwaltung nach dem Gesetz“. Diese Entscheidung entspricht der Zeitströmung und ergreift die Chancen unseres Zeitalters, sodass ein bedeutender Kurswechsel sowie ein historischer Sprung der Staatsverwaltung unserer Partei geschafft wurden.

2. Das Grundkonzept der „Staatsverwaltung nach dem Gesetz“ ist ein großes komplexes Projektsystem, das grundlegende Veränderungen im Hinblick auf das Gesamtsystem, die Struktur und den Mechanismus der Funktionsweise unserer Gesellschaft berücksichtigt sowie das (Rechts-)Bewusstsein und die (Rechts-)Anschauung (der Bevölkerung) beinhaltet. Dieses Konzept ist eine große Errungenschaft der kollektiven Intelligenz und der gemeinsamen Bemühungen der gesamten Partei, des gesamten Landes und aller Volksgruppen Chinas.

3. Die Umsetzung des Grundkonzepts der „Staatsverwaltung nach dem Gesetz“ setzt den Aufbau und das Vervollkommen des sozialistischen Gesetzessystems chinesischer Prägung voraus. Der Aufbau und das Vervollkommen des sozialistischen Gesetzessystems chinesischer Prägung ist die unerlässliche Vorbedingung für die Umsetzung des Grundkonzepts der „Staatsverwaltung nach dem Gesetz“. Aus diesem Grund hat es für die Um-

¹ Es handelt sich hierbei um die Übersetzung der offiziell vom Prüfungsamt ausgegebenen Lösungen.

setzung des Grundkonzepts der „Staatsverwaltung nach dem Gesetz“ eine solide Basis gebildet, es wurde ein sozialistisches Gesetzssystem chinesischer Prägung aufgebaut, das von der Verfassung bestimmt und durch mehrere Rechtsgebiete, wie verfassungsrechtliche Gesetze, Zivilrecht und Handelsrecht verkörpert sowie aus mehreren Schichten wie Gesetzen, Verwaltungsverordnungen und lokalen Verordnungen zusammengesetzt ist.

4. Der Generalsekretär XI Jinping hat darauf hingewiesen, dass die Praxis die Grundlage der Gesetze ist. Die Gesetze sollen einhergehend mit der Entwicklung der Praxis entwickelt werden. Vor den neuen historischen Hintergründen muss das Gesetzssystem chinesischer Prägung weiter vervollkommen werden. Dies stellt uns vor eine Reihe von Herausforderungen. Wir sollen auf der Basis von neuen Gebieten, neuen Erscheinungen und neuen Eigenschaften der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen unseres Landes die Gesetzgebung wissenschaftlich erarbeiten und planen, sowie das Verfahren und die Art und Weise der Gesetzgebung vervollkommen. Dabei sollen wir an der Wissenschaftlichkeit und Demokratie des Gesetzgebungsverfahrens festhalten und die Einheit des Gesetzessystems bewahren. Wir sollen die Qualität der Gesetzgebung stets verbessern sowie sämtliche Rechtsordnungen rechtzeitig errichten, revidieren und zur Vollendung bringen, sodass die Gesetzgebung den Willen des breiten Volkes in jeder Hinsicht widerspiegelt und den nationalen Gegebenheiten unseres Landes besser entspricht.

2. Lösungen

1. A begeht einen Diebstahl, bei dem er eine gefährliche Sache bei sich führt und mit der er in eine Wohnung einbricht, daher hat A die Straftat des Diebstahls verwirklicht. Solange eine Gewalttat nicht zum Zweck der Überwindung des Widerstandes des Besitzers der Sache verübt wird, muss sie individuell und im situativen Kontext beurteilt werden. Eine Straftat ist nur dann gleich einem Raub zu bestrafen, wenn man während des Diebstahlvorgangs Gewalt verübt, um das gestohlene Gut zu erhalten, um sich gegen die Festnahme zu wehren oder um den Beweis der Straftat zu vernichten. Das Verhalten von A ist nicht als Raub zu beurteilen, da er nicht die oben genannten Voraussetzungen erfüllt. Im vorliegenden Fall war dem Opfer die Straftat des Täters nicht bewusst und er hat keinen Widerstand dagegen geleistet. Nachdem A das Opfer getötet hat, hat er keine Sache vom Opfer mit der Absicht der Zueignung weggenommen. Darum ist die Tat von A sowohl als Diebstahl als auch als Mord zu beurteilen und nicht als Raub.

2. Das Verhalten von A und B stellt Putativnotwehr dar. Putativnotwehr ist unter Berücksichtigung der tatrelevanten Umstände als fahrlässige Straftat oder als Unfall zu beurteilen. In dem vorliegenden Fall übten A und B Gewalt aus, obwohl das Opfer Cheng sie ausdrücklich darüber informiert hat, dass er

ein Polizist ist. Aus diesem Grund begingen A und B aus der subjektiven Perspektive eine fahrlässige Handlung. Jedoch stellt eine fahrlässige Handlung nur dann eine Straftat dar, wenn das Handeln zur schweren Körperverletzung geführt hat. Das Handeln von A und B führte zu einer (leichten) Körperverletzung (körperlichen Misshandlung). Aus diesem Grund sind A und B bezüglich der zweiten Tatsache unschuldig.

3. Zwischen der schweren Körperverletzung des Opfers und der Zickzack-Fahrweise des Angeklagten auf der Autobahn tritt noch das fahrlässige Handeln des Opfers hinzu (z. B. dass er die Kontrolle über das Auto verloren hat). Daher besteht zwischen der schweren Verletzung von Xie und dem Verhalten von A und B lediglich ein Bedingungsverhältnis (das Verhalten von A und B ist nur eine von mehreren Bedingungen). Aus der Perspektive der Beurteilung gemäß den Regelungen war die Körperverletzung die Konsequenz des Auffahrunfalls, welcher durch Xie selbst verursacht wurde. Daher sind A und B nicht für die Konsequenzen verantwortlich.

4. (1) D hat es nicht geschafft, Kontakt zwischen C und dem Richter Liu herzustellen, sodass C keine Bestechung und Liu keine Bestechlichkeit begangen hat. Daher erfüllt die Handlung von D keinen Tatbestand der Bestechungsvermittlung.

(2) D nahm den Auftrag von C an und half C dabei, Bestechung zu begehen. Daher stellt die Tat von D die Teilnahme an der Bestechung (Versuch) dar.

(3) D hat objektiv gesehen keine Sachen von einem anderen gefordert oder angenommen, subjektiv hat D auch nicht beabsichtigt, Sachen anzunehmen. Darum stellt die Tat von D keine Bestechlichkeit durch Einflussausübung dar.

5. (A) ja. Gründe: (1) D hat sich Sachen eines anderen rechtswidrig zueignet, die er für ihn aufbewahrte. Der Geldwert ist hoch. D lehnte es ab, die Sache zurückzugeben. Daher erfüllt die Tat von D den Tatbestand einer Unterschlagung. (2) Unabhängig davon, ob C einen Herausgabeanspruch auf die RMB 100.000 hat, gehört dieses Geld nicht dem D. Darum ist diese „Sache“ als „Sache von einem anderen“ zu beurteilen. (3) Zwar wird ein rechtswidriges Auftragsverhältnis nicht vom Zivilrecht geschützt, jedoch ist das Ziel des Strafrechts nicht die Feststellung des Eigentumsrechts, sondern der Kampf gegen die kriminelle Zueignung fremder Sachen. Wenn die rechtswidrige Zueignung aufbewahrter fremder Sachen, die wie hier z.B. als Schmiergeld einen illegalen Charakter haben, nicht als Straftat zu beurteilen wäre, würden zahlreiche Taten wie Unterschlagung von Sachen, die durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt wurden, als nicht tatbestandsmäßig zu beurteilen sein. Dies wäre unangemessen.

(B) Nein. Gründe: (1) Die RMB 100.000 sind Schmiergeld und C hat somit keinen Herausgabeanspruch. Dieses Vermögen gehört nicht mehr C. Daher hat D kein „fremdes Vermögen“ unterschlagen. (2) Dieses Vermögen befindet sich im tatsächlichen Besitz von D und ist daher kein „Vermögen des

Staats“. Darum ist dieses Vermögen nicht als „fremdes Vermögen in Aufbewahrung“ zu beurteilen. Aus diesen Gründen ist es nicht richtig zu sagen, dass D zwar kein fremdes Vermögen, allerdings ein Vermögen des Staats unterschlagen hat. (3) Wenn in diesem Fall die Straftat der Unterschlagung festgestellt werden würde, würde man zum Ergebnis kommen, dass C zwar zivilrechtlich keinen Herausgabeanspruch hat, ihm jedoch strafrechtlich ein Herausgabeanspruch zusteht. Wenn zu einer Frage das Zivilrecht und das Strafrecht unterschiedliche Antwort liefern würden, würde die Einheitlichkeit der Rechtsordnung beeinträchtigt werden.

3. Lösungen

1. Nein. (1) Technische Ermittlungsmaßnahmen dürfen erst nach der Eröffnung des Ermittlungsverfahrens ergriffen werden. (2) Technische Ermittlungsmaßnahmen müssen zuerst durch ein striktes Genehmigungsverfahren genehmigt werden. (3) Die Staatsanwaltschaft darf keine technischen Ermittlungsmaßnahmen ausüben. Sie muss die entsprechende Stelle anweisen, diese zu ergreifen.

2. (1) Technische Ermittlungsmaßnahmen dürfen lediglich durch die Behörde für öffentliche Sicherheit sowie durch die Behörde für Staatssicherheit ergriffen werden. (2) Anwendungsbereich: Die Behörde für öffentliche Sicherheit kann nach der Eröffnung des Ermittlungsverfahrens technische Ermittlungsmaßnahmen gegen folgende Straftaten einsetzen: Straftaten, die die Staatssicherheit gefährden; terroristische Straftaten; organisiertes Bandenverbrechen; schwerwiegende Drogenkriminalität oder sonstige Straftaten, die eine schwere Gefährdung der Gesellschaft darstellen. Die Staatsanwaltschaft kann nach der Eröffnung des Ermittlungsverfahrens technische Ermittlungsmaßnahmen gegen folgende Straftaten einsetzen: schwere Korruptionsfälle, Bestechungen sowie schwerwiegende Straftaten, die ein Amtsträger durch seine Amtsposition gegen persönliche Rechte der Bürger begeht. Bei der Fahndung nach demjenigen, der steckbrieflich gesucht wird sowie Verdächtigen oder Angeklagten, deren Festnahme bereits genehmigt oder entschieden wurde, dürfen erforderliche technische Ermittlungsmaßnahmen eingesetzt werden. (3) Anwendungsverfahren: Der Einsatz technischer Ermittlungsmaßnahmen wird von der Behörde für öffentliche Sicherheit, Behörde für Staatssicherheit oder der Staatsanwaltschaft beschlossen und von der Behörde für öffentliche Sicherheit oder der Behörde für Staatssicherheit durchgeführt. Der Einsatz der technischen Ermittlungsmaßnahmen muss vorab durch strikte Verfahren genehmigt werden. Die entsprechenden Behörden dürfen technische Ermittlungsmaßnahmen nur streng innerhalb des Rahmens der Genehmigung, d. h. hinsichtlich Arten der Maßnahmen, Objekten und Frist einsetzen.

3. Es war rechtmäßig. In den Fällen, bei denen die Voraussetzungen für die Festnahme erfüllt sind, kann wegen bestimmten Besonderheiten des Falls oder der Bearbeitung des Falls die Maßnahme des Hausarrests eingesetzt werden. Hausarrest kann gegen Verdächtige ohne einen festen Wohnort oder bei drei bestimmten Arten von Straftaten der Gefährdung der Staatssicherheit eingesetzt werden. Im vorliegenden Fall geht es zwar nicht um die Gefährdung der Staatssicherheit, aber Li hat keinen festen Wohnort. Daher sind die Voraussetzungen für den Einsatz des Hausarrests erfüllt.

4. (1) Vor der Gerichtsverhandlung soll das Volksgericht Kopien der Anträge einschließlich entsprechender Hinweise und Unterlagen dem Staatsanwalt zukommen lassen. (2) Sollte das Volksgericht nach der Überprüfung Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung haben, soll es eine Sitzung vor der Gerichtsverhandlung abhalten, um sich über die Beseitigung rechtswidrig erhobener Beweise zu informieren. Die Staatsanwaltschaft kann die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung erläutern, indem sie z.B. die entsprechenden Beweise und Unterlagen vorzeigt. (3) Die Untersuchung über die Beseitigung rechtswidrig erhobener Beweise während der Gerichtsverhandlung kann entweder nach der Antragstellung der Parteien sowie des Verteidigers auf die Beseitigung rechtswidrig erhobenen Beweise oder vor der Beendigung der Gerichtsermittlung erfolgen. (4) Das Ermittlungsverfahren beginnt damit, dass die Staatsanwaltschaft die Beweise nebst Unterlagen vorzeigt, vorliest und abspielt. Im Anschluss fordert die Staatsanwaltschaft das Gericht auf, die Ermittler oder sonstige betroffene Personen zu vernehmen, um die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung zu beweisen. (5) Nachdem das Gericht die Untersuchung über die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung abgeschlossen hat, soll dieses das Untersuchungsergebnis der Staatsanwaltschaft, den Parteien, deren Verteidigern bzw. den Vertretern mitteilen.

4. Lösungen

1. Li (Untermieter) kann Wang anbieten, dem Wang die von Zhang (Mieter) geschuldete Miete und die Vertragsstrafe für ihn zu zahlen, um gegen das Kündigungsrecht von Wang Einwand zu erheben.

2. Zhang (Mieter) trägt die Kosten. Zhang (Untervermieter) ist dafür verpflichtet, warmes Duschwasser (Duschanlage) zur Verfügung zu stellen, er verletzt jedoch seine Pflicht, wodurch es zum Schaden des Li kommt. Darum ist Zhang schadensersatzpflichtig.

3. Ja. Zhang trägt die Kosten. Als Vermieter soll Zhang (Untervermieter) vereinbarungsgemäß dem Untermieter die gemieteten Sachen zur Verfügung stellen sowie die Reparatur der Mietsache übernehmen. Zhang ist daher verpflichtet, die Mietsache so instand zu halten, dass sie den vereinbarten Nutzungszweck erfüllt.

4. Li trägt die Kosten. Da Li (Untermieter) zwar in Absprache mit Zhang (Untervermieter) die Renovierung der Wohnung vorgenommen hat, aber sie keine gesonderte Vereinbarung über die Kostentragung getroffen haben. Darum hat der Mieter keinen Ersatzanspruch bezüglich der Kosten gegen den Vermieter.

5. Nein (Weder Li noch Zhang sind schadensersatzpflichtig). Da zwischen Li und Huang kein Vertrag besteht, hat Li keine Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzung; Li trifft zudem kein Verschulden für den Schaden, der Huang entstanden ist. Folglich trifft ihn auch keine deliktische Haftung. Infolgedessen trifft Li keine Schadensersatzpflicht. Zwischen Zhang und Huang besteht ebenfalls kein Vertrag, sodass Zhang keine Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzung hat; für die dem Huang entstandenen Schäden trägt Zhang keine Schuld und ihn trifft somit keine Deliktshaftung. Demzufolge ist Zhang nicht schadensersatzpflichtig.

6. Nicht Hao ist schadensersatzpflichtig, sondern die Firma B. Da in diesem Fall Hao ein Arbeitnehmer der Firma B ist und die Arbeitsaufgaben für die Firma B ausführt, trifft Hao keine Deliktshaftung. Da die Duschanlage ein Produkt mit Mängeln ist und deswegen einen Schaden angerichtet hat, kann der Geschädigte (Huang) entweder vom Hersteller oder vom Verkäufer des Produktes Schadensersatz verlangen. Deswegen ist die Firma B schadensersatzpflichtig.

7. Nicht Li ist schadensersatzpflichtig, sondern die Firma B. Der Grund ist, dass Li kein Verschulden für die beschädigte Kleidung trifft. Deliktshaftung bezüglich mangelhafter Produkte trifft den Hersteller oder Verkäufer des Produkts. Darum trifft die Firma B die Deliktshaftung für die Schäden der Kleidung von Zhang.

5. Lösungen

1. Der Vertrag ist wirksam. Eine Gesellschaft in Gründung ist fähig, Rechtsgeschäfte zu tätigen.

2. Nein. Für die Frage, ob A bereits seine Einlagepflicht erfüllt hat, ist der Moment entscheidend, in dem er das Eigentumsrecht der Betriebsanlage auf die Gesellschaft übertragen hat. In diesem Fall ist der Anfang Juni 2012 festgestellte Betrag i.H.v. RMB 1,3 Mio. ausschlaggebend für die Beurteilung, ob A seine Einlagepflicht nacherfüllen muss. Hierzu vgl. §§ 9 und 16 der „Erläuterung des Obersten Volksgerichts zum Gesellschaftsrecht (3)“.

3. Man Yue haftet gesamtschuldnerisch. Siehe § 15 der „Erläuterung des Obersten Volksgerichts zum Gesellschaftsrecht (3)“.

4. Ja. Erstens hat Ma Wei das Eigentum nicht durch Erbschaft erworben, da das Erben unwirksam war. Ma Wei hat das Fabrikgebäude als Einlage in die Xingping GmbH investiert. Da Ma Wei Vorstandsvorsitzender der Xingping GmbH ist, wird seine Arglist der GmbH zugerechnet. Infolgedessen hat

die Xingping GmbH das Eigentumsrecht über das Fabrikgebäude nicht erworben. Zweitens, als die Xingping GmbH das Fabrikgebäude als Einlage in die Dachang GmbH investierte, war Ma Wei Hauptbeauftragter für die Gründung der Dachang GmbH und anschließend der Vorstandsvorsitzende der gegründeten GmbH. Dies bedeutet, dass die Dachang GmbH das Eigentumsrecht über das Fabrikgebäude ebenfalls nicht erworben hat. Aus den oben genannten Gründen steht das Eigentumsrecht des Fabrikgebäudes Ma Yi zu, der das Fabrikgebäude von der Dachang GmbH zurück verlangen kann.

5. Nein. Die Anteilsübertragung von C und D auf B ist gar nicht zustande gekommen, da die Unterschriften von C und D durch A gefälscht wurden. Überdies kann B subjektiv nicht gutgläubig gewesen sein, sodass es keines Falls zu einem gutgläubigen Erwerb durch B kam.

6. Ja. Da der Anteilsbesitz durch B rechtmäßig war, war die Übertragung seiner Anteile auf Wu Geng ebenfalls wirksam. Die Übertragung der Anteile von C und D auf B ist zwar unwirksam, da sie jedoch bereits im Handelsregister eingetragen ist, zudem der Erwerb der Anteile durch Wu Geng gutgläubig war und ebenfalls bereits ins Handelsregister eingetragen ist, kann Wu Geng seinen gutgläubigen Erwerb der Anteile behaupten. Siehe dazu die Prinzipien in §§ 26 und 28 der „Erläuterung des Obersten Volksgerichts zum Gesellschaftsrecht (3)“.

6. Lösungen

1. Das Gericht soll diesen Fall annehmen. Gemäß der Erläuterung des Obersten Volksgerichts gehört es zum Anwendungsbereich der Verwaltungsklagen, wenn der Betroffene innerhalb der gesetzlichen Frist keine Entscheidung über den von ihm eingelegten Widerspruch von der zuständigen Behörde erteilt bekommt. Da der Beklagte die zuständige Behörde für Widerspruchsverfahren ist, Zhang parteifähig ist, die Klageerhebung in der gesetzlichen Frist erfolgt ist und sowie es keine Gründe für eine Nichtannahme der Klage gibt, hat das Gericht diesen Fall anzunehmen.

2. Nein. Gemäß der „Verordnung über die Bekanntgabe der Regierungsinformationen“ sowie sonstigen einschlägigen Rechtsnormen ist das Verzeichnis aller Aufträge der öffentlichen Hand von der Regierung bekanntzugeben, und zwar von Amts wegen und nicht auf Antrag. Die Tatsache, dass diese Information die Arbeit, das Leben sowie die Forschung des Antragstellers nicht betrifft, ist irrelevant für die Bekanntgabe dieser Informationen.

3. Die Provinzregierung soll die Rechtmäßigkeit der Ablehnung der Bekanntgabe des Verzeichnisses durch die Finanzabteilung überprüfen und innerhalb der gesetzlichen Frist die Entscheidung über den Widerspruch erteilen. Das Verzeichnis der Aufträge der öffentlichen Hand gehört zu den Informationen, die die Regierung von Amts wegen zu veröffentlichen hat. Sollte die Provinzregierung die Finanzabteilung bereits beauftragt haben, das

Verzeichnis festzulegen und zu veröffentlichen, hat die Provinzregierung die Finanzabteilung zur rechtzeitigen Veröffentlichung anzuweisen; sollte die Provinzregierung keine Behörde zur Festlegung und Veröffentlichung beauftragt haben, hat die Provinzregierung das Verzeichnis von sich aus zu veröffentlichen.

4. Solange eine Verwaltungsbehörde Informationen nicht veröffentlicht hat, die sie von Amts wegen zu veröffentlichen hat, können Bürger, juristische Personen oder sonstige Vereine gemäß der „Verordnung über die Bekanntgabe der Regierungsinformationen“ dies der übergeordneten Verwaltungsbehörde, der Aufsichtsbehörde oder der zuständigen Behörde für Bekanntgabe der Regierungsinformationen anzeigen. Die Behörde, die die Anzeige erhält, hat den Fall zu untersuchen und zu bearbeiten.

5. Gemäß den „Bestimmungen des Obersten Volksgerichts über einige Fragen hinsichtlich der Gerichtsverhandlung von verwaltungsrechtlichen Fällen in Bezug auf die Bekanntgabe der Regierungsinformationen“ hat das Gericht Zhang mitzuteilen, dass er zunächst bei der Verwaltungsbehörde einen Antrag auf die Bekanntgabe entsprechender Regierungsinformationen stellen muss. Erst wenn Zhang mit der Entscheidung oder mit der Nichtbeantwortung der Verwaltungsbehörde nicht einverstanden ist, kann er eine Klage bei Gericht erheben.

7. (ausgelassen)

Urteil des 2. Mittleren Gerichts in Shanghai vom 04.09.2009*

Im Folgenden wird das zweitinstanzliche Urteil des 2. Mittleren Gerichts in Shanghai vom 04.09.2009, Az. (20009) Hù Èr Zhōng Mín Èr (Mín) Zhōng Zì Nr. 1508 (Shanghai Zhongyuan Property Consultancy Co., Ltd. vs. Tao Dehua) übersetzt.¹ Das Oberste Volksgericht hat das Gerichtsurteil als Leitenentscheidung Nr. 1 in seiner Gazette im Jahr 2012 veröffentlicht. Das Gerichtsurteil soll in der Praxis dazu dienen, den Preiskampf im vermittelnden Dienstleistungssektor der Immobilienmakler weiter anzukurbeln und für einen gesunden Wettbewerb auf dem Immobilienmarkt für gebrauchte Immobilien zu sorgen. Insbesondere verdeutlicht es einmal mehr den Schutz des Käufers von seinem ihm rechtmäßiger Weise zustehenden Wahlrecht Gebrauch zu machen. In dem Urteil geht das 2. Mittlere Gericht in Shanghai dabei maßgeblich der Frage nach, ob der Käufer eine Vereinbarung aus dem Maklervertrag über den Kauf und Verkauf von Immobilien verletzt, nach der er nicht durch Inanspruchnahme der vom Maklerbüro zur Verfügung gestellten Objektinformationen einen Immobilienkaufvertrag unter Umgehung des Maklers direkt mit dem Verkäufer abschließen darf, wenn der Eigentümer dasselbe Objekt gleich durch mehrere Maklerbüros beworben, der Käufer die Informationen auch von anderen Maklern erhalten und über einen dieser Makler schließlich den Kaufvertrag geschlossen hat.

I. Hauptgedanke des Urteils

Eine Vereinbarung in einem Maklervertrag über den Kauf und Verkauf von Immobilien, die dem Käufer verbietet, mit dem Verkäufer durch Inanspruchnahme der vom Maklerbüro zur Verfügung gestellten Informationen unter Umgehung des Maklers einen Immobilienkaufvertrag zu schließen, ist rechtmäßig und wirksam. Hat der Verkäufer jedoch dasselbe Verkaufsobjekt bei mehreren Maklern inseriert und erhält der Käufer daraufhin über andere öffentlich zugängliche und legitime Kanäle identische Informationen über genau dasselbe Objekt, dann hat er auch das Recht für den Abschluss des Im-

* Übersetzt von Patrick Alois Hübner.

¹上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案, (2009)沪二中民二(民)终字第 1508 号.

mobilienkauftertrag den Makler mit dem niedrigsten Preis und besten Service zu wählen. Dies stellt keine Nutzung der Objektinformationen des Maklerbüros dar, das er ursprünglich beauftragt hatte und führt daher nicht zu einer Vertragsverletzung.

Rechtsgrundlage: § 424 Vertragsgesetz²

Fallverzeichnis:

Erstinstanzliches Urteil des Hongkou Bezirksgerichts in Shanghai vom 23.06.2009, Az. (2009) Hóng Mǐn Sān (Mín) Chū Zì Nr. 912.

Zweitinstanzliches Urteil des 2. Mittleren Gerichts in Shanghai vom 04.09.2009, Az. (2009) Hù Èr Zhōng Mǐn Èr (Mín) Zhōng Zì Nr. 1508.

II. Tatbestand

Die Klägerin, Shanghai Zhongyuan Property Consultancy Co., Ltd. (im Folgenden: Zhongyuan GmbH) hat vorgetragen: Der Beklagte Tao Dehua habe die von der Zhongyuan GmbH zur Verfügung gestellten Verkaufsinformationen bezüglich einer Immobilie in der Zhuzhou Straße des Bezirks Hongkou in Shanghai genutzt und vorsätzlich unter Umgehung des Maklers direkt mit dem Verkäufer privat einen Immobilienkaufvertrag abgeschlossen. Das verletze die Bestimmungen des „Bestätigungsschreibens über das Immobilienkaufvorhaben“ und stelle eine arglistigste Verhaltensweise in Form der „Umgehung des Maklers“ dar. Die Zhongyuan GmbH beantragte, Tao Dehua zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 16.500 RMB zu verurteilen.

Der Beklagte Tao Dehua hat vorgetragen: Der frühere Eigentümer Herr Li habe für den Verkauf der Immobilie mehrere Maklerbüros beauftragt. Die Zhongyuan GmbH sei weder das einzige Maklerbüro gewesen, in deren Besitz sich die Objektinformationen befanden, noch habe sie einen Alleinauftrag für den Verkauf gehabt. Daher habe er nicht Informationen genutzt, die von der Zhongyuan GmbH angeboten worden seien, und es liege auch keine zu einer Vertragsverletzung führende „Umgehung des Maklers“ vor.

² Nach § 424 Vertragsgesetz ist ein Maklervertrag (居间合同/jūjiān hétong) ein Vertrag, bei dem der Makler dem Auftraggeber Gelegenheiten zum Abschluss eines Vertrags anzeigt oder beim Vertragsschluss als Vermittler Dienste leistet und der Auftraggeber ein Entgelt hierfür zahlt. In der chinesischen Zivilrechtslehre wird synonym zu Maklervertrag die Bezeichnung Vermittlungsvertrag (中介合同/zhōngjiè hétong) oder Vermittlungsdienstvertrag (中介服务合同/zhōngjiè fúwù hétong) verwendet. Die Übersetzung des § 424 Vertragsgesetz orientiert sich an der Übersetzung von Münzel/Zheng Xiaoping, Chinas Recht 2000.1, 15.3.1999/1, abrufbar unter <http://www.chinas-recht.de/vertrag.htm> mit kleineren Änderungen.

Das Gericht hat folgende Feststellungen getroffen: In der zweiten Hälfte des Jahres 2008 inserierte der frühere Eigentümer Herr Li die streitgegenständliche Immobilie zum Verkauf bei mehreren Maklerbüros. Am 22.10.2008 ließ ein Shanghaier Maklerbüro Tao Dehua erstmals das Objekt besichtigen. Am 23.11.2008 besichtigte sodann seine Ehefrau, Frau Cao, das Objekt über die Shanghaier Immobilienberatungsgesellschaft (im Folgenden: Beratungsgesellschaft). Am 27.11.2008 stellte schließlich die Zhongyuan GmbH Tao Dehua dieselbe Immobilie vor und beide Parteien unterzeichneten noch am selben Tag ein „Bestätigungsschreiben über das Immobilienkaufvorhaben“. Nach § 2.4 des Bestätigungsschreibens sollte Tao Dehua an die Zhongyuan GmbH eine Vertragsstrafe in Höhe von 1% des vom Verkäufer tatsächlich erzielten Verkaufserlöses zahlen, wenn er selbst, sein Auftraggeber, Vertreter, Repräsentant oder eine von ihm beauftragte oder sonstig mit ihm in Verbindung stehende Person innerhalb von sechs Monaten seit der Besichtigung, die vom Maklerbüro dargebotenen Informationen, Gelegenheiten oder sonstigen Umstände nutzt und hierdurch unter Umgehung der Zhongyuan GmbH mit Dritten einen Vertragsschluss erzielt. Zu der Zeit führte die Zhongyuan GmbH die Immobilie zu einem Kaufpreis von 1.65 Millionen RMB im Portfolio. Die Beratungsgesellschaft hingegen listete das Objekt zu einem Preis von 1.45 Millionen RMB und trat sogar mit dem Verkäufer noch aktiv in weitere Preisverhandlungen ein. Am 30.11.2008 schlossen Tao Dehua und der Verkäufer infolge der Maklertätigkeiten der Beratungsgesellschaft den Immobilienkaufvertrag mit einem Kaufpreis von 1.38 Millionen RMB. Danach erledigten beide Vertragsparteien, Käufer und Verkäufer, die zur Eigentumsübertragung notwendigen Formalitäten und Tao Dehua zahlte der Beratungsgesellschaft eine Provision in Höhe von 13.800 RMB.

III. Tenor

Das Hongkou Bezirksgericht in Shanghai hat am 23.06.2009 das folgende Urteil in Zivilsachen (2009) Hong Min San (Min) Chu Zi Nr. 912 erlassen:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin innerhalb von 10 Tagen ab Rechtskraft des Urteils eine Vertragsstrafe in Höhe von 13.800 RMB zu zahlen.

Nach Verkündung des Urteils hat Tao Dehua Berufung eingelegt. Das Zweite Mittlere Gericht in Shanghai hat am 04.09.2009 das folgende Urteil in Zivilsachen (2009) Hu Er Zhong Min Er (Min) Zhong Zi Nr. 1508 erlassen:

1. Das Urteil des Hongkou Bezirksgerichts Shanghai in Zivilsachen (2009) Hong Min San (Min) Chu Zi Nr. 912 wird aufgehoben.

2. Der Antrag der Zhongyuan GmbH, TAO Dehua zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 16.500 RMB zu verurteilen, wird zurückgewiesen.

IV. Entscheidungsgründe

In dem rechtskräftigen Urteil hat das Gericht entschieden: Das Bestätigungsschreiben, das die Zhongyuan GmbH und Tao Dehua unterzeichnet haben, zählt seiner Natur nach zur Kategorie der Maklerverträge. Die in § 2.4 enthaltene Vereinbarung, die eine „Umgehung des Maklers“ verbietet, gehört wiederum zu den am häufigsten in Maklerverträgen beim Kauf und Verkauf von Immobilien verwendeten Standardklauseln. Die Klausel beabsichtigt, den Käufer davon abzuhalten, die vom Maklerbüro bereitgestellten Objektinformationen derart zu nutzen, dass der Makler beim Immobilienkauf übergangen und infolge dessen die Geltendmachung seines Provisionsanspruchs vereitelt wird. Da keine der Parteien von der Haftung befreit, die Haftung der anderen Partei erhöht oder gegenseitige Hauptrechte ausgeschlossen werden, ist diese Klausel grundsätzlich als wirksam zu erachten. Nach der Vereinbarung kommt es zur Beurteilung, ob das Verhalten des Käufers im Fall als „Umgehung des Maklers“ und damit als Vertragsbruch zu qualifizieren ist, ganz maßgeblich auf die Frage einer etwaigen Nutzung der von der Vermittlungsgesellschaft zur Verfügung gestellten Objektinformationen, Gelegenheiten oder anderen Umstände durch den Käufer an. Hat der Käufer nicht die Informationen der Vermittlungsgesellschaft verwendet, sondern die Informationen in Bezug auf dasselbe Kaufobjekt auch durch andere öffentlich zugängliche und legitime Kanäle bezogen, steht ihm das Recht zu, denjenigen Makler mit dem niedrigsten Preis und besten Service mit dem Vertragsschluss für den Immobilienkauf zu betrauen. Dies stellt keine Vertragsverletzung in Form einer "Umgehung des Maklers" dar. Im vorliegenden Fall hatte der frühere Eigentümer dieselbe Immobilie gleich durch mehrere Maklerbüros als zum Verkauf stehend beworben. Tao Dehua und seine Familie erhielten dieselben Objektinformationen von unterschiedlichen Maklern und schlossen auch durch einen dieser Makler den Immobilienkaufvertrag ab. Aus diesem Grund hat Tao Dehua nicht die von der Zhongyuan GmbH dargebotenen Informationen und Gelegenheiten genutzt und sich auch nicht vertragsbrüchig verhalten. Dem Antrag der Zhongyuan GmbH war nicht stattzugeben.

V. Zusammengefasste Anmerkungen des Obersten Volksgerichts zur Leitentscheidung

Das Oberste Volksgericht setzt sich in seinen Anmerkungen zum übersetzten Urteil des 2. Mittleren Gerichts in Shanghai im Wesentlichen mit zwei Kernproblemen auseinander. Zum einen bestätigt es die Rechtsnatur des streitgegenständlichen „Bestätigungsschreiben“ als Maklervertrag im Sinne von § 424 Vertragsgesetz, da die Vereinbarung mit der Anzeige von Gelegenheiten

zum Abschluss von Verträgen, der Maklerdienstleistung und dem Provisionsanspruch alle wesentlichen Vertragsbestandteile eines Maklervertrags enthält. Zum anderen geht es der Frage nach, ob die im Fall verwendete „Umgehungsklausel“ wirksam ist. Nach Ansicht des Obersten Volksgerichts hängt die Wirksamkeit maßgeblich davon ab, ob die Vertragsparteien geschäftsfähig sind, die Vereinbarung dem wahren Parteiwillen entspricht und der Inhalt nicht gegen zwingende Bestimmungen von Gesetzen und Verwaltungsverordnungen verstößt.

Im Rahmen der Wirksamkeitsprüfung unterzieht das Oberste Volksgericht die von den Parteien im Vertrag verwendete Umgehungsklausel einer zweistufigen AGB-Kontrolle. Da in der ständigen Maklerpraxis beim Kauf von gebrauchten Immobilien den Käufern in der Regel vor Vertragsschluss oder noch während der Besichtigung von den Maklern in Verträgen „Umgehungsklauseln“ zur Unterzeichnung vorgelegt werden, handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Nach § 40 Vertragsgesetz sind in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Klauseln unwirksam, wenn einer der in §§ 52 und 53 Vertragsgesetz bestimmten Umstände vorliegt, oder die Klauseln etwa diejenige Seite, welche die Geschäftsbedingungen stellt, von ihrer Haftung befreien, die Haftung der anderen Seiten erhöhen und Hauptrechte der anderen Seite ausschließen.³ Eine Verletzung der §§ 52 und 53 Vertragsgesetz auf der ersten Stufe mit der Folge der Nichtigkeit der Klausel wird verneint, da die getroffene Vereinbarung lediglich dazu dient, den Käufer von unlauteren Verhaltensweisen abzuhalten, aber nicht gegen die Interessen des Staates, der Kollektive, Dritter oder das öffentliche Gemeinwohl verstößt. Aber auch auf der zweiten Stufe sieht das Oberste Volksgericht weder eine Haftungsbefreiung, eine Haftungserhöhung noch einen etwaigen Ausschluss von Hauptrechten. Denn die Klausel, wonach der Käufer nicht eigenmächtig die bereitgestellten Informationen und Dienstleistungen unter Umgehung des Maklers nutzen darf, lasse die für die Beurteilung maßgeblichen Hauptleistungspflichten der Parteien unberührt. Hauptleistungspflicht des Maklers sei die Verschaffung von Gelegenheiten zum Abschluss von Verträgen und die Erbringung von Vermittlungsdienstleistungen bei Vertragsschluss; Hauptleistungspflicht des Auftraggebers wiederum die Entrichtung der Maklergebühr. Da die Umgehungsklausel dem Schutz der berechtigten Interessen des Maklers diene und das Vertrauen in den Geschäftsverkehr nachhaltig steigere, sei sie rechtmäßig und wirksam. Die Nutzung von Informationen unter Umgehung des Maklers stellt nämlich nach Ansicht des Obersten Volksgericht grundsätzlich einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar.

Aufgrund der Beweisaufnahme vermochte das Gericht im Fall jedoch nicht mit Sicherheit festzustellen, dass ausschließlich die von der Klägerin angebo-

³ Die Übersetzung des § 40 Vertragsgesetz orientiert sich an Münzel/Zheng Xiaoping, Chinas Recht 2000.1, 15.3.1999/1.

tenen Objektinformationen und Gelegenheiten vom Beklagten genutzt wurden. Nach dem Grundsatz „Wer vorträgt, muss beweisen“ trug die Klägerin vorliegend die Beweislast für solche Behauptungen, die für sie günstig sind. Sie ist jedoch beweisfällig geblieben. Die Objektinformationen haben sich nämlich weder in ihrem Alleinbesitz befunden noch hat sie den Alleinauftrag zur Vermittlung der Immobilie besessen. Nach Ansicht des Obersten Volksgerichts entspricht die Beauftragung mehrerer Maklerbüros der gängigen Verkaufspraxis und verstößt nicht gegen zwingende Bestimmungen chinesischen Rechts. Selbst wenn die Klägerin unter den drei beauftragten Maklerbüros diejenige Vermittlungsgesellschaft gewesen wäre, die dem Beklagten das Objekt als Erste angeboten hat, lasse dies nicht zwangsläufig auf eine Nutzung solcher exklusiv von der Klägerin angebotenen Informationen schließen. Das Oberste Volksgericht stellt unterdessen klar, dass selbstverständlich dann ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und eine Vertragsverletzung vorliegt, wenn der Käufer in Folge der Maklertätigkeit den Immobilienkaufvertrag abgeschlossen und im Nachhinein mit einem anderen Makler kontrahiert hat, um in den Genuss einer niedrigeren Maklergebühr zu kommen.

Schließlich führt das Oberste Volksgericht in drei kurzen obiter dicta ergänzend aus: (1) Ist der Käufer der Meinung, die vertragliche Klausel sei grob unfair, kann er nach § 54 Vertragsgesetz auch die Änderung der Klausel beantragen oder aber den Widerruf erklären. (2) Im Fall lag der Verkaufspreis der Klägerin weit über dem Angebot des anderen Maklerbüros. Zwar hatte das Gericht mangels Einwands des Beklagten nicht darüber zu entscheiden, hätte sich jedoch herausgestellt, dass die Immobilie von der Klägerin vorsätzlich zu einem falschen Preis inseriert worden war, läge hierin eine Verletzung der Interessen des Käufers. Infolgedessen wäre die Klägerin dem Beklagten zudem aus § 425 Vertragsgesetz⁴ schadensersatzpflichtig gewesen und ihres Provisionsanspruches verlustig geworden. (3) Selbst wenn ein Makler letztlich nicht zum Vertragsschluss beigetragen hat, steht ihm dennoch das aus dem Gegenseitigkeitsprinzip folgende Recht zu, von seinem Auftraggeber gemäß § 427 Vertragsgesetz Ersatz seiner notwendigen Aufwendungen, wie etwa nutzlos erbrachte Arbeitsleistungen, zu verlangen.

⁴ Nach § 425 Vertragsgesetz muss der Makler über die den Vertragsschluss betreffenden Umstände dem Auftraggeber wahrheitsgemäß Bericht erstatten. Verheimlicht der Makler vorsätzlich den Vertragsschluss betreffende wichtige Tatsachen oder macht er unbegründete und falsche Angaben und schädigt dadurch die Interessen des Auftraggebers, so haftet er ihm auf Schadensersatz und hat keinen Anspruch auf die Maklergebühr. Die Übersetzung orientiert sich an Münzel/Zheng Xiaoping, *Chinas Recht* 2000.1, 15.3.1999/1 mit kleineren Änderungen.

Urteil des 1. Mittleren Gerichts in Beijing vom 15.11.2011^{*}

Im Folgenden wird eine Übersetzung für das zweitinstanzliche Urteil des 1. Mittleren Gerichts in Beijing vom 15.11.2011, Az. (2011) Yī Zhōng Mín Zhōng Zì Nr. 14680 (Tangshan Shibo Dasha GmbH vs. Beijing Kejiyuan Zhiye AG, u.a.) angeboten.¹ Die Parteien streiten dabei über die Wirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses zur antizipierten Verteilung von Gewinn nach Steuern.

Kammerbesetzung:

In erster Instanz: Wei Wei (魏玮), Li Hao (李皓), Song Shuo (宋硕)

In zweiter Instanz: Yao Ming (姚明), Lü Yuncheng (吕云成), Liu Haiyun (刘海云)

I. Hauptgedanke des Urteils

Das Gesellschaftsgesetz (GesG) gewährt den Gesellschaftern das Recht auf Kapitaleinkünfte, hält für sie aber keine Regeln zur konkreten Verwendung der Kapitaleinkünfte bereit. Das Problem der Verwendung des Gewinns nach Steuern durch die Gesellschafter einer Gesellschaft ist als Teil des Eigentums des Gesellschafters eben dort zu verorten. In die Überlegungen rund um die Beurteilung der rechtlichen Wirksamkeit des zugrundeliegenden Beschlusses ist dieser Gesichtspunkt nicht mit einzubeziehen. Insbesondere beeinflusst es nicht die Wirksamkeit des Beschlusses über die Verteilung des Gesellschaftsgewinns.

Die gerichtliche Kontrolle von Gesellschafterbeschlüssen beschränkt sich auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Inhalts und umfasst keine Prüfung der Zweckmäßigkeit. Das Gesellschaftsgesetz hält zur Verteilung des Gewinns der Gesellschaft nach Steuern sowohl verfahrensrechtliche Normen als auch materiell-rechtliche Anforderungen bereit. Die Verletzung der verfahrensrechtlichen Norm des § 167 Abs. 1 GesG, wonach vor einer Gewinnausschüttung erst die gesetzlichen Rücklagen einzustellen sind, führt dabei nicht zwangsläufig zur Nichtigkeit des Beschlusses.

^{*} Übersetzt von Patrick Alois Hübner.

¹唐山世博大厦有限公司诉北京科技园置业股份有限公司等公司决议效力确认纠纷案, (2011) 一中民终字第 14680 号.

Rechtsgrundlage: §§ 22 Abs. 1, 167 GesG²

Fallverzeichnis:

Erstinstanzliches Urteil des Haidian Bezirksgerichts in Beijing vom 20.04.2011, Az. (2011) Hǎi Mín Chū Zì Nr. 2600.

Zweitinstanzliches Urteil des 1. Mittleren Gerichts in Beijing vom 15.11.2011, Az. (2011) Yī Zhōng Mín Zhōng Zì Nr. 14680.

II. Tatbestand

Die Klägerin, Tangshan Shibo Dasha GmbH (im Folgenden: Shibo GmbH), trägt vor: Die Shibo GmbH ist Gesellschafterin der Beijing Kejiyuan Zhiye AG (im Folgenden: Zhiye AG) und hält 47% der Aktienanteile. Die anderen beiden Gesellschafter sind die Beijing Kejiyuan Jianshe (Holding) AG (im Folgenden: Jianshe AG) mit 47% der Anteile und die Beijing Haikai Fangdichan Holding GmbH (im Folgenden: Haikai GmbH) mit 6% der Anteile.

Zu Beginn des Jahres 2009 fragte die Jianshe AG wegen der Aufnahme eines Darlehens bei der Zhiye AG an. Am 5.03.2009 holte daraufhin der Aufsichtsrat der Zhiye AG die Zustimmung aller Gesellschafter bezüglich der Darlehensvergabe ein, wobei die Vergabe des Darlehens an die Jianshe AG unter die Bedingung eines gleichwertigen Darlehensrechts für die Shibo GmbH gestellt wurde. Im Oktober 2009 sprach sich die Shibo GmbH nunmehr für die Nutzung des Darlehensvergaberechts aus und bat die Zhiye AG um Gewährung eines Betrags in Höhe von 180 Millionen RMB. Die Jianshe AG bestand jedoch auf ein modifiziertes Vergabemodell. Danach sollte die Zhiye AG zunächst die Gewinne an jeden Gesellschafter ausschütten. Sodann war der Shibo GmbH das Darlehen von den anderen beiden Gesellschaftern, der Jianshe AG und Haikai GmbH, zu gewähren. Aus diesem Grund fasste die Zhiye AG auf ihrer fünften außerordentlichen Hauptversammlung des Jahres 2009 am 23.10.2009 einen diesbezüglichen Beschluss. Der Beschluss sah die Verteilung sowohl der noch nicht verteilten Gewinne in Höhe von 150 Millionen RMB aus dem Vorjahr 2008 als auch des für das Jahr 2009 zu erwartenden Reingewinnes in Höhe von 28,39 Millionen RMB vor. Die ausgekehrte Dividende der Jianshe AG und Haikai GmbH in Höhe von 95,4 Millionen RMB sollte der Shibo GmbH als Darlehen gewährt werden. Im Gegenzug war den beiden Gesellschaftern, der Jianshe AG und Haikai

² Eine deutsche Übersetzung des im Urteil zitierten chinesischen Gesellschaftsgesetzes in der Fassung vom 27.10.2005 ist zu finden bei *Münzel*, Gesellschaftsgesetz der Volksrepublik China, Zeitschrift für Chinesisches Recht (ZChinR) 2006/3, 290 – 338. Die Zeitschrift des 13. Jahrgangs ist im Internet unter <http://www.ZChinR.de/> im Volltext kostenfrei abrufbar.

GmbH, von der Shibo GmbH ein Pfandrecht an ihrer 47%igen Aktienbeteiligung zu bestellen. Nach Fassung des oben genannten Hauptversammlungsbeschlusses zahlte die Zhiye AG 180 Millionen RMB an die Shibo GmbH. In der Zwischenzeit unterzeichnete die Shibo GmbH mit der Jianshe AG und der Haikai GmbH getrennte Vereinbarungen über die Darlehensvergabe einerseits und die Pfandrechtsbestellung andererseits.

Die Shibo GmbH meint, der Hauptversammlungsbeschluss verstoße gegen die Bestimmungen aus Gesetz und Verwaltungsverordnungen, wenn Gewinne zu einem Zeitpunkt verteilt werden, in dem sie noch nicht bestimmbar sind und ein für das Jahr 2009 zu erwartender Nettogewinn in Höhe von 28,39 Millionen RMB ausgeschüttet wird. Zum Zeitpunkt der Beschlussfassung habe die Zhiye AG nämlich weder den Jahresabschluss noch die diesjährige Gewinnkalkulation aufgestellt, sodass der konkret zu verteilende Gewinn nicht bestimmbar gewesen sei. Zudem hätten sich die Immobilienprojekte der Zhiye AG gerade im Aufbau befunden und die bislang unverteilten Gewinne der Vorjahre nicht zur benötigten Deckung des anschließenden Liquiditätsbedarfes gereicht. Schließlich erwachse der Zhiye AG aus einem Darlehensvertrag mit einer Bank die Verpflichtung, vor einer Gewinnausschüttung zunächst offene Darlehensvaluta zurückzuzahlen. Daher verletze der Hauptversammlungsbeschluss die gegenüber anderen Gläubigern bestehenden Verpflichtungen der Zhiye AG. Außerdem entspreche der Beschluss nicht dem wirklichen Willen eines jeden Gesellschafters der Gesellschaft.

Die Shibo GmbH beantragt, festzustellen, dass der Beschluss der fünften außerordentlichen Hauptversammlung des Jahres 2009 der Zhiye AG vom 23.10. 2009 nichtig ist.

Die Zhiye AG hat im erstinstanzlichen Verfahren erwidert: (1) Der Hauptversammlungsbeschluss sei mit Zustimmung aller Gesellschafter gefasst worden und daher rechtmäßig und wirksam. (2) Die Zhiye AG habe bereits Rücklagen gebildet und die nötigen Steuern gezahlt. (3) Der Bestätigungsvermerk und Jahresabschluss der Zhiye AG von 2009 hätten bestätigt, dass die Gewinnverteilung in Einklang mit den Gesetzen und Bestimmungen stehe und daher rechtmäßig und wirksam sei.

Die Jianshe AG hat im erstinstanzlichen Verfahren erwidert: (1) Der gefasste Hauptversammlungsbeschluss sei Sache der Zhiye AG. Die Jianshe AG hier als Beklagte aufzuführen entbehre einer rechtlichen Grundlage. (2) Der Hauptversammlungsbeschluss sei rechtmäßig und wirksam. Im Jahr 2008 habe die Zhiye AG einen Reingewinn von 150 Millionen RMB erwirtschaftet. Die für das Jahr 2009 eingestellten Rücklagen hätten 6,503 Millionen RMB betragen, wobei ein Reingewinn von 65,03 Millionen RMB erzielt worden sei. (3) Der Hauptversammlungsbeschluss sei von allen Gesellschaftern unterschrieben und umgesetzt worden. Er entspreche dem wirklichen Willen aller Gesellschafter. (4) Der Bestätigungsvermerk und Jahresabschluss aus

dem Jahr 2009 seien von der ersten Hauptversammlung 2010 angenommen worden, das die obenstehende Gewinnverteilung noch einmal bestätige.

Die Haikai GmbH hat im erstinstanzlichen Verfahren erwidert: Der Beschluss der fünften außerordentlichen Hauptversammlung der Zhiye AG des Jahres 2009 sei rechtmäßig und wirksam.

Das Gericht kam in der Verhandlung zu folgenden Feststellungen: Am 15.12.1999 ist die Zhiye AG mit Eintragung ins Register gegründet worden. In der Gesellschaftssatzung heißt es: Die Jianshe AG ist zu 47%, die Shibo GmbH zu 47% und die Haikai GmbH zu 6% am Grundkapital der Zhiye AG beteiligt. Das Stimmrecht und die Dividende richten sich nach der Anteilsbeteiligung.

Am 21.09.2009 beschloss die Zhiye AG auf ihrer ersten ordentlichen Hauptversammlung des Jahres, dass 70 Millionen RMB von den 151.605.554,21 RMB als dem für das Jahr 2008 bestimmbaren Gewinn an die Gesellschafter auszuschütten sind.

Am 21.10.2009 stimmte die Zhiye AG in ihrem Beschluss zur vierten außerordentlichen Hauptversammlung der Gewährung der temporären Liquiditätshilfe an die Shibo GmbH in Höhe von 180 Millionen RMB zu.

Am 23.10.2009 beschloss die Zhiye AG auf der fünften außerordentlichen Hauptversammlung: (1) Der Beschluss der ersten ordentlichen Hauptversammlung wird bezüglich der Dividendenausschüttung widerrufen. Die Zustimmung wird erteilt, dass auf der Grundlage des für das Jahr 2008 zu verteilenden Gewinns von 151.605.554,21 RMB noch einmal ein Betrag von insgesamt 28.394.445,79 RMB dem für das Jahr 2009 zu erwartenden Gewinn entnommen wird und der Dividendenschüttung somit 180 Millionen RMB zur Verfügung stehen. (2) Die Jianshe AG und die Haikai GmbH kommen überein, dass von der dieses Mal zu verteilenden Dividende ein Betrag von 95,4 Millionen RMB per Darlehen der Shibo GmbH zur Liquiditätsdeckung übertragen wird; die drei Parteien stimmen der Auszahlung des Darlehensbetrages durch die Zhiye AG zu.

Am 26.10.2009 wiesen die Jianshe AG und Haikai GmbH die Zhiye GmbH zur Zahlung an.

Am 27.10.2009 überwies die Zhiye AG den Betrag von 180 Millionen RMB an die Shibo GmbH.

Am 02.12.2009 beschloss die Zhiye AG auf der sechsten außerordentlichen Hauptversammlung: In Hinblick auf den Beschluss der fünften außerordentlichen Hauptversammlung des Jahres 2009 war die Angelegenheit der Darlehensvergabe an die Shibo GmbH als Gesellschafterin noch einmal thematisiert und ein neues Lösungskonzept nebst Umsetzung vorgeschlagen worden. Deshalb war der Beschluss der vierten außerordentlichen Hauptversammlung der Zhiye AG nicht weiter ausgeführt und über dessen Aufhebung entschieden worden.

Am 20.07.2010 beschloss die Zhiye AG auf der ersten ordentlichen Hauptversammlung des Jahres 2010, dass der Jahresabschluss für das Jahr 2009 von allen Gesellschaftern gewürdigt und einhellig gebilligt worden war; die Barausgaben für das Jahr 2009 waren mit 945,59 Millionen RMB zu beziffern, wovon 180 Millionen RMB für die Dividendenausschüttung an die Gesellschafter verwendet worden waren.

Bezüglich des Grundes für die auf der ersten ordentlichen Hauptversammlung des Jahres 2009 beschlossene Gewinnverteilung blieb festzuhalten, dass die Jianshe AG und Haikai GmbH anerkannten, damals wirklich tragfähige Überlegungen zur Lösung des Darlehensbedarfs der Shibo GmbH angestellt zu haben. Mangels der Bereitschaft das Darlehen direkt von der Zhiye AG an die Shibo GmbH auszuzahlen, sollten zunächst die Gewinne an die Gesellschafter ausgeschüttet und erst zeitlich nachfolgend mittels eines Darlehens der Gesellschafter an die Shibo GmbH übertragen werden.

III. Tenor

Das Haidian Bezirksgericht in Beijing hat am 20.04.2011 das folgende Urteil in Zivilsachen (2011) Hai Min Chu Zi No. 2600 erlassen:

Der Beschluss der fünften außerordentlichen Hauptversammlung des Jahres 2009 der Zhiye AG ist hinsichtlich des Teils zur Verteilung des für das Jahr 2009 zu erwartenden Gewinns in Höhe von 28.394.445,79 RMB nichtig.

Die Klage der Shibo GmbH wird im Übrigen abgewiesen.

Nach Urteilsverkündung hat die Shibo GmbH beim 1. Mittleren Gericht in Beijing Berufung eingelegt. Das Gericht hat auf Grundlage derselben Tatsachen am 15.11.2011 folgendes Urteil in Zivilsachen (2011) Yi Zhong Min Zhong Zi No. 14680 erlassen:

Das erstinstanzliche Urteil wird aufgehoben. Die Klage der Shibo GmbH wird hinsichtlich aller Anträge abgewiesen.

IV. Entscheidungsgründe

Das Gericht hat in dem rechtskräftigen Urteil entschieden, dass es bezüglich der Frage der Wirksamkeit des Beschlusses der fünften außerordentlichen Hauptversammlung des Jahres 2009 der Zhiye AG im Wesentlichen darauf ankommt, ob der Beschluss dem wirklichen Willen einer jeden Seite entspricht und welchen Einfluss die Verteilung des zu erwartenden Gewinns auf den Beschluss zur Verteilung des Gewinns der Gesellschaft nach Steuern hat.

Zur Frage, ob der Beschluss der fünften außerordentlichen Hauptversammlung des Jahres 2009 der Zhiye AG dem wirklichen Willen einer jeden Seite

entspricht, bedarf es der Betrachtung der von der Shibo GmbH vorgetragenen Frage zur Darlehensaufnahme und Gewinnverteilung. Es soll klargestellt werden, dass eine Willenserklärung und die Motivation zur Abgabe einer Willenserklärung nicht in dieselbe Kategorie fallen. Die Motivation für ein bestimmtes Verhalten, obwohl als ihr Beweggrund der eigentlichen Abgabe der Willenserklärung seitens eines Zivilrechtssubjektes zeitlich vorgeschaltet, verkörpert für sich selbst genommen keine eigene Willenserklärung. Daher ist die eingangs erwähnte Motivation für ein bestimmtes Verhalten gerade nicht zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen von Zivilrechtshandlungen zu zählen. Das Gesellschaftsgesetz gewährt den Gesellschaftern das Recht auf Kapitaleinkünfte, hält für sie aber keine Regelungen zur konkreten Verwendung der Kapitaleinkünfte im Einzelfall bereit. Jeder Gesellschafter hat durch den klagegegenständlichen Beschluss der fünften außerordentlichen Hauptversammlung die Gewinne der Gesellschaft verteilt, wobei die Motivation der Gesellschafter, die Verteilung des Gewinns in der erfolgten Art und Weise zu beschließen, keinesfalls aber ein Teil der Überlegungen zur Beurteilung der erwähnten rechtlichen Wirksamkeit des Beschlusses sein kann. Aus diesem Grund ist die Annahme des erstinstanzlichen Gerichts richtig, dass der Beschluss der fünften außerordentlichen Hauptversammlung des Jahres 2009 der Zhiye AG der wirkliche Wille eines jeden Gesellschafters sei. Der Antrag der Shibo GmbH auf Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses der Hauptversammlung, der sich darauf stützt, dass dieser Hauptversammlungsbeschluss nicht dem wahren Willen entspreche, entbehrt jedweder Tatsachengrundlage und rechtlicher Anhaltspunkte.

Zur Frage des Einflusses der Beschlussfassung der fünften außerordentlichen Hauptversammlung des Jahres 2009 der Zhiye AG zur Verteilung des zu erwartenden Gewinns auf die Wirksamkeit des Beschlusses der Hauptversammlung: Es wird klargestellt, dass die Verteilung des Gewinns der Gesellschaft nach Steuern grundsätzlich in die Autonomie der Gesellschaft und Gesellschafter fällt. Zur Umsetzung des Grundsatzes der Kapitalerhaltung und zum Schutze der Gläubiger hält das Gesellschaftsgesetz in § 167 GesG bezüglich der Verteilung des Gewinns nach Steuern eine verfahrensrechtliche Norm bereit. Nach § 167 Abs. 1 und 5 GesG muss die Gesellschaft bei Verteilung des Jahresgewinns nach Steuern 10% der Gewinne in die gesetzlichen Rücklage der Gesellschaft einstellen. Übersteigt die gesetzliche Rücklage der Gesellschaft in der Endsumme 50% des registrierten Kapitals (hier: das Grundkapital), ist eine Bildung weiterer Rücklagen gesetzlich nicht geboten. Verletzen die Gesellschafterversammlung, die Hauptversammlung oder der Vorstand diese Bestimmungen, indem Gewinne verteilt werden, bevor seitens der Gesellschaft Verluste ausgeglichen und die gesetzlichen Rücklagen eingestellt worden sind, haben die Gesellschafter der Gesellschaft den vorschriftswidrig verteilten Gewinn zu erstatten. Nach § 204 GesG kann eine Gesellschaft, die nicht gemäß den Bestimmungen dieses Gesetzes gesetzliche

Rücklagen eingestellt hat, von der Finanzbehörde der Volksregierung auf Kreisebene oder einer höheren Ebene zur Nachzahlung des ausstehenden Betrages der einzustellenden Rücklage angewiesen und mit einer Geldstrafe in Höhe von bis zu 200.000 RMB belegt werden.³ Die Verletzung der verfahrensrechtlichen Norm des § 167 GesG kann nach den gesetzlichen Bestimmungen zur Verteilung des Gewinns nach Steuern durch die Nachzahlung der gesetzlichen Rücklagen geheilt werden, führt aber nicht zwangsläufig zur Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses. Im vorliegenden Fall hatte, nachdem das Geschäftsjahr des Jahres 2009 der Zhiye AG faktisch beendet war, der tatsächlich zu verteilende Gewinn den im Hauptversammlungsbeschluss für das gleiche Jahr antizipierten Gewinnbetrag überstiegen und die Zhiye AG bereits die für das Jahr 2009 vorgesehenen gesetzlichen Rücklagen eingestellt. Unter diesen Umständen sind die Berufungsgründe, mit denen die Shibo GmbH die Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses der fünften außerordentlichen Hauptversammlung zur Verteilung des zu erwartenden Gewinns beantragte, als unsubstantiiert zurückzuweisen. Die Überzeugung des erstinstanzlichen Gerichts ist bezüglich des Teils, der die Wirksamkeit des Beschlusses der Hauptversammlung betrifft, unrichtig.

Zu den Behauptungen der Shibo GmbH, die Zhiye AG habe mit Aufnahme eines Bankdarlehens die Verpflichtung übernommen, eine Gewinnverteilung vor Rückgewähr der Darlehensvaluta nicht vorzunehmen und die Gewinnverteilung habe möglicherweise negative Auswirkungen auf das Tagesgeschäft der Zhiye AG: Ganz gleich, ob die Umsetzung des obenstehenden Hauptversammlungsbeschlusses eine der angeführten Folgen tatsächlich auslösen könnte, wären dies rechtliche und wirtschaftliche Risiken, die gegebenenfalls im Zeitpunkt der Beschlussfassung auf die Hauptversammlung zukommen, aber für sich genommen keine Frage der Rechtswidrigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses sind. Daher ist der Vortrag der Shibo GmbH insofern rechtsgrundlos, als dass er die Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses auf die oben angeführten Gründe stützt.

Davon abgesehen bleibt festzuhalten, dass der Beschluss der fünften außerordentlichen Hauptversammlung des Jahres 2009 der Zhiye AG inhaltlich zweigeteilt ist, nämlich in die EntschlieÙung zur Gewinnverteilung und die Darlehensvergabe der Gesellschafter untereinander. Nach den Vorschriften des Gesellschaftsgesetzes und der Gesellschaftssatzung bedarf die gegenseitige Darlehensvergabe unter Gesellschaftern keines Beschlusses durch die Hauptversammlung, sodass der im Beschluss der fünften außerordentlichen Hauptversammlung enthaltene Teil, der die gegenseitige Darlehensvergabe der Gesellschafter untereinander betrifft, gerade nicht in den Prüfungsumfang

³ Die Übersetzung des § 167 Abs. 1 u. 5 GesG sowie des § 204 GesG orientiert sich an der Übersetzung von Münzel, ZChinR 2006/3, 328, 335 mit kleineren Änderungen.

des im vorliegenden Fall zu entscheidenden Streits um die Wirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses fällt.

V. Anmerkungen zum Fall

Der vorliegende Fall betrifft einen Streit um die Feststellung der Wirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses. Wegen der Stellung der Hauptversammlung als Organ der Gesellschaft, ist der Klageantrag die Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses. Aus dem gleichen Grund ist die Gesellschaft im Prozess Beklagte. Die am Beschluss beteiligten Interessensparteien können als gemeinsame Beklagte und Dritte hinzugezogen werden. Die Shibo GmbH ist Gesellschafterin der Zhiye AG und erhebt Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses gegen die Zhiye AG und deren Gesellschafter, der Jianshe AG und Haikai GmbH, als gemeinsame Beklagte. Dies steht in Übereinstimmung mit den prozessrechtlichen Bestimmungen. Der im erstinstanzlichen Verfahren erhobene Einwand der Jianshe AG nicht als Beklagte aufgeführt zu werden, entbehrt einer gesetzlichen Grundlage.

Die im Nachfolgenden thematisierten rechtlichen Kernfragen des Falles sind: (1.) die Beziehung zwischen Motivation für ein bestimmtes Verhalten und Wirksamkeit einer Rechtshandlung; (2.) der Umfang richterlicher Kontrolle von Beschlüssen der Hauptversammlung; (3.) die richterliche (Rechts-) Anwendung von § 167 GesG als verfahrensrechtliche Norm zur Verteilung des Gewinns nach Steuern.

Zur Frage der Beziehung zwischen der Motivation für ein bestimmtes Verhalten und der Wirksamkeit einer rechtlichen Handlung: Die einer Rechtshandlung innewohnende Motivation ist der im Innern liegende Beweggrund, der ein Zivilrechtssubjekt unmittelbar zur Vornahme von Rechtshandlungen veranlasst. Sie ist quasi der innere Impuls, eine Rechtshandlung vorzunehmen. Die Motivation selbst zählt dabei nicht zu den wesentlichen Bestandteilen einer Rechtshandlung. Die Willenserklärung und die Motivation zur Abgabe einer Willenserklärung fallen nicht in dieselbe Kategorie. Die Motivation für ein bestimmtes Verhalten, obwohl als ihr Beweggrund der eigentlichen Abgabe der Willenserklärung seitens eines Zivilrechtssubjektes zeitlich vorgeschaltet, verkörpert für sich selbst genommen keine eigene Willenserklärung. Auch die herrschende Auffassung in der chinesischen Literatur spricht der Motivation einen Einfluss auf die Wirksamkeit von Rechtshandlungen ab. Im vorliegenden Fall beabsichtigten die Parteien, dass die Shibo GmbH bei der Zhiye AG ein Darlehen aufnimmt, wobei die Parteien hierfür ein neues Konzept entworfen hatten. Danach sollte die Zhiye AG zunächst die Gewinne an die Shibo GmbH, Jianshe AG und Haikai GmbH als Gesellschafter verteilen, um sodann der Shibo GmbH von Seiten der Jianshe AG und Haikai

GmbH ein Darlehen zu gewähren. Es soll verdeutlicht werden, dass das Gesellschaftsgesetz den Gesellschaftern das Recht auf Kapitaleinkünfte gewährt, für sie aber keine Regelungen zur konkreten Verwendung der Kapitaleinkünfte im Einzelfall bereithält. Die Gesellschafter haben das Recht auf Verteilung der Gewinne der Gesellschaft nach Steuern. Soweit es die Verwendung der Gewinne nach Steuern betrifft, ist dies als Teil des Eigentums der Gesellschafter dort zu verorten und nicht in die Überlegungen zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Gewinnverteilungsbeschlusses mit einzubeziehen. Sie hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Beschlusses zur Verteilung der Gesellschaftsgewinne. Selbst wenn die Darlehensvergabe der Unternehmen untereinander als unwirksam erachtet werden sollte, kann hieraus nicht die Nichtigkeit des Beschlusses der Zhiye AG zur Verteilung des Gewinnes folgen.

Zur Frage des Umfangs gerichtlicher Kontrolle von Beschlüssen der Hauptversammlung: Nach § 22 Abs. 1 GesG ist ein Beschluss der Gesellschafterversammlung, der Hauptversammlung oder des Vorstands, dessen Inhalt Gesetze oder Verwaltungsverordnungen verletzt, nichtig.⁴ Daraus ist ersichtlich, dass sich die gerichtliche Kontrolle von Gesellschafterbeschlüssen auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Inhalts bezieht, nicht jedoch eine Prüfung der Zweckmäßigkeit umfasst. Der Beschluss der Hauptversammlung ist eine aus der Entscheidung der Mehrheit der Gesellschafter erwachsende Rechtshandlung, die in die Kategorie der Privatautonomie fällt und in die die Rechtsprechung nicht eingreifen darf, solange nicht zwingende Bestimmungen der Gesetze oder Verwaltungsordnungen verletzt werden. Während des Prozesses nahm die Shibo GmbH den Streit um Schadensersatz wegen Rechtsverletzung zum Anlass, die Beijing Jingdu Tianhu Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mbH sowie die Zhiye AG vor dem Haidian Bezirksgericht auf Feststellung der Unrichtigkeit des Bestätigungsvermerk der Zhiye AG von 2008 und Schadensersatz zu verklagen. Zudem hatte sie beantragt das Verfahren gemäß § 136 Abs. 1 Nr. 5 Zivilprozessgesetz zu unterbrechen. Der Streit der Shibo GmbH um Schadensersatz wegen des Bestätigungsvermerks des Jahres 2008 hat keinen Einfluss auf die in diesem Verfahren gegenständliche Überprüfung des Hauptversammlungsbeschlusses auf dessen inhaltliche Rechtmäßigkeit. Daher war dem Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens vom Gericht nicht stattzugeben.

Zur Frage der richterlichen (Rechts-) Anwendung von § 167 GesG als verfahrensrechtliche Norm zur Verteilung des Gewinns nach Steuern: Nach § 167 Abs. 1 und 5 GesG muss die Gesellschaft bei Verteilung des Jahresgewinns nach Steuern 10% der Gewinne in die gesetzlichen Rücklagen der Gesellschaft einstellen. Übersteigt die gesetzliche Rücklage der Gesellschaft

⁴ Die Übersetzung des § 22 Abs. 1 GesG orientiert sich an der Übersetzung von Münzel, ZChinR 2006/3, 295 mit kleineren Änderungen.

in der Endsumme 50% des registrierten Kapitals (hier: das Grundkapital), ist eine Bildung weiterer Rücklagen gesetzlich nicht geboten. Verletzen die Gesellschafterversammlung, die Hauptversammlung oder der Vorstand diese Bestimmungen, indem Gewinne verteilt werden, bevor seitens der Gesellschaft Verluste ausgeglichen und die gesetzlichen Rücklagen eingestellt worden sind, haben die Gesellschafter der Gesellschaft den vorschriftswidrig verteilten Gewinn zu erstatten.⁵ Die voranstehenden Vorschriften sind die vom Gesellschaftsgesetz zur Verteilung von Gewinnen der Gesellschaft nach Steuern bereitgehaltenen verfahrensrechtlichen Normen und materiellrechtlichen Anforderungen. Das Kernstück des Verfahrens zur Verteilung des Gewinns nach Steuern ist das Erfordernis des vorherigen Verlustausgleichs und der Einstellung gesetzlicher Rücklagen; materiell-rechtliche Anforderung ist, dass die gesetzliche Rücklage 10% des Gewinns beträgt und die Gesellschaft keine offenen Verluste hat. Nach § 204 GesG kann eine Gesellschaft, die nicht gemäß den Bestimmungen dieses Gesetzes gesetzliche Rücklagen eingestellt hat, von der Finanzbehörde der Volksregierung auf Kreisebene oder einer höheren Ebene zur Nachzahlung des ausstehenden Betrages der einzustellenden Rücklage angewiesen und mit einer Geldstrafe in Höhe von bis zu 200.000 RMB belegt werden.⁶ Gemäß der oben stehenden gesetzlichen Bestimmungen kann die Einstellung von gesetzlichen Rücklagen noch in der Folgezeit nachträglich erfolgen. Daher führt die Verletzung der verfahrensrechtlichen Norm des § 167 Abs. 1 GesG, wonach vor einer Gewinnausschüttung erst gesetzliche Rücklagen einzustellen sind, nicht zwangsläufig zur Nichtigkeit des Beschlusses. Wenn die Gesellschaft, obwohl nichts einbehalten wurde, proportional entsprechende gesetzliche Rücklagen und Gelder zum Ausgleich von Verlusten bereitgehalten hat oder in der Folgezeit gemäß der gesetzlichen Bestimmungen die gesetzlichen Rücklagen eingestellt hat, ist der zeitlich zuvor gefasste Hauptversammlungsbeschluss zur Verteilung des Gewinns der Gesellschaft nach Steuern als wirksam zu erachten.

Mitglieder der Kammer des zweitinstanzlichen Gerichts:

Yao Ming (姚明)

Lü Yuncheng (吕云成)

Liu Haiyun (刘海云)

Berichterstatter:

Richter am 1. Mittleren Gericht in Beijing Lü Yuncheng (吕云成)

⁵ Die Übersetzung des § 167 Abs. 1 u. 5 GesG orientiert sich an der Übersetzung von Münzel, ZChinR 2006/3, 328 mit kleineren Änderungen.

⁶ Die Übersetzung des § 204 GesG orientiert sich an der Übersetzung von Münzel, ZChinR 2006/3, 335 mit kleineren Änderungen.

Japan

Examensklausur Zivilrecht 2013 mit Lösungsvorschlag^{*}

I. Einleitung

Das juristische Staatsexamen in Japan besteht aus insgesamt elf Klausuren, wobei drei davon im Strafrecht, drei im Öffentlichen Recht, vier im Zivilrecht und eine in einem Wahlfach geschrieben werden. Gestellt werden die Klausuren vom Justizministerium gemeinsam mit der Kommission des juristischen Staatsexamens. Es gibt keine offiziellen Lösungen, jedoch werden Musterlösungsvorschläge für die Klausuren von privaten Examensrepetitorien angeboten. Insgesamt können bei dieser Zivilrechtsklausur max. 100 Punkte erreicht werden, wobei die Gewichtung der drei Aufgabenteile im Verhältnis 30/40/30 steht. Die Bearbeitungszeit beträgt zwei Stunden. Die Aufgaben werden handschriftlich gelöst. Die Lösung ist dabei auf eine Seitenanzahl von acht A4 Seiten beschränkt. Der Sachverhalt der Klausur ist durchnummeriert. Bei der Beantwortung der Fragen soll immer der gesamte vorherige Sachverhalt mitberücksichtigt werden.

II. Sachverhalt Teil 1

(1) Im Mai 2010 war *A* der Eigentümer eines Grundstücks (α). *A* wurde auch als Eigentümer des α eingetragen. *B* war zu dieser Zeit der Eigentümer des Grundstücks (β). Er wurde ebenfalls als Eigentümer des β eingetragen.

(2) *B* führte ein Unternehmen, das auf die Erzeugung und den Verkauf medizinischer Geräte spezialisiert war. Da *B* der Ansicht war, dass das Grundstück des *A* besser als Standort für den Verkauf seiner Gerätschaften geeignet war, beschloss er das β zu verkaufen und stattdessen das α zu kaufen. Im Folgenden trat *B* mit *A* in Vertragsverhandlungen über den Kauf des α . Bei den Verhandlungen erklärte *B* dem *A*, dass er erst durch den Verkauf des β in der Lage sein werde den Kaufpreis für α zu zahlen. *A* war damit einverstanden, verlangte jedoch zur Sicherung seiner Ansprüche im Gegenzug einen Bürgen.

(3) Nach erfolgreichen Vertragsverhandlungen schlossen *A* und *B* am 11. Juni 2010 einen Kaufvertrag ab, mit welchem *A* dem *B* das α für 60 Mio. Yen

^{*} Übersetzt von Yusuke Sukiya.

verkaufte. Es wurde vereinbart, dass 15 Mio. Yen im gleichen Monat bezahlt werden sollten. Die restlichen 45 Mio. Yen sollten bis spätestens zum 10. August 2010 entrichtet werden. Erst nach der Zahlung der vollen Summe an *A* soll das α auf *B* übergehen und *B* auch als neuer Eigentümer eingetragen werden.

(4) Als Bürge für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten schlug *B* seinen guten alten Freund *C* vor. Obwohl *B* für den Abschluss der Bürgschaft keine Vollmacht von *C* erhielt, ging er davon aus, dass *C* ihm als Bürge helfen würde α zu beschaffen, wenn er ihm nur die Umstände erklärte. *A* wusste nichts von dem fehlenden Einverständnis des *C*.

Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am 11. Juni 2010 war *A* mit dem Vorschlag des *B* einverstanden, woraufhin *A* und *B* schriftlich festhielten, dass *C* als Bürge für die Verbindlichkeiten des *B* eintreten sollte. Sie setzten zwei Schreiben auf, in denen jeweils festgehalten wurde, dass *C* für die Zahlungsverpflichtungen des *B* aus dem Kaufvertrag garantieren sollte. Sowohl *A* als auch *B* unterschrieben das Schreiben, wobei *B* auch als Vertreter des *C* unterschrieb. Zu diesem Zeitpunkt erklärte *B* dem *A*, dass er zwar noch keine Vollmacht des *C* zum Abschluss der Bürgschaft erhalten habe, er sich jedoch umgehend um eine Genehmigung des *C* kümmern werde.

(5) Am 15. Juni sprach *B* mit *C* und erzählte ihm von dem Kaufvertrag mit *A* und der Bürgschaft, die er im Namen des *C* abgeschlossen hatte. *B* forderte *C* auf die Bürgschaft zu genehmigen und den Kaufvertrag über das α anzuerkennen. *C* genehmigt telefonisch sowohl die Bürgschaft als auch den Vertrag.

(6) *B* zahlte am 25. Juni 2010 - wie vereinbart - 15 Mio. Yen des Gesamtkaufpreises (siehe Sachverhalt unter Punkt 3). Da *B* den Restbetrag von 45 Mio. Yen allerdings bis zum 10. August 2010 noch nicht beglichen hatte, wandte sich *A* sowohl an *B* als auch an *C* mit der Aufforderung der restlichen Zahlungsverpflichtung bis spätestens zum 18. August nachzukommen.

C war hiermit nicht einverstanden und teilte gegenüber *A* mit der Zahlungsaufforderung nicht nachzukommen. *C* meinte auch, dass seine Bürgschaft unwirksam sei, zumal diese auch nicht schriftlich vereinbart wurde.

Aufgabe 1

Beantworten Sie die folgende Frage unter Berücksichtigung der Punkte (1) bis (6) des Sachverhaltes:

Kann *A* von *C* die Zahlung des Restbetrags in Höhe von 45 Mio. Yen verlangen?

III. Sachverhalt Teil 2

(7) Als der Verkauf des Grundstücks β schließlich in Aussicht war, vereinbarte B mit A die noch ausstehende Zahlung des Kaufpreises für das α bis spätestens zum 15. Dezember 2010 zu begleichen. Am 10. Dezember 2010 zahlte B an A den Restbetrag von 45 Mio. Yen, den er aus dem Verkauf des Grundstücks β erhalten hatte. Noch am gleichen Tag wurde das Grundstück α auf den B übertragen. Am 18. Dezember 2010 wurde B schließlich auch als Eigentümer des α eingetragen.

(8) Da B auf dem Grundstück α ein Gebäude für seine Geschäfte errichten wollte, trat er in Vertragsverhandlungen mit der Bank D , sowie mit dem Bauunternehmen E .

Im Januar 2011 stellte D dem B bei den Vertragsverhandlungen ein Darlehen von 80 Mio. Yen für die Finanzierung seines Gebäudes in Aussicht. Im Gegenzug sollte D zur Sicherung des Darlehens eine Hypothek an α und dem darauf geplanten Gebäude bestellt werden. Die Hypothek sollte dann mit einer erstrangigen Vormerkung eingetragen werden.

Außerdem vereinbarte B mit E in einem Werkvertrag am 28. Februar 2011, dass E ein Gebäude auf α bauen sollte und dafür einen Werklohn von 130 Mio. Yen von B erhalten sollte.

(9) E baute das Gebäude (γ) wie vereinbart und überließ es dem B am 31. August 2011. Am gleichen Tag zahlte auch D das Darlehen von 80 Mio. Yen an B aus. Mithilfe seines Eigenkapitals von 50 Mio. Yen konnte B sofort den vereinbarten Werklohn von 130 Mio. Yen an den E zahlen.

(10) Im Vertrag mit D wurde vereinbart, dass das Darlehen einschließlich Zinsen über einen Zeitraum von zehn Jahren in gleichmäßigen Raten von je 780 000 Yen von B an D zurückgezahlt werden sollte. Sollte B seine Raten zwei Mal nicht fristgemäß zahlen, wurde er verpflichtet den dann noch ausstehenden Betrag sofort komplett an D zurückzuzahlen. Mit dem Vertrag vom 31. August 2011 vereinbarten B und D als Sicherungsmittel des Darlehens zusätzlich die Bestellung einer Hypothek an dem Grundstück α . Die Hypothek wurde noch am gleichen Tag ohne Vormerkung eingetragen.

Am 14. September 2011 wurde B als Eigentümer des γ eingetragen. Noch am selben Tag räumte B der D zur Sicherung des Darlehens eine Hypothek an dem γ ein. Die Hypothek wurde ebenfalls ohne Vormerkung eingetragen.

(11) Am 1. Oktober 2011 schloss B mit Mieter F einen Mietvertrag, in dem sie vereinbarten, dass B dem F das Erdgeschoss des γ gegen eine monatliche Miete von 400.000 Yen überlassen sollte. Die Miete sollte jeweils am 25. des vorherigen Monats überwiesen werden. B überließ die Mieträume noch am gleichen Tag an F , der dort ein Café einrichten wollte.

(12) Zudem vereinbarte B in einem Mietvertrag mit G am 11. November 2011, dass B den ersten Stock des γ als Räumlichkeiten für die Nachhilfeschule des G vermieten sollte. Die Miete von 300.000 Yen pro Monat sollte

jeweils am 25. des vorherigen Monats überwiesen werden. *B* überließ *G* die Mieträume noch am gleichen Tag.

(13) Die Innenausstattung des im Erdgeschoss geplanten Cafés sollte von *H* übernommen werden. *F* besorgte hierfür den Grundriss der Räumlichkeiten von *B* und plante das genaue Vorgehen mit *H*. Da *B* sich mit den Plänen zur Innenausstattung des Cafés einverstanden erklärte, begannen *H* und *F* mit dem Umbau am 3. Oktober 2011. Das Vorhaben wurde noch am 25. des gleichen Monats fertiggestellt. Am 1. November 2011 eröffnete *F* das Café im Erdgeschoss des γ .

(14) Ende Februar 2012 begann es in das Erdgeschoss des γ hineinzuregenen.

(15) *F* informierte *B* über diese Tatsache und forderte ihn auf Maßnahmen gegen den Regen zu ergreifen. *B* beauftragte daraufhin *E* mit der Untersuchung der Mängel. Aus dieser ergab sich, dass die Umbauarbeiten des *H* (siehe Sachverhalt unter Punkt 13) ursächlich für den Eintritt des Regens in das Erdgeschoss des γ waren. Während der Umbauarbeiten hatte *H* das γ versehentlich beschädigt.

(16) Da *B* das Gebäude weiterhin gut erhalten wollte, beauftragte er *E* mit der Reparatur des Schadens. Die Reparaturarbeiten dauerten bis zum 20. März 2012. *B* zahlte dem *E* dafür einen angemessenen Werklohn von 1 Mio. Yen.

Aufgabe 2

Unter Berücksichtigung der Punkte (1) bis (16) des Sachverhaltes: Kann *B* von *F* die Erstattung der Reparaturkosten von 1 Mio. Yen verlangen? Was könnte *F* einem solchen Anspruch entgegenhalten?

IV. Sachverhalt Teil 3

(17) Da die Geschäfte des *B* in der Folgezeit nicht gut liefen, konnte dieser seinen Ratenzahlungen an *D* im Juni und Juli 2012 nicht mehr nachkommen. Aus diesem Grund forderte *D* den *B* zur Rückzahlung des gesamten, noch ausstehenden Betrags des Darlehens auf. Da *B* dieser Zahlungsaufforderung nicht nachkam, beschloss *D* die Mieteinnahmen des ersten Stocks des mit der Hypothek belasteten γ zu pfänden (siehe Sachverhalt unter Punkt 10). Ebenfalls forderte *D* den *B* auf, die Mieteinnahmen des Erdgeschosses zu zahlen, sobald sich die Kostenfrage der Reparatur des Erdgeschosses geklärt haben sollte (siehe Sachverhalt unter Punkt 16).

Am 18. September 2012 kündigte *D* dem *B* an, im Wege der Zwangsvollstreckung, den Anspruch des *B* gegen *G* auf Zahlung der Miete im Zeitraum

von Oktober 2012 bis September 2013 zu pfänden. Der Vollstreckungstitel wurde *B* und *G* am 21. September 2012 zugesendet.

(18) Anfang September 2012 wütete ein starker Taifun. Durch den Sturm wurde ein Fenster im ersten Stock des γ beschädigt, sodass der Wind in die Räumlichkeiten blies. Wäre das Fenster so gelassen worden, hätte der Unterricht nicht stattfinden können. Aus diesem Grund versuchte *G* den *B* über den Zustand zu informieren, konnte den *B* aber nicht erreichen.

G beriet sich notgedrungen mit *E* und sie vereinbarten am 8. September 2012, dass *E* den Schaden im ersten Stock reparieren sollte und dafür im Gegenzug von *G* 300.000 Yen als angemessenen Lohn erhalten sollte. Am 9. September beendete *E* die Reparaturen. *G* zahlte noch am gleichen Tag.

Aufgabe 3

Lösen Sie das folgende Problem unter Berücksichtigung der Punkte (1) bis (18) des Sachverhalts:

Am 7. Dezember 2012 verlangte *D* von *G* die Zahlung von drei Mieten der Monate September, Oktober und November in Höhe von insgesamt 900.000 Yen. *G* hingegen wollte nur 600.000 Yen zahlen, da er die 300.000 Yen Reparaturkosten abzog (siehe Sachverhalt unter Punkt 18). *D* forderte daraufhin *G* auf darzulegen, warum er einen Anspruch gegen den *B* auf Zahlung von 300.000 Yen habe. Zudem wandte *D* ein, dass selbst wenn ein solcher Anspruch bestünde, *G* trotzdem verpflichtet sei die ganze Summe von 900.000 Yen zu zahlen. *D* meinte, dass es dem *G* nicht möglich sei die Forderungen aufzurechnen. Bei seiner Argumentation bezog sich *D* auf folgende *Rechtsprechung*:

Oberster Gerichtshof (Japan) 13.03.2001

Sachverhalt

Zur Sicherung des Darlehens, das *Q* dem *P* gewährte, bestellte *P* dem *Q* eine Hypothek auf sein Gebäude. Nachdem die Hypothek eingetragen wurde, schloss *P* mit *R* einen Mietvertrag über das Erdgeschoss im Gebäude des *P*. *R* zahlte dem *P* zur Absicherung der Miete eine Kautions in Höhe von 31.500.000 Yen.

Der Mietvertrag wurde im Nachhinein dahingehend von *P* und *R* abgeändert, dass die Kautions nun 3.300.000 Yen sein sollte und die monatliche Miete 330.000 Yen betragen sollte. Aufgrund der neuen Vereinbarung forderte *R* den *P* auf ihm den Differenzbetrag von 28.200.000 Yen zurückzuzahlen. Da *P* nicht in der Lage war das Geld zurückzuzahlen, vereinbarten sie, dass die Forderung des *R* gegen die Forderung des *P* auf Mietzahlung für die nächsten drei Jahre aufgerechnet werden sollte.

Weil *P* sein Darlehen nicht zurückzahlen konnte, beschloss *Q* sein Recht aus der Hypothek wahrzunehmen und die kommenden Mieten des *R* in Höhe von 9 Mio. Yen zu pfänden. Der Vollstreckungstitel wurde *P* und *R* zugesendet.

Q verlangte die Zahlung von fünf Monatsmieten von *R*. *R* verweigerte dies und berief sich auf seine Verabredung mit *P*.

In den ersten beiden Instanzen gewann *Q*, dann legte *R* erneut Revision ein und der Fall ging zum Obersten Gerichtshof. Der Oberste Gerichtshof wies die Klage ab und verkündete das folgende Urteil:

Zusammenfassung des Urteils

Der Mieter (*R*) einer mit einer Hypothek belasteten Immobilie hat kein Recht seine Forderungen gegen den Vermieter (*P*) aufzurechnen, nachdem der Dritte (*Q*) sein Recht aus der Hypothek geltend gemacht hat und Forderungen des Vermieters bereits gepfändet hat.

Vor dem Zeitpunkt der Pfändung hat der Mieter jedoch die Möglichkeit Forderungen mit dem Vermieter aufzurechnen.

Da die Hypothek eingetragen wurde und somit auch für den Mieter des belasteten Gebäudes öffentlich zugänglich war, hat die Hypothek und die damit einhergehende Pfändung der Forderungen Vorrang vor der Aufrechnung der Forderungen des Mieters.

V. Lösung Frage 1¹

Anspruch des *A* gegen *C* auf Zahlung von 45 Mio. Yen.

1. Anspruchsvoraussetzungen

- (1) Hauptforderung
- (2) Einigung über die Bürgschaft
- (3) Schriftlichkeitserfordernis der Bürgschaft (§446 II JBGB²)

2. Lösungsaufbau

- (1) Der Kaufvertrag zwischen *A* und *B* wurde geschlossen (§555 JBGB³) und die Hauptforderung, d. h. die Zahlungsverpflichtung, ist entstanden.

¹ Hierbei handelt es sich nicht um die Übersetzung offizieller Lösungen. Die Lösungen wurden von Frau Sukiya selbst gewissenhaft unter Zuhilfenahme der Vorbereitungsmaterialien für das Examen erstellt.

² § 446 II JBGB: No contract of guarantee shall be effective unless it is made in writing.

- (2) Obwohl *B* am 11. Juni als Vertreter des *C* ohne Vertretungsmacht handelte, genehmigte *C* die Vertretungshandlung am 15. Juni. Deswegen kann gesagt werden, dass es eine Einigung über die Bürgschaft gab (§116 JBGB⁴).
- (3) Problematisch ist, ob die Genehmigung schriftlich erfolgen muss oder ob eine mündliche Genehmigung des *C* ausreicht.

Ansicht 1

Auch die Genehmigung soll schriftlich erfolgen, deshalb ist sie im vorliegenden Fall nicht gültig.

§ 446 II JBGB besagt, dass in dem Fall, in welchem die Bürgschaft mit der Genehmigung der Vertretungshandlung gültig werden soll, die Genehmigung schriftlich erfolgen muss.

Im Bürgschaftsvertrag hat der Bürge keinen Vorteil, sondern er bekommt lediglich einen rechtlichen Nachteil. Der Tenor von § 446 II lautet, dass der Bürge durch das Schriftformerfordernis vor dem übereilten Abschluss der Bürgschaft geschützt werden soll. Folglich hätte die Genehmigung schriftlich erfolgen müssen.

Der Anspruch des *A* gegen *C* auf Zahlung besteht daher nicht.

Ansicht 2

Da die mündliche Genehmigung ausreicht, kann der Formmangel der Bürgschaft geheilt werden.

Der Tenor von § 446 II lautet, dass der Bürge durch die Schriftform vor dem übereilten Abschluss der Bürgschaft geschützt werden soll. Im vorliegenden Fall wusste *C* jedoch von dem Abschluss des Kaufvertrages zwischen *A* und *B*, sowie von der Bürgschaft, die *B* im Namen des *C* eingegangen war. Er hatte daher die Möglichkeit sich über eine Genehmigung der Bürgschaft Gedanken zu machen und die Bürgschaft nicht unüberlegt und vorschnell abzuschließen.

Mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Rechtssicherheit des Gläubigers ist die Formbedürftigkeit daher nicht immer unbedingte Voraussetzung für die Wirksamkeit der Bürgschaft. In dem Fall, in dem der Vertreter ohne Vertretungsmacht eine Bürgschaft eingeht und der Bürge die Chance hat, sich Gedanken über den Abschluss zu machen, soll der Mangel der Formbedürftigkeit geheilt werden.

³ § 555 JBGB: A sale shall become effective when one of the parties promises to transfer a certain real rights to the other party and the other party promises to pay the purchase money for it.

⁴ § 116 JBGB: Ratification shall be effective retroactively as of the time of the conclusion of the contract unless other intention is manifested; provided, however, that no right of a third party may be prejudiced.

Die Forderung des *A* gegen *C* auf Zahlung besteht.

Hintergrundinformation: Aufgrund der knappen Bearbeitungszeit wird von den Studenten lediglich verlangt, dass sie sich einer Ansicht anschließen und diese begründen. Ein Meinungsstreit ist nicht zwingend erforderlich.

VI. Lösung Frage 2

Anspruch des *B* gegen *F* auf Schadensersatz aus Pflichtverletzung (§ 415 JBGB⁵)

1. Voraussetzungen

- (1) Bestehen einer Schutzpflicht
- (2) Pflichtverletzung
- (3) Eintreten eines Schadens
- (4) Kausalität
- (5) Verantwortlichkeit des Schuldners

2. Lösungsaufbau

Im vorliegenden Fall wurde ein Mietvertrag zwischen *B* und *F* geschlossen, mit welchem *F* sich zur Erhaltung der Mietsache verpflichtete. Aufgrund des Verschuldens von *H* wurde das Gebäude γ beschädigt, weswegen *B* einen Schaden erlitt (Schaden = Ausgaben für die Reparatur).

Aufgrund (4) der Pflichtverletzung (2) der Erhaltungspflicht (1) verursachte *F* einen Schaden in Höhe von 1 Mio. Yen (3).

(5) Wenn der Schuldner nicht verantwortlich für den Schadenseintritt ist, kann kein Schadensersatzanspruch entstanden sein. Im vorliegenden Fall schädigte *H* das Gebäude. Nach dem Prinzip von Treu und Glauben (§ 1 II JBGB⁶) beinhaltet die Verantwortung des Schuldners den Vorsatz und die Fahrlässigkeit des Schuldners selbst, sowie den Vorsatz und die Fahrlässigkeit des Gehilfen.

Problematisch ist, ob *H* Gehilfe des *F* war. Dazu müsste er im Herrschaftsbereich des *F* tätig werden und dessen Weisungen unterliegen.

⁵ § 415: If an obligor fails to perform consistent with the purpose of its obligation, the obligee shall be entitled to demand damages arising from such failure. The same shall apply in cases it has become impossible to perform due to reasons attributable to the obligor.

⁶ § 2 II JBGB: The exercise of rights and performance of duties must be done in good faith.

B akzeptierte, dass *H* den Umbau der Innenausstattung durchführte. Dies bedeutet jedoch nicht automatisch, dass *B* auch das Risiko eines dabei entstehenden Schadens auf sich nahm. Es war im vorliegenden Fall eindeutig, dass *F* den *H* als Gehilfen für seine Umbauarbeiten benutzte, zumal dieser auch im Herrschaftsbereich des *F* tätig wurde.

Aus diesem Grund muss *F* die Verantwortung für den Schaden, den *H* verursachte, auf sich nehmen.

Der Schadensersatzanspruch des *B* gegen *F* wegen Pflichtverletzung würde hiernach bestehen.

Mögliche Einwendungen des F

H erfüllt durch seine Tätigkeit nicht die Voraussetzungen für eine Gehilfenstellung. *H* besitzt als Innenarchitekt des Lokals besondere Fachkenntnisse, die über die Kenntnisse eines durchschnittlichen Bürgers – und somit auch über die fachlichen Kenntnisse des *F* – weit hinausreichen. Der Vertrag zwischen *H* und *F* ist als Werkvertrag zu qualifizieren. Daher kann man sagen, dass *H* von *F* unabhängig war und *F* kein Weisungsrecht im Hinblick auf die Ausführungen des *H* hatte. *H* war somit kein Gehilfe des *F*, weshalb der Vorsatz und die Fahrlässigkeit des *H* im vorliegenden Fall nicht in das Verschulden des *F* miteinbezogen werden können.

Es besteht daher kein Schadensersatzanspruch des *B* gegen *F* wegen Pflichtverletzung.

VII. Lösung Frage 3

1. Anspruch des G gegen B auf Zahlung von 300.000 Yen

Der Mieter darf die Erstattung der Ausgaben, die er für die Erhaltung oder notwendige Verbesserung des Mietobjekts getätigt hat, vom Vermieter zurückverlangen (§ 608 I JBGB⁷). Die von *G* bezahlten Reparaturkosten sind notwendige Ausgaben für die Erhaltung der Mietsache.

G hat daher einen Zahlungsanspruch gegen *B*.

2. Unterschied zwischen dem Urteil und dem vorliegenden Fall

Im Urteil ist die Mietforderung des *P* gegen *R* noch nicht fällig. Dies spielt für die Aufrechnung jedoch keine Rolle, da die Parteien auch vor Fälligkeit

⁷ § 608 I JBGB: If a lessee has defrayed necessary expenses with respect to the leased Thing which ought to be borne by the lessor, the lessee may immediately demand the reimbursement of the same from the lessor.

gemäß § 136 II JBGB aufrechnen können.⁸ Im Urteil ging es um einen Zahlungsanspruch aus einer Hypothek. Der Zahlungsanspruch resultiert so aus einem vom Mietvertrag unabhängigen Rechtsgeschäft. Das Urteil beruhte darauf, dass die dingliche Surrogation sinnlos wäre, wenn die Wirkung der Aufrechnung anerkannt würde. Die Pfändung des *Q* geht so der Aufrechnung zwischen *P* und *R* vor.

Im vorliegenden Fall ist es so, dass der Zahlungsanspruch des *G* gegen *B* aus dem Mietvertrag selbst entstand. *B* hat als Vermieter die Pflicht, das Mietobjekt zu reparieren (§ 606 I JBGB⁹). Wenn der Mieter notwendige Ausgaben für Erhaltung oder Reparatur der Mietsache gezahlt hat, die eigentlich der Vermieter zu tragen hat, darf er die Rückzahlung dieser Ausgaben sofort vom Vermieter verlangen (§ 608 I JBGB). Der Ausgabenrückzahlungsanspruch wird sonst durch das Zurückbehaltungsrecht (§ 295 JBGB¹⁰) und das Vorerwerbsprivileg (§§ 337, 326 JBGB¹¹) geltend gemacht. Auf diese Weise ist *G* im Vergleich zu *R* in einer privilegiierteren Position. Deswegen darf *G* die Mietforderung gegen den Ausgabenrückzahlungsanspruch aufrechnen.

⁸ § 136 II JBGB: The benefit of time may be waived; provided, however, that such waiver may not prejudice the interest of the counterparty.

⁹ § 606 I JBGB: A lessor shall assume an obligation to effect repairs necessary for using and taking the profits of the leased Things.

¹⁰ § 295 I JBGB: If a possessor of a Thing belonging to another person has a claim that has arisen with respect to that Thing, he/she may retain that thing until that claim is satisfied; provided, however, that this shall not apply if such claim has not yet fallen due.

¹¹ § 337 JBGB: In order to preserve the effectiveness of statutory liens for preservation of immovable properties, registration must be carried out immediately after the completion of the act of preservation. § 326 JBGB: Statutory liens for the preservation of immovable property shall exist with respect to immovable property, in connection with the expenses required for the preservation of that immovable property or the expenses required for the preservation, approval or execution of rights regarding that immovable property.

Urteil des Obersten Gerichts Japans vom 22.04.2011^{*}

I. Gegenstand des Urteils¹

Zur Frage, ob ein Schuldner aus Delikt oder aus dem Schuldverhältnis haftet, falls er der anderen Partei Informationen, die den Abschluss des Vertrages beeinflussen können, vor dem Vertragsabschluss nicht zukommen lässt, obwohl er eine Aufklärungspflicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hat.

II. Zusammenfassung des Urteils

Wenn eine Partei der anderen Partei Informationen, die den Abschluss des Vertrages beeinflussen können, vor Vertragsabschluss nicht gibt, obwohl sie eine Aufklärungspflicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hat, trägt sie die Verantwortung für den Schaden, den die Gegenpartei durch den Abschluss des Vertrages erlitten hat. Die Verletzung der Aufklärungspflicht begründet dabei einen deliktischen Schadensersatzanspruch und keinen aus dem Schuldverhältnis (siehe dazu auch Anmerkung unten).

III. Haupttext des Urteils

- (1) Der Teil des Urteils, bei dem der Revisionsführer in der ersten Instanz sowie bei der Berufung unterlegen hat, wird aufgehoben.
- (2) Die Behauptung des Revisionsgegners in Bezug auf den letzten Absatz ist nicht erheblich für die Entscheidung.
- (3) Der Revisionsgegner hat die Gesamtkosten des Prozesses zu tragen.

IV. Aus den Gründen

Anwälte des Revisionsführers: *Norifumi Ishii* und *Masami Kiriyama*

^{*} Übersetzt von Yusuke Sukiya.

¹ Aktenzeichen: 25443338.

1. Im vorliegenden Fall geht es um das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs aus dem Investitionsvertrag oder aufgrund deliktischer Haftung. Der Revisionsgegner investierte in den Revisionsführer, eine Genossenschaftsbank, ¥5.000.000 aufgrund von gezielter Werbung des Revisionsführers. Nach dem Konkurs des Revisionsführers verlor der Revisionsgegner seine kompletten Investitionen. Der Revisionsgegner behauptet, dass der Revisionsführer seine Pflicht verletzt hat, ihn bei der Werbung für die Investition darüber aufzuklären, dass bei ihm ein Insolvenzrisiko bestand. Er fordert die Rückzahlung der Gesamtsumme von ¥5.000.000 und eine Entschädigungszahlung aus entgangenem Gewinn. Diese Forderung wird hauptsächlich mit dem Bestehen eines deliktischen Schadensersatzanspruchs begründet. Alternativ wird die Nichtigkeit des Vertrags wegen Irrtums oder die Anfechtbarkeit des Vertrags wegen Täuschung gefordert. Nebensächlich werden diese Ansprüche auf eine Pflichtverletzung aus dem Investitionsvertrag gestützt.

Der Revisionsgegner hat den Teil, bei dem er in der letzten Instanz unterlag, nicht mehr bestritten. Daher wurde in der Revisionsinstanz hierüber auch nicht mehr entschieden.

2. Die folgenden Tatsachen wurden vom Berufungsgericht festgestellt:

(1) Der Revisionsführer ist eine nach dem Genossenschaftsrecht für kleine und mittlere Unternehmen gegründete Genossenschaftsbank, die durch die Hauptversammlung am 31. Juli 2002 aufgelöst wurde.

(2) Bei einer Überprüfung der Aufsichtsbehörde im Jahr 1994 wurde die Bank darauf hingewiesen, dass die Verringerung der Eigenkapitalquote zum Insolvenzrisiko führt.

Bei einer erneuten Überprüfung durch die Aufsichtsbehörde im Jahr 1996 erkannte diese, dass der berechnete Defizitbetrag so groß war, dass die vorhandene Eigenkapitalquote von -1,80% die tatsächliche insolvente Situation bedeutete. Die Aufsichtsbehörde forderte den Revisionsführer auf dieses Problem so schnell wie möglich zu lösen. Dieser war dazu allerdings nicht in der Lage.

(3) Der Filialleiter der Genossenschaftsbank in Shin-Osaka warb den Revisionsgegner für die Investition im Jahr 1998 oder 1999, ohne ihn darüber aufzuklären, dass bei der Bank das Risiko bestand zahlungsunfähig zu werden. Er unterlies es den Revisionsgegner zu informieren, obwohl die Vorstandsmitglieder der Bank zu diesem Zeitpunkt bereits realisieren konnten, dass die Aufsichtsbehörde jederzeit das Insolvenzverfahren der Bank eröffnen konnte.

(4) Nach gezielter Werbung durch den Revisionsführer investierte der Revisionsgegner ¥5.000.000 am 2. März 1999.

(5) Am 16. Dezember 2000 entschied die Bankaufsichtsbehörde gemäß Art. 8 des Gesetzes für Notfallmaßnahmen für die Wiederbelebung der Finanzfunktionen (vor der Änderung im Jahr 1999), dass die Bank in Konkurs geht und dass der Insolvenzverwalter das Geschäft und das Vermögen vom

Revisionsführer verwaltet. Daher konnte der Revisionsgegner die Anteile seiner Investition nicht zurückbekommen.

3. Das Berufungsgericht sprach dem Revisionsgegner einen Schadensersatzanspruch wegen einer Pflichtverletzung aus dem Investitionsvertrag zu, nicht jedoch einen Teil der Entschädigungszahlung aus entgangenem Gewinn. Es wurde folgendermaßen unterschieden:

(1) Es verletzt die auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruhende Aufklärungspflicht des Revisionsführers, dass dieser den Revisionsgegner für die Investitionen warb, ohne ihm sein Insolvenzrisiko mitzuteilen.

(2) Obwohl die Aufklärungspflicht vor dem Abschluss des Investitionsvertrages verletzt wurde, ist die Pflichtverletzung letztlich für den Abschluss des Vertrages verantwortlich und steht damit in sehr engem Zusammenhang mit dem Vertrag. Daher wirkt nach dem Grundsatz von Treu und Glauben der Vertragsabschluss rückwirkend auf den Zeitpunkt der Pflichtverletzung zurück. Die Verletzung der Aufklärungspflicht begründet deswegen nicht nur einen deliktischen Schadensersatzanspruch, sondern einen Schadensersatzanspruch wegen einer Nebenpflichtverletzung aus dem Investitionsvertrag.

4. Nicht gebilligt werden kann der Teil des Berufungsurteils, der aus der verletzten Aufklärungspflicht einen vertraglichen Schadensersatzanspruch herleitet. Die Gründe hierfür sind wie folgt:

Wenn eine Partei der anderen Partei Informationen, die den Abschluss des Vertrages beeinflussen können, vor Vertragsabschluss nicht gibt, obwohl sie eine Aufklärungspflicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hat, haftet sie für den Schaden, den die Gegenpartei durch den Abschluss des Vertrages erlitten hat, aus Delikt und nicht aufgrund des später geschlossenen Schuldverhältnisses. Der Abschluss des Investitionsvertrages ist erst die Folge der Verletzung der Aufklärungspflicht. Diese Pflicht zur Aufklärung ist weder eine Haupt- noch eine Nebenpflicht des Vertrages. Daher konnte durch die Verletzung der Aufklärungspflicht auch keine Vertragspflicht verletzt werden. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben bestand eine besondere vorvertragliche Rechtsbeziehung zwischen den Parteien. Der Schaden, den die eine Partei erlitten hat, begründet sich daher auch auf einem Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und nicht auf einem Verstoß gegen den erst später abgeschlossenen Investitionsvertrag.

Da es sich im vorliegenden Fall um einen deliktischen Schadensersatzanspruch handelt, wird die Verjährungsfrist nach § 724 JBGB² berechnet und

² § 724 JBGB: The right to demand compensation for damages in tort shall be extinguished by the operation of prescription if it is not exercised by the victim or his/her legal representative within three years from the time when he/she comes to know of the damages and the identity of the perpetrator. The same shall apply when twenty years have elapsed from the time of the tortious act.

beträgt drei Jahre. Durch die Berechnung der Verjährungsfrist dürfen die Rechte der Geschädigten nicht eingeschränkt werden.

5. Da das Urteil des Berufungsgerichts offensichtlich gegen das Gesetz verstößt und ein Schadensersatzanspruch aus Vertrag nicht besteht, wird der Teil, bei dem der Revisionsführer bei der Berufung unterlegen hat, aufgehoben und die Klage des Revisionsgegners abgewiesen.

Die Richter urteilen einhellig wie im Haupttext.

Zusätzliche Anmerkung der Richterin Katsumi Chiba:

Der Verstoß gegen die Aufklärungspflicht kann in diesem Fall keine Pflichtverletzung aus dem Investitionsvertrag begründen. Daher ist § 724 JBGB anzuwenden.

Im vorliegenden Fall verletzte der Revisionsführer die Aufklärungspflicht, die er gegenüber dem Revisionsgegner hatte, bereits bei der Werbung, die zum Abschluss des Investitionsvertrags führte, d. h. in der Verhandlungs- und Vorbereitungsphase vor dem Abschluss des Vertrags. Es handelt sich somit um ein Verschulden vor Vertragsabschluss. Obwohl das JBGB keine Pflicht der Parteien während der Vorbereitungsphase des Vertrags bestimmt, wird angenommen, dass zwischen den Parteien auch in der vorvertraglichen Phase Pflichten aus dem Grundsatz von Treu und Glauben bestehen und die Parteien daher auch zum Schadensersatz verpflichtet sind, falls sie den Grundsatz von Treu und Glauben verletzen. Diese Pflicht begründet sich in der Aufnahme von Vertragsverhandlungen und nicht im Vertrag selbst. Daher ist es auch nicht möglich, dass die Pflichtverletzung als ein Verstoß gegen den Vertrag gesehen wird.

In Deutschland entwickelte sich in der Lehre die Ansicht, nach der auch die fahrlässige Verletzung eines Vertrages als Pflichtverletzung angesehen wird. Behauptet eine Partei die Nichtigkeit des Vertrages, so muss sie auch bei einer fahrlässigen Verletzung der anderen Partei den Schaden ersetzen. Das Vertragsverschulden wird so erweitert, um dem Verletzten auch dann Schadensersatz zu gewähren, wenn die strengen Voraussetzungen für den deliktischen Schadensersatzanspruch nicht erfüllt sind.

Einer einflussreichen japanischen Theorie zufolge sind Parteien, die einen Vertrag eingehen wollen, enger miteinander verbunden als unbeteiligte Dritte und haften daher aus dem Grundsatz von Treu und Glauben auch für ein Verschulden in der Verhandlungs- und Vorbereitungsphase des Vertrages, selbst wenn der Vertrag später nicht zustande kommt.

Die folgenden zwei Beispiele zu möglichen Verstößen in der Vorbereitungsphase des Vertrages könnten auch für ein Vertragsverschulden gehalten werden: (1) Falls der Laie einen Vertrag mit der Bank nach einer Beratung abschließt und er durch die falsche Beratung einen Schaden erleidet und (2) falls der Verkäufer eines Elektrogeräts seinem Kunden eine falsche Gebrauchsanweisung gibt und der Kunde später einen Schaden durch die Ware

erleidet, kann ein Schadensersatzanspruch aufgrund von Treu und Glauben aus dem Vertrag bestehen (*Wagatsuma, Sakae*, „Schuldrecht –Besonderer Teil“ S.38).

Obwohl diese Beispiele der ordnungsgemäßen Beratung und Aufklärung in der Vorbereitungsphase des Vertrages stattfinden, glaube ich, dass diese Pflichten auch für Nebenpflichten aus dem Vertrag gehalten werden können. Unter dieser Voraussetzung kann auch die obige Theorie so verstanden werden, dass die Pflichtverletzung, unabhängig, ob sie vor oder nach dem Abschluss des Vertrages begangen wurde, als Nebenpflichtverletzung aus dem Vertrag gesehen werden kann.

In den Beispielen ergeben sich die Aufklärungspflichten zwar vor dem Abschluss des Vertrages, sie sind aber eigentlich Nebenpflichten der Parteien, die sich aus dem Vertragsverhältnis ergeben. Der Inhalt der Pflicht kann nur aus dem Inhalt des Vertrages klar werden. Deswegen kann sie auch als vertragliche Pflicht gesehen werden.

Im vorliegenden Fall jedoch entscheidet nur die Aufklärung der Parteien durch die Bank über den Vertragsabschluss. Daher kann diese Pflicht hier auch nur vor dem Vertrag verletzt werden. Das Bestehen einer Aufklärungspflicht, ihr Inhalt, Grad usw. wird nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Einbeziehung der konkreten Umstände, der Vorgeschichte des Vertrags usw. entschieden. Das bedeutet, dass die Aufklärungspflicht immer individuell ist und nicht eindeutig als Nebenpflicht gesehen werden kann.

Folglich ist es auch nicht möglich, die Verjährungsregeln über die Haftung der Pflichtverletzung in diesem Fall anzuwenden und den Verstoß der Aufklärungspflicht wie einen Verstoß gegen eine Nebenpflicht zu behandeln.

Der Grundsatz von Treu und Glauben, an den sich die beiden Parteien in der Vorbereitungsphase des Vertrages halten müssen, sollte auch in das Gesetz aufgenommen werden nachdem die Voraussetzungen und der Inhalt der Vorschrift genau geklärt wurden. Dies würde auch den Parteien zugutekommen und für mehr Rechtsklarheit sorgen. Dieser Akt ist jedoch der Gesetzgebung vorbehalten, sodass es dem Gericht allein möglich ist, die bestehenden Vorschriften zu interpretieren und auszulegen.

(Vorsitzende Richterin: *Katsumi Chiba*; Richter: *Yuki Yoshida*, *Yukio Takeuchi* und *Masahiko Sudo*)

Korea

Examensklausur Zivilrecht 2014 mit Lösungsvorschlag*

Sachverhalt 1

A kauft einen Teil eines Grundstücks X in der Stadt P von B. Dabei ist der Grundstücksteil zwischen A und B bestimmt. Der Grundstücksteil ist jedoch in Bezug auf die Lage und den Flächeninhalt nicht im Grundbuch eingetragen. A und B verabreden, dass sie den Teil des A am Grundstück X ins Grundbuch eintragen, wenn die Unterteilung notwendig ist. A trägt seinen Anteil, im Verhältnis zum Flächeninhalt des Gesamtgrundstücks, ins Grundbuch ein. Im Anschluss bestimmen A und B die Grenzlinie.

Erste Frage

C stellt fest, dass das Grundstück X nicht benutzt ist. Ohne die Einwilligung von A und B einzuholen, stellt C ein Zelt im Grundstücksteil des A auf und baut auf dem Grundstücksteil des B eine aus einem Behälter gemachte Bretterbude. Nach einer Weile erkennt A diese Situation und fordert von C den Abbruch des Zelts und der Bretterbude und die Übergabe des Grundstücks X. Nachdem C dieser Forderung von A nicht folgt, klagt A allein auf Räumung des gesamten Grundstücks (der Abbruch des Zelts und der Bretterbuden ist nicht Bestandteil der Klage). In der Klageerwiderung behauptet C, dass das Grundstück X im Miteigentum von A und B stehe, B die Übergabe aber nicht fordere. Kann der Klage des A stattgegeben werden? Falls ja, begründen Sie dies.

Fortsetzung

Sowohl A als auch B möchten nun ein Gebäude auf ihrem Grundstücksteil errichten. Nachdem der Grundbau der Gebäude fertiggestellt wurde, geraten beide in Finanzierungsprobleme, so dass sie sich gemeinsam von D Geld borgen. Zur Sicherheit wird eine Hypothek für das gesamte Grundstück X bestellt. Nach der Fertigstellung der Gebäude müssen A und B jeweils eine Bauabnahmeprüfung durchführen lassen. Erst dann können sie ihre Gebäude ins Grundbuch eintragen lassen. In der Zwischenzeit verschärfen sich die

* Übersetzt von *Shin-Uk Park*.

Finanzierungsprobleme immer weiter, sodass beide ihre Schulden nicht zurückzahlen können. Nach einer Zwangsversteigerung des Grundstücks wird das Eigentum des neuen Eigentümers E ins Grundbuch eingetragen. Der neue Eigentümer E verlangt nun den Abbruch der beiden Gebäude und die Übergabe des gesamten Grundstücks von A und B. Während des Prozesses erheben A und B alle notwendigen Verteidigungseinreden.

Zweite Frage

1. Schreiben Sie die subjektive Klageverbindung des E gegen A und B und begründen Sie diese.
2. Kann der Anspruch des E anerkannt werden? Falls ja, begründen Sie dies.

Verlauf des Prozesses

In der Klageschrift bezüglich des Abbruchs der beiden Gebäude und der Übergabe des gesamten Grundstücks, behauptet E, dass A und B die jeweiligen Grundstücksteile bei den Neubauten nicht bestimmt hätten. A macht in erster Debatte eine Angabe, dass er die Behauptung von E akzeptieren würde. Dagegen behauptet B in erster Debatte, dass A und B die Grundstücksteile schon bestimmt hätten und dass A und B jeweils der Grundstücksteil zustehen würde, in dem ihr Gebäude steht. In Erwägung der Beweise denkt das Gericht, dass die Behauptung des B mit der sachlichen Wahrheit übereinstimmt.

Dritte Frage

Wie wird das Gericht über den Einfluss der Angaben und über die Klage urteilen? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Abwandlung

Bis zum Ende der Debatte behält A seine Angabe aus der ersten Debatte nicht bei, sondern macht eine neue Angabe in vierter Debatte. In dieser gibt A an, dass A und B die Grundstücksteile schon bestimmt hätten und dass A und B jeweils der Teil zustehen, in dem ihre Gebäude stehen würde. Für seine neue Angabe stellt A einen Antrag auf Befragung eines Zeugen. Dieser sagt aus, dass A und B beabsichtigen das Grundstück X in Bezug auf die beiden Gebäude zu unterteilen. Der Zeuge erwähnt, dass A und B die Unterteilung wegen des vertrackten Unterteilungsprozesses nicht durchführen konnten. Des Weiteren führt er an, dass A und B jeweils ihren Teil bereits bestimmt

hätten. Das Gericht denkt, dass die Zeugnisse mit der sachlichen Wahrheit übereinstimmen. In Bezug auf seine in erster Debatte behaupteten Angaben, beweist oder erwähnt A bis zum Ende der Debatte nicht, dass diese auf einem Irrtum beruht. E erhebt aber keinen Einwand gegen die Änderung der Angabe des A.

Vierte Frage

Welchen Einfluss hat die Änderung der Angabe des A auf das Verhältnis zwischen A und B?

Wie wird das Gericht entscheiden? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Verlauf des Prozesses

Während des Prozesses verstirbt E. E hatte sich aber von einem Anwalt vertreten lassen, sodass der Prozess nicht aufhört. Der einzige Erbe des E erklärt vor dem Ende der Debatte nicht die Aufnahme des Verfahrens. Das Gericht fällt ein erstes Urteil.

Fünfte Frage

Nach der Entscheidung, aber vor der Aufnahme des Verfahrens, ist die Ausfertigung des Urteils dem Anwalt von E zugestellt worden. Schreiben Sie, ob das Urteil ein rechtskräftiges Urteil ist und die Entscheidungsgründe.

Sachverhalt 1.2

C hat eine Forderung (30.000.000 KRW) gegen A, der wiederum eine Forderung (10.000.000 KRW) gegen B hat. C gewinnt seinen Prozess gegen A. Auf Grund dessen beantragt C eine Beschlagnahme und einen Überweisungsbeschluss zur Einziehung. Das Gericht erkennt den Antrag von C an. Danach klagt A die Schuld (10.000.000 KRW) gegen B ein.

Frage

Wie wird das Gericht entscheiden, wenn C seinen Antrag auf Beschlagnahme und Überweisung vor Ende der Debatte zurücknimmt und sein Recht aufhebt? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Sachverhalt 1.3

A hat eine Forderung (100.000.000 KRW) gegen B. A tritt diese Forderung am 9. Februar 2012 an C ab und teilt B die Abtretung der Forderung per Postsache mit amtlich bescheinigtem Inhalt am 9. April 2012 mit. Die Postsache ist B am 11. April 2012 zugegangen.

D, ein anderer Forderungsgläubiger des A, beantragt eine vorsorgliche Beschlagnahme. Das Gericht erlässt am 15. März 2012 einen Beschluss, nach dem D ein Gläubiger, A ein Schuldner und C ein dritter Schuldner ist. Dabei beträgt die Forderung 50.000.000 KRW. Dieser Beschluss wird B am 17. März 2012 zugestellt.

C erhebt eine Klage gegen B auf Zahlung der Forderung (100.000.000 KRW) am 3. Januar 2013. Vor dieser Klage des C, nämlich am 2. April 2012, wird D ein Beschluss des Gerichts über die Beschlagnahme und einen Überweisungsbeschluss an Zahlungsstatt in Höhe von 58.000.000 KRW (Kapital: 50.000.000 KRW/Zinsen etc. 8.000.000 KRW) aufgrund der vorsorglichen Beschlagnahme zugestellt. Dieser Beschluss wird am 4. April 2012 jeweils an D, A und B gleichzeitig zugestellt und am 12. April 2012 festgestellt.

Erste Frage

In der Klage behauptet B, dass C keine Klagebefugnis wegen der Beschlagnahme und des Überweisungsbeschlusses habe. Wie wird das Gericht entscheiden?

Zweite Frage

Die Debatte der von C erhobenen Klage ist am 10. Juni 2013 beendet. Der an D zugestellte Beschluss ist gültig. Wie wird das Gericht entscheiden? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Sachverhalt 1.4

Am 4. Januar 2005 gewährt G dem A ein Darlehn in Höhe von 150.000.000 KRW mit Zinsen (2 % pro Monat). Fälligkeitstag ist der 4. März 2005. Ein Gebäude X, das das einzige Vermögen des A ist, ist an B, eine Schwester von A, aufgrund eines Kaufvertrags zwischen A und B vom 10. April 2007 übertragen worden. Diese Rechtsänderung wurde am 26. November 2007 ins Grundbuch eingetragen.

Am 11. Dezember 2007 wird eine Vormerkung für H aufgrund eines Kaufvertrags vom 10. Dezember 2007 ins Grundbuch eingetragen. G erhebt gegen B am 2. Juni 2008 eine Anfechtungsklage gegen den Vertrag und ver-

langt die Austragung des Eigentums von B im Grundbuch. Dabei behauptet G, dass der am 10. April 2007 abgeschlossene Kaufvertrag nichtig sei, aufgrund betrügerischer Verwendung. G gewinnt die Klage am 30. Dezember 2008, die Entscheidung wird am 20. Januar 2009 festgestellt. Tatsächlich ist es ganz klar, dass der Vertrag am 10. April 2007 eine betrügerische Verwendung ist. B und H kennen diesen Betrug. G weiß von dieser Tatsache erstmals am 25. Mai 2008.

Frage

Wie wird das Gericht entscheiden, wenn G eine Klage auf Austragung der Vormerkung des H erhebt? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Gemeinsamer Sachverhalt 2

Zwischenhändler A verkauft 1.000 Kleider für 100.000.000 KRW am 5. Januar 2007 an B. B verspricht, das Geld (100.000.000 KRW) bis zum 5. März 2007 zu zahlen. Auf Grund dieses Versprechens übernimmt B die 1.000 Kleider. A bezweifelt aber die Zahlungsfähigkeit von B, sodass C, eine Freund des B, am 7. März 2007 einen Bürgschaftsvertrag für B abschließt. Daneben nimmt D, ein anderer Freund des B, am 10. März 2007 eine Maximalhypothek auf sein Haus X (Höchstbetrag 120.000.000 KRW) auf. Im Haus X wohnt Mieter E. D schließt einen Mietvertrag mit E ab. Die Kautions des Mietvertrags beträgt 80.000.000 KRW. Am 10. März 2007 meldet E seinen Wohnsitz, am gleichen Tag erhält er auch den Mietvertrag.

Fortsetzung 1

Am 10. März 2008 verkauft D dem Y sein Haus X, dessen Preis auf 250.000.000 KRW geschätzt wird. Für die Übertragung des Eigentums am Haus X wird eine Rechtsänderung in das Grundbuch eingetragen. Dabei verspricht D, dass die Kautions zwischen D und E am 9. März 2009 zurückgezahlt und die Maximalhypothek gelöscht wird. B tilgt jedoch seine Schuld nicht, sodass das Haus X zwangsversteigert wird. Das Haus X wird an Z in Höhe von 150.000.000 KRW verkauft. E ersucht im Verteilungsverfahren bis zum Ende des festgestellten Termins nicht um eine Dividende für die Kautions. Ein Teil des Verkaufserlöses vom Haus X (100.000.000 KRW) wird dem A am 1. Oktober 2008 zugeteilt. Der übrige Teil (50.000.000 KRW) wird an Y ausbezahlt.

Am 10. April 2009 erhebt Y eine Rückgriffsforderungsklage gegen C. In seiner Klage behauptet Y, dass C das Geld für Surrogation (100.000.000

KRW) und Zinsen (5 % pro Jahr, § 425 Abs. 2 KBGB) ab 1. Oktober 2008 (Enthaftungstag) zahlen müsse. Dagegen behauptet C, dass Y nicht dinglicher Bürge sei, sondern D. Y sei nur ein Dritter, sodass er die Rückgriffsforderung an C als Bürge nicht geltend machen könne. Daneben erklärt C, dass es keinen Grund gebe, warum C als Bürge zur ganzen Rückgriffsforderung verpflichtet sein solle, falls Y die Rückgriffsforderung zusteht.

Erste Frage

Wie wird über die Klage entschieden werden [Zurückweisung, Abweisung, Teilurteil (falls Teilurteil, schreiben Sie die Geldsumme und den Inhalt), Leistungsurteil]? Führen sie auch die Entscheidungsgründe an.

E erhebt eine Klage gegen Y und D auf Rückgabe der Kautions (80.000.000 KRW). Dagegen behauptet Y, dass E die Klage nicht gegen ihn, sondern nur gegen D erheben könne, da D versprochen habe, die Kautions zwischen D und E zurückzuzahlen. Daneben behauptet Y, dass E den Z auf Rückgabe der Kautions beanspruchen müsse, weil E nicht um die Dividende im Verteilungsverfahren ersucht habe. D behauptet, dass die Rückgabe der Kautions nur von Y bzw. Z verlangt werden könne, nicht von ihm.

Zweite Frage

Wie wird über die Klage entschieden werden [Zurückweisung, Abweisung, Teilurteil (falls Teilurteil, schreiben Sie die Geldsumme und den Inhalt), Leistungsurteil]? Führen sie auch die Entscheidungsgründe an.

Fortsetzung 2

Am 5. Januar 2007 stellt B einen Wechsel (Inhaberschuldverschreibung) für eine Zahlung aus, das Zahlungsdatum lautet auf den 5. März 2007, der Nennwert beträgt 100.000.000 KRW, Ausstellungsort/Zahlungsort ist Seoul, die Zahlungsfiliale die Seocho-Dong Filiale der DEA-AN Bank (Aktiengesellschaft), das Ausstellungsdatum ist der 5. Januar 2007. Am 5. Januar 2010 beantragt A die Arrestbeschlagnahme des Grundstücks K, dessen Eigentümer B ist, aufgrund des Wechsels. Die Anspruchshöhe beträgt 100.000.000 KRW. Die Eintragung der Arrestbeschlagnahme erfolgte am 7. Januar 2010. Am 11. Januar 2013 bringt B hiergegen einen Einwand gegen die Arrestbeschlagnahme vor. Das Gericht weist den Antrag der Arrestbeschlagnahme durch A am 30. März 2013 ab und ficht die Arrestbeschlagnahme an. Dieser Beschluss des Gerichts wird am 10. Mai 2013 festgesetzt. Am 5. Oktober 2013 erhebt A eine Klage gegen C auf Zahlung aus der Gesamtbürgschaft (100.000.000 KRW) und auf Verzugszinsen (5 % pro Jahr) ab 6. März 2007 bis zur vollständigen Zahlung.

Verlauf des Prozesses

Im Prozess behauptet C, dass die Kaufpreisschuld für die Kleider in 3 Jahren verjähre, sodass auch die Bürgschaftsschuld verjährt sei. Dagegen behauptet A, dass die Verjährung der Kaufpreisschuld für die Kleider durch den Antrag auf Arrestbeschlagnahme am 5. Januar 2010 und durch die Erledigung am 7. Januar 2010 gehemmt gewesen sei.

Darüber erklärt C, dass sich die Arrestbeschlagnahme nicht auf die Sicherstellung der Forderung, sondern nur auf den Wechsel zur Zahlung bezogen habe, sodass die Kaufpreisschuld für die Kleider durch die Arrestbeschlagnahme verjährt sei. Daneben behauptet C, dass, obwohl die Verjährung einer Schuld durch eine Arrestbeschlagnahme gehemmt sein könnte, die Kaufpreisschuld für die Kleider durch die Arrestbeschlagnahme nicht verjährt sei, weil A die Arrestbeschlagnahme des Grundes ohne Ergänzung des Adressaten beantragt hätte. Außerdem führt C an, dass die Arrestbeschlagnahme durch den Einwand gegen diese durch B angefochten sei, sodass die Wirkung der Verjährung rückwirkend vernichtet wird.

Hiergegen erklärt A, dass C den A um eine Klagerücknahme nach der Klageerhebung gebeten hätte. Hierbei habe C dem A gesagt, dass C in der Klemme stecke, sodass C nur nach und nach die Schuld zahlen wird. A behauptet, dass das Vorbringen des C eine Hemmung der Verjährung bzw. einen Verzicht auf die Einrede der Verjährung darstelle. Die von C vorgebrachten Tatsachen sind bewiesen.

Welches Urteil wird das Gericht fällen [Zurückweisung, Abweisung, Teilurteil (falls Teilurteil, schreiben Sie die Geldsumme und den Inhalt), Leistungsurteil]? Begründen Sie bitte auch die Richtigkeit der Behauptungen.

Fortsetzung 3

Am 6. Mai 2006 leiht B dem A Geld (80.000.000 KRW) auf Zinsen (1% pro Monat). Der Zahlungstag für die Zinsen ist der 5. jeden Monats. A und B vereinbaren, dass die Darlehnsrückzahlung am 5. August 2006 vorgenommen wird. Am 6. Januar 2007 schließen A und B noch einen Darlehensvertrag ab. Der Geldbetrag beträgt 50.000.000 KRW und die Zinsen (2% pro Monat). Der Zahlungstag für die Zinsen ist wieder der 5. jeden Monats. A und B vereinbaren, dass die Darlehnsrückzahlung am 5. Februar 2007 vorgenommen wird. A tilgt seine Schulden und Zinsen nicht, sodass B eine Klage am 10. Juli 2007 erhebt. Dabei beantragt B, dass das Darlehn über 80.000.000 KRW mit 1% pro Monat, ab dem 6. Mai 2006 bis zur vollständigen Zahlung, verzinst wird und das Darlehn über 50.000.000 KRW mit 2% pro Monat, ab 6.

Juni 2006 bis zur völligen Zahlung, verzinst wird. Daneben beantragt B auch die Verurteilung zur Zahlung des Verzugsschadens.

Dagegen wandte A beim Verhandlungstermin am 6. August 2007 ein, dass er seine sich auf Kleider beziehende Forderung gegen B (100.000.000 KRW) und seine verzinsliche Verzugsschadenssumme, (5% pro Jahr) ab 6. März 2007 bis zur völligen Zahlung, gegen die Forderung des B aufrechne.

Dritte Frage

Welches Urteil wird das Gericht fällen [Zurückweisung, Abweisung, Teilurteil (falls Teilurteil, schreiben Sie die Geldsumme und den Inhalt), Leistungsurteil]? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

(Gemeinsamer Sachverhalt) B stirbt bei einem von F verursachten Verkehrsunfall am 1. Februar 2009. B hat drei Erben (Gattin W, Vater V und Mutter M). Zur Erbschaft gehört die Schuld bei A (100.000.000 KRW), ein bewegliches Vermögen (Wert 10.000.000 KRW) und die Entschädigungsforderung gegen F (50.000.000 KRW). W, V und M ist dieser Zustand bekannt.

Beim Tod von B ist W schwanger. Nach langem Nachdenken bricht W ihre Schwangerschaft aufgrund des Schocks über den Tod des B im März 2009 ab.

F begleicht gegenüber V die Entschädigungsforderung. V überweist das Geld an M. Im Anschluss trifft V die Entscheidung, auf das Erbe zu verzichten. Am 1. April 2009 beantragt V den Verzicht auf das Erbe beim Gericht für Familienangelegenheiten.

Vierte Frage

Schreiben Sie, in welcher Höhe bzw. gegen wen A eine Klage (100.000.000 KRW wegen der Kleider) am 1. Juli 2009 erheben kann. Begründen Sie bitte ihre Auffassung. Falls A keine Klage gegen W, V und M erheben kann, begründen Sie auch dieses Ergebnis. (Zinsen und Aufwendungen sind außer Betracht zu lassen).

Am 1. Juni 2009 stellen V und M eine schriftliche Bemerkung an W aus. In der schriftlichen Bemerkung erklären V und M, dass sie keine Einwände in Bezug auf den Antritt der ganzen Erbschaft (einschließlich der Schulden) von W haben.

Nachdem A dies bekannt wurde, erhebt er Klage auf Zahlung in Höhe von 100.000.000 KRW gegen W am 1. Juli 2009.

Fünfte Frage

Wie wird das Gericht entscheiden [Zurückweisung, Abweisung, Teilurteil (falls Teilurteil, schreiben Sie die Geldsumme und den Inhalt), Leistungsur-

teil]? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an (Zinsen und Aufwendungen sind außer Betracht zu lassen).

Sachverhalt 3

Die Dongyang Aktiengesellschaft ist eine nicht börsennotierte AG (Stammkapital: 2.000.000.000 KRW). Die Anzahl der ausgestellten Aktien beträgt 100.000. A hat 40.000, B 30.000, C 20.000 und D 10.000 Aktien. Die Vorstandsmitglieder sind A, B und C. A ist zugleich Vorstandsvorsitzender und übt tatsächlich alle Rechte von Dongyang aus.

Dongyang besteht aus 2 Unternehmenssektionen, Faser und Maschine. In der Sektion Maschine werden ärztliche Instrumente produziert und verkauft. In der Sektion Faser wird Faserstoff produziert und verkauft. Der jährliche Verkaufswert von Dongyang beträgt 10.000.000.000 KRW (Sektion Maschine: 9.500.000.000 KRW/Sektion Faser: 500.000.000 KRW). Die Sektionen betreiben ihre Gewerbe getrennt mit den Namen „Dongyang Maschine“ und „Dongyang Faser“. Dongyang bereitet sich auf die Einführung eines ärztlichen Instruments vor.

Die Y Aktiengesellschaft liefert Faserstoff an die Sektion Faser der Dongyang AG und hat dadurch eine Forderung in Höhe von 500.000.000 KRW. In einer Vorstandssitzung, an der alle Vorstandsmitglieder (A, B und C) teilnehmen, wird eine Entscheidung unter Zustimmung aller Vorstandsmitglieder getroffen, die Sektion Faser dem X zu übertragen. Der Wert der Sektion Faser ist niedrig im Vergleich zum Gesamtwert der Dongyang AG, sodass sich das Gewerbe der Dongyang AG nach der Übertragung der Sektion Faser nicht großartig verkleinert bzw. verändert. Nach der Übertragung der Sektion Faser betreibt X sein Gewerbe unter der Firma „Dongyang Faser“ mit den bisherigen Kunden der Dongyang AG weiter.

A gründet eine ärztliche Instrumente einführende Aktiengesellschaft Z, ohne Zustimmung des Vorstands der Dongyang AG und tritt die Stelle des Vorstandsvorsitzenden an. Die Aktiengesellschaft Z benötigt hierfür ein notwendiges Stammkapital von (2.000.000.000 KRW). Für ein Darlehn verlangt die Bank K eine Gesamtbürgschaft. Hierfür beruft A eine Vorstandssitzung der Dongyang AG ein. An dieser nehmen nur A und B teil. Sie beschließen eine Gesamtbürgschaft der Dongyang AG für die Aktiengesellschaft Z. Obwohl B bewusst ist, dass A eine ärztliche Instrumente einführende Aktiengesellschaft Z ohne Zustimmung des Vorstands der Dongyang AG gründet, erhebt B keine Einwände. Die Bank K schließt daraufhin einen Bürgschaftsvertrag mit der Dongyang AG ab, unter Berücksichtigung des Sitzungsprotokolls der Vorstandssitzung der Dongyang AG, und leiht dieser 2.000.000.000 KRW. Die Bank K kennt die Innenverhältnisse nicht.

Das Gewerbe der Aktiengesellschaft Z läuft gut, und der Verkaufswert der Aktiengesellschaft Z steigt. Dagegen vermindert sich der Wert der Dongyang AG deutlich, sodass der Aktienpreis der Dongyang AG um 50 % fällt.

Erste Frage

Ist die Übertragung der Sektion Faser auf X zulässig? Kann Y seine Forderung über 500.000.000 KRW gegenüber der Dongyang AG oder X geltend machen?

Zweite Frage

Kann die Bank K von der Dongyang AG die Befriedigung des Darlehens in Höhe von 2.000.000.000 KRW verlangen?

Dritte Frage

Welche Pflichtverletzungen können A und B nach dem koreanischen HGB vorgeworfen werden?

Lösungsvorschlag¹

Sachverhalt 1 – Erste Frage

Kann der Klage des A stattgegeben werden? Falls ja, begründen Sie dies.

Der Klage des A kann stattgegeben werden.

In dem Fall handelt es sich um die Rechtsfigur des sog. teileigentumsähnlichen Miteigentums (*the co-ownership representing de facto partition ownership*). Wenn Parteien verabreden, dass jeder Grundstücksteil in Bezug auf die Lage und den Flächeninhalt bestimmt ist und dass sie nicht den Grundstücksteil, sondern nur den Anteil des Grundstücks ins Grundbuch eintragen, entsteht ein teileigentumsähnliches Miteigentum.

Wenn das teileigentumsähnliche Miteigentum besteht, stellt der eine Miteigentümer den Treunehmer in Bezug auf den Grundstücksteil des anderen Miteigentümers dar (Namentreuhandverhältnis). Bei der inneren Beziehung, nämlich unter den Miteigentümern, hat jedoch ein Miteigentümer das Gebrauchs- und Nutzungsrecht aber nur in Verbindung mit seinem Grundstücks-

¹ Hierbei handelt es sich nicht um die Übersetzung einer offiziellen Lösung. Die Lösung wurde von Herrn Park selbst gewissenhaft unter Zuhilfenahme der Vorbereitungsmaterialien für das Examen erstellt.

teil. Daneben kann der eine Miteigentümer die anderen Miteigentümer von jeder Einwirkung ausschließen. Bei der äußeren Beziehung besteht nur Miteigentum, und deswegen muss jeder als Miteigentümer angesehen werden.

In Zusammenhang mit 1 – Erste Frage handelt es sich um das Recht eines Miteigentümer gegen einen Dritten. In § 265 KBGB (Koreanisches BGB) kann man das Recht eines Miteigentümers finden:

§ 265 KBGB (Verwaltung und Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache). Über den Inhalt der Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache wird mit der Mehrheit der Anteile der Miteigentümer entschieden. Die Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache steht jedem Miteigentümer zu.

In dem Fall behauptet A den Abbruch des Zelts und der Bretterbude und die Übergabe des Grundstücks. Seine Behauptung fällt unter die Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache. Daneben gibt es keinen Rechtfertigungsgrund für den Besitz von C.

Sachverhalt 1 – Zweite Frage

Schreiben Sie die subjektive Klageverbindung des E gegen A und B und begründen Sie dies.

Die Klage des E gegen A und B bezieht sich auf die einfache Streitgenossenschaft.

Nach KZPO (koreanischer ZPO) gibt es zwei Streitgenossenschaften, nämlich die einfache Streitgenossenschaft gemäß § 66 KZPO und die notwendige Streitgenossenschaft gemäß § 67 KZPO. In dem Fall errichten A und B jeweils ein Gebäude auf ihrem Grundstück. Das Eigentum von A und das Eigentum von B sind unabhängig voneinander. Deswegen sind die Ansprüche über den Abbruch des Gebäudes von A und von B jeweils eine Sache für sich. Daneben kann E die Übergabe des gesamten Grundstücks verlangen. Aber die Übergabe des Grundstücksteils von A und von B können gesondert verlangt werden. Es handelt sich folglich um eine einfache Streitgenossenschaft.

Kann der Anspruch des E anerkannt werden? Falls ja, begründen Sie dies.

Der Anspruch des E kann nicht anerkannt werden.

Hierbei handelt es sich um das gesetzliche Erbbaurecht gemäß § 366 KBGB.

§ 366 KBGB (gesetzliches Erbbaurecht). Wenn das Grundstück und das darauf stehende Gebäude aufgrund der Versteigerung des Gegenstands der Hypothek verschiedenen Personen gehören, kann verlangt werden, dass der Eigentümer des Grundstücks ein Erbbaurecht

für den Eigentümer des Gebäudes bestellt. Die Kosten sind vom Gericht aufgrund des Antrages des Beteiligten festzulegen.

Daraus können die Voraussetzungen für das Erbbaurecht abgeleitet werden:

- (1) die Existenz des Gebäudes bei Bestellung der Hypothek;
- (2) bei Bestellung der Hypothek gehören das Eigentum des Grundstücks und des darauf stehenden Gebäudes einer Person;
- (3) entweder auf das Grundstück oder auf das Gebäude, oder auf beide ist die Hypothek bestellt;
- (4) das Grundstück und das darauf stehende Gebäude gehören aufgrund der Versteigerung des Gegenstands der Hypothek verschiedenen Personen.

In Korea stehen das Eigentum des Grundstück und des darauf stehenden Gebäudes jeweils selbständig nebeneinander. Daraus folgt eine Frage: Ab wann existiert das Gebäude? Nach der Entscheidung des KGH kann verlangt werden, dass der Eigentümer des Grundstücks ein Erbbaurecht für den Eigentümer des Gebäudes bestellt, wenn das Ausmaß und die Art des Gebäudes im Bau erkennbar sind. Insofern ist die Eintragung ins Grundbuch nicht wichtig. Nach dem Fragebogen wurde der Grundbau fertiggestellt. Wenn das Ausmaß und die Art des Gebäudes mit dem Grundbau in der Regel vermutet werden können, ist anerkannt, dass das Gebäude bereits existiert. Deswegen sind die Einrede von A und B gemäß § 366 KBGB wirksam.

Sachverhalt 1 – Dritte Frage

Wie wird das Gericht über den Einfluss der Angaben und über die Klage urteilen? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Dem Anspruch von E gegen A kann stattgegeben werden. Aber der Anspruch von E gegen B muss abgewiesen werden.

Hierbei handelt es sich um das gerichtliche Geständnis gemäß § 288 KZPO.

§ 288 (*eine nicht zu beweisende Tatsache*). Bei einer Tatsache, die eine Partei im Gericht eingesteht bzw. die offensichtlich ist, ist der Beweis nicht erforderlich. Die Anfechtung des gerichtlichen Geständnisses, das aber der Wahrheit nicht entspricht, kann erfolgen, wenn die Partei beweist, dass ihr gerichtliches Geständnis aufgrund eines Irrtums abgegeben wurde.

Das gerichtliche Geständnis von A darüber, dass A und B die jeweiligen Grundstücksteile bei den Neubauten nicht bestimmt hätten, bezieht sich auf eine Voraussetzung für das Erbbaurecht, nämlich dass das Eigentum des Grundstücks und des darauf stehenden Gebäudes zu einer Person bei Bestellung der Hypothek gehören. Nach dem gerichtlichen Geständnis von A seien A und B die Eigentümer des Grundstücks X. Dies ist von Bedeutung in Be-

zug auf die Anerkennung des Erbbaurechts, weil das Erbbaurecht nach dem gerichtlichen Geständnis von A nicht anerkannt werden kann. Insofern ist es ganz klar, dass dem Anspruch von E gegen A stattgegeben werden kann.

Problematisch ist der Anspruch von E gegen B, weil die Klage des E gegen A und B sich auf die einfache Streitgenossenschaft bezieht. Dabei spielt § 66 KZPO eine wichtige Rolle.

§ 66 KZPO (Status des Beteiligten an einfache Streitgenossenschaft). Prozesshandlungen einer Partei bei einfacher Streitgenossenschaft, die Prozesshandlungen einer Gegenpartei gegen eine Partei und eine sich nur auf eine Partei beziehende Tatsache berühren sich nicht mit anderen Beteiligten an der einfacher Streitgenossenschaft.

Bei der einfachen Streitgenossenschaft muss man den Grundsatz über die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel verneinen. Außerdem ist es nicht notwendig, dass alle Beteiligten an der einfachen Streitgenossenschaft eine gleiche Behauptung aufstellen. Nach dem Fragebogen denkt das Gericht, dass die Behauptung des B mit der sachlichen Wahrheit übereinstimmt. Deswegen muss der Anspruch von E gegen B wegen des Erbbaurechts abgewiesen werden.

Sachverhalt 1 – Vierte Frage

Welchen Einfluss hat die Änderung der Angabe des A auf das Verhältnis zwischen A und B?

Wie wird das Gericht entscheiden? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Dem Anspruch von E gegen A kann stattgegeben werden. Aber der Anspruch von E gegen B muss abgewiesen werden.

Hierbei handelt es sich um die Frage, ob und wann der Widerruf des gerichtlichen Geständnisses möglich ist. Grundsätzlich kann das gerichtliche Geständnis nicht widerrufen werden. In der KZPO und nach der Rechtsprechung des KGH gibt es jedoch einige Ausnahmen. In Bezug auf den Widerruf kommen folgende Fälle in Betracht:

Wenn die Gegenpartei dem Widerruf des gerichtlichen Geständnisses zustimmt

Gemäß § 288 Satz 2 KZPO kann die Anfechtung eines der Wahrheit nicht entsprechenden gerichtlichen Geständnisses erfolgen, wenn die Partei es beweist, dass ihr gerichtliches Geständnis aufgrund eines Irrtums abgegeben wurde.

Nachdem der Prozessvertreter das gerichtliche Geständnis erklärt hat, will die Partei das gerichtliche Geständnis verändern.

Nach dem Fragebogen gibt es keine Zustimmung von E, keinen Irrtum und auch keinen Prozessvertreter von A. Deswegen ist der Widerruf des gerichtlichen Geständnisses nicht möglich.

Sachverhalt 1 – Fünfte Frage

Nach der Entscheidung, aber vor der Aufnahme des Verfahrens, ist die Ausfertigung des Urteils dem Anwalt von E zugestellt worden. Schreiben Sie, ob das Urteil ein rechtskräftiges Urteil ist und die Entscheidungsgründe.

Auch wenn eine Partei während des Prozesses verstirbt, übernimmt der Erbe den Prozess, und bei der Aufnahme des Verfahrens ist keine Maßnahme notwendig. Es bedeutet, dass der Anwalt von E im Zweifel auch als Anwalt der Erben nach dem Sterben des E fungiert. Die Prozessvollmacht erstreckt sich in der Regel nur auf eine Instanz.

Falls E seinem Anwalt die Prozessvollmacht über das Rechtsmittel nicht erteilt hat, ist das Urteil kein rechtskräftiges Urteil. Die Ausfertigung des Urteils ist dem Anwalt von E zugestellt worden. Dadurch löst sich die Prozessvollmacht in nichts auf. Dies entspricht einem Grund über die Unterbrechung des Verfahrens, sodass die Rechtsmittelfrist gehemmt ist.

Falls E seinem Anwalt aber auch die Prozessvollmacht über das Rechtsmittel erteilt hat, sollten zwei Varianten in Betracht gezogen werden. Wenn der Anwalt die Rechtsmitteleinlegung innerhalb der Rechtsmittelfrist vornimmt, ist das zugestellte Urteil nicht rechtskräftig. Wenn er dagegen die Rechtsmitteleinlegung aufgibt, ist das zugestellte Urteil ein rechtskräftiges Urteil.

Sachverhalt 1.2.

Wie wird das Gericht entscheiden, wenn C seinen Antrag auf Beschlagnahme und Überweisung vor Ende der Debatte zurücknimmt und sein Recht aufhebt? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Dem Antrag von A kann stattgegeben werden.

Außer der KZPO gibt es noch ein Gesetz, nämlich das koreanische Zwangsvollstreckungsrechtsgesetz (KZVR) seit 2002. Die KZPO bezieht sich insbesondere auf den Prozessverlauf, und das KZVR auf die Zwangsvollstreckung. Gemäß § 238 KZVR kann C eine Beschlagnahme und einen Überweisungsbeschluss zur Einziehung beantragen. Dabei verliert A seine Prozessführungsbefugnis in Bezug auf die Forderung gegen B.

Im dem Fall nimmt C seinen Antrag auf Beschlagnahme und Überweisung vor Ende der Debatte zurück, deswegen erlangt A seine Prozessführungsbezugnis wieder. Da A die Forderung gegen B hat, sollte das Gericht dem Antrag stattgeben.

Sachverhalt 1.3. – Erste Frage

In der Klage behauptet B, dass C keine Klagebefugnis wegen der Beschlagnahme und des Überweisungsbeschlusses habe. Wie wird das Gericht entscheiden?

Das Urteil zur Hauptsache ist erforderlich.

In dem Fall behauptet B, dass C keine Klagebefugnis wegen der Beschlagnahme und des Überweisungsbeschlusses habe. Aber diese Behauptung kann nicht akzeptiert werden, da der Überweisungsbeschluss an Zahlungsstatt nicht dem Überweisungsbeschluss zur Einziehung entspricht. In der Regel bezieht sich der Überweisungsbeschluss an Zahlungsstatt nicht auf die Klagebefugnis. Deswegen sollte das Gericht in der Hauptsache entscheiden.

Sachverhalt 1.3. – Zweite Frage

Die Debatte der von C erhobenen Klage ist am 10. Juni 2013 beendet. Der an D zugestellte Beschluss ist gültig. Wie wird das Gericht entscheiden? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Dem Zahlungsantrag (in Höhe von 42.000.000 KRW) ist stattzugeben. Der andere Antrag ist abzuweisen.

Hierbei handelt es sich um das Verhältnis zwischen Forderungsabtretung und Überweisungsbeschluss an Zahlungsstatt. Ein Überweisungsbeschluss an Zahlungsstatt ist wirksam nach der Rechtskraft des Überweisungsbeschlusses. Dafür muss dieser Überweisungsbeschluss dem Schuldner zugestellt werden. Aber nach der Auslegung des KGH hat die Wirkung des Überweisungsbeschlusses an Zahlungsstatt rückwirkende Kraft. Deswegen ist die Wirkung auf den Zustellungstag rückwirkend.

In dem Fall stellt das Gericht den Überweisungsbeschluss an Zahlungsstatt an A und B am 4. April 2012 zu, und er ist am 12. April 2012 festgestellt. Die Wirkung ist ab dem 4. April 2012 rückwirkend.

A tritt seine Forderung am 9. Februar 2012 an C ab. Die Forderung ist eine auf einen bestimmten Namen lautende Forderung. Für die Wirksamkeit der Forderungsabtretung ist die Abtretungsanzeige gemäß § 450 KBGB erforder-

lich. In dem Fall zeigt A dem B dies am 11. April 2012 an. Der Überweisungsbeschluss an Zahlungsstatt geht der Forderungsabtretung vor.

Sachverhalt 1.4.

Wie wird das Gericht entscheiden, wenn G eine Klage auf Austragung der Vormerkung des H erhebt? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Die Klage sollte abgewiesen werden.

Die Austragung der Vormerkung des H bezieht sich auf das Gläubigeranfechtungsrecht gemäß § 406 KBGB. Die Voraussetzungen für das Gläubigeranfechtungsrecht in § 406 Abs. 1 KBGB sind folgendermaßen auszulegen:

- (1) die Existenz der Forderung des Gläubigers;
- (2) die Existenz der benachteiligenden Rechtshandlung des Schuldners;
- (3) zum Zweck der Befriedigung des Schuldners (verwerfliche Gesinnung).

Hier sind die Voraussetzungen in Bezug auf die Austragung der Vormerkung des H erfüllt. Dies ist ganz verständlich aufgrund der Entscheidung über das Gläubigeranfechtungsrecht gegen B. Problematisch ist aber die Verjährung gemäß § 406 Abs. 2 KBGB. Danach verjährt das Gläubigeranfechtungsrecht in zehn Jahren ab seiner Entstehung und in 3 Jahren ab Kenntnis des Gläubigers.

Sachverhalt 2.1 – Erste Frage

Wie wird über die Klage entschieden werden? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Teilurteil: Der Fall behandelt den Regress bzw. das Surrogationsrecht von Y. Am 10. April 2009 erhebt Y eine Rückgriffsforderungsklage gegen C (100.000.000 KRW zuzüglich 5 % Zinsen pro Jahr). Der Klage sollte teilweise stattgegeben werden, nämlich in Höhe von 50.000.000 KRW zuzüglich Zinsen von 5 % pro Jahr seit 1. Oktober 2008.

In erste Linie ist § 481 KBGB von Bedeutung:

§ 481 KBGB (gesetzliche Surrogation des Zahlenden). Eine Person, die ein rechtmäßiges Interesse in Bezug auf die Zahlung hat, nimmt notwendigerweise die Stelle des Gläubigers ein.

D ist ein dinglicher Bürge. Obwohl Y das Haus X aufgrund des Vertrags mit D gekauft und das Eigentum erworben hat, verliert Y sein Eigentum aufgrund des Zuschlags an X. Ein Problem ist, ob Y unter die gesetzliche Surrogation

des Zahlenden fällt, weil ein Dritterwerber die Stelle des Gläubigers nicht einnehmen kann (§ 482 Abs. 2 Nr. 2 KBGB). Nach der Auslegung des KGH kann jedoch Y die Stelle von D einnehmen, deswegen kann Y nicht als bloßer Dritterwerber angesehen werden. Insofern sollte Y sein Surrogationsrecht behaupten.

Zweitens ist der Umfang des Regresses wichtig. Gemäß § 482 Abs. 2 Nr. 5 KBGB nehmen Personen, die ein rechtmäßiges Interesse in Bezug auf die Zahlung haben (Bürge, dingliche Bürge etc.), die Stelle des Gläubigers im Verhältnis zur Anzahl der Personen ein. Die Schuldsumme von B beträgt 100.000.000 KRW, Y kann daher die Rückgriffsforderung in Höhe von 50.000.000 KRW geltend machen, nämlich die Hälfte von 100.000.000 KRW.

Sachverhalt 2.1 – Zweite Frage

Wie wird über die Klage entschieden werden? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Der Klage von D sollte stattgegeben, die Klage von Y sollte abgewiesen werden.

In Bezug auf die Behauptung des D:

In Korea gibt es ein Gesetz über Wohnungen, nämlich das Wohnungsmietschutzgesetz (KWMSchG). Das KWMSchG spiegelt die gesellschaftlichen Zustände bzw. die charakteristischen Merkmale des Wohnungsmietmarkts in Korea wieder.² § 3 Abs. 1 KWMSchG regelt die Wirkung des Mietrechts gegenüber Dritten. Dieser regelt, dass das Recht des Mieters dinglichen Rechten Dritter vorgehen kann (wobei das Datum eine sehr wichtige Rolle spielt). Hierfür müssen die Übergabe der Mietsache und die Wohnsitzmeldung vorhanden sein.

Im vorliegenden Fall verspricht D, dass er die Kautions (Mieterkapital) für den Mietvertrag zurückzahlen und die Maximalhypothek löschen wird. Problematisch ist, ob sich das Versprechen auf eine befreiende Schuldübernahme gemäß § 453 KBGB oder auf eine kumulative Schuldübernahme bzw. auf einen Schuldbeitritt bezieht. Für die befreiende Schuldübernahme ist die Genehmigung des Gläubigers notwendig gemäß § 454 Abs. 1 KBGB. Vorliegend ist eine solche Genehmigung des Gläubigers nicht gegeben. Deswegen sollte das Versprechen zwischen D und Y nicht als befreiende Schuldübernahme angesehen werden. Daneben spielt § 3 Abs. 4 KWMSchG eine wichtige Rolle, da nach dieser Vorschrift der neue Wohneigentümererwerber die

² Shin-Uk Park, Das Koreanische Wohnungsmietschutzgesetz und die Notwendigkeit der Kontrolle des Mietwuchers, in: Nogler/Reifner, Life Time Contracts, den Haag, 2014, S. 641ff.

Verantwortung des Vermieters übernehmen muss. Außerdem ist eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung unwirksam gemäß § 10 KWMSchG. In der Regel ist dies günstiger für den Mieter als eine andere Auslegung, da er die Rückzahlung der Kaution von dem neuen Eigentümer verlangen kann, da die Rückgabe der Kaution wie ein dingliches Recht gemäß § 3 KWMSchG oder stärker gemäß § 8 KWMSchG gesichert wird.

Insofern hat die Vereinbarung zwischen D und Y keine Wirkung für E. Abgesehen davon, dass Y nachher den Regress bzw. das Surrogationsrecht von D verlangen kann, ist die Einrede von D gegen E richtig.

In Bezug auf die Behauptung von Y:

Am 10. März 2007 nimmt D eine Maximalhypothek auf. Am gleichen Tag macht E die Wohnsitzmeldung fertig. Die Maximalhypothek wird am 10. März 2007 wirksam. Im Gegensatz dazu erlangt das Mietrecht des E gegenüber Dritten erst am 11. März 2007 gemäß § 3 Abs. 1 KWMSchG Wirkung. Die Wirkung der Maximalhypothek ist deswegen der Wirkung des Mietrechtes gegenüber Dritten übergeordnet. E kann sein Recht nicht mehr gegen einen Dritten behaupten und hat lediglich eine bloße Forderung auf die Rückzahlung der Kaution. Aber E ersucht im Verteilungsverfahren bis zum Ende des festgestellten Termins nicht um eine Dividende für die Kaution. E darf die Rückzahlung nicht von C verlangen.

Sachverhalt 2.2

Welches Urteil wird das Gericht fällen? Begründen Sie bitte auch die Richtigkeit der Behauptungen.

Der Klage des A sollte stattgegeben werden.

Ein Anspruch unterliegt grundsätzlich der Verjährung, diese kann aber durch eine Arrestbeschlagnahme etc. gehemmt werden. Im vorliegenden Fall beantragt A die Arrestbeschlagnahme des Grundstücks nicht aufgrund seines aus dem Verkauf der Kleider bestehenden Anspruch, sondern nur aufgrund eines Wechsels. Nach der Auslegung des KGH hemmt die Arrestbeschlagnahme aufgrund eines Wechsels auch die Verjährung des Anspruchs.

In erste Linie handelt es sich um die Wirkung eines Blankowechsels, da ein Wechselnehmer auf dem Wechsel nicht vermerkt ist. Nach der Auslegung des KGH ist trotz eines Theorienstreits die Arrestbeschlagnahme aufgrund eines Wechsels, auf dem ein Wechselnehmer nicht vermerkt ist, wirksam.

In zweite Linie handelt es sich um die Anfechtung der Arrestbeschlagnahme. Gemäß § 175 KBGB ist die Arrestbeschlagnahme rückwirkend unwirksam, wenn die Arrestbeschlagnahme erfolgreich angefochten wurde. Die Verjährungsfrist des Anspruchs von A beginnt am 5. März 2007.

In dritte Linie ist die Abhängigkeit des Bürgschaftsvertrages vom zugrundeliegenden Anspruch (Akzessorietät) von Bedeutung. Hier muss das Versprechen des C in Betracht gezogen werden. C steckt in der Klemme, sodass er die Schuld nur nach und nach zahlen wird. In der Regel verjährt die Bürgschaftsschuld, wenn der zugrundeliegende Anspruch verjährt. Aber das Versprechen des C kann als Verzicht auf die Einrede der Verjährung interpretiert werden.

Sachverhalt 2.3 – Erste Frage

Welches Urteil wird das Gericht fällen? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Teilurteil – 40.000.000 KRW zuzüglich 1 % Zinsen pro Monat seit dem 6. März 2007.

Hierbei handelt es sich um die Aufrechnung gemäß §§ 492ff. KBGB. In Bezug auf die Rechnung ist § 493 KBGB von Bedeutung:

§ 493 KBGB (Methode und Wirkung der Aufrechnung). (1) Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Bei der Erklärung kann eine Bedingung oder eine Zeitbestimmung nicht abgegeben wird.

(2) Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.

Die Zahlungstage sind am 5. August 2006, 5. Februar 2007 und am 5. März 2007. Gemäß § 493 KBGB ist die Aufrechnung am 5. März 2007 möglich. Die Forderungssumme von A beträgt 100.000.000 KRW. Die Summe der Gegenforderung ist folgendermaßen zu berechnen:

In Bezug auf den Darlehensvertrag vom 6. Mai 2006:

Kapital: 80.000.000 KRW

Zinsen und Verzugszinsen (1% pro Monat bis zum 5. März 2007):
8.000.000 KRW

In Bezug auf den Darlehensvertrag vom 6. Januar 2007:

Kapital: 50.000.000 KRW

Zinsen und Verzugszinsen (2% pro Monat bis zum 5. März 2007):
2.000.000 KRW

Die Summe der Gegenforderungen beträgt 140.000.000 KRW. Bei mehreren Forderungen findet §§ 479ff. KBGB entsprechende Anwendung in Bezug auf die Reihenfolge der Erfüllung gemäß § 499 KBGB. Diese Regelungen sind für den Schuldner bzw. Zahlenden günstiger.

Sachverhalt 2.3 – Zweite Frage

Schreiben Sie, in welcher Höhe bzw. gegen wen A eine Klage (100.000.000 KRW wegen der Kleider) am 1. Juli 2009 erheben kann. Begründen Sie bitte ihre Auffassung. Falls A keine Klage gegen W, V und M erheben kann, begründen Sie auch dieses Ergebnis.

Den Klagen gegen V und M (jeweils in Höhe von 50.000.000 KRW) kann stattgegeben werden.

Regelungen in Bezug auf die Erbschaft finden sich in den §§ 997ff. KBGB. Insbesondere werden die Erben gemäß §§ 1000, 1003 und 1004 KBGB bestimmt.

§ 1000 KBGB (Reihenfolge der Erben). (1) Bei der Erbschaft werden Personen zu Erben in der folgenden Reihenfolge:

1. Nachkomme gerader Linie vom Erblasser
2. Verwandte in aufsteigender gerader Linie vom Erblasser [...]

(3) In Bezug auf die Reihenfolge der Erben wird ein Embryo als geboren angesehen.

§ 1003 KBGB (Reihenfolge des Gatten). (1) Wenn Erben gemäß § 1000 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KBGB bestehen, wird der Gatte zu einem Miterben mit den Erben. Falls es keinen Erben gemäß § 1000 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KBGB gibt, wird der Gatte allein zum Erben. [...]

§ 1004 KBGB (Disqualifikationsgründe des Erben). Eine unter die folgende Aufzählung fallende Person kann nicht zum Erben werden.

1. Eine Person, die mit Absicht den Nachkommen gerader Linie vom Erblasser, den Erblasser, den Gatten des Erblassers oder einen Vorerben bzw. einen Miterben ermordet oder ermorden wollte. [...]

Wenn W ihre Schwangerschaft nicht abgebrochen hätte, könnten W zu einem Miterben mit ihrem Kind (Embryo) gemäß § 1000 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 KBGB werden. Aber aufgrund ihrer Abtreibung ist W als Erbin gem. § 1004 KBGB disqualifiziert. Daneben kommt ihrem Embryo schließlich keine Rechtsfähigkeit zu, sodass es keinen Erben darstellt.

Welches Urteil wird das Gericht fällen? Führen Sie auch die Entscheidungsgründe an.

Der Klage sollte stattgegeben werden.

In dem Fall erklären V und M in der schriftlichen Bemerkung, dass sie keine Einwände in Bezug auf den Antritt der ganzen Erbschaft von B haben. Nach der Auslegung des KGH ist diese Verabredung keine Erbschaftsteilung gemäß § 1013 KBGB, aber sie wird als eine befreiende Schuldübernahme gemäß § 453 KBGB angesehen. Für die befreiende Schuldübernahme ist gem. § 454 Abs. 1 KBGB die Genehmigung des Gläubigers notwendig. A

bemerkt dies, sodass A die Klage auf Zahlung erhebt. Daraus kann man eine konkludente Genehmigung ableiten.

Sachverhalt 3 – Erste Frage

Ist die Übertragung der Sektion Faser auf X zulässig?

Die Dongyang Aktiengesellschaft hat dem X die Sektion Faser ohne Beschluss der Hauptversammlung, aber mit Zustimmung der Vorstandssitzung übertragen. Hierbei handelt es sich um die Frage, ob ein Beschluss der Hauptversammlung bei dieser Übertragung gemäß § 374 KHGB (koreanisches HGB) erforderlich ist.

§ 374 KHGB (Übertragung, Übernahme, Miete etc.). (1) Bei folgender Aufzählung ist ein Beschluss gemäß § 434 notwendig.

1. Ganze Unternehmensübertragung oder Übertragung wichtiger Teil vom Unternehmen [...]

§ 434 KHGB (Besonderer Beschluss zur Änderung der Satzung). Ein Beschluss erfordert gemäß § 433 Abs. 1 die Zustimmung von mindestens zwei Drittel Ja-Stimmen der Stimmrechte der auf der Hauptversammlung anwesenden Aktionäre und von mindestens einem Drittel der ausgegebenen und ausstehenden Aktien der Aktionäre.

Nach der Entscheidung des KGH (koreanischen Gerichtshofs) bedeutet die ganze Unternehmensübertragung oder die Übertragung wichtiger Teil vom Unternehmen gemäß § 373 Abs. 1 Nr. 1 KHGB eine ganze bzw. teilweise Übertragung eines Vermögens, das für einen bestimmten Geschäftszweck organisiert ist und eigenständig funktioniert. Darunter fällt nicht die einfache Übertragung von gewerblichen Vermögen, die insbesondere von der Übertragung wichtiger Teil des Unternehmens zu unterscheiden ist. Dabei sind Vermögenspreis und Einnahme, Gewinn, Verkaufsgröße, Rentabilität des Unternehmens etc. umfassend zu betrachten.

Die Übertragung der Sektion Faser kann aus folgenden Gründen als einfache Übertragung von gewerblichem Vermögen angesehen werden:

Der jährliche Verkaufswert von Dongyang AG beträgt 10.000.000.000 KRW.

Sektion Faser ist nur 500.000.000 KRW.

Der Wert der Sektion Faser ist niedrig im Vergleich zum Gesamtwert.

Das Gewerbe der Dongyang AG verkleinert sich nach der Übertragung nicht.

Die Übertragung der Sektion Faser auf X ist wirksam.

Kann Y seine Forderung über 500.000.000 KRW gegenüber der Dongyang AG oder X geltend machen?

Bei der Unternehmensübertragung werden die Schulden des Verkäufers nicht notwendigerweise auf den Käufer übertragen. Gegebenenfalls besteht ein Risiko bei dem Käufer, nämlich die Verschlechterung der Zahlungsfähigkeit. Aber es gibt eine Regelung im KHGB, die beispielsweise bei der Verschlechterung der Zahlungsfähigkeit angewendet werden kann.

§ 42 KHGB (Haftung des den Handelsname weiter benutzenden Geschäftsübernehmers).

(1) Wenn der Geschäftsübernehmer weiterhin den Handelsnamen des Übertragenden verwendet, ist der Geschäftsübernehmer auch zur Rückzahlung der Forderung eines Dritten, die aus dem Geschäft des Übertragenden herrührt, verpflichtet. [...]

Die Forderung von Y bezieht sich auf die Lieferung des Faserstoffs an die Dongyang AG und ist deswegen eine aus dem Geschäft der Dongyang AG, nämlich vor der Übertragenden bestehende Forderung. X betreibt sein Gewerbe unter der Firma „Dongyang Faser“ nach der Übertragung.

Y kann seine Forderung über 500.000.000 KRW gegenüber der Dongyang AG oder X geltend machen.

Sachverhalt 3 – Zweite Frage

Kann die Bank K von der Dongyang AG die Befriedigung des Darlehens in Höhe von 2.000.000.000 KRW verlangen?

Für den Anspruch von der Bank K müsste der Bürgschaftsvertrag zwischen Dongyang AG und Bank K wirksam sein. In dem Fall gründet A die Aktiengesellschaft Z und ist gleichzeitig Vorstandsvorsitzender der Dongyang AG. Hierbei handelt es sich um ein Insichgeschäft gemäß § 398 KHGB.

§ 398 KHGB (Rechtsgeschäft zwischen Vorstandsmitglieder und Unternehmen). Wenn die unter die folgende Aufzählung fallende Person ein Geschäft mit dem Unternehmen auf ihre eigene Rechnung oder auf Rechnung eines Dritte macht, muss sie den wichtigen Inhalt des Geschäfts im Voraus bekannt machen und die Zustimmung der Vorstandssitzung erhalten. Für die Zustimmung sind die Ja-Stimmen von zwei Dritteln der Vorstandsmitglieder notwendig, und das Geschäft muss fair sein.

1. Vorstandsmitglied und wichtige Aktienbesitzer gemäß § 542-8 Abs. 2 Nr. 6
2. Gatte oder direkter Nachkomme von der Person gemäß Nr. 1
3. Direkter Nachkomme des Gatten der Person gemäß Nr. 1
4. Ein Unternehmen, bei dem die Person gemäß Nr. 1 bis 3 allein oder zusammen mit anderen die Hälfte oder mehr der Gesamtzahl der ausgegebenen und ausstehenden Aktien mit Stimmrecht hat, oder eine Tochtergesellschaft dieses Unternehmens
5. Ein Unternehmen, bei dem die Person gemäß Nr. 1 bis 3 zusammen mit dem Unternehmen gemäß Nr. 4 die Hälfte oder mehr der Gesamtzahl der ausgegebenen und ausstehenden Aktien mit Stimmrecht hat.

Nach der Auslegung des KGH fällt der Bürgschaftsvertrag zwischen der Dongyang AG und Bank K unter das Geschäft (Insichgeschäft) gemäß § 398

KHGB. Bei diesem Fall ist die Berechnungsmethode der Zustimmung in der Vorstandssitzung von Bedeutung. Nach dem Fragebogen nehmen nur A und B an der Vorstandssitzung teil, und A stellt die Person gemäß § 398 Nr. 1 KHGB dar. In diesem Zusammenhang ist eine Regelung im KHGB in Betracht zu ziehen.

§ 391 KHGB (Methode der Zustimmung in der Vorstandssitzung). (1) Ein Beschluss der Vorstandssitzung muss in Gegenwart einer Mehrheit der Vorstandsmitglieder und mit den Ja-Stimmen der Mehrheit der in der Sitzung anwesenden Vorstandsmitglieder erlassen werden. Dies kann durch die Satzung erhöht werden. [...]

(3) § 368 Abs. 4 und § 371 Abs. 2 gilt in den Fällen des Absatzes 1 entsprechend.

§ 371 KHGB (Berechnung der Beschlussfähigkeit etc.). [...] (2) In Bezug auf die Beschlüsse der Hauptversammlung sind die Anzahl der Stimmen, die gemäß § 368 Abs. 4 nicht ausgeübt werden dürfen, und die Anzahl der Stimmen, die das Verhältnis gemäß § 409 Abs. 2, Abs. 3, § 542-12 Abs. 3 und Abs. 4 überschreiten und deswegen nicht ausgeübt werden dürfen, ausgeschlossen.

A will den Bürgschaftsvertrag für die Z-AG, die A gegründet hat, abschließen. Deswegen fällt A unter einen Interessenten gemäß § 398 KHGB, und sein Stimmrecht muss ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist die beschlussfähige Mehrheit nicht erfüllt.

Nach der Auslegung des KGH ist eine Insichgeschäft ohne Zustimmung der Vorstandssitzung zuerst nur zwischen dem Vorstandsmitglied und dem Unternehmen unwirksam. Wenn das Unternehmen die Unwirksamkeit gegenüber Dritten wegen des Insichgeschäfts ohne Zustimmung in der Vorstandssitzung geltend machen möchte, muss es die Kenntnis des Dritten oder die grobfahrlässige Unkenntnis beweisen.

Die Bank K kennt die inneren Angelegenheiten der Dongyang AG nicht. Die Bank K kann von der Dongyang AG die Befriedigung des Darlehens verlangen, solange die Dongyang AG die Kenntnis der Bank K oder die grobfahrlässige Nichtkenntnis nicht beweist.

Sachverhalt 3 – Dritte Frage

Welche Pflichtverletzungen können A und B nach dem KHGB vorgeworfen werden?

Das KHGB stellt den Vorstandsmitglieder die Sorgfaltspflicht (§§ 382, 382-3 KHGB), die Geheimhaltungspflicht (§ 382-4 KHGB), die Berichtspflicht (§ 393 KHGB), das Konkurrenzverbot (§ 397 KHGB) und das Insichgeschäftsverbot (§ 398 KHGB).

In diesem Fall können das Konkurrenzverbot (§ 397 KHGB) und das Insichgeschäftsverbot (§ 398 KHGB) in Betracht kommen. Der A, als Vor-

standsmitglied von Dongyang AG, ist der Dongyang AG zum Ersatz des aus den Pflichtverletzungen entstandenen Schadens gemäß § 399 KHGB verpflichtet.

Ein Problem ist, ob A den Aktieninhabern zum Ersatz des aus den Pflichtverletzungen entstehenden Schadens verpflichtet ist, weil sich der Wert der Dongyang AG wegen des Wettbewerbs und des Insichgeschäfts deutlich vermindert hat, sodass der Aktienpreis der Dongyang AG um 50 % gefallen ist. Hierbei spielt die Auslegung über den Dritten in § 401 Abs. 1 KHGB eine wichtige Rolle.

§ 401 KHGB (Haftung gegenüber Dritten). (1) Wenn ein Vorstandsmitglied es vorsätzlich oder grobfahrlässig versäumt hat, seine Pflichten durchzuführen, haftet er als Gesamtschuldner mit dem Unternehmen für den Schaden gegenüber Dritten. [...]

Nach der Auslegung des KGH ist ein Aktieninhaber kein Dritter gemäß § 401 KHGB, sodass A den Aktieninhabern zum Ersatz des aus den Pflichtverletzungen entstehenden Schadens nicht verpflichtet ist.

B ist Vorstandsmitglied und hat gewusst, dass A eine ärztliche Instrumente einführende Aktiengesellschaft Z ohne Zustimmung des Vorstands der Dongyang AG gründet. B erhebt jedoch keine Einwände. Hierbei handelt es sich um die Frage, ob es eine Aufsichtspflicht von B gibt. Im KHGB existiert keine sich auf die Aufsichtspflicht beziehende Regelung. Nach herrschender Meinung und der Auslegung des KGH kann die Aufsichtspflicht eines Vorstandsmitglieds aber aus den Sorgfaltspflichten der Vorstandsmitglieder (§§ 382, 382-3 KHGB) abgeleitet werden. Insbesondere hat der KGH entschieden, dass ein Vorstandsmitglied für den aus der Aufsichtspflichtverletzung entstehenden Schaden haftet, wenn Umstände vorliegen, bei denen die rechtmäßige Handlung des Vorstandsvorsitzenden bezweifelt werden kann. Der B ist der Dongyang AG zum Ersatz des aus der Aufsichtspflichtverletzung entstehenden Schadens gemäß § 399 KHGB verpflichtet.

Urteil des Koreanischen Gerichtshofs (KGH) vom 23.4.1998*

Urteil Nr. 95da36466 der gesamten Senate des KGH 1, verkündet am 23.4.1998

I. Inhalt des Urteils

[1] Zur Frage, ob ein Wechsel als ein inländischer Wechsel angesehen werden kann, auch wenn er keine Angabe des Ausstellungsortes enthält, vorausgesetzt, dass sich die Absicht seiner Ausstellung erschließen lässt, die Wechselfähigkeit im Inland zu bezwecken. (positiv)

[2] Zur Frage, ob ein Wechsel gültig ist, auf dem der Ausstellungsort nicht notiert ist, der aber wegen anderer Notierungen auf dem Wechsel als solcher anerkannt wird. (positiv)

II. Zusammenfassung des Urteils

[1] Da ein inländischer Wechsel ein im Inland ausgestellter und ausgezahlter Wechsel ist, hängt die Einordnung eines Wechsels als inländischer zwar davon ab, ob sich der Ausstellungs- und Auszahlungsort im Inland befinden. Aber auch beim Fehlen der Angabe des Ausstellungsortes auf einem Wechsel kann dieser dennoch als ein inländischer Wechsel angesehen werden, wenn sich im Hinblick auf den Auszahlungsort, den Wechselaussteller, den Remittenten, die Währung für die Zahlung, die auf dem Wechsel verwendete Sprache, die Abrechnungsstelle usw. der Wechsel als ein Wechsel erkennen lässt, der die Wirkung des Wechsels im Inland haben soll.

[2] [Mehrheitsansichten] In Bezug auf einen Wechsel ist der Ausstellungsort wichtig, wenn der Staat des Ausstellungsortes ein anderer als der des Auszahlungsortes ist oder wenn sich der Kalender zwischen Ausstellungs- und Auszahlungsort unterscheidet (z.B. christliche Zeitrechnung, buddhistische Zeitrechnung und islamische Zeitrechnung) oder wenn ein internationaler Wechsel in Betracht kommt. Der Ausstellungsort ist jedoch bei einem inländischen Wechsel nicht von Bedeutung. Abgesehen davon ist ein ge-

* Übersetzt von *Shin-Uk Park*.

wöhnlicher Geschäftsverkehr dahingehend zu konstatieren, dass ein inländischer Wechsel ohne Angabe des Ausstellungsortes von beiden Parteien nicht nur als ein voll wirksamer Wechsel benutzt wird. Sondern es zeigt sich auch, dass gewöhnlich bei einem solchen Wechsel bei einer Bank oder einer Abrechnungsstelle die Auszahlung nicht verweigert wird. Ausgehend von dieser Gewohnheit sollte ein inländischer Wechsel trotz fehlender Notierung des Ausstellungsortes keineswegs als ein ungültiger angesehen werden, da eine Interpretation des Parteiwillens dahingehend möglich ist, dass die am Wechsel ohne die Angabe des Ausstellungsortes beteiligten Parteien bei ihrem Handeln diesen Wechsel auch für einen gültigen halten.

[Ergänzende Ansichten] Im Allgemeinen gehört es zur Aufgabe der Justiz, die Gesetze soweit vernünftig auszulegen, als dadurch ihr inhaltliches Wesen nicht verändert wird. Sie macht auch damit den Gesetzgeber, der ein altmodisches Gesetz an die Rechtswirklichkeit anpassen soll, auf eine notwendige Gesetzesänderung aufmerksam. Aber es ist nicht gerecht, dass das Gericht nur auf eine neue Gesetzgebung wartet, auch wenn es weiß, dass die bisherige Auslegung des Gesetzes und dessen Anwendung auf den Fall ein nicht zu rechtfertigendes Ergebnis herbeiführen kann. Wenn das Wechselgesetz ein zwingendes Gesetz ist und die im Wechselgesetz geregelten Voraussetzungen streng interpretiert werden sollen, weil es einen gesetz-technischen Charakter aufweist, besteht doch die *ratio* dieses Gesetzes gerade darin, eine ungünstige Auslegung für die Parteien durch das Verbot der willkürlichen Auslegung zu verhindern. Damit soll aber keine vernünftige Auslegung selbst verhindert werden, solange sie nicht der *ratio legis* widerspricht. Deswegen wäre eine solche Auslegung zu logisch wie zu formalistisch, die einen Wechsel ohne die Angabe des Ausstellungsortes nicht als einen gültigen qualifiziert, wenn es sich um einen inländischen Wechsel handelt. Darüber hinaus ist es in Bezug auf den Grundsatz der Interpretation für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts (*principle of validating interpretation*) nicht sachgemäß. Aus diesen Gründen wäre die Auslegung plausibel, einen Wechsel trotz fehlender Notierung des Ausstellungsortes als einen gültigen Wechsel anzusehen, wenn er als ein inländischer in Frage kommt. Da diese Auslegung jedoch auf inländische Wechsel beschränkt wird, soll ein internationaler Wechsel auch nach dieser Auslegung nichtig sein, wenn er keine Angabe des Ausstellungsortes enthält. Damit werden die Regelungen des Wechsels keineswegs ganz annulliert, womit auch das Gericht die Zuständigkeit der Gesetzgebung keineswegs usurpiert.

[Gegenansichten] Wenn eine Vorschrift für den zu regulierenden Sachverhalt existiert und wenn ihre Bedeutung klar ist, sodass keine abweichende Auslegung möglich ist, es sei denn dass das Gericht mit dem Gebot der Gerechtigkeit Ungleiches ungleich zu behandeln durch teleologische Reduktion oder durch die verfassungskonforme Auslegung den Anwendungsbereich einschränkt, dann muss das Gericht auf eine Gesetzesänderung warten, anstatt

eine solche Auslegung zu versuchen, die den Anwendungsbereich der betreffenden Vorschrift eingrenzt oder sich darüber hinwegsetzt, auch wenn diese Vorschrift nicht im Einklang mit den geschäftlichen Gewohnheiten steht. Da aber das Wechselgesetz klarstellt, dass ein Wechsel ohne die Angabe des Ausstellungsortes ungültig ist, während keine Ausnahme dafür vorhanden ist, diese Regelung auf Grund des Gebots der Gerechtigkeit oder der verfassungskonformen Auslegung zu beschränken, stellt eine solche Auslegung der Mehrheitsansichten eine nicht zu rechtfertigende Rechtsfortbildung oder die Berichtigung des Gesetzes dar. Sie geht deutlich über die Zuständigkeit der Gesetzesauslegung hinaus, weil sie die Ausnahmeklausel zum Wechselgesetz hinzufügt, dass diese Regelung im Wechselgesetz für den inländischen Wechsel nicht gelten soll.

Taiwan

Urteil des Obersten Gerichtshofs Taiwan vom 15.11.1991^{*}

Leitsatz¹

Die Grundstücksenteignungsentschädigung, die die Regierung dem Revisionskläger (Grundstücksverkäufer) schuldet, dient, obwohl sie keinen deliktischen Anspruch darstellt, als eine Art Ersatzanspruch für das Unvermögen des Revisionsklägers, das Grundstück zu übereignen. Die Abtretung dieses Anspruchs kann der Revisionsbeklagte (Grundstückskäufer) in analoger Anwendung des § 225 II ZivilGB verlangen.

Revisionskläger: Taiwan Nong Gong „AGmbH“ (Das „A“ steht für „Aktien“)

Revisionsbeklagter: *WANG Zhu Qing*

In der Sache der „rechts genannten“ [Anm. d. Verf.: Gemeint sind die „oben genannten“; die Originalformulierung ist der traditionellen Schreibweise chinesischer Texte (von oben nach unten, rechts nach links) geschuldet], in der es um die Abtretung von Entschädigungsersatzansprüchen geht, hat der Revisionskläger das Urteil des „hohen Taiwanischen Gerichts“ (zweite Instanz) vom 3.6.80 (3.6.2001) mit der Revision angegriffen.

Tenor

1. Die Revision wird verworfen.
2. Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Revisionskläger.

Gründe

Der Revisionsbeklagte [i.F.: „RB“] vertrat im bisherigen Verfahren folgende Auffassung: Der Revisionskläger [i.F.: „RK“] verkaufte ihm mit Kaufvertrag vom Juni des Jahres 64 der Republik China (1975) u.a. zwei näher bezeichnete Grundstücke mit einer Größe von 0,0829 „Qing“ (1 Qing = 6,66 ha) bzw.

^{*} Übersetzt von *Bodo Wawrzyniak*.

¹ THGH Nr. 2504 (1991); es handelt sich um eine vollständige Wiedergabe des Urteils.

0,0060 Qing zu einem Preis von 20.000 NTD pro „ping“ (= 3,3058 m²). Er [der RB] bezahlte den vollen Kaufpreis in der Zeit von Juli des Jahres 64 bis April des Jahres 65. Daraufhin übergab der RK ihm die Grundstücke, woraufhin der RB ein Haus errichtete.

Da unter den Parteien noch strittig war, inwieweit die Grundstücke als Straße gewidmet waren, wurde die Eigentumsübertragung noch nicht [im Grundbuch] eingetragen.

Anschließend wurden beide Grundstücke von der Regierung der Stadt Jia Yi eingezogen (im Wege einer Enteignung), wofür eine Entschädigung in Höhe von 16.179.800 NTD festgesetzt wurde.

Da die Grundstücke im Wege der Enteignung eingezogen worden waren, konnte der RK die Eigentumsübertragung zugunsten von RB nicht mehr durchführen. Der RB forderte daher von ihm gem. § 225 II ZivilGB, ihm – dem RB – die Entschädigungsansprüche gegen die Stadt Jia Yi abzutreten oder die Entschädigungssumme herauszugeben. Er hat daher den RK zur Zahlung von 16.179.800 NTD verklagt.

Der RK meint hingegen: Er schulde nicht die Herausgabe der Enteignungsentschädigungssumme, da diese Summe keinen „Ersatz“ i.S.d. der Norm darstelle und § 225 II ZivilGB daher nicht anwendbar sei. Ein öffentliches Recht könne im Gegensatz zum privatrechtlichen Anspruch nicht Gegenstand einer Abtretung sein. Beide Parteien hätten den Kauf über die streitgegenständlichen Grundstücke noch nicht vollzogen.

Selbst wenn das anders wäre, hätten sich beide Parteien schon darauf geeinigt, sich vom Vertrag zu lösen.

Den weiteren Wertzuwachs des Grundstücks stelle weder einen erlittenen Schaden des RB noch ein enttäuschtes Interesse dar, daher könne der RB die Enteignungsentschädigung weder im Wege des Schadensersatzes noch als entgangenen Gewinn geltend machen.

Die Eingangsinstanz ist nach Auswertung der Verhandlung und nach Beweisaufnahme zu folgendem Schluss gekommen: Der RB meint, es sei Tatsache, dass der RK beide Grundstücke bereits im Jahre 64 [1975] an ihn verkauft habe, was durch die Kaufvertragsurkunde vom 10.6.65 [10.6.1976] sowie durch eine einheitliche Quittung, die durch die Verwaltungsabteilung des RK vom 30.1.78 abgezeichnet wurde, belegt werde.

Die o.g. Grundstücke wurden bereits im Jahre 65 an den RB verkauft, die Eigentumsübertragung ist aber noch nicht erfolgt.

Bevor der Kaufvertrag über die o.g. Grundstücke zustande gekommen war, hat der RK sie dem RB bereits aufgrund einer Kooperationsvereinbarung übergeben, damit dieser auf ihnen Häuser errichten kann. Dies wird vom RK nicht bestritten.

Das erste Gebäude hatte eine Größe von ca. 3.000 Ping, das zweite ca. 8.800 Ping. Dem RK wurden ca. 5.500 zugeteilt. Diese Zuteilung und die

Kaufpreiszahlung wurden durch das Protokoll des Disziplinierungsausschusses der Beamten dokumentiert.

Der Behauptung des RB, dass die Grundstücke bereits früher an ihn verkauft wurden, sollte Glauben geschenkt werden.

Soweit der RK behauptet, der RB habe die Quittung zum Kauf der vier Grundstücke einschließlich des Grundstücks Nr. 8-4 gefälscht, ist dieser Einwand unbeachtlich, da er nicht nur vom RB bestritten wird, sondern auch der RK bereits im selben Jahr des Verkaufs (1976) das Grundstück an einen Dritten weiterverkauft hatte und dieser als neuer Eigentümer eingetragen wurde. Es ist deshalb nicht möglich, dass der RK nochmals am 10. Oktober desselben Jahres an den RB verkaufte.

Der RB habe zudem die Rechnungen der Grundstücke Nr. 8-1, 9-6, 8-12, 9-73 vorgelegt, für die ein Betrag von zusammen 1.369.039 NTD eingetragen war. Er stellte fest, dass der Betrag mit dem für den Eigentumsübertragungsvertrag identisch war. Der RK vermochte es nicht, den Beweis zu erbringen, dass er 4 weitere Grundstücke an den RB veräußert hatte, die ebenfalls einen Gesamtpreis von 1.369.039 NTD hatten.

Diese Einwendung schlägt nicht durch.

Der RB wendet ein, dass die vier Grundstücke einschließlich des Grundstückes 8-1 einen in den Jahren 64 und 65 öffentlich bekannt gemachten Wert von 1.369.105,2 NTD hatten, die vom RB angegebenen Werte also insgesamt um 66,2 NTD nach unten abwichen. Dies widerspreche allgemeiner Verkehrsauffassung wie auch § 30 GrundstückssteuerG und § 38 der Bestimmungen über eine gerechte Landverteilung. Das Gericht hat festgestellt, dass ein Teil der Grundstücke Straßengrundstücke sind. Es kann aber nicht aufgrund dieser geringen Abweichung davon ausgegangen werden, dass der Kaufvertrag nicht echt ist.

Nach Kaufvertragsschluss wurde das Gesetz über Grundstückskaufverträge verkündet. Es stellt sich nur die Frage, ob die Regierung die Grundstücke gemäß dem niedriger angegebenen Preis aufkaufte, welcher weit hinter dem Marktwert zurückblieb. Dies hat aber auf die Wirksamkeit der Grundstückstransaktion keinen Einfluss.

Laut Angaben des RK hätten beide Parteien am 30.8.65 [30.8.1976] zusammen bei dem Jia Yi Regierungsbüro sowie bei der Jia Yi-County Steuer- und Abgabenbehörde eine Zustimmung zur Löschung der Transaktion der genannten vier Grundstücke beantragt sowie die Rückzahlung der gezahlten Mehrwertsteuer und damit einvernehmlich den Kaufvertrag aufgehoben.

Nach Auffassung des RB hingegen habe er, um die Mehrwertsteuer klein zu halten, die Anmeldung der Mehrwertsteuer zurückgenommen. Der Kaufvertrag sei aber nicht aufgelöst worden.

Laut Aussage eines Vertreters des RK war es nicht mehr nötig den Antrag auf Zahlung der Mehrwertsteuer aufrecht zu erhalten, da das Jia Yi-County das Grundstück als "Straßenland" ausgewiesen hat. Dass der RK nachträglich

die Anmeldung der Grunderwerbssteuer zurückgenommen hat, bezeugt seine wahre Absicht.

Der ehemalige Manager des RK bezeugte: Der Grundstückskauf habe die o.g. vier Grundstücke beinhaltet, insgesamt acht Grundstücke. Um die Mehrwertsteuer nicht zahlen zu müssen, sei die Vereinbarung getroffen worden, die Transaktion nicht ins Grundbuch einzutragen, der RB habe lediglich den gesamten Kaufpreis gezahlt. Anschließend seien die vier o.g. Grundstücke zur Errichtung einer Straße eingezogen worden. Der Kaufvertrag sei aber nicht aufgehoben worden.

Der für Eintragung der Eigentumsübertragung zuständige Vertreter bezeugte: Der RK wollte die Zahlung der Mehrwertsteuer für den Grundstücksverkauf vermeiden, daher bat er mich darum, die Eigentumsurkunde zeitweise zu bewahren, weil damals der Antrag angefochten werden und die Behörde darüber benachrichtigt werden musste. Der Kaufvertrag ist nicht aufgehoben geworden. Wäre der Vertrag im Jahr 65 aufgehoben worden, hätte der RK den RB nicht am 20.10.78 angewiesen, die Eintragung wieder vorzubereiten. Es wird auch festgestellt, dass die Enteignung zwar durch eine Verwaltungsmaßnahme, also durch Ausübung hoheitlicher Gewalt erfolgte, aber die Entschädigung in der Tat eine geldwerte Forderung des Grundstückseigentümers ist, welche ihrerseits abtretbar ist.

Nach dem Verkauf der Grundstücke 8-1 und 9-6 hat die Regierung der Stadt Jia Yi die Enteignung vorgenommen und sollte daraus dem RK eine Enteignungsentschädigung in Höhe von 16.179.800 NTD zahlen. Eine Umschreibung des Eigentums an den zwei Grundstücken war somit nicht mehr möglich. Der Anspruch des RB auf Abtretung des Entschädigungszahlungsanspruchs gegen die Stadt Jia Yi ist gem. § 225 II ZivilGB begründet. Somit wird das erstinstanzliche Urteil gegen den RB aufgehoben und nach dem Inhalt des Berufungsurteils geändert werden.

Die Grundstücksenteignungsentschädigung, die die Regierung dem RK schuldet, dient, obwohl sie keinen deliktischen Anspruch darstellt, als eine Art Ersatzanspruch für das Unvermögen des RK, das Grundstück zu übereignen. Die Abtretung dieses Anspruchs kann der RB (Grundstückskäufer) aufgrund einer analogen Anwendung des § 225 II ZivilGB verlangen.

Das Berufungsurteil, in dem der RK unterlegen ist, ist nicht rechtsfehlerhaft.

Soweit der RK an seiner Auffassung festhält, wonach aufgrund der ordnungsgemäßen Ausübung hoheitlicher Befugnisse das Forderungsrecht des RB nicht auch das Recht auf Abschöpfung der Wertsteigerung erfasst, so dass das erstinstanzliche Urteil unbillig sei, ist seine Beanstandung des Berufungsurteils sowie sein Begehren, dieses aufzuheben, unbegründet.

Die Revision ist demnach unbegründet. Gem. §§ 481, 449-78 Zivilprozessgesetzbuch ergibt sich der im Tenor genannte Urteilsspruch.

Urteil des Obersten Gerichts Taiwan vom 24.10.2012*

Leitsätze¹

Die sogenannte „Natur der Sache“ dient der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens und der Förderung des Geistes des „Sollens“ einer Sache.

Die Ausfüllungsfunktion der Natur der Sache umfasst in der Rechtsanwendung die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung (wie etwa die auf dem Gleichheitsprinzip basierende Analogie) sowie die gesetzüberschreitende Rechtsfortbildung (Überschreiten des Gesetzeswortlauts über die gesetzgeberische Planung hinaus).

§ 2 des Wertpapierhandelsgesetzes bestimmt: “Die Überwachung der Mitteleufbringung für Wertpapiere, deren Emission und Handel vollziehen sich nach diesem Gesetz. Sofern dieses Gesetz noch keine Regelungen [für den Wertpapierhandel] vorsieht, sind die Regeln des Gesellschaftsrechts und die sonstigen allgemeinen Regelungen anzuwenden“. Wenn also eine schadensersatzrechtliche Streitigkeit im Rahmen des Wertpapierhandels zu einer Zeit entsteht, in der weder eine bestehende geschriebene Vorschrift den Streit regelt noch eine bestehende Regel entsprechend angewandt werden kann (analoge Anwendung) und die Rechtsprechung der Auffassung ist, dass die Natur der Sache und grundlegende Gerechtigkeitserwägungen dies erfordern, darf sie das Recht über das [geschriebene] Gesetz hinaus fortbilden. Dies ist Teil der richterlichen Rechtsschöpfungsprärogative. Bei der auf diese Weise vorgenommenen Erweiterung des geschriebenen Rechts müssen die gesetzgeberische Zweckrichtung, die zugrunde liegende gesellschaftliche Bedeutung sowie der Geist des Gesetzes in seiner Gesamtheit beachtet werden. Ziel der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist es, einen mit diesen Rechtsprinzipien unterlegten rechtlichen Rahmen zu schaffen, der es anderen Gerichten ermöglicht, in ähnlichen Konstellationen eine vorhersehbare, dem Gleichheitsprinzip entsprechende Entscheidung zu treffen.

* Übersetzt von *Bodo Wawrzyniak*.

¹ Oberstes Gericht, Urteil aus dem Jahr 101 (2012), Urteil Nr. 1695; Entscheidungsdatum: 24.10.2012; Fundstelle: Entscheidungssammlung des Obersten Gerichtes, 65. Band, S. 1-32; relevante Vorschriften: §§ 28, 667, 668, 670, 679, 682, 686, 687, 691, 692, 694 Zivilgesetzbuch; § 20 Wertpapiergesetz.

Verkürzte Darstellung des Tatbestandes und der tragenden Entscheidungsgründe:²

Die verfahrensexterne „Zhengyi AG“ wies in den Jahren 1992 bis 1996 in ihren Handelsbilanzen einen inkorrekten Überschuss von 1.021.500.000 NTD aus. Außerdem war in der Unternehmensbilanz über das eingekaufte, verbrauchte und verlagerte Material fälschlicherweise ein Lagervorrat mit einem Wert von 788.900.000 NTD verzeichnet. Im Vertrauen auf die entsprechenden Angaben in Finanzberichten und Prospekten der Zhengyi-Gesellschaft haben viele Anleger, die gutgläubig Aktien des Unternehmens erworben haben, einen Schaden erlitten.

Die Falschbilanzierung beruhte zum Teil auf der fehlerhaften Buchhaltung durch einen Buchhalter namens Zhu Lirong, der der „Zhengfeng“-Partnerschaft angehörte.

§ 20 II des Wertpapiergesetzes besagt: Wenn ein Emittent von Wertpapieren Finanzberichte oder andere relevante Geschäftsunterlagen veröffentlicht, darf deren Inhalt nicht falsch oder verschleiert sein. § 20 III besagt: Wird gegen die Pflicht aus Abs. 2 verstoßen und erleiden Dritte, die im Vertrauen auf diese Informationen Wertpapiere erwerben oder verkaufen, einen Schaden, so ist der Emittent zum Schadenersatz verpflichtet.

Die maßgebliche Frage, die sich das Gericht gestellt hat, ist die nach dem subjektiven Anwendungsbereich der Norm. Es kommt zum Ergebnis, dass auch der Buchhalter nach der neuen Fassung des Gesetzes vom 1995 entsprechend seinem Verantwortungsanteil Schadenersatz zu leisten hat für fahrlässigerweise falsch angegebene Informationen.

Das Gericht kam – den Instanzgerichten folgend – zu dem Schluss, dass Zhu Lirong bei der Untersuchung der Finanzberichte der Zhengyi AG nicht die erforderliche Sorgfalt an den Tag gelegt hatte und daher gem. § 20 III Wertpapiergesetz Schadenersatz zu leisten hat.

In dem nachfolgenden – entscheidenden – Teil der Entscheidung analysiert das Gericht die Haftung der Zhengfeng Partnerschaft, der Zhu Lirong angehörte und ob dessen Fehlverhalten ihr zugerechnet werden kann.

Gem. § 28 ZivilGB hat eine juristische Person für das Fehlverhalten ihrer Organe einzustehen. Fraglich war in dem vorliegenden Fall, ob diese Norm

² Anmerkung: Übersetzt wurden die Teile aus der tatbestandlichen Urteilsdarstellung, die die maßgeblichen Personen, d.h. die Zhengyi AG als Anlagezielgesellschaft, die Zhengfeng Partnerschaft und – stellvertretend u.a. – Zhu Lirong als deren fahrlässig handelnder Partner. Es folgt der Teil, in dem das Gericht die Haftung eines Buchhalters für fahrlässige Fehlbewertung einer Kapitalgesellschaft bestätigt und schließlich, im letzten Teil des Urteils, die Erörterung der Haftung der Zhengfeng Partnerschaft für das fahrlässige Verhalten ihres Partners unter analoger Heranziehung des § 28 ZivilGB.

Anwendung finden kann auf eine Partnerschaft. Dazu führt das Gericht aus, dass eine "Partnerschaft" keine juristische Person ist, sondern nur eine Vertragsbeziehung zwischen mehr als zwei Personen darstellt, die jeweils eine Einlage erbringen, um einen gemeinsamen Unternehmenszweck zu verfolgen (§ 667 ZivilGB). Nachdem die Partner ihre vertragsgemäßen Einlagen erbracht haben und die Partnerschaft auf diese Weise eigenes Vermögen erlangt, das von demjenigen der Partner zu unterscheiden ist (§ 668 ZivilGB), haben die Partner, soweit sie Geschäfte der Partnerschaft besorgen, jeweils füreinander, in diesem Geschäftsbereich Vertretungsmacht gegenüber Dritten.

Die Geschäfte können durch Mehrheitsbeschluss beschlossen werden (§ 670 ZivilGB). Sie können Austritt und Beitritt sowie Auflösung und Liquidierung der Partnerschaft regeln (§§ 691, 686, 687 1.-3. HS, 692, 694 ZivilGB) sowie einen nach außen auftretenden Geschäftsführer bestimmen. Die Partnerschaft kann die Vertretungsbefugnis ihrer Partner regeln, eine hinreichend feste Organisation schaffen und sie benötigt eine Vermögensverwaltungsstruktur. Daher ist die Partnerschaft nicht bloß als ein multipolares Vertragsverhältnis anzusehen, sondern auch als eine Personenmehrheit, die im Vergleich zu einer juristischen Person keine wesentlichen Unterschiede aufweist.

Die Situation, in der ein Partner einer Partnerschaft die Rechte eines Dritten beeinträchtigt ist also derjenigen vergleichbar, in der eine vertretungsrechtliche Person einer juristischen Person einem Dritten Schaden zufügt.

Die geschädigten Anleger konnten hier demnach in analoger Anwendung des § 28 ZivilGB die Zhengfeng Partnerschaft und Zhu Lirong gesamtschuldnerisch auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.

Literaturverzeichnis

- Ai Jiahui* (艾佳慧): Studie zur Leistungsevaluation chinesischer Gerichte (中国法院绩效考评制度研究), Law and Social Development 2008/5.
- Aikyō Kōji* (愛敬浩二): The Constitutional Amendment Problem (改憲問題), 2006.
- Aoi Miho* (青井未帆): Considering the Amendment of Article 9 (九条改憲を考える) und Considering Establishment of National Defense Military: From the Viewpoint of our Freedom (国防軍の創設を考える: 私たちの自由の観点から, beide in: Y. Okudaira (奥平康弘) /K. Aikyō (愛敬浩二) /M. Aoi (青井未帆) (Hrsg.), What is the Problem of Constitutional Amendments? (改憲の何が問題か), 2013.
- Aomi Jun'ichi* (碧海純一): Untersuchung der Rechtsauslegungslehre im Nachkriegsjapan 1969 (戦後日本における法解釈論の検討), in: ders. (Hrsg.), Theorie und Praxis in der Rechtswissenschaft (法学における理論と実践), 1975.
- Ashibe Nobuyoshi* (芦部信喜): Constitution (憲法), 1993.
- Bai Bin* (白斌): Die Misere des Strafrechts und ihre verfassungsrechtliche Lösung – Der Fall Xu Ting aus Sicht der normativen Verfassungswissenschaft (刑法的困境与宪法的解答 – 规范宪法学视野中的许霆案), Chinese Journal of Law 2009/4.
- Bai Jianjun* (白建军): Das Verhältnis zwischen Verbrechensursachen, Verbrechen und Bestrafung im Licht der chinesischen Daten zur Kriminalitätsrate (从中国犯罪率数据看罪因、罪行与刑罚的关系), Social Sciences in China 2010/2.
- Bao Wanchao* (包万超): Das Konzept der kombinierten Prüfung bestehend aus der Einrichtung eines Verfassungskomitees und einer Verfassungsprüfungskammer am OVG (设立宪法委员会和最高法院违宪审查庭并行的复合审查制), Law Science 1998/4.
- Byun Zong-Pil*: Kritische Untersuchung über die Auslegungspraxis des Obersten Gerichtshofs (대법원의 형법해석론에 대한 비판적 고찰), Zeitschrift für Strafrechtsvergleichung (比較刑事法研究), Bd. 7, 2005/1.
- Cai Ming-Cheng* (蔡明誠): Die Problematik der Besitzkette zwischen dem Bereich des Schuld- und Sachenrechts – Konzentration auf das relative Recht zum Besitz und den dinglichen Herausgabeanspruch (占有連鎖原理於物權與債權交錯領域之民法適用問題-以相對占有權與其對所有物返還請求權之抗辯權為探討中心), The Taiwan Law Review 2013/231.
- Cao Sanming* (曹三明): Chinas Fallrechtstradition und die Einrichtung eines Urteilssystems mit chinesischen Besonderheiten (中国的判例法传统与建立中国特色的判例制度), Journal of Law Application 2002/12.
- Chang Young-Min*: Analogieverbot und teleologische Reduktion (유추금지와 목적론적 축소해석), Strafrechtliche Fallstudie (刑事判例研究), Bd. 7, 1999.
- Che Hao* (车浩): Selbstbestimmungsrecht und strafrechtlicher Paternalismus (自我决定权与刑法家长主义), China Legal Science 2012/1.
- Chen Baifeng* (陈柏峰): Die Rolle der Medien in der Diskussion prominenter Fälle zu dem Thema der Herrschaft durch Recht – Das Beispiel des Falls Yao Jiaxin (法治热点案件讨论中的传媒角色 – 以“药家鑫案”为例), Studies in Law and Business 2011/4.
- : Landleben: Bummler auf der Ebene zwischen den zwei Seen (乡村江湖: 两湖平原 “混混” 研究), 2011.

- Chen Canping* (陈灿平): Diskussion der Handhabungsschwierigkeiten im System der Leitentscheidungen (案例指导制度中操作性难点问题探讨), *Law Science Magazine* 2006/3.
- Chen Chung-Wu* (陈忠五): Schutzgegenstand der Vertragshaftung und Deliktshaftung (契約責任與侵權責任的保護客體), 2008.
- Chen Cong-Fu* (陈聪富): Deliktisches Zurechnungsprinzip und Schadenersatz (侵權歸責原則與損害賠償), 2008.
- Chen Duanhong* (陈端洪): Über die Verfassung als grundlegendes und höheres Gesetz des Staates (论宪法作为国家的根本法与高级法), *Peking University Law Review* 2008/4.
- Chen Hehua* (陈和华): Warum bei Affekttaten eine milde Strafzumessung aus psychologischen Gründen nicht angebracht ist – Vom Mordfall Yao Jiaxin ausgehende Überlegungen (激情犯罪不宜从轻处罚的心理学依据 – 从“药家鑫杀人案”导入), *Law Science* 2011/5.
- Chen Jinzhao* (陈金钊): Konzeption und Bedeutung der rechtlichen Methoden (法律方法的概念及其意义), *Seeking Truth* 2008/5.
- : Die Stellung und Bereiche der richterlichen Zurückhaltung (法官司法的克制主义姿态及其范围), in: *Chen Jinzhao/Xie Hui* (Hrsg.), *Juristische Methoden*, Bd. 7, 2008.
- : Eine Besprechung der Rechtsquellen (论法律渊源), *Science of Law* 1991/4.
- Chen Jinzhao* (Hrsg.) (陈金钊 主编): *Juristische Methodenlehre* (法律方法论), 2007.
- Chen Jinzhao/ Jiao Baoqian* (陈金钊、焦宝乾): Wissenschaftlicher Bericht über die Untersuchungen rechtswissenschaftlicher Methoden in China (中国法律方法论研究学术报告), *Academic Journal of Shandong University* 2005/1.
- Chen Jinzhao/ Xie Hui* (Hrsg.): *Methoden des Rechts* (法律方法), 2002 (1) – 2014 (15).
- Chen Jinghui* (陈景辉): Universalität der Regeln und das Argument der Analogie (规则的普遍性与类比推理), *Seeking Truth*, 2008/1.
- Chen Linlin* (陈林林): Die Rolle der Volksmeinungen in der Struktur einer Entscheidung (公众意见在裁判结构中的地位), *Chinese Journal of Law* 2012/1.
- : Die Funktion der Intuition bei der Entscheidung schwieriger Fälle (直觉在疑案裁判中的功能), *Zhejiang Social Sciences* 2011/7.
- : Der methodologische Blindflug: Bemerkung zur Methode der Interessenjurisprudenz (方法论上之盲目飞行 – 利益法学方法之评析), *Zhejiang Social Sciences* 2004/5.
- Chen Rong-Chuan* (陈荣传): Einführung in das Sachenrecht (民法實用物權要義), 2014.
- Chen Ruihua* (陈瑞华): Die juristische Methodenlehre von Empirie zu Theorie (从经验到理论的法学方法), *Chinese Journal of Law* 2011/6.
- : Ein zügelloses Wildpferd. Das freie Ermessen des Gerichts im Spiegel des Falls Xu Ting (脱缰的野马 – 从许霆案看法院的自由裁量权), *Peking University Law Journal* 2009/1.
- Chen Xingliang* (陈兴良): *Normative Strafrechtswissenschaft* (规范刑法学), 3. Aufl., 2013.
- : Umwandlung der Strafrechtswissenschaft: Methodenlehre (刑法的知识转型 (方法论), 2012.
- : Eine rechtstheoretische Untersuchung zur Institution der Leitentscheidungen (案例指导制度的法理考察), *Law and Social Development* 2012/3.
- : Die Wiedergeburt der chinesischen Strafrechtswissenschaft, *ZStW* 2012/124(3).
- : Unsubstanzielle Auslegungstheorie und Substanziellen Auslegungstheorie: Realität und Ideal (形式解释论与实质解释论: 事实与理念之展开), *Law and Social Development*, 2011/2.

- : Abgrenzung zwischen Betrug und Erpressung – Zweifel an dem Prinzip „zwei Geschehensorte“ (敲诈勒索罪与抢劫罪之界分 – 兼对“两个当场”观点的质疑), *Law Science* 2011/2.
 - : Wiederbefürwortung der unsubstanziellen Auslegungstheorie (形式解释论的再宣示), *China Legal Science* 2010/4.
 - : Strafrechtswissenschaft in der Auseinandersetzung mit den Schulen (走向学派之争的中国刑法学), *Chinese Journal of Law* 2010/1.
 - : Strafrechtswissenschaft: Entstehen und Vergehen (刑法学: 向死而生), *Science of Law* 2010/1.
 - : Strafrechtsdogmatik (教义刑法学), 2010.
 - : Von Kausalität bis Zurechnung: Eine Untersuchung zu der Lehre der objektiven Zurechnung (从归因到归责: 客观归责理论研究), *Chinese Journal of Law* 2006/2.
 - : Über die Vor- und Nachteile der „justiziellen Auslegungen“ (司法解释功过之议), *Law Science* 2003/8.
- Chen Xingliang* (Hrsg.) (陈兴良 主编): Eine Selbstkritik der justiziellen Auslegungen in Strafsachen in China aus dem Blickwinkel der justiziellen Auslegung zur Unzucht mit weiblichen Minderjährigen (中国刑事司法解释检讨 – 以奸淫幼女司法解释为视角), 2003.
- Cheng Fan* (成凡): Betrachtung der Zitierpraxis aus Wettbewerbsperspektive: Analyse einer Untersuchung von Zitaten fachfremden Wissens in zeitgenössischen chinesischen rechtswissenschaftlichen Aufsätzen (从竞争看引证 – 对当代中国法学论文引证外部学科知识的调查分析), *Social Sciences in China* 2005/2.
- : Die Rechtswissenschaft unter dem Gesichtspunkt der Zitierung – Drei grundlegende Aspekte der Erforschung der Zitierung in der Rechtswissenschaft (从引证看法学 – 法学引证研究的三个基本方面), *Studies in Law and Business* 2005/1.
- Cheng Jinhua* (程金华): Juristen in der Politik: Rationalitätsanalyse und Verifizierung (从引证看法学 – 法学引证研究的三个基本方面), *Peking University Law Journal* 2013/1.
- Cheng Jinhua/Li Xueyao* (程金华、李学尧): Strukturelle Restriktionen rechtlichen Wandels – Die chinesische Rechtsanwaltschaft in der Interaktion von Staat, Markt und Gesellschaft (法律变迁的结构性制约 – 国家、市场与社会互动中的中国律师职业), *Social Sciences in China* 2012/7.
- Cheong Ha-Jung*: Die Staatshaftung und die Verantwortung der Beamten (국가책임과 공무원 책임), *Monatsschrift der Rechtsprechung*, Bd. 310, 1996.
- Cho Hi-Dae*: Ist der einer Geschlechtsumwandlung unterzogene Transsexuelle als das Tatobjekt der Vergewaltigung anzusehen? (성전환수술을 받은 자가 강간죄의 부녀에 해당하는가?), *Kommentierung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs*, Bd. 25, 1996.
- Choi Chong-Ko*: Die Rezeption europäischen Rechts in Korea (한국의 서양법수용사), 1982.
- Choi Gi-Won*: Das Fehlen des Ausstellungsortes und die Gültigkeit des Wechsels, Handelsrechtliche Fallstudie V (商事判例研究), 2000.
- Choi Jun-Sun*: Rückblick auf die Entscheidung in 1998 und Vorschau auf 1999 (년도 판례회고 및 1999 년도 학계전망), *Zeitschrift für Staatsexamen* Bd. 26, 1998/1.12. 1998.
- Choi Suk-Yoon*: Das Ableben des Fötus infolge eines ärztlichen Behandlungsfehlers und die fahrlässige Körperverletzung der Schwangeren (의사의 과실에 의한 태아의 사망과 임부(妊婦)에 대한 업무상과실치상), *Rechtswissenschaft* Bd. 30, 2010.

- Choi Young-Hyun*: Ob anders als der Wortlaut ausgelegt werden kann, wenn Redaktionsfehler herausgefunden werden (법률개정 과정에서 오류가 있었음이 명백한 경우 문언과 달리 해석할 수 있는지 여부(신용협동조합법 제 89 조)), Kommentierung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Bd. 60.
- Cui Jianyuan (崔建远)*: Der Hintergrundfaktor und die innere Harmonie bei der Rezeption der Zivilrechtsinstitutionen (民法制度移植背景因素和内在和谐问题), *The Jurist* 2003/4.
- Dai Xi (戴昕)*: Ergänzende Abschreckung und „Strafmilderung gegen Schadensersatz“ (威慑补充与“赔偿减刑”), *Social Sciences in China* 2010/3.
- Deng Feng (邓峰)*: Rechtliche Analyse der Haftung von Führungspersonal – Betrachtung aus der Perspektive der Sorgfaltspflichten des Vorstandes (领导责任的法律分析 – 基于董事注意义务的视角), *Social Sciences in China* 2006/3.
- Dong Hao (董焱)*: Ein Ausweg aus den Verwirrungen der mit den Rechtsfällen verbundenen Rechtsprechung – Chinas rechtmäßiger und effektiver Weg, einen einheitlichen Rechtsgebrauch zu verwirklichen (迈出案例通向判例的困惑之门 – 中国实现法律统一适用合法有效之途径), *Journal of Law Application* 2007/1.
- Dong Heping (董和平)*: Untersuchung einiger Fragen zu den Verfassungsnormen (宪法规范若干问题研究), *Contemporary Law Review* 1998/4.
- Dong Maoyun (董茂云)*: Von der Aufhebung der Replik bzgl. des Falls „Qi Yuling“ aus die Richtung der Justizreform betrachten (从废止齐案“批复”看司法改革的方向), *Law Science* 2009/3.
- Dong Panyu (董璠舆)*: Vierzig Jahre chinesischer Verfassungsrechtslehre (中国宪法学四十年), *Tribune of Political Science and Law* 1989/5.
- Du Qiangqiang (杜强强)*: Über das Wechselspiel der Normen der Verfassung und der Normen des Strafrechts – mit dem Beispiel des Begriffs des Einbruchs und des Schutzes der Wohnung (论宪法规范与刑法规范之诠释循环 – 以入户抢劫与住宅自由概念为例), *The Jurist* 2015/2.
- : Die Entwicklung der Forschung der Verfassungsinterpretationslehre seit der Verabschiedung der 1982-er Verfassung (八二宪法颁布以来宪法解释理论研究的进展), *Journal of the East China University of Political Science and Law* 2012/6.
- Duan Kuang (段匡)*: Japanische Auslegungslehre des bürgerlichen Rechts (日本の民法解释学), 2005.
- Fan Libo (范立波)*: Erkennung und Lösung der Normenlücken (规范裂缝的判定与解决), *The Jurist* 2010/1.
- Fan Zhongxin (范忠信)*: Über drei Wege der Modernisierung des chinesischen Rechts (中国法律现代化的三条道路), *Law Science* 2002/10.
- Fang Liufang (方流芳)*: Frage nach der juristischen Ausbildung (追问法学教育), *China Legal Science* 2008/6.
- : Beobachtung über die juristische Ausbildung in China (中国法学教育观察), *Journal of Comparative Law* 1996/2.
- Fang Peng (方鹏)*: Strafrechtswissenschaft (刑法), 2013.
- Fang Wen (方文)*: Die Entwicklung der Sozialpsychologie: Eine fachsystematische Perspektive (社会心理学的演化: 一种学科制度的视角), *Social Sciences in China* 2001/3.
- Feng Jun (冯军)*: Normative Untersuchungen der strafrechtlichen Probleme (刑法问题的规范理解), 2009.
- Feng Wei (冯威)*: Könnte es ein Rechtssystem sein? Von Axiomatik durch Wertordnung bis zum Prinzipienmodell (法律体系如何可能? – 从公理体系, 价值秩序到原则模式), *Journal of Soochow University (Law Edition)* 2014/1.

- : Das Konzept der juristischen Methodenlehre (法学方法论的概念), in: *Shu Guoying/Wang Xiahao/Li Lei* (Hrsg.), Lehrbuch der Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2013.
- : Der Anspruch des Rechts auf Richtigkeit und seine methodologischen Bedeutungen. Zu Robert Alexys Antwort auf den Rechtspositivismus (法律的正确性宣称 – Alexy 对法律实证主义的回应), *Chaoyang Law Review* Bd. 3, 2010.
- : Gustav Radbruchsche Rechtsphilosophie und vier betreffende Dialoge (拉德布鲁赫的法哲学及其四次对话), *Natur des Rechts* Bd. 3, 2008.
- Feng Wei/Li Lei/Chen Wei, et al.* (冯威、雷磊、陈巍等): Wofür sind die Leitentscheidungen des OVG Chinas? (案例指导意欲何为?), Eine Diskussion, in: *Shu Guoying* (Hrsg.), Archiv für juristische Methodenlehre Bd. 1, 2012.
- Feng Xiang* (冯象): Gerechtigkeit mit Holzbein (revidierte Ausgabe) (《木腿正义》(修订版)), 2007.
- : Die juristische Fakultät – quo vadis? (法学院往何处去), in: *Xu Zhangrun* (Hrsg.), *Tsinghua Law Journal* Bd. 4, 2004.
- Feng Zhuohui* (冯卓慧): Diskussion über die Frage der Rechtsrezeption (法律移植问题探讨), *Science of Law* 2001/2.
- Fu Chuangyu* (伏创宇): Review and Reflection of the Methodology of Constitutional Jurisprudence in China (我国宪法学方法论的回顾与反思), *Journal of Liaoning University (Philosophy and Social Sciences Edition)* 2012/5.
- Fu Liqing* (付立庆): Die Verbrechenslehre (《犯罪构成理论》), 2010.
- Fu Weiwei/Zhang Xuliang* (傅蔚蔚、张旭良): Der Versuch, die Errichtung des Systems der Leitentscheidungen zu besprechen (试论中国案例指导制度之建构), *Journal of Law Application* 2006/1-2.
- Fu Yulin* (傅郁林): Es gibt eine Transformation der rechtswissenschaftlichen Forschungsmethoden von der gesetzgeberischen Theorie zu der Auslegungstheorie (法学研究方法有立法论向解释论的转型), *Peking University Law Journal* 2013/1.
- Furuta Hikaru* (古田光): Denken und Philosophie im Fünfzehnjährigen Krieg (十五年戦争下の思想と哲学), in: *ders. u.a.* (Hrsg.), *Geistesgeschichte der Gesellschaft des modernen Japans*, Bd. 2 (近代日本社会思想史), 1971.
- : Die historische Entwicklung des Nachkriegsdenkens (戦後思想の歴史的展開), in: *ders. u.a.* (Hrsg.), *Geistesgeschichte der Gesellschaft des modernen Japans* (近代日本社会思想史), Bd. 2, 1971.
- Gan Chaoduan* (干朝端): Die Etablierung der Rechtsprechung als wichtigsten Modus des justiziellen Auslegungssystems (建立以判例为主要形式的司法解释体制), *Law Review* 2003/3.
- Gan Zangchun* (甘藏春): Über die Verfassungsinterpretation (论宪法解释), *Journal of South Western College for Political Science and Law* 1988/4.
- Gang Yong-Hyun*: Die Gewalttaten mit dem Fahrzeug und das „Bei Sich Führen“ gefährlicher Werkzeuge (자동차를 이용한 폭행과 '위험한 물건의 휴대'), *Strafrechtliche Fallstudie* Bd. 7, 1999.
- : Der Anwendungsbereich der Selbstanzeige nach dem Beamtenwahlrecht, *Justizpraxis (裁判實務研究)*, Bd. 2, 1997.
- Gao Mingxuan* (高铭喧): Rationalität der Theorie mit vier Strafbarkeitsvoraussetzungen und deren Durchhalten in der chinesischen Strafrechtswissenschaft (论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持), *China Legal Science* 2009/2.
- Gao Mingxuan/Ma Kechang* (Hrsg.) (高铭喧、马克昌): *Strafrechtswissenschaft (刑法学)*, 5. Aufl., 2011.

- Gao Qinwei* (高秦伟): Auslegungslehre (Hermeneutik) der Normen im Verwaltungsrecht (行政法规范解释论), 2008.
- Gao Quanxi* (高全喜): Der Aufschwung und die Entwicklung der politologischen Verfassungsrechtslehre (政治宪法学的兴起与擅变), *Jiaotong University Law Review* 2012/1.
- Gao Shang* (高尚): Rechtsreform und Rechtsrezeption in den letzten Jahren der Qing-Dynastie – eine detaillierte Untersuchung über Rezeption und Rechtsreform (清末修律变法与法律移植 – 移植与变法具体分析), in: *He Qinhua* (Hrsg.), *Rechtsrezeption und Rechtslokalisierung*, 2001.
- Gao Shengping* (高圣平): Die chinesische Zivilrechtswissenschaft aus der Perspektive der Gesetzgebungstheorie (立法论视野下的中国民法学: 兴起与繁荣), *Law Science Magazine* 2009/1.
- Gao Xuchen* (高旭晨): Tradition – Die Grundlage der Rechtsvereinheitlichung (传统 – 法系融合之基础), in: *Chen Su* (Hrsg.), *Fayuan Xieying*, Bd. 1, 2008.
- Ge Hongyi* (葛洪义): Juristische Methodenlehre (法律方法论), 2013.
- : The Comparison between Legal Method and some Relevant Concepts (法律方法与几个相关概念的比较), *Law and Social Development* 2010/3.
- : Vorlesung der rechtlichen Methodenlehre (法律方法讲义), 2009.
- Ge Hongyi* (Hrsg.) (葛洪义 主编): Methoden und Denken des Rechts (法律方法与法律思维), 2002/1 – 2005/3; 2007/4 – 2012/8.
- Ge Yunsong* (葛云松): Das Ideal der juristischen Ausbildung (法学教育的理想), *Peking University Law Journal* 2014/2.
- Gu Aiping* (顾爱平): Dialektik der Methoden der Verfassungsinterpretation – zugleich darüber, dass die soziologische Auslegung die primäre Methode der Verfassungsinterpretation sein soll (宪法解释的方法论辩证 – 兼论社会学解释方法应当作为宪法解释的首选方法), *Jianghai Academic Journal* 2010/2.
- Guan Hua* (管华): Die Top Zehn Stichwörter in der Forschung der Verfassungsrechtslehre in den letzten 60 Jahren (60 年宪法学研究的十大关键词 – 以宪法学年会综述和年度综述为基础的分析), *Western Law Review* 2010/1.
- Ha Tae-Hyoon*: Die Urkundenqualität der Fotokopien (복사문서의 문서성), *Strafrechtliche Fallstudie* Bd. 1, 1993.
- Ha Tae-Young*: Strafrechtliche Probleme des ärztlichen Behandlungsfehlers bei der Geburt (출산과정에서 발생한 의료과오의 형법상 제문제), *Zeitschrift für Strafrechtsvergleichung* Bd. 10, 2008/1.
- Han Dayuan* (韩大元): Die Konstruktion des Systems wissenschaftlichen Diskurses in der chinesischen Verfassungsrechtslehre (建构中国宪法学的学术话语体系), in: *Han Dayuan et al.* (Hrsg.), *Grundkategorien und Methoden der chinesischen Verfassungsrechtslehre: 2004–2009*, 2010.
- : Normative Analyse der Bauernklausel im chinesischen Verfassungstext (中国宪法文本上“农民”条款的规范分析), *Northern Law Review* 2007/1.
- : Normative Analyse des „öffentlichen Interesses“ im Verfassungstext (宪法文本中“公共利益”的规范分析), *Legal Forum* 2005/1.
- : Normative Analyse der Menschenrechtsklausel im Verfassungstext (宪法文本中“人权条款”的规范分析), *The Jurist* 2004/4.
- : Gesellschaftliche Transformation und die Funktion der Verfassungsinterpretation – über die Möglichkeit des Aufbaus der chinesischen Verfassungsinterpretationslehre (社会转型与宪法解释功能 – 谈建立“中国宪法解释学”的可能性), *Law and Social Development* 2002/6.

- : Sozialer Umbruch und die Anpassungsfähigkeit der Verfassung – Anmerkung zum Streit zwischen Herrn Hao und Herrn Tong (社会变革与宪法的适应性 – 评郝、童两先生关于“良性违宪”的争论), *Law Science* 1997/5.
- Han Dayuan/Feng Jialiang* (韩大元, 冯家亮): Normative Analyse der Steuerklausel im chinesischen Verfassungstext (中国宪法文本中纳税义务条款的规范分析), *Journal of Lanzhou University (Social Sciences)* 2008/6.
- Han Dayuan/Liu Songshan* (韩大元, 刘松山): Die empirische Analyse des Begriffs „Grundgesetz“ im Verfassungstext (宪法文本中“基本法律”的实证分析), *Law Science* 2003/4.
- Han Dayuan/Qin Qiang* (韩大元, 秦强): Normative Analyse des Begriffs „Rechtmäßigkeit“ im Verfassungstext (宪法文本中“合法”一词的规范分析), *Academic Journal of Zhongzhou* 2008/4.
- Han Dayuan/Wang Guisong* (韩大元, 王贵松): Die Bedeutung des Worts „Gesetz“ im chinesischen Verfassungstext (中国宪法文本中“法律”的涵义), *Law Science* 2005/2.
- Han Dayuan/Zhang Xiang* (韩大元, 张翔): Kurz über die Objektivität und Subjektivität der Verfassungsinterpretation (试论宪法解释的客观性与主观性), *Science of Law* 1999/6.
- Han Shiyuan* (韩世远): Das chinesische Vertragsgesetz und der CISG (中国合同法与《CISG》), *Journal of Jinan University, Philosophy & Social Science Edition* 2011/2.
- : Einige Gedanken über das chinesische Zivilrecht (中国民法随想录), *Tsinghua Journal of Rule of Law* Bd. 6, 2005.
- Han Soo-Woong*: Die Verfassungswidrigkeit von § 68 Abs. 1 des Verfassungsgerichtsgesetzes (헌법재판소법 제 68 조 제 1 항의 위헌여부), *Zeitschrift für Verfassung* Bd. 10, 1999.
- Hao Tiechuan* (郝铁川): Sanfter Widerstand – Einige Erläuterungen zum positiven Verfassungsbruch (温柔的抵抗 – 关于“良性违宪”的几点说明), *Law Science* 1997/5.
- : Sozialer Wandel und Einschränkungen des geschriebenen Rechts – Erwiderung auf Genosse Tong Zhiwei (社会变更与成文法的局限性 – 再谈良性违宪兼答童之伟同志), *Chinese Journal of Law* 1996/6.
- : Über den positiven Verfassungsbruch (论良性违宪), *Chinese Journal of Law* 1996/4.
- Hasegawa Masayasu* (長谷川正安): Geschichte der Streite der Rechtswissenschaft (法学論争史), 1976.
- : *Studies in Constitutional Cases* (憲法判例の研究), 1956.
- Hatoyama Hideo* (鳩山秀夫): Das Prinzip von Treu und Glauben im Schuldrecht (債權法における信義誠実の原則), Neudruck 1955.
- : Abriss der Probleme einer Reform des Vermögensrechts (財産法改正問題概論), *Zschr. Kokka Gakkai Zasshi* (国家学会雑誌), Bd. 34, 1920, Nr.12; Bd. 35, 1921, Nr. 2.
- He Min* (何敏): Über den praktischen Wert der traditionellen Lehre der Kommentierung des Gesetzbuchs ausgehend von der privaten Kommentierung in der Qing Dynastie (从清代私家注律看传统注释律学的实用价值), *Law Science* 1997/5, 7. Nachdruck in: *Liang Zhiping* (Hrsg.): Probleme der Rechtsauslegung (法律解释问题), 1998.
- He Qinhua* (何勤华): Rechtsrezeption und die Lokalisierung des Rechts (法的移植与法的本土化), *China Legal Science* 2002/3.
- He Weifang* (贺卫方): Gerichtliche Reform und justizielle Unabhängigkeit in China: Beobachtung und Reflexion eines Teilnehmers (中国的法院改革与司法独立 – 一个参与者的观察与反思), *Zhejiang Social Sciences* 2003/2.

- He Xin* (贺欣): Versagen der Gerichte? – Empirische Untersuchung zweier Gerichte der unteren Stufe (运转不良的法院? – 来自两个基层法院的经验考察), *Law and Social Sciences*, Vol. 1, 2006.
- : Rechts- und sozialwissenschaftliche Forschung vor dem Hintergrund der Transformation Chinas (转型中国背景下的法律和社会科学研究), *Peking University Law Review*, Vol. 7, No. 1, 2006.
- Higuchi Yōichi* (樋口陽一): Commentary to the Constitution of Japan (注釈日本国憲法), Vol. 1, 1984, 177.
- Hirai Yoshio* (平井宜雄): Studium der Grundlagenlehren der Rechtswissenschaft (法律学基礎論の研究), in: *ders.*, Yoshio Hirai, *Gesammelte Werke I* (平井宜雄著作集 I), 2010.
- : Erneute Untersuchung der Rechtsauslegungslehren in Japan nach dem Kriege (戦後日本における法解釈学論の再検討), *Zschr. Jurisuto* (ジュリスト) 1988/912.
- Hiranuma Ki'ichirō* (平沼騏一郎): Memoir by Hiranuma Ki'ichirō (平沼騏一郎回顧録), 1955.
- Hironaka Toshio* (広中俊雄): Eine Denkschrift zur gegenwärtigen Auslegungswissenschaft (現代の法解釈学に関する一つの覚書), *Zschr. Shakai kagaku no hōhō* 1969/Nr. 9, abgedr. in: *ders.*, *Gesammelte Abhandlungen zum Bürgerlichen Recht* (民法論集), 1971.
- : in: *T. Ikuyo et al.*, *Grundlagenwissen des Bürgerlichen Rechts* (民法の基礎知識), 1964.
- Ho Betty Mayfooon* (何美欢): Über die anglo-amerikanische Rechtsausbildung in China, 2005
- 《论当代中国的普通法教育》, 中国政法大学出版社, 2005 年版
- Hosaka Hiroshi* (保坂弘司): Genaue Vorlesung über die wahre Bedeutung des japanischen Staatskörpers (国体の本義精講), 1940.
- Hoshino Eiichi* (星野英一): „Argumentation“ und juristische Ausbildung (『議論』と法学教育), in *Zschr. Jurisuto* (ジュリスト) Nr. 940 (01.09.1989).
- : Forschungsnotizen zur Methodenlehre der Auslegungswissenschaft des Bürgerlichen Rechts nach dem Kriege (戦後の民法解釈学方法論研究ノート), in: *ders.*, *Gesammelte Abhandlungen zum Bürgerlichen Recht V* (民法論集 V), 1986.
- : *Collected Papers on Civil Law* (民法論集), Vol. 1, 1970, 71; Vol. 5, 1986.
- : Über die Methode der Auslegung des Bürgerlichen Rechts (民法の解釈の方法について), 1976, abgedr. in: *ders.*, *Gesammelte Abhandlungen zum Bürgerlichen Recht IV* (民法論集 IV), 1978.
- : Der Einfluss des französischen Zivilrechts auf das japanische Bürgerliche Gesetzbuch (日本民法典に与えたフランス民法の影響), 1965, abgedr. in: *ders.*, *Gesammelte Abhandlungen zum Bürgerlichen Recht I* (民法論集 I), 1970.
- : Einleitung zu einer Auslegungslehre des Bürgerlichen Rechts (民法解釈論序説), 1967, abgedr. in: *ders.*, *Gesammelte Abhandlungen zum Bürgerlichen Recht I* (民法論集 I), 1970.
- : Kolloquium: Die Aufgaben der Bürgerlichen Rechtswissenschaft (民法学の課題), *Zschr. Hōritsu Jihō* Bd. 39, 1967, Nr. 4.
- Hoshino Eiichi/Tanaka Shigeaki* (星野英一 / 田中成明): Dialogue between Legal Philosophy and Positive Legal Studies (法哲学と実定法学の対話), 1989.
- Hou Meng* (侯猛): Studie zum Obersten Volksgericht Chinas unter dem Aspekt des Einflusses der Rechtsprechung (《中国最高人民法院研究 – 以司法的影响力切入》), 2007.
- Hozumi Nobushige*: Theorie des Rechts, in: *ders.*: *Nachtgespräch am Fenster über das Recht* (Hoso Yawa), 1916.

- Hozumi Shigeto*: Umriss der Theorie des Rechts, 1917, ins Chinesische übers. v. *Li Heming*, 1928; Nachdruck, korrigiert von *Wei Qiong*, 2005.
- Hozumi Yatsuka/Hodumi Yatsuka* (穂積八束): Das Bürgerliche Gesetzbuch erscheint, und die Loyalität und Kindespietät gehen zugrunde/Civil Code Comes, Loyalty Gone (民法出でて忠孝亡ぶ), Zeitschrift Hōgaku Shimpō/New Journal of Legal Studies (法学新報) 1891/5.
- Hu Honghong* (胡弘弘): Kurz über die Verfassungsinterpretation (试论宪法解释), *Modern Law Review* 1995/5.
- Hu Jinguang/Han Dayuan* (胡锦涛、韩大元): Bericht der Entwicklung des chinesischen Verfassungsrechts (1982–2002) (中国宪法发展研究报告(1982—2002)), 2004.
- Hu Yuhong* (胡玉鸿): Inhalt und Umfang der Rechtstechnik (法律技术的内涵及其范围), *Modern Law Science* 2006/5.
- : Einführung in die juristische Methodenlehre (法学方法论导论), 2002.
- Huang Hui* (黄卉): Kritische Untersuchung der verfassungskonformen Auslegung und deren Theorien (合宪性解释及其理论检讨), *China Legal Science* 2014/1.
- : Die Anwendung der Klausel über das Wirtschaftssystem in der Verfassung (宪法经济制度条款的法律适用 – 从德国经济宪法之争谈起), *Peking University Law Journal* 2009/4.
- Huang Li* (黄立): Allgemeiner Teil des Zivilrechts (民法總則), 2005.
- Huang Mao-Rong* (黄茂荣): Juristische Methoden und das moderne Zivilrecht (法学方法与現代民法), 3. Aufl., 1993; Nachdruck auf Chinesisch (vereinfacht) 2001; 5. Aufl., 2007; 6. Aufl., 2009.
- Huang Wei-Xing* (黃維幸): Neue Darstellung der modernen juristischen Methodenlehre (現代法學方法新論), 2014.
- Huang Zhonglin/Liu Yuebin* (黃中林、劉耀彬): Über die Rechtsnatur des öffentlichen Eigentums – eine Interpretation des Art. 12 Abs. 1 der Verfassung (论公共财产权的法律性质 – 对《宪法》第12条第1款的一种解释), *Administration and Law* 2011/1.
- Huh Il-Tae*: Zur Unkenntnis des Gesetzes (법률의 부지의 효력), *Strafrechtliche Fallstudie* Bd. 1, 1993.
- Huh Young*: Das Wesen und die Grenze der verfassungskonformen Gesetzesauslegung (합헌적 법률해석의 본질과 한계), *Zeitschrift für Verfassung* Bd. 3, 1992.
- Nippon Hyōronsha* (Hrsg.) (日本評論社): Die japanische Rechtswissenschaft (日本の法学), 1950.
- Hyun So-Hye*: Untersuchung zur Verbesserung des Testaments (유언방식의 개선방향에 관한 연구), *Zeitschrift für Familienrecht* Bd. 23, Heft 2, 2009.
- Imm Mi-Won*: Die Untersuchung der verfassungsrechtlichen Teilnichtigkeitsentscheidung zum strafrechtlichen Tatbestand der Bestechung (형법상 뇌물죄규정에 대한 헌재 한정위헌결정의 기초적 고찰), *Zeitschrift für Rechtsphilosophie* Bd. 16, 2013/1.
- Inoue Tatsuo* (井上達夫): Restatement to the Problem of Article 9: from the Viewpoint of “Justice of War” and Constitutional Democracy (九条問題再説: 「戦争の正義」と立憲民主主義の観点から), *Theory of Law* (法の理論), No. 33, 2015.
- Irti Natalino*: De-Kodifizierung der europäischen Zivilgesetzbücher und die Zukunft des chinesischen Zivilgesetzbuchs (欧洲法典的分解和中国民法典之未来, 载张礼洪主编《民法法典化, 解法典化和反法典化》), in: *Zhang Lihong* (Hrsg.), *Codification, Decodification and Anti-Codification of Civil Law* (中国政法大学出版社, 2008 年版), 2008.
- Ishida Minoru* (石田穰): Die Methode der Rechtsauslegungswissenschaft (法解釈学の方法), 1976.

- Jeong Hyun-Mi*: Die Vergewaltigung des Transsexuellen (刑事判例研究)(성전환수술자의 강간죄의 객체 여부), Strafrechtliche Fallstudie Bd. 6, 1998.
- Ji Tao/Bai Bin* (季涛, 白斌): Über das Verhältnis zwischen der Verfassung und dem Zivilrecht – aus der Sicht der drei Besonderheiten des Verfassungsrechts (论宪法和民法的关系 – 以宪法特制的三重性为视角), Zhejiang Social Sciences 2007/1.
- Ji Weidong* (季卫东): Die Einrichtung eines rechtsstaatlichen Verfahrens (法治秩序的建构), 1999.
- : Der Sinn der Rechtsauslegung: Suche nach einem dritten Weg der praktischen Jurisprudenz – 1. Teil (法律解释的真谛 – 探索实用法学的第三条道路 (上)), Peking University Law Journal 1998/6.
- Jiang Huiling* (蒋惠岭): Einige konkrete Fragen zur Etablierung des Systems der Leitentscheidungen (建立案例指导制度的几个具体问题), Journal of Law Application 2004/5.
- Jiang Ping* (江平): Drehungen und Wendungen und deren Reflexion beim Verfassen des Zivilgesetzbuchs (民法典起草的波折和反思), South Weekly vom 12. 9. 2012.
- : Die Kodifizierung des Zivilgesetzbuchs ist ein Weg ohne Rückkehr (我国民法法典化的“不归路”), in: *Zhang Lihong/Gao Fuping* (Hrsg.), Zivilrechtliche Kodifizierung, De-Kodifizierung und Anti-Kodifizierung, 2008.
- : Rückblick auf das fünfzigjährige Verfassen des Zivilgesetzbuchs im Neuen China (中国民法典论坛—新中国民法五十年回首), in: *Wang Weiguo* (Hrsg.), Forum für das chinesische Zivilgesetzbuch (2002–2005), 2006.
- Jiao Baoqian* (焦宝乾): Bericht über die Methodenlehre in den jeweiligen Rechtsgebieten (2010 年度部门方法方法论研究报告), Legal Methods Bd. 11, 2010.
- : Natur und Charakter der juristischen Methode (法律方法的性质与特征), Zhejiang Social Sciences 2008/1.
- Jiao Baoqian, et al.* (焦宝乾等): Einleitung zur Theorie der Rechtsrhetorik (法律修辞学导论), 2012.
- Jin Yingjie* (金英杰): Eine Erforschung der Ziele der Legal-Clinic-Erziehung (诊所式法律教育目的之探析), China Legal Education Research 2009/2.
- Jung Chang-Hyung*: Die Gültigkeit des Wechsels ohne die Angabe des Ausstellungsorts, in: Festschrift für Gil-Jun Park (박길준교수화갑기념논문집), Bd. 2, 1998.
- Kabuto Kuninori* (加太邦憲): Memoir, in: *R. Nagao*, Tragicomedy in the History of Meiji Legal Studies (明治法学史の悲喜劇), The Origin of Legal Studies (法学ことはじめ), 1998.
- Kai Michitarō* (甲斐道太郎): Zur „Interessenabwägung“ in der Auslegung des Bürgerlichen Rechts (民法解釈における「利益衡量」について), Zschr. Hōritsu Jihō (法律時報), Bd. 49, 1974, Nr. 1.
- : Aufgaben der bürgerlich-rechtlichen Auslegungswissenschaft (民法解釈学の課題), in: *Nihon hōtetsugaku kai* (日本法哲学会)(Hrsg.), Auslegung und praktische Anwendung des Rechts (法の解釈と運用), 1967.
- Katō Ichirō* (加藤一郎): Kolloquium: Reflexion über die Privatrechtswissenschaft (私法学の反省), Zschr. Jurisuto (ジュリスト) 1960/209.
- : Theorie und Interessenabwägung in der Rechtsauslegungswissenschaft (法解釈学における理論と利益衡量), in: *J. Aomi*, Die Methoden der Rechtswissenschaft in der Gegenwart, 1966, Logic and the Balancing of Interests in Legal Interpretation, Zschr. Law in Japan 1968/2.
- Kawashima Takeyoshi* (川島武宜): Der Weg eines Rechtswissenschaftlers (ある法学者の軌跡), 1978.

- : Rechtswissenschaft als Wissenschaft/Legal Studies as Science (科学としての法律学), 2. Aufl., 1964.
- : Rechtswissenschaft als Wissenschaft (科学としての法律学), 1955.
- : Probleme der bürgerlich-rechtlichen Auslegungswissenschaft (民法解釈学の諸問題), 1949.
- Kenzo Takayanagi* (高柳賢三): Anglo-amerikanische Rechtstheorie (《英美法源理论》), 1983.
- Kim Hak-Tae*: Die rechtstheoretische Debatte über die Vergewaltigung in der Ehe und die Analyse der Gerichtsentscheidungen (아내강간에 대한 법이론적 논쟁과 판례 분석에 관한 연구), Hanguk University of Foreign Studies, Rechtswissenschaft Bd. 34 2010/1.
- : Die Grenze der Gesetzesauslegung: Eine kritische Untersuchung der juristischen Methode anhand der gerichtlichen Entscheidung (법률해석의 한계 - 판례에서 나타난 법해석방법론에 대한 비판적 고찰), Hanguk University of Foreign Studies, Rechtswissenschaft Bd. 22, 2006.
- Kim Hye-Jeong*: Das Tatobjekt der Vergewaltigung im Lauf der Zeit und die Rekonstruktion der Tatmodalität (시대의 변화에 따른 강간죄의 객체 및 행위태양에 관한 재구성), Zeitschrift für Strafrechtsvergleichung Bd. 9, 2007/1.
- Kim Hyung-Bae*: Die Auslegung des Gesetzes und die Ausfüllung der Lücke anhand des Zivilrechts, in: *ders.*, Zivilrechtliche Untersuchung (법학방법론), 1986.
- Kim Il-Su*: Die Grenze der Auslegung (형법해석의 한계), in: Festschrift für Jae-Sang Lee, Bd. 1, 2002.
- Kim Myung-Jae*: Eine kritische Untersuchung über die verfassungsrechtliche Auslegungsmethode (헌법해석방법론에 대한 비판적 고찰), Zeitschrift für Rechtswissenschaft Bd. 21, 2001/1.
- Kim Sung-Su*: Die rechtlichen Probleme der Staatshaftung nach der Befreiung von der japanischen Regierung und die zukünftige gesetzgeberische Aufgabe (해방 이후 국가배상제도의 법적 쟁점과 향후의 입법정책적 과제), in: Festschrift für Young Huh, 1997.
- Kim Tae-Myung*: Der zeitliche Anfang des Menschen und die Strafbarkeit der Hebamme bei Tötung des Fötus, Zeitschrift für Staatsexamen Bd. 54, 2009/4.
- Kim Young-Hee*: Der rigorose Formalismus und der wahre Wille des Testamenterstellers (유언에 관한 형식적 엄격주의와 유언자의 진의), Zivilrechtliche Fallstudie Bd. 30, 2008.
- Kim Young-Ho*: Die konkrete Billigkeit und die Rechtssicherheit als Auslegungsprinzip (법해석의 원칙으로서 구체적 타당성과 법적안정성의 관계에 대하여), Kye-Rong Rechtswissenschaft Bd. 6, 2010.
- Kim Young-Whan*: Das Grundproblem der Rechtsphilosophie (법철학의 근본문제), 3. Aufl., 2012.
- : Selbstanzeige nach der Entdeckung der Tat – eine restriktive Auslegung oder eine teleologische Reduktion? (범행발각후의 자수, 축소해석인가 아니면 목적론적 축소의 대상인가?), in: Festschrift für Il-Su Kim, 2006.
- : Die strafrechtliche Auslegung und die Grenze zur Analogie (형법상 해석과 유추의 한계), in: *Shin Dong-Eun* (Hrsg.), Die Grenze der Gesetzesauslegung (법률해석의 한계), 2000.
- : Rechtslücke und teleologische Reduktion (법의 흠결과 목적론적 축소해석), Monatschrift der Rechtsprechung 1998/334.
- Kurusu Saburō* (来栖三郎): Die Auslegung des Rechts und die Juristen/Lawyer and Legal Interpretation (法の解釈と法律家), Zschr. Shihō/Private Law (私法), 1954/11.

- : Kolloquium: Die ‚Wissenschaftlichkeit‘ der Rechtsauslegungswissenschaft (法解釈学の「科学性」), Zschr. Hōritsu Jihō (法律時報), Bd. 26, 1954, Nr. 4.
- : Lawyers (法律家), in: *K.Asai, et al. (Hrsg.) Problems in Civil Law: Celebrating 60 Years of Professor Suekawa (民事法の諸問題: 末川先生還暦記念)*, 1953.
- Kwak Byung-Hoon*: Zur Entscheidung, dass der Transsexuelle als ein Tatobjekt der Vergewaltigung betrachtet wird (성전환자가 강간죄의 객체인 '부녀'에 해당한다고 한 사례), Kommentierung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Bd. 82, 2009.
- Lee Jae-Kyung*: Der formale und der materielle Mieter: Zur Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (부동산 임대차계약상 형식적 임차인과 실질적 임차인), 2006da81035, Il-gam Rechtswissenschaft (일감法學), Bd. 19, 2011.
- Lee Woo-Rong*: Kann der Geschäftsführer der Korean Water Resource Corporation als Beamter angesehen werden? (정부투자기관의 임원인 한국수자원공사 사장이 변호사법 제 111 조에서 규정하는 '법령에 의하여 공무원으로 보는 자'에 해당하는지), Kommentierung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Bd. 66, 2007.
- Lei Lei (雷磊)*: Wie sind die Rechtsprinzipien anzuwenden? (法律原则如何适用?), in: *Shu Guoying (Hrsg.)*, Archiv für juristische Methodenlehre Bd. 1, 2012.
- : Kohärenz und Aufbau des Rechtssystems: Wie ist die Kohärenz des gegenwärtigen chinesischen Rechtssystem zu verbessern? (融贯性与法律体系的建构 - 兼论当代中国法律体系的融贯化), *The Jurist* 2012/2.
- : Analogie als juristische Argumentation. Ausgehend von deutschen Doktrinen (类比法律推理 - 以德国学说为出发点), 2011.
- Li Guilian (李贵连)*: Rechtssystem und Rechtswissenschaft in der Neuzeit Chinas (近代中国法制与法学), 2002.
- Li Guoqing (李国庆)*: Empirische Untersuchung der chinesischen Rechtsanwaltsbranche unter dem Aspekt der Zutrittsbeschränkungen (中国律师产业实证研究从进入壁垒切入), *Law and Social Sciences*, Vol. 4, 2009.
- Li Hong (黎宏)*: Strafrechtswissenschaft (刑法学), 2012.
- Li Hui-Zong (李惠宗)*: Fallbasierte Rechtsmethodik (案例式法学方法论), 2009.
- Li Lingyan (李凌燕)*: Eine vergleichende Untersuchung über die zwei westlichen Rechtskulturen und des klassischen Chinas in der Frage der Rechtsprechung (西方两大法系国家和古代中国在判例问题上的比较研究), *Social Science* 1987/5.
- Li Lizhong/Wu Xuebin (Hrsg.) (李立众、吴学斌)*: Neuer Gedankengang des Strafrechts – Untersuchung zu akademischen Positionen von Professor Zhang Mingkai (刑法新思潮 - 张明楷教授学术观点探究), 2008.
- Li Shichun (李仕春)*: Ein anderer Gedankenweg des Systems der Leitentscheidungen – Justizaktionismus in Chinas begrenztem Gebrauch (案例指导制度的另一条思路 - 司法能动主义在中国的有限适用), *Law Science* 2009/6.
- Li Xiuqing (李秀清)*: Forschung über die Rezeption von dem sowjetischen Zivilgesetzbuch in China (中国移植苏联民法模式考), *Social Sciences in China* 2002/5.
- Li Xueyao/Ge Yan (李学尧、葛岩)*: Anerkennung des Einflusses der Flüssigkeit des Schreibstils auf gerichtliche Entscheidungen (认知流畅度对司法裁判的影响), *Social Sciences in China* 2014/5.
- Li Zhongxia (李忠夏)*: Werturteile in der Grundrechtsdogmatik aus dem Blickwinkel von sozialwissenschaftlicher Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik (基本权利教义学中的价值判断 - 基于社科法学与法教义学的视角), Tagungsband zum wissenschaftlichen Kolloquium „Der Dialog zwischen sozialwissenschaftlicher Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik“, 31.05.2014 – 01.06.2014.

- Liang Huixing* (梁慧星): Methoden der Fallentscheidung (裁判的方法), 1. Aufl. 2003, 2. Aufl., 2012.
- Allgemeiner Teil des Zivilrechts (民法总论), 4. Aufl., 2011.
 - Hermeneutik des Zivilrechts (民法解释学), 1. Aufl., 1995; 3. Aufl., 2009.
 - Das Chinesische Zivilrecht: Woher kommt es, wohin geht es (中国民法: 从何处来, 到何处去), China Reform 2006/7.
 - Einige Fragen über die chinesische zivilrechtliche Kodifikation (中国民法典编撰的几个问题), Journal of Shanxi University (Philosophy and Social Science Edition) 2003/5.
 - Drei Wege über das Verfassen des Zivilgesetzbuchs in der Gegenwart (当前关于民法典编撰的三条思路), Peking University Law Journal 2001/1.
 - Das vereinheitlichte Vertragsrecht: Erfolg und Defekt (统一合同法: 成功与不足), China Legal Science 1999/3.
 - Zu Methoden der Rechtsauslegung (论法律解释方法), Journal of Comparative Law 1993/1.
 - Grundprobleme der Methodenlehre der Rechtsauslegung (法解释方法论的基本问题), Peking University Law Journal 1993/1.
 - Soziale Gerechtigkeit umsetzen, Mission der Zivilrechtsauslegungslehre (实践社会正义, 民法解释学的使命), <http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=1797>
- Liang Qichao* (梁启超): Zur Entwicklungsgeschichte der chinesischen Theorie des Rechts (中国法理学发达史论), Archiv für die Erneuerung des Bürgertums 1905/5.
- Liang Yingxiu* (梁迎修): Denken des Typus und seine Anwendung in der Rechtswissenschaft (类型思维及其在法学中的应用 – 法学方法论的视角), Studium und Erforschung 2008/1.
- Liang Ziping* (梁治平): Auseinandersetzung um das „Recht“ (法辨), in: ders. (Hrsg.): Kulturelle Interpretation des Rechts (法律的文化解释), 2. Aufl., 1998.
- Kulturelle Interpretation des Rechts (法律的文化解释), in: ders. (Hrsg.): Kulturelle Interpretation des Rechts (法律的文化解释), 2. Aufl., 1998.
 - Auf der Suche nach der Harmonie der natürlichen Ordnung: Die traditionelle chinesische Rechtskultur (寻求自然秩序中的和谐: 中国传统法律文化研究), 1991.
- Lin Cheng-Er* (林誠二): Neue Darstellung des Allgemeinen Teils des Schuldrechts – Systematische Darstellung I (債法總論新解, 體系化解說(上)), 2010.
- Besonderer Teil des Schuldrechts I (民法債編各論(上)), 2010.
 - Allgemeiner Teil des Zivilrechts (民法總則), 2007.
- Lin Laifan* (林来梵): Stand und Perspektive der chinesischen Verfassungsrechtslehre 2011 (中国宪法学的现状与展望), Chinese Journal of Law 2011/6.
- Menschenwürde und Würde der Persönlichkeit – Ein Konzept der Interpretation des Art. 38 der chinesischen Verfassung (人的尊严与人格尊严 – 兼论中国宪法第 38 条的解释方案), Zhejiang Social Sciences 2008/3.
 - Herrschaft durch Recht in der Geschichte der menschlichen Zivilisationen (人类文明史中的法治), Rule of Law Forum 2007/2.
 - Geschichte der Methoden des Rechtspositivismus (法律实证主义方法的故事 – 以拉班德的国法学为焦点), Zhejiang Academic Journal 2004/3.
- Lin Laifan/Wang Hui* (林来梵、王晖): Tatsachen und Werte in verfassungsrechtlichen Überlegungen – eine philosophische Fragestellung über die Verfassungsrechtslehre (宪法学思考中的事实与价值 – 有关宪法学的一个哲学话题), Journal of Sichuan University (Social Science Edition) 2007/3.
- Die einzig richtige Lösung im Recht – ausgehend von Dworkins Lehre (法律上的“唯一正解” – 从德沃金的学说谈起), Academic Monthly 2004/10.

- Lin Laifan/Zheng Lei* (林来梵、郑磊): Der sog. „Um die Normen“ – Ein weiteres Gespräch über die Methoden der normativen Verfassungsrechtswissenschaft (所谓“围绕规范” – 续谈规范宪法学的方法论), *Zhejiang Academic Journal* 2008/5.
- Lin Li* (林立): Methodenlehre der Rechtswissenschaft und Dworkin (法学方法论与德沃金), 2002.
- Ling Bin* (凌斌): 30 Jahre chinesische Rechtswissenschaft: Eine quantitative Studie zur Periodisierung der Geschichte des Fachgebiets (中国法学三十年: 学科断代史的定量研究), *Open Times* 2009/8.
- Liu Baoyu* (刘保玉): Erfolg und Defekt des chinesischen Sachenrechts (中国物权法的成就与不足), *Legal Forum* 2008/5.
- Liu Chun-Tang* (刘春堂): Allgemeiner Teil des Schuldrechts I: Allgemeiner Teil des Vertragsrechts (民法債編通則(一): 契約法總論), 2011.
- Liu Fei* (刘飞): Das umfassende Modell der Verfassungsinterpretation und die Folgenorientierung (宪法解释的规则综合模式与结果取向), *China Legal Science* 2011/2.
- Liu Fengjing* (刘风景): Die Unterschiede in der Bezeichnung „Leitentscheidung“ (指导性案例” 名称之辨正), *Global Law Review* 2009/4.
- Liu Shengping* (刘升平): Untersuchung der Fragen der sozialistischen Gesetzesauslegung in China (中国社会主义法律解释问题研究), *Tribune of Political Science and Law* 1985/5.
- Liu Shuilin* (刘水林): Studien über rechtswissenschaftliche Methoden (法学方法论研究), *Chinese Journal of Law* 2001/3.
- Liu Sida* (刘思达): Die Logik des Partikularismus: Ökologische Analyse des chinesischen Rechtsdienstleistungsmarktes (割据的逻辑: 中国法律服务市场的生态分析), 2011.
- : Geschichte und Reflexion der chinesischen Rechtssoziologie (中国法律社会学的历史与反思), in: *Su Li* (Hrsg.), *Law and Social Sciences* Bd. 7, 2010.
- Liu Zheng* (刘峥): Nachfrage und Analyse zur Etablierung von Chinas System der Leitentscheidungen (建立中国案例指导制度的追问与辨析), *People's Court Daily*, Aufl. zur Theorie vom 29.12.2007.
- Liu Zhibin* (刘治斌): Juristische Methodenlehre (法律方法论), 2007.
- Liu Zuoxiang/Xu Jinghe* (刘作翔、徐景和): Die theoretische Grundlage des Systems der Leitentscheidungen (案例指导制度的理论基础), *China Legal Science* 2006/3.
- Lu Jianping* (卢建平): Die Grenzen des Strafrechts aus dem Blickwinkel des „Porno-DVD-Falls“ (从“黄碟案”看刑法的界限), *The Jurist* 2003/3.
- Ma Kechang* (马克昌): Prinzip der Strafrechtsvergleichung (比较刑法原理), 2002.
- Ma Ling* (马岭): Über das Landesverteidigungsrecht des Staatsrates und des Zentralen Militärkomitees – Interpretation des Art. 89 Nr. 10 und Art. 93 Abs. 1 der Verfassung (论国务院和中央军委的国防权 – 对宪法第 89 条第 10 项和第 93 条第 1 款的解释), *Legal Methods and Legal Thoughts* Band 8, 2011.
- Makino Eiichi* (牧野英一): Konkrete Angemessenheit – als Anwendung des Gedankens der gesellschaftlichen Integration des Rechts (具体的妥当性 – 法律の社会化という思想の適用として), *Zschr. Hōgaku Shirin* Bd. 24. 1922, Nr. 10, abgedruckt in: *E. Makino*, Die konkrete Angemessenheit im Recht (法律における具体的妥当性), 1925.
- Matsuo Kōya* (松尾浩也): Preface to the 4th Edition (第 4 版の刊行にあたって), 100 Cases Selection in Criminal Procedure (刑事訴訟法判例百選), 4. Aufl., 1981.
- Mei Zhongxie* (梅仲協): Grundriss des Zivilrechts (民法要義・初版序), 1998.
- Miao Lianying* (苗连营): Die zwei Fragen der Entdeckung und Entwicklung (宪法学发展的两个问题), *Studies in Law and Business* 1998/3.
- Miao Lianying/Zheng Lei* (苗连营、郑磊): The Knowledge Transformation and Method Synthesis of Constitutional Law in China: A Perspective on Academic Arguments since

- the 1990s (宪法学的知识转型与方法综合 - 以 20 世纪 90 年代以来的学术争论为素材), *Law and Social Development* 2012/1.
- Min Yu-Suk*: Zur Korrektur des Transsexuellen im Personenstandbuch (성 전환자에 대한 호적정정의 가부), Kommentierung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs, Bd. 60, 2006.
- Miyakawa Tōru* (宮川透): Die Rückkehr nach Japan (日本への回帰), in: *B. Hashikawa* (橋川文三) et al (Hrsg.), *Grundwissen der Geistesgeschichte des modernen Japans* (近代日本思想史の基礎知識), 1971.
- Miyazawa Toshiyoshi*: *Kempō* (憲法), 3. Aufl., 1969, übers. V. H. Zachert, bearb. und hrsg. v. R. Heuser u. K. Yamasaki, 1986.
- Mizumoto Hiroshi* (水本浩): Entstehung und Ertrag der Interessenabwägungslehre in der Bürgerlichen Rechtswissenschaft (民法学における利益衡量の成立と成果), *Zschr. Minshōhō Zasshi* (民商法雑誌), Bd. 63, 1971, Nr. 4
- : Entstehung und Ertrag der Interessenabwägungslehre in der Bürgerlichen Rechtswissenschaft (民法学における利益衡量の成立と成果), *Zschr. Minshōhō Zasshi* (民商法雑誌), Bd. 63, 1970, Nr. 2.
- : Die Aufgaben der Bürgerlichen Rechtswissenschaft (民法学の課題), *Zschr. Hōritsu Jihō* (法律時報), Bd. 39, 1967, Nr. 4.
- Mizushima Asaho* (水島朝穂): Quo Vadis, the Governmental Interpretation of Article 9? (九条の政府解釈のゆくえ), in: *A. Mizushima*, *Constitutional Dynamism* (立憲のダイナミズム), 2014.
- Moon Kwang-Sub*: Die Auslegung des Mieters im Sozialmietwohnungsgesetz (임대주택법상 '임차인'에 관한 법률의 해석 및 법률행위의 해석), Kommentierung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (大法院判例解説), Bd. 79, 2009.
- Nam Bock-Hyun*: Das Verhältnis zwischen dem Verfassungsgericht und dem Obersten Gerichtshof bezüglich der Zuständigkeit (헌법재판소와 대법원의 관할문제), *Zeitschrift für öffentliches Recht* (公法研究), Bd. 32 Heft 1, 2003.
- Ni Zhengmao* (倪正茂): Über die Stärkung des Rechts des Volksgerichts auf die Unabhängigkeit der Rechtsprechung (论强化人民法院独立审判权), *Sozialwissenschaft* 1988/2.
- Nishi Hideaki* (西英昭): The Formation Process of "Taiwan Private Law": Stratigraphical Analysis of the Text ("臺灣私法"の成立過程: テキストの層位学的分析を中心に), 2009.
- Oh Byung-Du*: Die Gesetzgebungsgeschichte bezüglich des Computerbetrugs und die Absicht des Gesetzgebers (컴퓨터 등 사용사기죄의 입법경과와 입법자의 의사), *Zeitschrift für Strafrecht* Bd. 19, 2007/1.
- Oh Seo-Hyuk*: Die Auslegung des Gesetzes in Korea (한국에서의 법령해석), in: *Koreanische rechtsphilosophische Gesellschaft*, *Die koreanische Rechtsordnung und die Auslegungslehre* (한국 법질서와 법해석론, 세창출판사), 2013.
- : Die Kritik an der Auslegungspraxis der Justiz (사법부의 해석방법론에 대한 비판), *Recht und Gesellschaft* Bd. 27, 2004.
- Oh Young-Keun*: Untersuchung über das Verbrechen im Internet (인터넷범죄에 관한 연구), *Zeitschrift für Kriminalpolitik* Bd. 54, 2003/2.
- : Rückblick auf die Entscheidung 2006 (2006 년도 형법판례 회고), *Strafrechtliche Fallstudie* Bd. 15, 2007.
- Ohya Takehiro* (大屋雄裕): On the Limit of the Theory on the Limit of Constitutional Amendments (憲法改正限界論の限界をめぐって), *Theory of Law* (法の理論), No. 33, 2015.

- Park Chul*: Die über den Wortlaut hinausgehende und die gegen diesen verstoßende Auslegung (법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석), Zeitschrift für Rechtsphilosophie Bd. 6, 2003/1.
- Park Dong-Jin*: Eine Studie über die klassische juristische Methodenlehre (司法行政) (전통적 의미의 법해석방법론에 관한 일고찰), Justizverwaltung, 1997.
- Park Gi-Suk*: Untersuchung über die Vergewaltigung in der Ehe (부부강간행위의 강간죄 성립여부), Kriminalpolitik (刑事政策), Bd. 15, 2004/4.
- Park Kwun-Sung*: Die Haftung des Beamten gegenüber dem Bürger als Opfer seiner Tat (공무원의 피해자인 국민에 대한 배상책임), Monatsschrift der Rechtsprechung Bd. 338, 1998.
- Qi Yuan (戚渊)*: Rechtsmethoden und rechtswissenschaftliche Methoden (法律方法与法学方法), Tribune of Political Science and Law 2009/2.
- Qiang Shigong (强世功)*: Die chinesische Rechtssoziologie – ihre Misere und Auswege (中国法律社会学的困境与出路), Beijing Cultural Review 2013/5.
- Qin Ce (秦策)*: Die verfassungsrechtliche Dimension des Ausschlusses illegaler Beweise im Strafrecht – Überlegungen mit dem chinesischen Verfassungstext als Ausgangspunkt (刑事非法证据排除的宪政之维 – 以中国宪法文本为基点的思考), Law Science 2007/8.
- Qin Qiang (秦强)*: Das Ereignis der Mengmu-Halle und die „Bildungsklausel“ im Verfassungstext (“孟母堂” 事件与宪法文本中的 “受教育条款”), Shandong Social Sciences 2007/2.
- Qiu Cong-Zhi/Yao Zhi-Ming (邱聰智, 姚志明)*: Das Neue Schuldrecht: Besonderer Teil (新訂債法各論(上)), 2002.
- Qu Tao (渠涛)*: Die Geschichte des Verfassens des japanischen Zivilgesetzbuchs und der Rezeption der Rechtslehre (日本民法编撰及学说继受的历史), Global Law Review 2001/Herbst.
- Ran Jingfu (冉井富)*: Die Unausgewogenheit der Verteilung der Rechtsanwaltssprengel – Beschreibung und Erläuterung (律师地区分布的非均衡性 – 一个描述和解释), Archive for Legal Philosophy and Legal Sociology, 2007/11.
- Ren Jing (任静)*: Über die Verfassungsinterpretation (论宪法解释), Law Science 1991/6.
- Rokumoto Kahei (六本佳平)*: Rechtssoziologie (法社会学), 1986.
- Ruan Lulu (阮露鲁)*: Theorien des Konstitutionalismus und die Rationalität des positiven Verfassungsbruchs (立宪理论与良性违宪之合理性 – 评郝, 童两先生关于 “良性违宪” 的争论), Law Science 1997/5.
- Sakata Masahiro (阪田雅裕)*: Pride of the “Guardian of Law” Cabinet Legislation Bureau: Why Constitutional Amendment by Means of Interpretation shall not be Permitted (“法の番人”内閣法制局の矜持: 解釈改憲が許されない理由), 2014.
- Sakata Masahiro (Hrsg.) (阪田雅裕)*: Constitutional Interpretation of the Government (政府の憲法解釈), 2013.
- Sang Benqian (桑本谦)*: Analyse der wirtschaftswissenschaftlichen Grundsätze für die Beurteilung von Hard Cases (疑案判决的经济学原则分析), Social Sciences in China 2008/4.
- : Der Nebel der theoretischen Rechtswissenschaft: Aufsehenerregende Fälle als Quellenmaterial (理论法学的迷雾: 以轰动案例为素材), 2008.
- Satō Isao (佐藤巧)*: Constitution (憲法), mod. Aufl. Vol. 1, 1983.
- Segawa Nobuhisa (瀬川信久)*: Die Auslegung des Bürgerlichen Rechts (民法の解釈), in: E. Hoshino (Hrsg.), Lehrgang des Bürgerlichen Rechts (民法講座), Sonderband I, 1990.

- : „Mini Symposium“: Die Rechtsauslegungslehre und die juristische Ausbildung (ミニシンポジウム『法解釈論と法学教育』), Zschr. Jurisuto (ジュリスト), Nr. 940 (01.09.1989).
- Shangguan Piliang* (上官丕亮): Der Pfad und Methoden der Justizialisierung der Verfassung (宪法司法化的路径与方法), *Modern Law Science* 2008/2.
- Shen Deyong* (Hrsg.) (沈德咏 主编): Bewertungsskizze des Justizsystems im Sozialismus mit chinesischen Besonderheiten (中国特色社会主义司法制度论纲), 2009.
- Shen Weixing* (申卫星): Die Rezeption der Rechtslehre, die Verwissenschaftlichung der Rechtswissenschaft und die Übersetzung der Rechtsliteratur (法律理论继受, 法律科学化与法学著作的翻译), *Legal Daily* vom 18.1.2004.
- Shen Zongling* (沈宗灵): Posners ökonomische Analyse des Rechts (论波斯纳的经济分析法), *China Legal Science* 1990/3.
- : Rechtliche Begründung und Rechtsanwendung (法律推理与法律适用), *Law Science* 1988/5.
- Shi Shang-Kuan* (史尚寬): Allgemeiner Teil des Schuldrechts (債法總論), 1980.
- Shim Hyun-Sup*: Juristische Methodenlehre in rechtsphilosophischer Hinsicht (법철학적 법학방법론), Seoul National University, Rechtswissenschaft (서울대/法學), Bd. 24, 1983.
- Shin Dong-Eun* (Hrsg.): Die Grenze der Gesetzesauslegung (법률해석의 한계, 법문사), 2000.
- Shin Yang-Kyun*: Die Tendenz der gerichtlichen Entscheidungen zum Gesetzlichkeitsprinzip (죄형법정주의에 관한 한국판례의 동향), *Zeitschrift für ostasiatisches Recht* Bd. 3, 2009/2.
- Shinmura Izuru* (Hrsg.) (新村出): Enzyklopädisches Wörterbuch (広辞苑), 2. Aufl., 1970.
- Shu Guoying* (舒国滢): Wiederentdeckung der Digesten und Ursprung der neuzeitlichen juristischen Ausbildung (《学说汇纂》的再发现与近代法学教育的滥觞), *China Law Review* 2014/2.
- : Zur Aristotelischen Topik (亚里士多德论题学之考辨), *Journal of China University of Political Science and Law* 2013/2.
- : Zu welcher Disziplin gehört die Rechtswissenschaft? Ausgehend von der römischen Jurisprudencia (法学是一门什么样的学问? – 从古罗马时期的 Jurisprudencia 谈起), *Tsinghua Law Journal* 2013/1.
- : Entstehung und Krise der Kommentatoren: eine Untersuchung aufgrund der Epistemologie und Methodologie (评注法学派的兴盛与危机: 一种基于知识论和方法论的考察), *Peking University Law Journal* 2013/5.
- : Die methodologischen Elemente im Werdegang der römischen Jurisprudenz (罗马法学成长中的方法论因素), *Journal of Comparative Law* 2013/1.
- : Bolognas Glossatoren: Methode und Stil (波伦亚注释法学派: 方法与风格), *Science of Law* 2013/3.
- : Untersuchung von Ciceros Topika(西塞罗的《论题术》研究), *Law and Social Development* 2012/4.
- : Die „Statuslehre“ enträtselt (“争点论” 探赜), *Tribune of Political Science and Law* (Journal of China University of Political Science and Law) 2012/2.
- : Frage nach dem Verhältnis zwischen antiker Rhetorik und der Technik der juristischen Argumentation (追问古代修辞学与法律论证技术之关系), *Law Science* 2012/9.
- : Kasuistik: Methode, Ursprung ihre(r) Entstehung und Niedergang (决疑术: 方法、渊源与盛衰), *Journal of China University of Political Science and Law* 2012/2.
- : Antike Rhetorik im Abendland: Ursprung, Leitsatz und Technik (西方古代修辞学: 辞源、主旨与技术), *Journal of China University of Political Science and Law* 2011/4.

- : Kein wünschenswertes Manifest: Weshalb die Jurisprudenz unserer Zeit die Methoden zu berücksichtigen hat (并非有一种值得期待的宣言 – 我们时代的法学为什么需要重视方法), *Modern Law Science* 2006/5.
- : Suche nach dem Standpunkt der Rechtswissenschaft: Zugleich zur Denkweise der topischen Jurisprudenz (寻访法学的问题立场 – 兼谈“论题学法学”的思考方式), *Chinese Journal of Law* 2005/3.
- : Die Anwendungsschwierigkeit der Rechtsprinzipien: Vier Fragen aus methodologischer Perspektive (法律原则适用的困境 – 方法论视角的四个追问), *Journal of Soochow University* 2005/1.
- : Die Entwicklung von abstrakten Rechtstheorien aus Sicht der Methodik (从方法论看抽象法学理论的发展), *Zhejiang Social Sciences* 2004/5.
- : Heraus dem Sumpf des Begriffs: Debatte von „Rechtstheorie“ und „Rechtsphilosophie“ (走出概念的泥淖 – “法理学”与“法哲学”之辨), *Akademie in China* 2001/1.
- Shu Guoying (Hrsg.) (舒国滢 主编): Juristische Methodenlehre (法学方法论), 2013.*
 - : Einführung in die Theorie des Rechts (法理学导论), 2. Aufl., 2012.
 - : Theoretische Grundlagen der Modernisierung des Rechtssystems (法制现代化的理论基础), 2010.
- Shu Guoying/Wang Xiaohao/Liang Yingxiu, et al. (舒国滢、王夏昊、梁迎修等): Untersuchung zur Methodenlehre der Rechtswissenschaft (法学方法论问题研究), 2007.*
- Sone Takehiko (曾根威彦): Present Criminal Legislation and Criminal Law Theory (現代の刑事立法と刑法理論), Journal of Criminal Law (刑事法ジャーナル), No. 1, 2005.*
- Song Lixin (宋立新): Eine Besprechung der Moot Courts in der chinesischen Juristenausbildung und des juristischen Denkens (论中国法科生教育的模拟法庭与法律思维), Theory Research 2010/15.*
- Su Jiang (江溯): Der Einfluss der Verbrechenslehre auf das Strafgesetzbuch: Im Hinblick auf die Geschichte des Verhältnisses zwischen Verbrechenslehre und StGB in Deutschland (犯罪论对刑法典的形塑作用 – 以德国犯罪论与刑法典的关系史为线索的考察), Journal of Nanjing Normal University 2013/1.*
- : Systematische Position der Selbstgefährdung in Fahrlässigkeitsdelikten (过失犯中被害人自陷风险的体系性地位), *Peking University Law Review* Bd. 1, 2013.
- Su Li (苏力): Anm.: entspricht Zhu Suli (s.u.).*
- Su Yong-Qin (蘇永欽): Die Suche nach dem neuen Zivilrecht (尋找新民法), 2008.*
- Suehiro Izutarō (末広巖太郎): Kolloquium „Die japanische Rechtswissenschaft“ (日本の法学), 1950.*
 - : Sachenrecht (物件法), Bd. 1, 1920.
- Suekawa Hiroshi (Hrsg.) (末川博): Die Grundrechte und das öffentliche Wohl (基本的人権と公共の福祉), 1957.*
- Sun Guohua/Shen Zongling (Hrsg.) (孙国华, 沈宗灵): Grundtheorie des Rechts (法学基础理论), 1982.*
- Sun Xianzhong (孙宪忠): Über die Frage der Systematisierung und der Verwissenschaftlichung der chinesischen zivilrechtlichen Gesetzgebung (我国民法立法的体系化与科学化问题), Tsinghua Law Journal 2012/2.*
- : Die Rezeption der Pandektenwissenschaft in der chinesischen Zivilrechtswissenschaft: Einführung, Untergang und Wiedergeburt (中国继受潘德克吞法学: 引进, 衰落和复兴), *Social Sciences in China* 2008/2.
- : Der gegenwärtige Stand des Verfassens des chinesischen Zivilgesetzbuchs und dessen Probleme (中国民法典制定现状及主要问题), *Jilin University Journal, Social Sciences Edition* 2005/4.

- Sun Xiaoxia* (孙笑侠): Das wahre Gesicht der Rechtswissenschaft (法学的本相), Peking University Law Journal 2008/3.
- Suzuki Masaru* (铃木贤): Forschung über das chinesisch-japanische Zivil- und Handelsrecht (中国的立法论与日本的解释论), Bd. 2, 2004.
- Takashima Heizō* (高島平蔵): Über die Elemente der bürgerlich-rechtlichen Auslegungswissenschaft (民法解釈学の諸要素について), Zschr. Waseda Hōgaku (早稲田法学), Bd. 47, 1972, Nr. 3.
- Tanaka Shigeaki* (田中成明): Über die Rationalität des rechtlichen Denkens – in Verbindung mit dem Rechtsauslegungsstreit (法的思考の合理性について – 法解釈論争と関連付けて), Zschr. Hōgaku Kyōshitsu (法学教室), Bd. 9, 1982, Nr. 23f.
- Tang Yingmai* (唐应茂): Warum gerichtliche Vollstreckung schwierig ist – Regierungen, Märkte und Gerichte in Transformationsstaaten (法院执行为什么难 - 转型国家中的政府, 市场与法院), 2009.
- Tang Yingmai/Sheng Liugang* (唐应茂, 盛柳刚): Das Phänomen der „zwei Hochs“ in Zwangsvollstreckungsverfahren in Zivil- und Handelssachen (民商事执行程序中的“双高现象”), in: *Su Li* (Hrsg.), Law and Social Sciences Bd. 1, 2006.
- Tian Fang* (田芳): Pfad und Bedeutung der verfassungsrechtlichen Steuerung des Zivilrechts – auf der Basis der Fälle in China und Deutschland (宪法调控民法的路径与意义以中德相关案例为基础), Journal of Nanjing University (Philosophy, Humanities and Social Sciences) 2015/5.
- Tian Jianqiang* (田建强): Eine Analyse der Vor- und Nachteile der Moot-Court-Unterrichtsweise (模拟法庭教学利弊分析), Journal of Tianshui Normal University 2010/6.
- Tong Zhiwei* (童之伟): Die Unterkante der flexiblen Umsetzung der Verfassung – Erneute Erwiderung auf Genosse Hao Tiechuan (宪法实施灵活性的底线 – 再与郝铁川先生商榷), Law Science 1997/5.
- : Verfassungsrechtslehre vor dem 21. Jahrhundert (面临二十一世纪的宪法学: 评析与前瞻), Law Review 1997/6.
 - : Positiver Verfassungsbruch ist nicht zu befürworten – Erwiderung auf die andere Ansicht von Genosse Hao Tiechuan (“良性违宪” 不宜肯定 – 对郝铁川同志有关主张的不同看法), Chinese Journal of Law 1996/6.
 - : Reform der Forschungsmethoden der Verfassungsrechtslehre (宪法学研究方法之改造), Law Science 1994/4.
 - : Mit der Methode der Analyse der sozialen Rechte das System der Verfassungsrechtslehre neu konstruieren (用社会权利分析方法重构宪法学体系), Chinese Journal of Law 1994/5.
- Toshitani Nobuyoshi* (利谷信義): Gedanken zum japanischen Recht (日本の法を考える), 1985.
- : Sonderheft Zschr. Jurisuto „Die Auslegung des Rechts“ (ジュリスト増刊『法の解釈』), 1972.
- Uchida Takashi* (内田貴): Civil Law III: General Provisions on “Obligations” and “Real Security Right” (民法 III: 債権総論; 担保物権), 1996.
- Urata Ichirō* (Hrsg.) (浦田一郎): Governmental Interpretation of Article 9: Commentary on the Material of the Cabinet Legislation Bureau (政府の憲法九条解釈: 内閣法制局資料と解説), 2013.
- Ushiomi Toshitaka* (潮見俊隆): Suehiro Izutarō, in: *ders. u. N. Toshitani* (利谷信義) (Hrsg.), Japanische Rechtswissenschaftler (日本の法学者), 1975.
- Wagatsuma Sakae* (我妻栄): Erinnerungen und Rückblick im Bürgerlichen Recht (民法学における思い出と回顧), Zschr. Hōritsu Jihō (法律時報), Bd. 32, Nr. 11, zit. n. *T.*

- Ushiom, Suehiro Izutarō*, in: *T. Ushiom u. N. Toshitaka* (Hrsg.), *Japanische Rechtswissenschaftler* (日本の法学者), 1975, 343.
- Wagatsuma Sakae* (Hrsg.) (我妻栄): *Der Verlauf der Nachkriegsreform des Bürgerlichen Gesetzbuchs* (戦後民法改正の経過), 1956.
- Wang Guanxi* (王冠玺): *Nochmal über das Kreuzphänomen in der chinesischen Rechtsentwicklung* (再论中国法学发展的“十字现象”), *Journal of Comparative Law* 2009/2.
- Wang Guolong* (王国龙): *A Dispute of the Name of "Method" or the Legal View – A Rising Dispute on Defending the Self-Sufficiency of Law in Judicial Process* (“方法” 称谓之争抑或法律观之争 – 一场正在兴起的捍卫司法领域法律自足性的争论), *Seeking Truth* 2008/5.
- Wang Hong* (王洪): *Haupttrend der Untersuchungen zur juristischen Logik* (法律逻辑研究的主要趋向), *Trend der Philosophie* 2009/3.
- : *Grundprobleme der juristischen Logik* (法律逻辑的基本问题), *Tribune of Political Science and Law* 2006/6.
- : *Zur juristischen Auslegung und juristischen Argumentation* (论法律解释与法律推理), *Forschung der Naturdialektik* 1998, Beiheft.
- Wang Jianping/Wang Jianzhong* (王建平, 王建中): *Das Fehlen der bürgerlichen Gesellschaft und Anti-Kodifizierung* (市民社会的缺失与反法典化); jeweils in: *Zhang Lihong/Gao Fuping* (Hrsg.), *Codification, Decodification and Anti-Codification of Civil Law*, 2008.
- Wang Lei* (王磊): *Die Justizialisierung der Verfassung* (宪法的司法化), 2000.
- Wang Liming* (王利明): *Die Ära der „Rechtsauslegung“ kommt* (一个“解释论”的时代已经到来); in: *Beijing Daily* vom 18.3.2013.
- : *Juristische Methodenlehre* (法学方法论), 2012.
- : *Als Augenzeuge des Verfassens der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts* (亲历民法通则的制定), *Chinesischer Volkskongress* 2011/7.
- : *Einführung in die juristische Auslegungslehre* (Hermeneutik): *Aus zivilrechtlicher Perspektive* (法律解释学导论: 以民法为视角), 2009.
- : *Rück- und Ausblick des Verfassens des chinesischen Zivilgesetzbuchs* (中国民法典制定的回顾和展望), *Legal Forum* 2008/5.
- : *Die Inspiration beim Verfassen des Sachenrechts für die Kodifikation des Zivilgesetzbuchs* (我国《物权法》制定对民法典编撰的启示), *Tsinghua Law Journal* 2008/3.
- Wang Qiliang* (王启梁): *In Richtung eines tief in seinen sozialen und kulturellen Kontext eingebetteten Rechts* (迈向深嵌在社会与文化中的法律), 2010.
- Wang Qinghua* (汪启华): *Justiz in der Politik: Eine rechtssoziologische Untersuchung der chinesischen Verwaltungsgerichtsbarkeit* (政治中的司法: 中国行政诉讼的法律社会学考察), 2011.
- Wang Shizhou* (王世洲): *Moderne Strafrechtswissenschaft: Allgemeiner Teil* (现代刑法学(总论)), 2011.
- : *Einige grundlegende Fragen der strafrechtlichen Methodenlehre* (刑法方法理论的若干基本问题), *Chinese Journal of Law* 2005/5.
- Wang Tiancheng* (王天成): *Der historische Ursprung der Judicial Review in den anglo-amerikanischen Rechtsordnungen* (英美法系司法审查制度的历史起源), *Journal of Central South College for Political Science and Law* 1991/1.
- Wang Tze-chien* (王泽鉴): *Allgemeiner Teil des Zivilrechts* (民法總則), 2000, 2010.
- : *Ungerechtfertigte Bereicherung* (侵權行為), 2009.

- : Juristisches Denken und Fallbearbeitung des Zivilrechts. Systematik der Anspruchsgrundlagen (民法思维: 请求权基础理论), Taiwan, 2001, 2003, auf Festlandchinesisch (vereinfacht) 2009.
- : Die Rezeption des deutschen Zivilrechts und die Entwicklung des Zivilrechts in Taiwan (德国民法的继受与台湾民法的发展), Journal of Comparative Law 2006/6.
- : Persönlichkeitsrecht: Rechtsdogmatik, Rechtsvergleichung, und Fallbearbeitung (人格权法: 法释义学, 比较法, 案例研究), Taiwan 2002, auf Festlandchinesisch (vereinfacht) 2013.
- : Juristisches Denken und Fälle des Zivilrechts (法律思维與民法實例), 1995.
- Wang Xiahao (王夏昊)*: Lösung der Kollision von Rechtsregeln und Rechtsprinzipien (法律规则与法律原则的抵触之解决), 2009.
- : Über den Begriff und die Stellung der juristischen Methodenlehre (法学方法论的概念及其地位), Tsinghua Law Journal 2008/1.
- : Weshalb ist die „rechtliche Methode“ nicht adäquat? Suche nach der Jurisprudenz im eigentlichen Sinne (缘何不是法律方法 – 原本法学的探源), Journal of China University of Political Science and Law 2007/2.
- Wang Xiahao/Yang Bei (王夏昊, 杨贝)*: Praktische Vernunft und juristische Methoden (实践理性与法学方法 – 全国法学方法论论坛第一次学术会议综述), Tribune of Political Science and Law 2006/4.
- Wang Xu (王旭)*: Auslegungslehre (Hermeneutik) des Verwaltungsrechts (行政法解释学研究: 基本原理, 实践技术与中国问题), 2010.
- Wang Yaxin (王亚新)*: Die Verhandlung von Zivilsachen in der Praxis (2) — Erstinstanzliche Verfahren an fünf Gerichten der mittleren Stufe (实践中的民事审判(二) 五个中级法院民事一审程序的运作), Peking University Law Review Vol. 6, No. 1, 2004.
- Wang Yongqing (汪永清)*: Eine Besprechung der die Rechtsprechung vergleichenden Forschung (判例比较研究), Jilin University Journal (Social Science Edition) 1988/1.
- Wang Yuming (王玉明)*: Über die Verfassungsinterpretation (论宪法解释), Contemporary Law Review 1990/4.
- Wang Yuping (王玉萍)*: Das deutsche Rechtsausbildungsmodell und seine Impulse für die VR China (德国法学教学模式及其对我国的启示), Higher Education & Economy 2010/3.
- Wang Zhihua (王志华)*: Die Verfassung des russischen Zivilgesetzbuchs und dessen historische Rezeption (论俄罗斯民法典的编撰及其历史继承性), Study and Exploration 2008/4.
- Watanabe Hiroyuki (渡辺博之)*: Strukturelle Betrachtungen zum Prinzip von Treu und Glauben (信義誠実の原則の構造論的考察), Zschr. Minshōhō Zasshi (民商法雑誌), Bd. 91, 1985, Nr. 4.
- Watanabe Yōzō (渡辺洋三)*: Die Sozialwissenschaften und die Auslegung des Rechts (社会科学と法の解釈), in: *Nihon Hōtetsugaku Kai* (Hrsg.), Auslegung und praktische Anwendung des Rechts (法の解釈と運用), 1967.
- : Rechtssoziologie und Rechtsauslegungswissenschaft (法社会学と法解释学), 1959
- Wei Zhenying (魏振瀛)*: Das Vertragsrecht soll ein wohlgesetztes Schriftstück sein (合同法是民事立法的一部佳作), China Legal Science 1999/3.
- Wen Hui (温辉)*: Was ist Meinungsäußerung – eine argumentierende Interpretation des Art. 35 der Verfassung (什么是言论 – <宪法>第35条的一种论理解释), Journal of National Prosecutors College 2004/3.
- Wu Congzhou (吴从周/吳從周)*: Gesetzeslücke, Analogieanwendung und Teleologische Reduktion im Zivilrecht (民法上之法律漏洞、類推適用與目的性限縮), in: Zivilrechtswissenschaft und Juristische Methodenlehre, Bd. 1, 2007.

- : Über die Natur der Sache („Fa-Li (法理)“) im Tai. BGB § 1 (論民法第一條之「法理」), in: Zivilrechtswissenschaft und Juristische Methodenlehre, Bd. 1, 2007.
- : Begriffsjurisprudenz, Interessenjurisprudenz, und Wertungsjurisprudenz: Versuch einer Entwicklungsgeschichte der Methodenlehre der Zivilrechtswissenschaft (概念法学, 利益法学与价值法学: 探索一部民法方法论的演变史), 2007; Nachdruck in vereinfachtem Chinesisch, 2011.
- Wu Daying/Liu Cuixiao* (吴大英、刘翠霄): Auslegung der sozialistischen Gesetze unseres Landes (我国社会主义法律的解释), Political Science and Law 1984/4.
- Wu Jialin* (Hrsg.) (吴家麟主编): Verfassungsrechtslehre (宪法学), 1983.
- Xia Yong* (Hrsg.) (夏勇 主编): Auf dem Weg in eine Epoche der subjektiven Rechte: Die Entwicklung der Bürgerrechte in China (走向权利的时代: 中国公民权利发展研究), 1995.
- Xiao Zhonghua* (肖中华): Verbrechensaufbau und Zusammenhangstheorie (犯罪构成及其关系论), 2000.
- Xie Hui* (谢晖): Die philosophische Dimension der juristischen Hermeneutik im antiken China (中国古典法律解释的哲学向度), 2005.
- : 法律方法研究的当下与当对, <http://www.dffyw.com/faxuejieti/xuezhhe/201206/29179.html>
- Xie Zai-Quan* (謝在全): Sachenrecht II (民法物權論(中)), 2010.
- Xie Zhenmin* (Hrsg.) (谢振民 主编): Gesetzgebungsgeschichte der Republik China (中华民国立法史), 2000.
- Xin Chunying* (信春鷹): Rechtsrezeption in Theorie und Praxis (法律移植的理论和实践), Northern Legal Science 2007/3.
- : Die US-amerikanische Schule der ökonomischen Analyse des Rechts (美国的经济分析法学派), Chinese Journal of Law 1986/3.
- Xiong Minghui* (熊明辉): Zu Folgerungsregeln der juristischen Logik (论法律逻辑中的推论规则), Social Sciences in China 2008/4.
- Xiong Minghui* (Hrsg.) (熊明辉 主编): Juristische Argumentation und Rhetorik (法律论证与修辞: 第三届全国法律修辞学术研讨会论文集), 2014.
- Xu Chongde* (许崇德): Das 60jährige Entwicklungserlebnis der Verfassungsrechtslehre (宪法学 60 年发展经历), in: Jahrbuch des chinesischen Verfassungsrechts, 2008.
- : Geschichte des Verfassungsrechts (中华人民共和国宪法史》(上下册)), 2005.
- Xu Chongde/ Hu Jinguang* (许崇德、胡锦涛): Rückblick und Ausblick der Forschung der Verfassungsrechtslehre 1995 (1995 年宪法学研究的回顾与展望), The Jurist 1996/1.
- Xu Guanghua* (徐光华): Untersuchung zu der Geschichte der Positionen der strafrechtlichen Auslegung – Befürwortung der subjektiven Auslegungstheorie (刑法解释立场的历史考察 – 主观解释论之提倡), Hebei Law Science 2008/2.
- Xu Guodong* (徐国栋): Auslegung der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (民法基本原则解释), 2001.
- Xu Xianming/Zheng Yongliu* (徐显明、郑永流): Reform der juristischen Ausbildung nach dem Sechs-Jahres-Modell (六年制法学教育模式改革), 2009.
- Xu Xiuyi* (徐秀义): Einige Überlegungen zu der Frage der Verfassungsinterpretation in unserem Land (关于我国宪法解释问题的若干思考), Contemporary Law Review 1988/3.
- Xu Xuehu/Liang Peng* (徐学鹿、梁鹏): Der Trend der Zeit – Nichtkodifizierung (中华人民共和国民法典的制定应当缓行), Present Day Law Science 2005/4.
- Xu Zhangrun* (许章润): Die multidimensionale rechtliche Weisheit in der modernen Kultur der chinesischen Sprache – die Auswirkung der rechtswissenschaftlichen Forschung in

- Taiwan auf die Kollegen in Festland China (多向度的现代汉语文明法律智慧 – 台湾的法学研究对祖国大陆同行的影响), *Journal of Comparative Law* 2003/6.
- Yamamoto Hajime (山元一): Open the Discussion on Article 9: A Study on “Interchanging Pacifism and Constitutionalism” (九条論を開く: 〈平和主義と立憲主義の交錯〉をめぐる一考察), in: A. Mizushima (水島朝穂)(Hrsg.), *Constitutional Dynamism (立憲的ダイナミズム)*, 2014.
- Yan Tao (晏韬): Recht und Praxis des polizeilichen Schusswaffengebrauchs in Deutschland (德国警察开枪的法律与实践), *China Law Review* 2015/2.
- Yan Yimei (鄢一美): Die dritte Kodifikation des Zivilgesetzbuchs in Russland (俄罗斯第三次民法法典化), *Journal of Comparative Law* 2000/1.
- Yang Li (杨力): Eine Untersuchung über das Funktionieren von Chinas System der Leitentscheidungen (中国案例指导运作研究), *Science of Law* 2008/6.
- Yang Linping (杨临萍): Überlegungen zur Reform der Gerichte aus der Verfassungssicht (法院改革的宪法思考), *Legal Daily* vom 4.1.1999.
- Yang Ren-Shou (杨仁寿): Methodenlehre der Rechtswissenschaft (法学方法论), 1986, Nachdruck in vereinfachtem Chinesisch, 1. Aufl., 1991; 2. Aufl., 2013; in Taiwan, 1987.
- Yang Zhenshan/Wang Hongliang (杨振山、王洪亮): Rationalisierung und Verwissenschaftlichung der Rechtsrezeption (继受法律的理性科学化), *Journal of Comparative Law* 2004/1.
- Yang Zi-Jiang (楊日然): Jurisprudenz (法理學), 2005.
- Yao Hui/Zhou Yuntao (姚辉、周云涛): Die verfassungsrechtliche Dimension der Zivilrechte – Eine Beobachtung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht als Gegenstand (关于民事权利的宪法学思维 – 以一般人格权为对象的观察), *Zhejiang Social Sciences* 2007/1.
- Ye Chuanxing (叶传星): An der Schnittstelle von privaten Rechten, öffentlicher Gewalt und gesellschaftlicher Macht – Eine Interpretation des „Porno-DVD-Falls“ (在私权利, 公权力和社会权力的错落处 – “黄碟案”的一个解读), *The Jurist* 2003/3.
- Yen Chueh-An (颜厥安): Recht, Vernunft und Argumentation: Alexys Theorie der juristischen Argumentation (法, 理性与论证 – Robert Alexy 的法论证理论), *Chengchi Law Review* 1995/6, 1; Nachdruck in: *ders.*: Recht und praktische Vernunft, 1998; Nachdruck in vereinfachtem Chinesisch, 2003.
- Yi Jun (易军): Die systematischen Defekte und deren Koordination bei der chinesischen Zivilrechtsrezeption (中国民法继受中的体系性瑕疵与协调), *Studies in Law and Business* 2009/5.
- Yi Yanyou (易延友): Entkriminalisierung, Herrschaft des Rechts im Verfahren und Berechenbarkeit des Rechts – Eine rechtstheoretische Untersuchung zum „Porno-DVD-Fall“ (除罪化, 程序法治与法的可预期性 – 以黄碟案为中心的法理透视), *Tsinghua Law Journal* 2009/4.
- Yoshimi Seikō (好美清光): Sonderheft Zschr. Jurisuto „Die Auslegung des Rechts (ジュリスト増刊『法の解釈』)“, 1972.
- You Chin-Fa (游進發): Die Existenz und die Natur der Besitzkette – im dispositiven Recht und der Parteiwille (占有連鎖的存在與本質 – 在任意規定與當事人意思), *The Taiwan Law Review* 2013/231.
- : Ratio legis der unerlaubten Handlung (侵權行為立法論之分析), *Fu Jen Law Review* 2011/42.
- Yu Bo (于博): Die deutsche Rechtsausbildung und die Impulse für China (德国的法学教育及对我国的启示), *Journal of Hebei Normal University* 2010/3.
- Yuan Gang (袁钢): Die Entwicklung der Assimilation der juristischen Falldidaktik (法学案例教学法的本土化演进), *China Legal Education Research* 2009/3.

- Yuan Lin* (袁林): Über die subjektive Auslegungstheorie und die objektive Auslegungstheorie: Untersuchung zu Maßstäben der strafrechtlichen Auslegung (超越主客观解释论: 刑法解释标准研究), *Modern Law Science* 2011/1.
- Yune Jin-Su*: Erstes Kapitel, Allgemeiner Teil (총칙 I, 한국사법행정학회), in: *Kim Yong-Dam* (Hrsg.), *Kommentar zum Zivilrecht* (주석민법), Bd.1, 2010.
- : Die Rechtsstellung des Homosexuellen vor der Entscheidung über die Korrektur des Geschlechts (성별정정 허가가 있기 전의 성전환자의 법적 지위), *Zeitschrift für Familienrecht* (家族法研究), Bd. 23, 2009/3.
- Zhang Binfeng/Yang Shiping* (张斌峰、杨世屏): Die mehrdimensionale Erläuterung des Untersuchungsgegenstandes der juristischen Methodenlehre (法学方法论研究对象的多维阐释), *Rule of Law Study* 2013/3.
- Zhang Jinfan* (张晋藩): Die Tradition des Rechts Chinas und die neuzeitliche Transformation (中国法律的传统与近代转型(修订版)) (Revidierte Ausgabe), 2005.
- Zhang Jun/Jiang Wie/Lang Sheng/Chen Xingliang* (张军、姜伟、郎胜、陈兴良): *Strafrechtswissenschaft AT* (刑法纵横谈(总则部分)), 2008.
- Zhang Li* (张莉): Eine Beurteilung von Chinas zehnjähriger Legal-Clinic-Erziehung (中国诊所法律教育十年断想), *China Legal Education Research* 2012/1.
- Zhang Mingkai* (张明楷): Über die Lehre des erlaubten Risikos (论被允许的危险的法理), *Social Sciences in China* 2012/11.
- : *Strafrechtswissenschaft* (刑法学), 4. Aufl., 2011.
- : *Auslegungstheorie des besonderen Teils des chinesischen Strafgesetzbuchs*, Bd. 1 (刑法分则的解释原理(上)), 2. Aufl., 2011.
- : *Wiederbefürwortung der substanziellen Auslegungstheorie* (实质解释论的再提倡), *China Legal Science* 2010/4.
- : *Gesetzlichkeitsprinzip und strafrechtliche Auslegung* (罪行法定与刑法解释), 2009.
- : *Strafrechtswissenschaftliche Analyse des Falls Xu Ting* (许霆案的刑法学分析), *Peking University Law Journal* 2009/1.
- : *Anschauung der strafrechtlichen Auslegung* (刑法解释理念), *Journal of National Prosecutors College* 2008/6.
- : *Grundlegende Standpunkte des Strafrechts* (刑法的基本立场), 2002.
- : *Grundriss des ausländischen Strafrechts* (外国刑法纲要), 1999.
- Zhang Qi* (张骐): Noch einmal über Charakter und Garantie der Geltung der Leitentscheidungen (再论指导性案例效力的性质与保证), *Law and Social Development* 2013/1.
- : Eine Besprechung des “Anleitungscharakters” der Leitentscheidungen (论指导性案例的“指导性”), *Law and Social Development* 2007/6.
- Zhang Qingfu* (张庆福): Vergleich zwischen Verfassungsinterpretationen (宪法解释之比较), *Foreign Law Translation and Comment* 1993/2.
- Zhang Sheng* (张生): Die Erfassung der Zivilgewohnheiten in den letzten Jahren der Qing-Dynastie und das Verfassen des Daqing Minlü Cao'an (清末民事习惯调查与大清民律草案的编纂), *Chinese Journal of Law* 2007/1.
- Zhang Wei* (张蔚): Die Kultur- und Normorientierung der Kunstfreiheit – Grundlage der systematischen Auslegung von Art. 47 der chinesischen Verfassung (艺术自由的文化与规范面向 – 中国宪法第47条体系解释的基础), *Political Science and Law* 2014/3.
- : Der normative Sinngehalt der Sprachfrage der Verfassung – zugleich ein Konzept der Interpretation des Art. 19 Abs. 5 der chinesischen Verfassung (宪法中语言问题的规范内涵 – 兼论中国宪法第19条第5款的解释方案), *Journal of the East China University of Political Science and Law* 2013/5.
- : *Anpassungsfähige und selbständige Grundrechtsdogmatik in Deutschland – Aufbau der Verfassungsdogmatik in Bezug auf die öffentlichen Informationen in Deutschland* (适

- 应与自主之间的德国基本权利教义学 – 德国国家信息行为的宪法教义学建构), *Law and Social Development* 2012/3.
- Zhang Wei (张巍): Läuft die „Meeresschildkrote“ schneller als der „Chinesische Bodenkaffer“? – Eine quantitative Untersuchung der wissenschaftlichen Leistungen des Lehrpersonals erstrangiger chinesischer juristischer Fakultaten (“海龟” 比 “土鳖” 跑得更快吗? – 针对中国一流法学院师资学术表现的一个计量研究), *Guanghua Law Review* 2009/4.
- : konomische Analyse des numerus clausus der Sachenrechte und der sachenrechtlichen Gestaltungsfreiheit (物权法定与物权自由的经济分析), *Social Sciences in China* 2006/4.
- Zhang Weiying/Ai Jiahui (张维迎、艾佳慧): Informationsmechanismen des Berufungsverfahrens – Zugleich zur Verwirklichung der Funktion der Berufung (上诉程序的信息机制 – 兼论上诉功能的实现), *China Legal Science* 2011/3.
- Zhang Weiying/Deng Feng (张维迎、邓峰): Information, Anreiz und gesamtschuldnerische Haftung – Eine rechtsökonomische Erklärung der Kollektivhaftung und des Bao-Jia-Systems im chinesischen Altertum (信息、激励与连带责任 – 对中国古代连坐、保甲制度的法和经济学解释), *Social Sciences in China* 2003/3.
- Zhang Wenxian (Hrsg.) (张文显 主编): *Theorie des Rechts (法理学)*, 4. Aufl., 2011
《法理学》, 高等教育出版社, 北京大学出版社, 2011 年第 4 版
- Zhang Wuchang (张五常): *konomische Interpretation Band 4: Die Wahl des Systems (经济解释卷四: 制度的选择)*, 2014.
- Zhang Xiang (张翔): *Bedeutungserklrungslehre (Dogmatik) des Verfassungsrechts (宪法释义学: 原理、技术、实践)*, 2013.
- : Erste Schritte der Verfassungsrechtsdogmatik (宪法教义学初阶), *Peking University Law Review* 2013/5.
- : Zwei Typen von verfassungsrechtlichen Fällen: Die mögliche Einwirkung der verfassungskonformen Auslegungen auf die Rechtsprechung (两种宪法案件 – 从合宪性解释看宪法对司法的可能影响), *China Legal Science* 2008/3.
- : Entzauberung und Eigenständigkeit: Der Einfluss der politischen Theorie auf die Verfassungsinterpretation und seine Grenzen (祛魅与自足: 政治理论对宪法解释的影响及其限度), *Tribune of Political Science and Law* 2007/4.
- Zhang Xinbao (张新宝): Der „Porno-DVD-Fall“ unter dem Gesichtspunkt des zivilrechtlichen Schutzes des Rechts auf Privatsphäre (从隐私权的民法保护看 “黄碟案”), *The Jurist* 2003/3.
- Zhang Xinbao/Zhang Hong (张新宝、张红): Hundert Jahre der Entstehung und der Entwicklung des chinesischen Zivilrechts (一个世纪以来中国民法之形成和演变), *Private Law Review* 2012/1.
- Zhang Yongjian (张永健): Eine Architektur für die empirische Evaluation der Wirksamkeit der Durchführung eines Beschwerdesystems – Das Beispiel der Beschwerdefälle des taiwanischen „Innenministeriums“ in den Jahren 2006-2009 (诉愿制度制度运作成效之实证评估架构 – 以中国台湾地区 “内政部” 2006 – 2009 年诉愿案件为例), *Peking University Law Review Vol.*, 14 No. 2, 2013.
- Zhang Zhen (张震): Kurz über die Entwicklung und akademische Landschaft der chinesischen Verfassungsrechtslehre in den 1990er Jahren (略论 20 世纪 90 年代中国宪法学的发展脉络与学术图景), in: *Wen Zhenbang* (Hrsg.), *Forum des Verfassungs- und Verwaltungsrechts*, 2010.
- : Analyse des Falles „Dialektschule“ – mit dem Ansatz der normativen Analyse der Mandarin-Klausel im chinesischen Verfassungstext (“方言学校” 事件评析 – 以我国宪法文本中普通话条款的规范分析为路径), *Shandong Social Sciences* 2007/5.

- Zhang Zhiming (张志铭): Analyse zur Operation der Rechtsauslegung (法律解释操作分析), 1998.
- Zhao Bingzhi (Hrsg.) (赵秉志 主编): Die Übereinstimmung von subjektivem und objektivem Tatbestand: Eine Koordinate der Strafrechtsmodernisierung – Betrachtung aus dem Blickwinkel der Einordnung der Unzucht mit weiblichen Minderjährigen als Vergewaltigung (主客观相统一: 刑法现代化的坐标 – 以奸淫幼女型强奸罪为视角), 2004.
- Zhao Shiyi (赵世义): Ressourcenallokation und Rechtsgarantie: Ökonomische Forschung der Grundrechte (资源配置与权利保障: 公民权利的经济学研究), 1998.
- : Ökonomische Verfassungsrechtslehre – Der historische Aufschluss durch die Integration der Theorien der Verfassungsrechtslehre und der Ökonomie (经济宪法学 – 宪法学与经济学理论交融的历史启迪), Science of Law 1997/3.
- Zhao Xudong (赵旭东): Recht und Kultur: Rechtsanthropologie und die chinesischen Erfahrungen (法律与文化: 法律人类学研究与中国经验), 2011.
- Zhao Yuzeng (赵玉增): The Practice Oriented of Legal Methodology Research (法律方法论研究的实践面向), Legal Forum 2014/6.
- : Abgrenzung zwischen den Begriffen der Rechtsmethoden und rechtswissenschaftlichen Methoden (法律方法与法学方法概念辨析), Study & Exploration 2007/2.
- Zheng Ge (郑戈): Ist die Rechtswissenschaft eine Sozialwissenschaft? Versuch einer Einordnung der „Jurisprudenz“ und ihrer Forschungsmethode (法学是一门社会科学吗? – 试论“法律科学”的属性及其研究方法), Peking University Law Review, Vol. 1, No. 1, 1998.
- Zheng Yongliu (郑永流): Aus der Auslegung und in die Fortbildung: Juristische Hermeneutik und ihr Verhältnis zur juristischen Auslegungslehre (出释入造 – 法律诠释学及其与法律解释学的关系), Chinese Journal of Law 2012/3.
- : Die Treppen der juristischen Methoden (法律方法阶梯), 1. Aufl., 2008; 2. Aufl., 2012.
 - : Moralischer Standpunkt und rechtliche Technik: Die Erbrechte einer außerehelichen Partnerin in China im Vergleich zu denen in Deutschland (道德立场与法律技术 – 中德情妇遗嘱案的比较和评析), China Legal Science 2008/1.
 - : Wie soll man Dogmen und Theorien erklären? Ein Gespräch über die Methoden des Rechts (义理大道, 与人怎说? – 法律方法问答录), Tribune of Political Science and Law 2006/5.
 - : Juristische Berufe und das Staatsexamen: Ein Blick auf das Ausbildungs- und Auswahlmodell der beruflichen Juristen in Deutschland (国家法律者自国家考试出 – 德国职业法律者培养和选拔模式一瞥), Science of Law 2001/5.
 - : Die Methoden der Rechtswissenschaft oder die Methoden des Rechts? (法学方法抑或法律方法?, 载郑永流主编), in: ders. (Hrsg.), Archive for Legal Philosophy and Sociology of Law, 2003/6.
 - : Wissenschaftsfreiheit, Professorenselbstverwaltung, Berufstreue: Kurzdarstellung der juristischen Ausbildung in Deutschland (学术自由, 教授治校, 职业忠诚 – 德国法学教育述要), Journal of Comparative Law 1997/4.
- Zheng Yongliu/Ma Xiehua/Gao Qicai/Liu Maolin (郑永流、马协华、高其才、刘茂林): Das Rechtsbewusstsein der Bauern und die Rechtsentwicklung auf dem Land – Eine empirische Studie aus den ländlichen Gebieten Hubeis (农民法律意识与农村法律发展 – 来自湖北农村的实证研究), 1993.
- Zheng Yu-Bo/Chen Rong-Long (郑玉波、陈荣隆): Allgemeiner Teil des Schuldrechts (民法債編總論), 2006.
- Zhou Guangquan (周光权): Die Entwicklung einer neuen Lehre vom Handlungsunwert in China (新行为无价值论的中国展开), China Legal Science 2012/1.

- : Auseinandersetzung und Entwicklung des Systems der Verbrechenslehre in China (犯罪论体系在中国的争论与发展), *Journal of National Prosecutors College* 2010/1.
- Zhou Qinglin (周清霖)*: Das Verfassen des dritten Entwurfs für das Zivilgesetzbuch (第三次民法典起草), in: *Zhang Yumin* (Hrsg.), Rück- und Ausblick der fünfzigjährigen Zivilgesetzbuchsverfassens im Neuen China, 2010.
- Zhou Wangsheng (周旺生)*: Eine neue Untersuchung der Rechtsquellen (重新研究法的渊源), *Journal of Comparative Law* 2005/4.
- Zhou Youyong (周佑勇)*: System der Leitentscheidungen als vorübergehender Schritt (作为过渡措施的案例指导制度), *Law Review* 2006/3.
- Zhu Suli (Anm.: zit. auch Su Li) (朱苏力)*: Änderung der Situation in chinesischen juristischen Forschungen (中国法学研究格局的流变), *Studies in Law and Business*, 2014/5.
- : Gute Forschung und empirische Forschung (好的研究和实证研究), *Law Science* 2013/4.
- : Die schädlichen Wirkungen der Bestrafung und das Schuldprinzip: Der Fall Yao Jiaxin (从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自负), *Law Science* 2011/6.
- : Über richterlichen Aktivismus und die Große Schlichtung (关于能动司法与大调解), *China Legal Science* 2010/1.
- : Formalismus, Volksmeinungen, und die schwierigen Fälle (法条主义、民意与难办案件), *Peking University Law Journal* 2009/1.
- : Fei Xiaotong - Konfuzianische Kultur und kulturelles Selbstbewusstsein (费孝通 儒家文化和文化自觉), *Open Times* 2007/4.
- : Recht und Literatur: Das traditionelle chinesische Theater als Forschungsstoff (法律与文学: 以中国传统戏剧为材料), 2006.
- : Eine wirtschaftswissenschaftliche Interpretation der „Lehrsätze des Hai Rui“ (海瑞定理) 的经济学解读), *Social Sciences in China* 2006/6.
- : Vielleicht hat es schon angefangen (也许正在发生 - 转型中国的法学), 2004.
- : Die Wege führen in die Stadt: Herrschaft durch Recht im sich transformierenden China (道路通向城市: 转型中国的法治), 2004.
- : Justizielle Auslegung, öffentliche Ordnung und das Oberste Gericht unter dem Aspekt der justiziellen Auslegung des Obersten Gerichts zur Unzucht mit weiblichen Minderjährigen (司法解释, 公共政策和最高法院 - 从最高法院有关“奸淫幼女”的司法解释切入), *Law Science* 2003/8.
- : Genealogie und Mängel der zeitgenössischen chinesischen Rechtslehre im Licht des „Porno-DVD-Falls“ (当代中国法理的知识谱系及其缺陷 - 从“黄碟案”透视), *Peking University Law Journal* 2003/3.
- : Ein Blick auf die chinesische Rechtswissenschaft unter dem Gesichtspunkt der Zitierung in rechtswissenschaftlichen Werken – Untersuchung des gegenwärtigen Standes der chinesischen Rechtswissenschaft Teil 2 (从法学著述引证看中国法学 - 中国法学研究现状考察之二), *China Legal Science* 2003/2.
- : Vielleicht hat es schon angefangen: Ein Überblick über die Entwicklung der Rechtswissenschaft im gegenwärtigen China (也许正在发生 - 中国当代法学发展的一个概览), *Journal of Comparative Law* 2001/3.
- : Schwierigkeiten der Auslegung: Frage nach einigen Auslegungsmethoden der Rechtstexte (解释的难题: 对几种法律文本解释方法的追问), *Social Sciences in China*, 1997/4.
- : Rechtsreform, Aufbau der Rechtssysteme und ihre einheimischen Ressourcen (变法、法制建设及其本土资源), *Peking University Law Journal* 1995/5, 1; Nachdruck in: *ders.*, Die Rechtsstaatlichkeit und ihre einheimischen Ressourcen (法治及其本土资源), 1996.

Zhu Xiaoyang (朱晓阳): Sprachverwirrung und der ganzheitliche Forschungsansatz der Rechtsanthropologie (语言混乱与法律人类学的整体论进路), *Social Sciences in China* 2007/2.

–: Verbrechen und Strafe. Geschichten vom Dorf: 1931–1997 (罪过与惩罚 小村故事: 1931–1997), 2003.

Zou Pingxue (邹平学): Ökonomische Analyse des Konstitutionalismus (宪政的经济分析), 1997.

–: Kurz über die Einführung der Methode der ökonomischen Analyse in die Forschung zum Konstitutionalismus (经济分析方法对宪政研究的导入刍议), *Law and Social Development* 1996/1.

Zuo Weimin, et al. (左卫民 等): Empirische Untersuchung der Mechanismen des Strafverfahrens in China (中国刑事诉讼运行机制实证研究), 2007.

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Yuanshi Bu LL.M.

Professur für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien,
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Dr. Wei Feng

Postdoktorand an der Renmin Universität China, Peking. Der Autor forscht derzeit auch als Gastwissenschaftler an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Zudem arbeitet der Autor an einem weiteren Promotionsprojekt an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

Prof. Dr. Meng Hou

Law School, Beijing University, Peking

Dr. Patrick Alois Hübner, B.A. (Chinastudien)

Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator, B.A. (Chinastudien)

Prof. Dr. Hui Huang

Law School, Beihang University, Peking

Prof. Dr. Su Jiang

Universität Peking, Peking

Prof. Dr. Young-Whan Kim

School of Law, Hanyang University, Seoul

Prof. Dr. Lei Lei

China University of Political Science and Law, Peking

Dr. Zheng Liu

Richter am Obersten Volksgericht der VR China, Peking

Dr. Zhuang Liu

Weitere Promotion an der Chicago Law School

Prof. Takehiro Ohya

Professor of Jurisprudence, Keio University, Tokyo

Prof. Dr. Shinuk Park

College of Law and Politics, Kyungnam University

Dr. Guntram Rahn

Rechtsanwalt, vormals wiss. Referent am Max-Planck-Institut für Japan und Ostasien am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht

Berrit Roth-Mingram, MA (Sinologie)

Rechtsreferendarin am Landgericht Frankfurt, Doktorandin an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Prof. Dr. Weixing Shen

Law School, Tsinghua University, Peking

Prof. Dr. Dres. hc Rolf Stürner

Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Yusuke Sukiya

Ehemalige studentische Hilfskraft des Instituts für Ostasienrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Bodo Wawrzyniak

Rechtsreferendar und Doktorand an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Dr. Simon Werthwein

Rechtsanwalt bei Taylor Wessing, Lehrbeauftragter der Goethe Universität Frankfurt am Main und der Universität zu Köln

Prof. Congzhou Wu

College of Law, National Taiwan University, Taipei

Dr. Yiying Yang

Referentin, Konsortial- und Emissionsgeschäft, HSBC Trinkaus & Burkhardt AG

Prof. Dr. Chin-Fa You

National Taipei University, Taipei