

# Systematische Verortung der Anwendung ausländischen Rechts im nationalen Rechtsgefüge: zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Verfassungsrechts zum Internationalen Privatrecht

Koresuke YAMAUCHI\*

„Denken und Wissen sollten immer gleichen Schritt halten. Das Wissen bleibt sonst tot und unfruchtbar.“\*\*

- I Einleitung
- II Ausgangspunkt
- III Zuständigkeit für die Bestimmung „ausländischen Rechts“ als inländische Rechtsquelle

---

\* Professor emeritus Dr. Dr. h.c. an der Chūō Universität zu Tokio, Ehrenmitglied der Japanischen Gesellschaft für Völkerrecht, Internationales Privatrecht und Diplomatie, Präsident der Japanischen Gesellschaft für Internationales Privatrecht, a.D., Reimer-Lüst-Preisträger für internationale Wissenschafts- und Kulturvermittlung (2007). Für sprachliche Hilfe bei der Verbesserung des Manuskripts möchte der Verfasser Herrn Kollegen Prof. Dr. *Heinrich Menkhau*s, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches Recht an der Juristischen Fakultät und der Rechtsgraduierten Schule der Universität Meiji in Tokio sowie Herrn Kollegen Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Gilbert Hanno Gornig*, Inhaber des Lehrstuhls für Völkerrecht an dem Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg sehr herzlich danken.

\*\* Wilhelm von Humboldt, Briefe an eine Freundin, in: Harenberg Lexikon der Sprichwörter und Zitate. Mannheim 2007, S. 176.

- 1 Grundlagen
- 2 Rechtsquelle
- 3 Japanisches Recht
- 4 Ausländisches Recht als inländische Rechtsquelle
- IV Internationales Privatrecht (IPR)
  - 1 Allgemeines
  - 2 Erläuterungen über den gesetzlichen Grund für die Anwendung ausländischen Rechts
  - 3 Kritische Betrachtung
- V Definition und Auslegung ausländischen Rechts
  - 1 Allgemeines
  - 2 Alternativen
    - (a) Anerkannter oder nicht-anerkannter Staat
    - (b) Ermittelbares oder nicht ermittelbares Recht
    - (c) Sonstiges Recht
  - 3 Auslegung ausländischen Rechts
- VI Verfassungswidrigkeit unter der Verfassungsgerichtsbarkeit
  - 1 Allgemeines
  - 2 Lehre und Praxis in Japan
  - 3 Neue Ansicht und die heutige Situation
  - 4 Verfassungsrechtliche Betrachtung
- VII Zusammenfassung und Ausblick

## **I Einleitung**

Sowohl im Familienrecht als auch im Wirtschaftsrecht wird die Globalisierung immer wichtiger, sodass vertiefte akademische Arbeiten auf diesen Rechtsgebieten zu leisten sind. Dass inländische Verwaltungsbehörden und Gerichte ausländisches Recht auf Fälle mit Auslandsberührung angewendet haben, veranschaulicht diese Bedeutung. Das Nationalstaats-System bleibt auf der politischen Ebene natürlich weltweit bestehen und übt Einfluss auf die staatlichen Rechtssysteme sowie auf das Völkerrecht

aus. Es kommt aber immer häufiger zur Anwendung ausländischen Rechts im Inland. Das bedeutet, dass ein national tätiger Jurist die Beziehungen des ausländischen materiellen Rechts zum inländischen Verfassungsrecht nicht mehr ignorieren kann.

Hier sollen Fragen der Beziehungen ausländischen materiellen Rechts zum inländischen Verfassungsrecht in der japanischen Lehre und Praxis vorgestellt werden, um den Angehörigen des deutschsprachigen Rechtskreises rechtsvergleichendes Lehrmaterial vorzulegen. Dabei ist zunächst der Ausgangspunkt der folgenden Erörterungen festzulegen (II) und dann die Frage zu stellen, wer eine Entscheidungsbefugnis darüber hat, einem ausländischen materiellen Recht die Stellung als inländische Rechtsquelle zu geben (III). Angeknüpft wird dabei an das traditionelle Verständnis zum Internationalen Privatrecht (IV). Dann erhebt sich die weitere Frage, wer die Befugnis haben sollte, den Begriff des ausländischen Rechts zu bestimmen und auszulegen (V). Dabei können Verfassungswidrigkeiten auftreten (VI). Im Ergebnis soll ein Beitrag zur Rechtsvergleichung zwischen dem deutschen, europäischen und japanischen Rechtssystem geliefert werden.

## II Ausgangspunkt

Ist der Begriff „ausländisches Recht“ bzw. „fremdes Recht“ überhaupt ein Rechtsbegriff oder nur eine tatsächliche Gewohnheit?<sup>1)</sup>

---

1) Dem Aufsatz liegen die folgende zwei japanischsprachige Abhandlungen zugrunde: Yamauchi Koresuke, Kokkahō Taiki ni okeru Gaikokuhō no Ichizuke: Kempō to Kokušaishihō to no Setten wo motomete (Standort des ausländischen Rechts im nationalen Rechtssystem – Wo kommt das Kollisionsrecht mit dem

Ist der Begriff weltweit vereinheitlicht oder wird er in jedem Land unterschiedlich verstanden? Ist der Begriff einheitlich definiert oder wird er jeweils eigenständig erläutert? In Japan findet man diesen Begriff weder in der Verfassung noch in anderen Gesetzen. Er findet sich nur in der Vorbehaltsklausel des Rechtsanwendungsgesetzes und in den beiden Zustimmungsgesetzen zu den ratifizierten Haager Übereinkommen. Typisch ist Art. 42 des geltenden japanischen Rechtsanwendungsgesetzes, wonach ausländisches Recht dann nicht zur Anwendung kommt, wenn die Anwendung der Bestimmung gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten und Gebräuche verstößt.<sup>2)</sup> Art. 8 des Gesetzes über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 10. Juni 1964<sup>3)</sup> sowie Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes über das auf Unterhaltungspflichten anzuwendende Recht vom 12. Juni 1986<sup>4)</sup> haben den gleichen Inhalt.

---

Verfassungsrecht in Berührung? –), Hikakuhō Zasshi (Comparative Law Review), Bd. 52, Heft 4, S. 3 ff.; ders., Kokkahō Taikai ni okeru Gaikokuhō no Gainen ni tsuite: Kempō to Kokusaishihō to no Yakuwari Buntan wo megutte (Zum Begriff des ausländischen Rechts im nationalen Rechtssystem – Welche Rolle spielen das Verfassungsrecht und Internationales Privatrecht untereinander?), Hikakuhō Zasshi (Comparative Law Review), Bd. 53, Heft 3, S. 1 ff.

- 2) Hō no Tekiyō ni kan suru Tsūsokuhō (Act on General Rules for Application of Laws), Act No. 78 of June 21, 2006 (abrufbar: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1970&>).
- 3) Igon no Hōshiki no Junkyohō ni kan suru Hōritsu (Act on the Law Applicable to the Form of Wills), Act No. 100 of June 10, 1964 (abrufbar: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?vm=04&re=01&id=2000&lvm=02>). Vgl. Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht (abrufbar: <https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/full-text/?cid=40>).
- 4) Fuyōgimu no Junkyohō ni kan suru Hōritsu (Act on the Law Applicable to the

Man könnte vermuten, dass der Begriff „ausländisches Recht“ doch ein nationaler Rechtsbegriff ist. Tatsächlich definiert Art. 41 S. 1 des Rechtsanwendungsgesetzes den Begriff sogar zum Teil, weil dort vorgeschrieben ist, dass das Forumsrecht gilt, „wenn auf das Heimatrecht der Parteien durch die forensischen selbständigen Kollisionsnormen als anwendbares Recht verwiesen ist und das Heimatrecht umgekehrt auf das Recht des Forumstaats als anwendbares Recht verweist“. Hier sind nicht nur die Sachnormen eines ausländischen Rechts, sondern auch die selbständigen Kollisionsnormen im Begriff des „ausländischen Rechts“ enthalten. Es ist aber auch zu überlegen, ob die unselbständigen Kollisionsnormen (z.B. Rückverweisungsnorm) ebenfalls darin enthalten sind. Ob die doppelte Rückverweisung anerkannt ist, ist davon abhängig.

Abgesehen von der obengenannten legislatorischen Lösung bleibt der größte Teil des Begriffs offen. Da das Parlament die Definition des Begriffes aufgegeben hat, ist den Gerichten die Auslegung überlassen. Diese ist in Theorie und Praxis nicht einheitlich.<sup>5)</sup> Niemand gibt dem Begriff eine klare Definition in Lehrbüchern und Kommentaren zu den obigen Gesetzen. Ist die

---

Obligation of Support), Act No. 84 of June 12, 1986) (abrufbar: <https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/full-text/?cid=86>). Vgl. Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (abrufbar: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?vm=04&re=01&id=2004&lvm=02>).

5) Statt vieler: Yamamoto Kazuhiko, Gaikokuhō no Tekiyō (Anwendung eines ausländischen Rechts), in Sakurada Yoshiaki / Dōgauchi Masato (Hrsg.), Chūshaku Kokusaishihō, Dai 2 Kan (Kommentar zum Internationalen Privatrecht, Bd. II), Yūhikaku 2011, S. 350 ff.

Definition des Begriffes „ausländisches Recht“ aber tatsächlich nichts weiter als ein Auslegungsproblem?

### **III Zuständigkeit für die Bestimmung „ausländischen Rechts“ als inländische Rechtsquelle**

#### 1. Grundlagen

Jeder Staat verfügt über ein eigenes einheitliches Rechtssystem. An der Spitze seines Rechtssystems steht gewöhnlich das Verfassungsrecht, wie etwa das *Bonner Grundgesetz* in der Bundesrepublik Deutschland. Das bedeutet, dass nur das Verfassungsrecht die grundsätzlichen Bestimmungen trifft – z.B. Aufstellung der Grundsätze des Staatssystems, Einrichtung der Staatsorgane und die Aufgabenteilung zwischen ihnen, Arten der Rechtsquellen, Struktur des Gerichtssystems u.a.. Der Gesetzgeber des Verfassungsgesetzes (im Folgenden: abgekürzt „VfGg“) ist nämlich allmächtig. Alle Rechtsquellen, zu denen sowohl nationales Recht (in- und ausländisches Recht) als auch sonstiges Recht (internationale Verträge, Gewohnheitsrecht, Rechtslehre, soft law u.a.) gehört, finden daher eine gemeinsame Basis im Inland.

Im „Verfassungsrecht“ steht man manchmal der folgenden Erläuterung gegenüber: „Die Verfassung steht an der Spitze des Staatsrechtssystems. Sie gibt die Ermächtigung für den Erlass der anderen untergeordneten Gesetze. Zwischen dem Verfassungsgesetz (im Folgenden abgekürzt „VG“) und den anderen Gesetzen gibt es eine Herrschaftsbeziehung: ganz oben steht die Verfassung, darunter andere Gesetze“.<sup>6)</sup> Man sagt mit anderen

6) Kiyomiya Shirō, Kempō, Dai 1 Kan (Verfassungsrecht, Bd. 1), 3. Aufl.

Worten, dass „verfassungsrechtliche Vorschriften alle Staatsorgane begründen und ihnen zugleich die Befugnis geben, staatliche Tätigkeit vorzunehmen“. <sup>7)</sup> Der japanische Verfassungsrechtler *Kōji Satō* schreibt darüber:

„Das Verfassungsgesetz ist die Grundregel für den Staat ... in dem Sinne, dass das Verfassungsgesetz das Leitbild des Staates im Kontext des gesamten Staatssystems bestimmt. ... Die Rechtsnormen auf der oberen Stufe geben den Rechtsnormen auf den unteren Stufen jeweils rechtliche Wirkung. Das Verfassungsgesetz nimmt die oberste Stelle eines staatlichen Rechtssystems ein. Es bedeutet, dass keine auf der unteren Stufe bestehende Kollisionsnorm, sondern nur das Verfassungsgesetz einem ausländischen Recht einen Status als inländische Rechtsquelle geben kann“. <sup>8)</sup>

## 2. Rechtsquelle

Die erste und hauptsächliche Rechtsquelle eines nationalen Rechtssystems ist selbstverständlich das inländische Recht, das ein Regelungsnetz über den Staat legt. Hier ist Folgendes zu bemerken:

„Verfassungsnormen haben die Autorität, den Staatsorganen ihre eigenen Befugnisse zuzuweisen. Insbesondere gibt das Verfassungsgesetz dem Parlament die Gesetzgebungsbefug-

---

Yūhikaku 1979, S. 202.

7) Kudō Tsurō / Hatajiri Gō / Hashimoto Motohiro (Hrsg.), *Kempō*, Dai 5 Han (Verfassungsrecht, 5. Aufl. Fumashobō 2014, S. 11.

8) Satō Kōji, *Kempō* (Verfassungsrecht), Seirin Shoin Shinsha 1981, S. 18.

nis, ein neues Gesetz zu erlassen. Allgemein lässt sich sagen, dass die Geltungskraft einer allgemeinen *Rechtsnorm A* das Vorhandensein der die obere Position besetzenden anderen *Rechtsnorm B* voraussetzt, die einer *Rechtsnorm A* einen rechtlichen Grund bei seiner Anwendung gibt (sog. „verfahrensrechtlicher“ Charakter der Verfassungsnormen). Die Vorschriften im VG sind die höchsten und letzten Grundnormen im ganzen Staatsrechtssystem. Wenn das VG anderen Staatsorganen (z.B. dem Parlament) eine Blankovollmacht gäbe, dann könnte das Parlament Ermessenfreiheit über ein weites Gebiet ausüben. Die verfassungsrechtlich verliehene Befugnis jedes Organs ist im normalen Fall von einer Beschränkung bei ihrer Ausübung begleitet. Die heutigen Verfassungen in den modernen Staaten gewährleisten in verschiedener Art und Weise ihren Staatsbürgern Rechte und nehmen sie in die Pflicht. Die Verleihung einer Befugnis im Verfassungsgesetz ist daher im Allgemeinen beschränkend auszulegen“.<sup>9)</sup>

Bemerkenswert ist der letzte Satz des obigen Zitates. Er zeigt, dass die Verleihung der verfassungsrechtlichen Befugnis nicht pauschal, sondern begrenzt ist. Wie oben geschrieben ist das Verfassungsrecht die letzte Quelle („*last resort*“) eines staatlichen Rechtssystems. Das Verfassungsgesetz wird in Japan „*Nihon-Koku-Kempō*“ (japanisches Verfassungsgesetz) (im Folgenden abgekürzt „jVG“) genannt. Nur der japanische Gesetzgeber des VGs (japanischer Verfassungsgesetzgeber, im Folgenden abge-

---

9) Satō, a.a.O (Fn. 8), S. 18.



kürzt „jVfG“) kann deshalb darüber entscheiden, wem die Gesetzgebungsbefugnis zusteht, Gesetze im Inland zu erlassen. Das verfassungsrechtliche Prinzip von Gewaltenteilung („*separation of powers*“) als ein Modell für den Staat schlägt auch in Japan Wurzeln. Hier sind der VfGg und der vom VfGg für die innerstaatliche Gesetzgebung berufene gewöhnliche Gesetzgeber „*Kokkai* (Parlament)“ zu unterscheiden. Der VfGg entspricht nämlich einem grammatikalischen Subjekt eines staatlichen Aktes (z.B. Gesetzgebung), und das Parlament entspricht einem grammatikalischen Objekt des betreffenden Aktes (wie Adressat).

### 3. Japanisches Recht

Nach der Niederlage Japans im Zweiten Weltkrieg (1945) hatte der damalige „Supreme Commander for the Allied Powers“ auf den Regelungsinhalt des geltenden jVG Einfluss ausgeübt. Da auf die damalige soziale Situation in der Welt unbedingt Rücksicht genommen werden musste, fehlen im geltenden jVG unter heutigen Gesichtspunkten wichtige Vorschriften, z.B. zur globalen Klimakrise. Der geschichtlich zu fixierende jVfGg ist selbstverständlich dafür jederzeit den Regelungsinhalt des jVG zu reformieren, um diesen der globalisierten Gesellschaft des 21. Jahrhunderts anzupassen.<sup>10)</sup>

---

10) Der von der politischen Partei „*Jiyū Minshu Tō* (Liberal Democratic Party)“ vorgeschlagene Entwurf vom 2017 legt einen Schwerpunkt auf die Verteidigung und ignoriert die Frage nach der inländischen Rechtsquelle. (abrufbar: <http://satlaws.web.fc2.com/>; [https://jimin.jp-east-2.storage.api.nifcloud.com/pdf/pamphlet/kenpou\\_qa.pdf](https://jimin.jp-east-2.storage.api.nifcloud.com/pdf/pamphlet/kenpou_qa.pdf)).

Wie regelt das jVG<sup>11)</sup> die inländische Rechtsquelle? Zu nennen sind hier zwei Vorschriften, nämlich Art. 41<sup>12)</sup> und Art. 98 Abs. 2.<sup>13)</sup> Nach Art. 41 jVG ist das „*Kokkai* (Parlament)“ das einzige innerstaatliche Gesetzgebungsorgan. Es besteht aus dem „*Shūgi-in*“ (Unterhaus, das dem *Deutschen Bundestag* entspricht) und dem „*Sangi-in*“ (Oberhaus, das dem *Deutschen Bundesrat* entspricht). Art. 59 Abs. 1 jVG<sup>14)</sup> bestimmt, dass ein „*Hōritsu-An*“ (Gesetzentwurf) nur dann zum „*Hōritsu*“ (Gesetz) wird, wenn das „*Shūgi-in*“ und das „*Sangi-in*“ ihn jeweils verabschiedet haben, es sei denn, dass das jVG eine Sondervorschrift enthält. Das bedeutet, dass nur Gesetze, die das Parlament verabschiedet hat, ohne weiteres als inländische Rechtsquelle anerkannt sind.

Art. 98 Abs. 2 jVG besagt ferner, dass „Internationale Verträge, die zwischen Japan und anderen Staaten geschlossen wurden, zu beachten sind“. <sup>15)</sup> Die Wirksamkeit des Völkerrechts im Inland hängt immer von einem Akt des betreffenden Staates (wie Ratifizierung) zu der Frage ab, ob internationale Verträge als inner-

---

11) The Constitution of Japan, November 3, 1946 (abrufbar: [http://www.japanese-lawtranslation.go.jp/law/detail\\_main?id=174](http://www.japanese-lawtranslation.go.jp/law/detail_main?id=174); <https://www.linguee.com/japanese-english/translation/%E6%97%A5%E6%9C%AC%E5%9B%BD%E6%86%B2%E%83%95.html>).

12) Der Text lautet auf Englisch: “The Diet shall be the highest organ of state power, and shall be the sole law-making organ of the State.”, a.a.O. (Fn. 11).

13) Der Text lautet auf Englisch: “The treaties concluded by Japan and established laws of nations shall be faithfully observed.”, a.a.O. (Fn. 11).

14) Der Text lautet auf Englisch: “A bill becomes a law on passage by both houses, except as otherwise provided by the Constitution.”, a.a.O. (Fn. 11).

15) „Der Text lautet auf Englisch: The treaties concluded by Japan and established laws of nations shall be faithfully observed.”, a.a.O. (Fn. 11).

staatliche Rechtsquelle akzeptiert werden sollen.<sup>16)</sup> Er zeigt, dass nur der jVfG darüber bestimmen kann, welche Bestimmungen den normalen inländischen Rechtsquellen hinzugefügt werden dürfen.

In welchem Verhältnis stehen internationale Verträge (zweite inländische Rechtsquelle) und inländische Gesetze (erste inländische Rechtsquelle)? Im Völkerrecht gibt es einen schon langjährigen Streit zwischen dem sog. „*Ichigen-Ron*“ (Monismus) und dem sog. „*Nigen-Ron*“ (Dualismus). Der Monismus ist in zwei Teile gespalten, d.h. „*Kokunai-Hō Ichigen-Ron*“ (Völkerrecht wird in das nationale Rechtssystem integriert) und „*Kokusai-Hō Ichigen-Ron*“ (Völkerrecht bildet den Grund für die Anwendung des nationalen Rechtssystems). Die Dualismus-Theorie ist ebenfalls in zwei Teile geteilt, d.h. sog. „*Junsui Nigen-Ron*“ (ein nationales Rechtssystem existiert mit dem Völkerrechtssystem ohne Kollision zusammen) und „*Tōi-Riron*“ (beide Rechtssysteme existieren im Prinzip getrennt und das nationale Rechtssystem regiert nur innerstaatlich und das Völkerrecht regiert nur international, sobald beide Systeme zusammenstoßen). Stimmt man der „*Kokunai-Hō Ichigen-Ron*“ zu, dann ist das inländische Rechtssystem der Grundsatz und internationale Verträge sind die *Ausnahme*. Der englischsprachige Ausdruck des Art. 59 Abs. 1 jVG, „except as otherwise provided by the Constitution“ zeigt explizit, dass internationale Verträge nur eine außergewöhnliche Stellung innehaben. Es bedeutet, dass das Völkerrecht nur dann Vorrang vor dem staatlichen Recht hat, wenn dieses spezieller ist. Ein sol-

---

16) Satō, a.a.O (Fn. 9) S. 25.

ches Verständnis ist im Verfassungsrecht sehr populär.

Die Beziehung zwischen beiden Regelungen (Art. 41 und Art. 98 Abs. 2) ist eine Frage, für die nur der japanische Verfassungsgeber verantwortlich ist. Es ist aber möglich, dass Art. 41 die Grundregel ist. Danach ist Art. 98 Abs. 2 jVG als Sonderrechtsnorm anzusehen, durch die internationale Verträge einen Status als zweite inländische Rechtsquelle erwerben. Der Grund dafür liegt darin, dass internationale Verträge ohne Zustimmung des Parlaments keinen Status als inländische Rechtsquelle erwerben können (Art. 61 jVG<sup>17)</sup>). Dies zeigt, dass eine ausdrückliche Regelung dieser Frage im jVG nachgetragen werden muss.

#### 4. Ausländisches Recht als inländische Rechtsquelle

Wie lässt sich ein gesetzlicher Grund dafür finden, ausländisches Recht auf internationale zivilrechtliche Fälle anzuwenden? Wie konnte das Parlament in der Meiji-Zeit das alte Rechtsanwendungsgesetz erlassen? Hier erinnert man sich vielleicht an die historisch berühmte nord-niederländische „Comitas-Lehre“,<sup>18)</sup> die der Anwendung ausländischen Rechts zugrunde liegt. Aber „international comity“ bzw. „Völkercourtoisie“ ist keine geltende völkerrechtliche Regel, sondern nur eine Art internationaler Ge-

---

17) „Art. 60 Abs. 2 wendet für die zum Schluss eines internationalen Vertrages erforderliche Bewilligung des Parlaments sinngemäß an (Der Text lautet auf Englisch: The second paragraph of the preceding article applies also to the Diet approval required for the conclusion of treaties.)“, a.a.O. (Fn. 11).

18) Statt vieler: Kegel, Gerhard / Schurig, Klaus, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2004, S. 180, Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, Tübingen 1997, S. 13 u.a.

wohnheit ohne Zwangsmittel.<sup>19)</sup> Wer sich als Rechtstheoretiker betätigen will, der soll und muss eine solche Lücke hinsichtlich der innerstaatlichen Rechtsquelle irgendwie füllen. Da das jVG auf die höchste Stellung Rücksicht nimmt, muss man sich zuerst mit dem jVG auseinandersetzen.

Nun ist aber klar, dass es keine Sonderregelung im jVG darüber gibt, ausländischem Recht den Status einer inländischen Rechtsquelle zu geben. Niemand in Japan behauptet, dass der jVfGg der Meinung gewesen sei, dass alles möglich sei, solange es keine explizite Sondervorschrift gibt, die eine Gesetzgebungsaktivität verbietet. Hier taucht die fundamentale Frage auf, wie der jfGg das ausländische Recht an dem VG anbinden wollte. Die Beantwortung dieser Frage ist selbstverständlich für japanische Verfassungsrechtler eine nicht zu übersehene gründliche Aufgabe. Aber keiner antwortet bis heute darauf, ob und wie das jVG einem ausländischen Recht den Status als inländische Rechtsquelle gibt.

Es gibt mehrere Regelungen im jVG, nach denen der jVfGg dem Parlament („*Kokkai*“) eine besondere, thematisch jeweils eng begrenzte Gesetzgebungsbefugnis erteilt.<sup>20)</sup> Hier sollen nur zwei Beispiele genannt werden. Art. 10 jVG<sup>21)</sup> bestimmt, dass „die Vor-

---

19) Hasegawa, Masakuni, *Kokusai-Reijō* (internationale comity), *Kokusaihō-Gakkai* (Hrsg.), *Kokusai-Kankeihō-Jiten* (=Fachwörterbuch zum Völkerrecht, Internationales Privatrecht und zur Diplomatie), 2005, S. 325.

20) Zu Einzelheiten siehe Internet-Seite (abrufbar: [http://earthresources.sakura.ne.jp/er/EL\\_NK\\_NK.html](http://earthresources.sakura.ne.jp/er/EL_NK_NK.html)).

21) Der Text lautet auf Englisch: “The conditions necessary for being a Japanese

aussetzungen für die japanische Staatsangehörigkeit gesetzlich festgelegt werden“. Das Wort „*gesetzlich*“ (hōritsu de) ist hier von Bedeutung. Art. 17 jVG<sup>22)</sup> schreibt vor, dass „jede Person vom Staat oder einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft Schadensersatz nach dem Gesetz des Staates fordern kann, wenn sie durch eine unerlaubte Handlung eines Beamten Schaden erlitten hat“. Das Wort „*nach dem Gesetz*“ (hōritsu no sadameru tokoro ni yori) ist hier zu berücksichtigen. In weiteren Vorschriften sind ebenfalls ähnliche Ausdrücke zu finden: z.B. „*Das Parlament erlässt ein Gesetz in Bezug auf folgende Angelegenheiten*“ („hōritsu de kore wo sadameru“), „*gemäß den in einem Gesetz geregelten Kriterien*“ („hōritsu no sadameru kijun ni shitagai“) usw.. Diese Vorschriften werden besondere „*verfassungsrechtliche Ermächtigungsnormen*“ („juken kitei“) genannt. Man findet besondere „*verfassungsrechtliche Ermächtigungsnormen*“ auch an anderen Stellen.<sup>23)</sup>

Nach alledem steht das Parlament unter der Kontrolle des verfassungsrechtlichen Prinzips der Gewaltenteilung. Es darf seine Befugnisse nicht überschreiten. Sind solche besonderen „*verfassungsrechtlichen Ermächtigungsnormen*“ nur als explizite *Beispiele* der parlamentarischen Gesetzgebungsbefugnis vorgeschrieben,

---

national shall be determined by law.“, a.a.O. (Fn. 11).

22) Der Text lauter auf Englisch: “Every person may sue for redress as provided by law from the State or a public entity, in case he has suffered damage through illegal act of any public official“, a.a.O. (Fn. 11).

23) Siehe, z.B. Artt. 17, 24 Abs. 2, 26, 27 Abs. 2, 29 Abs. 2, 30, 31, 40, 43 Abs. 2, 44, 47, 49, 50, 59 Abs. 3, 60 Abs. 2, 66 Abs. 1, 67 Abs. 2, 76 Abs. 1, 79, Abs. 1, 4 und 5, 80 Abs. 1, 90 Abs. 2, 92, 93 und 95 jVG, a.a.O. (Fn. 11).

so dass das Parlament ein neues Gesetz über die im jVG nicht besonders als eines Gesetzes bedürftigen Angelegenheiten jederzeit frei erlassen darf („Reiji-Kitei-Setsu (Unbeschränktheits-Lehre)“)? Oder, darf das Parlament gar kein Gesetz über die im jVG nicht vorgeschriebenen Angelegenheiten erlassen, weil die Gesetzgebungsbefugnis des Parlaments verfassungsrechtlich stark *beschränkt* ist („Seigen-Kitei-Setsu [Beschränkungs-Lehre]“)? Wie soll man den Charakter der „*verfassungsrechtlichen Ermächtigungsnormen*“ verstehen? Der latente Theorienstreit zwischen der „Unbeschränktheits-Lehre“ und der „Beschränkungs-Lehre“ spiegelt natürlich eine politische Überlegung wider und findet bis heute kein Ende. Hier muss die verfassungsrechtlich richtige Lösung weiter gesucht werden.

#### **IV Internationales Privatrecht (IPR)**

##### **1. Allgemeines**

An dieser Stelle wendet sich der Blick vom Verfassungsrecht zum Internationalen Privatrecht. Auch in Japan gab und gibt es ein Rechtsanwendungsgesetz, nach dem in- und ausländisches Recht als anwendbares Recht in der Gerichts- und Behördenpraxis (z.B. Standesamt) berufen ist. Wie haben die Gelehrten im Bereich des IPR den Grund für die Anwendung ausländischen Rechts auf die internationalen Rechtsfälle erklärt? Im Allgemeinen wird vertreten, dass das Rechtsanwendungsgesetz, insbesondere dessen selbständige Kollisionsnormen, einem ausländischen Recht den Status als inländische Rechtsquelle verleiht, oder anders gesagt, dass das Parlament die Befugnis hat, ein Gesetz zu erlassen, das einem ausländischen Recht den Status einer inländischen Rechtsquelle verleiht. Aber es fehlt auch im Bereich

des Internationalen Privatrechts eine ausführliche Erläuterung dazu, woher diese Gesetzgebungsbefugnis des Parlaments verfassungsrechtlich kommt. Man meint, für diese Frage nicht zuständig zu sein, weil nur der Verfassungsrechtler die erforderliche Argumentation liefern kann.

Wie gesagt, gab und gibt es auch in Japan ein Rechtsanwendungsgesetz trotz des Fehlens einer verfassungsrechtlichen Norm, durch die ein ausländisches Recht den Status einer inländischen Rechtsquelle erwirbt. Das historisch älteste Gesetz war „*Kōkoku Minpō Kari Kisoku*“ (Provisorische Regeln zum Reichszivilrecht) aus dem Jahre 1872, das ein Vorgänger des alten Zivilgesetzes<sup>24)</sup> war. Diese Regeln waren unter dem Einfluss des belgischen, in der damaligen Welt neuesten Rechtsanwendungsgesetzes entstanden. Danach wurde ein Rechtsanwendungsgesetz mit dem Namen „*Hōrei*“ (法例 = Gesetz) am 7. Mai 1890<sup>25)</sup> geschaffen. Das Inkrafttreten dieses Gesetzes war zwar geplant. Aber das Gesetz trat schließlich nicht in Kraft, weil der um den Inhalt des damals parallel erarbeiteten Entwurfes zum Zivilgesetz geführte Kodifikationsstreit, sog. „*Minpō-ten Ronsō*“, noch nicht abgeschlossen war. Es ging darum, ob der Regelungsinhalt des Entwurfes des Zivilgesetzes die damaligen sozialen Kontexte in Japan zutreffend erfasst habe. Eine geänderte Version des Rechtsanwendungsgesetzes wurde unter dem selben Namen „*Hōrei*“ am 21. Juni 1898 bekanntgemacht und am 16. Juli 1898 in

---

24) „*Kyū Minpō* (altes Zivilgesetzbuch)“, Nr. 89/1896 (Meiji 29), das am 21. April und am 7. Oktober 1890 bekanntgemacht wurde, aber nicht in Kraft trat.

25) Das Gesetz (Nr. 97/1890 (Meiji 23) wurde danach als „*Kyū Hōrei*“ (altes Rechtsanwendungsgesetz)“ genannt.



Kraft gesetzt. Man hatte den berühmten zweiten *Gebhardschen* Entwurf (1887) noch gut in Erinnerung. Später wurde das Gesetz „*Hōrei*“ durch das neue Gesetz „*Hō-no-Tekiyō ni kan suru Tsūsokuhō*“ (Allgemeine Bestimmungen über die Anwendung des Rechts) ersetzt, das am 21. Juni 2006 bekanntgemacht und am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist.<sup>26)</sup>

Was bedeutet dieser gesetzgebungshistorische Hintergrund? Es gibt einerseits keine explizite Vorschrift im jVG, einem ausländischen Recht den Status einer inländischen Rechtsquelle zu geben. Und die Gerichte haben andererseits ausländisches Recht als anwendbares Recht in der Praxis nicht eben selten angewandt. Warum konnte das japanische Parlament das Rechtsanwendungsgesetz trotz des Fehlens „*verfassungsrechtlicher Ermächtigungsnormen*“ erlassen? Es gibt bis jetzt keine zufriedenstellende Begründung dazu.

## 2. Erläuterungen über den gesetzlichen Grund für die Anwendung ausländischen Rechts

Nirgendwo in den Lehr- und Lernbüchern über Internationales Privatrecht findet man *verfassungsrechtliche* Erläuterungen darüber, dass ein ausländisches Gesetz den Status einer inländischen Rechtsquelle haben kann. Die dringende Suche nach einem solchen „missing-link“ muss daher eine der wichtigsten Aufgaben sowohl im Verfassungsrecht als auch im Internationalen Privatrecht sein. Die Erklärungen, die die Kollisionsrechtler bisher ge-

---

26) Act on General Rules for Application of Laws (abrufbar: [http://www.japanese-lawtranslation.go.jp/law/detail\\_main?vm=&id=1970](http://www.japanese-lawtranslation.go.jp/law/detail_main?vm=&id=1970)), Act No. 78 of June 21, 2006.

geben haben, betreffen nur die kollisionsrechtliche Verweisung auf ein ausländisches Gesetz. Sie behandeln nicht die Frage, warum ein ausländisches Gesetz im Inland anzuwenden ist, sondern nur den Aspekt, welches nationale Recht als anwendbares Recht berufen ist. Vermutlich denkt man unbewusst, dass das jVfGg dem Parlament eine Befugnis gegeben habe, ein neues Gesetz zu erlassen, so dass das Parlament das Rechtsanwendungsgesetz verabschieden konnte. Aber die Hypothese wird leider nicht von rechtlicher Argumentation begleitet.

Hier folgt eine typische Erläuterung zum *gesetzlichen* Grund für die Anwendung ausländischer Gesetze im Inland:

„Es ist zwar offenkundig, dass nur das inländische Recht unter dem „Nationalstaatsystem“ im Inland gilt. Was ist jedoch die rechtliche Begründung dafür, dass ein Staat einem ausländischen Gesetz den Status einer inländischen Rechtsquelle gibt? Die einzige Antwort darauf ist es, dass nur forensische Kollisionsnormen einem ausländischen Gesetz den Status als inländische Rechtsquelle geben.“<sup>27)</sup>

Diese Ansicht führt zur Auffassung, dass das „Internationale Privatrecht die Anwendung ausländischen Rechts befiehlt“<sup>28)</sup> oder andererseits, dass „zweiseitige Kollisionsnormen die Anwendung

---

27) Nakanishi Yasushi / Kitazawa Aki / Yokomizo Dai / Hayashi Takami, *Kokusai Shihō (Internationales Privatrecht)*, Yūhikaku 2014, S. 104.

28) Egawa Hidebumi, *Kokusai Shihō, Kaitei Zōho (Internationales Privatrecht, verbesserte und erweiterte Auflage)*, Yūhikaku 1970, S. 109.

ausländischen Rechts befehlen“.<sup>29)</sup> Es fehlt jedoch auch dort die erforderliche Erklärung dazu, wer oder was einem ausländischen Gesetz den Status einer inländischen Rechtsquelle gibt. Der Grund dafür liegt darin, dass beide Varianten keinen Grund dafür nennen, warum das Parlament ein Gesetz erlassen darf, nach dem es auf ein ausländisches Gesetz als anwendbares Recht verwiesen wird.

Man findet eine weitere mögliche Erklärung im Anwendungsprozess ausländischen Rechts im Inland.

„Auch wenn ausländisches Recht in Form eines ausländischen Gesetzes an sich nicht ohne weiteres im Inland gilt, ist es rechtstheoretisch nicht ausgeschlossen, dass ein nationaler Gesetzgeber in bestimmten Fällen einem ausländischen Gesetz den Status einer inländischen Rechtsquelle gibt. Dabei ist die Erklärung unnötig, dass das ausländische Recht dadurch zum inländischen Recht umgestaltet wird. Eine solche Erklärung führte vielleicht dazu, dass ein ausländisches Recht immer nach dem inländischen Verfassungsgesetz kontrolliert werden müsste. ... Es ist aber rechtstheoretisch möglich, dass ein nationaler Gesetzgeber ein ausländisches Recht auf bestimmte Fälle im Inland anwendet, ohne dass es eine besondere nationale Gesetzgebung gibt. Das IPR ist vor diesem Hintergrund ein spezielles Gesetz, das einem ausländischen Gesetz den Status einer inländischen Rechtsquelle

---

29) Yamada Ryōichi, *Kokusai Shihō*, Dai 3 Han (Internationales Privatrecht, 3. Aufl.), Yūhikaku 2004, S. 129.

verschafft, so dass die Richter aufgrund des Rechtsanwendungsgesetzes ein ausländisches Gesetz im Inland anwenden dürfen“.<sup>30)</sup>

Es fehlt jedoch beim o.g. Zitat einerseits eine Erläuterung darüber, was das Wort „rechtstheoretisch“ bedeutet und andererseits, warum das Parlament einem ausländischen Recht den Status der inländischen Rechtsquelle geben kann. In der Erläuterung wird das Verständnis deutlich, dass nicht das jVG, sondern das Rechtsanwendungsgesetz einem ausländisches Recht den Status als inländische Rechtsquelle geben kann. Auch in der Erklärung, dass „ausländisches Recht in Form des ausländischen Rechts an sich ohne weiteres im Inland gilt“, mangelt es an einer Erläuterung im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Bedeutung der Frage. Es ist nicht klar, ob das Wort „Gesetzgeber“ entweder das „Parlament“ oder den „Gesetzgeber des Verfassungsgesetzes“ meint. Warum hat das jVG den internationalen Verträgen ausnahmsweise den Status einer inländischen Rechtsquelle gegeben (Art. 98 Abs. 2), nicht aber dem ausländischen Recht? Sowohl inländisches Recht als auch ausländisches Recht stehen auf gleicher Ebene, so dass es kein Leit(ungs)system zwischen ihnen

---

30) Tameike Yoshio, Kokusai Shihō, Dai 3 Han (Internationales Privatrecht, 3. Aufl.), Yūhikaku 2005, S. 244f. Nach seiner Ansicht „sind alle inländischen Normen, die eine Ungleichbehandlung ergeben, verfassungswidrig. Im Gegensatz dazu verstoßen aber nicht alle ausländischen Normen, die eine Ungleichbehandlung ergeben, sondern nur extreme Normen gegen die *ordre public*-Klausel. ... Da die „Transformationslehre“ ... dem o.g. Verständnis widerspricht, sie ist daher unpassend.“ (S. 244). Seiner Erklärung fehlt jedoch ein neutrales Kriterium („tertium comparationis“).

gibt.

### 3. Kritische Betrachtung

Warum antworten die o.g. Erklärungen nicht auf die Frage, woher die grundlegende Begründung für die Anwendung ausländischen Rechts im Inland kommt? Wie kann man das allgemeine Verständnis im IPR einerseits und die Besonderheit des Bedürfnisses einer „*verfassungsrechtlichen Ermächtigungsnorm*“ andererseits miteinander verknüpfen?

Genau genommen sind vier Dimensionen im Hinblick auf die Anwendung ausländischen Rechts im Inland voneinander zu unterscheiden. (1) Der jVfGg gibt einem ausländischen Gesetz den verfassungsrechtlichen Status einer inländischen Rechtsquelle. Der verfassungsrechtliche Gesetzgebungsakt stammt theoretisch aus der „*außerverfassungsrechtlich bzw. vorverfassungsrechtlich erteilten grundlegenden Autorität, d.h. Souveränität*“. (2) Der jVfGg überlässt dem Parlament seine eigene verfassungsrechtliche Gesetzgebungsbefugnis, so dass das Parlament daraufhin als allgemeines Gesetzgebungsorgan seine Befugnis ausüben kann, ein Gesetz zu erlassen, in dem verschiedene Rechtsfragen geregelt sind. Typisch ist die Frage, wann und wie ein ausländisches Gesetz im Inland angewendet werden soll. Der Gesetzgebungsakt des Parlaments stammt aus der vom jVfGg „*innerverfassungsrechtlich erteilten*“ Gesetzgebungsbefugnis. (3) Das Parlament hat aufgrund seiner Ermessenfreiheit das Rechtsanwendungsgesetz erlassen, dem sowohl das „*Hōrei*“ als auch das „*Hō no Tekiyō ni kan suru Tsūsokuhō*“ gehören. Das Rechtsanwendungsgesetz entspricht einem „normalen parlamentarischen Ge-

setzgebungsakt“. (4) Der Oberste Gerichtshof und die ihm unterstellten Gerichte können aufgrund des Art. 76 Abs. 1 jVG<sup>31)</sup> das Rechtsanwendungsgesetz auslegen, ein ausländisches Gesetz als anwendbares Recht ansehen und das ausländische Recht anwenden. Die Auslegung und Anwendung ausländischen Rechts in den Gerichten ist ein verfassungsrechtlich normaler „Justizakt“. Die in den Büchern des IPRs wiederholten Erklärungen betreffen nur die o.g. dritte und vierte Stufe.

Warum gab das jVG einem ausländischen Gesetz nicht explizit den Status einer inländischen Rechtsquelle? Warum ist die verfassungsrechtliche Behandlung zwischen internationalen Verträgen und einem ausländischen Gesetz unterschiedlich? Wie kann man die Lücke verfassungsrechtlich schließen? Niemand beantwortet diese Fragen, aber sowohl der jVfGg als auch Verfassungsrechtler müssen sich mit diesen Fragen ernsthaft beschäftigen. Selbstverständlich ist die richtige Lösung aufgrund der Maxime „tertium comparationis“ zu erklären.

## V Definition und Auslegung ausländischen Rechts

### 1. Allgemeines

Im Teil IV wurde festgestellt, dass jeder Gesetzgebungsakt eine Ermächtigungsgrundlage besitzen muss. Die Souveränität bindet den jVfGg und entscheidet über den normativen Inhalt des Verfassungsgesetzes. Der jVfGg überlässt dem Parlament die Gesetzgebungsbefugnis. Das Parlament erlässt die untergeordneten

---

31) Der Text lautet auf Englisch: “The whole judicial power is vested in a Supreme Court and in such inferior courts as are established by law.”, a.a.O. (Fn. 11).

Gesetze. Die beiden Phänomene, dass ein ausländisches Gesetz als Rechtsquelle im Inland anerkannt ist und dass dieses als anwendbares Recht zur Lösung eines Einzelfalls berufen ist, sind begrifflich klar auseinanderzuhalten. Der erste Fall betrifft das IPR und der zweite Fall betrifft das Verfassungsrecht. Das Parlament erlässt eigene nationale Gesetze (Art. 41 jVG). Es gibt der Regierung seine Einwilligung zum Abschluss internationaler Verträge (Art. 98 Abs. 2 jVG). Inländisches Recht und internationale Verträge sind jeweils explizit als Regelungen vorgesehen. Beide Rechtsquellen haben die gemeinsame Basis, dass ihr Status als inländische Rechtsquelle verfassungsrechtlich anerkannt ist. Ausländisches Recht wäre, theoretisch gesehen, als dritte Rechtsquelle hinzuzufügen. Das Parlament hat zwar das Rechtsanwendungsgesetz verabschiedet, das den Gerichten einen gesetzlichen Grund gibt, ausländisches Recht auf einem Fall anzuwenden. Aber das Rechtsanwendungsgesetz kann einem ausländischen Recht nicht den Status als inländische Rechtsquelle geben. Hier verbleiben theoretisch und praktisch weiter zu überprüfende Rechtsfragen.

Die erste Frage ist, wer den Begriff „ausländisches Recht“ bestimmen sollte und wie er zu bestimmen ist. Nach dem bisherigen Verständnis sind die Gerichte imstande, diese Aufgabe zu lösen, weil Art. 76 Abs. 3 jVG<sup>32)</sup> bestimmt, dass „jeder Richter aufgrund seines Gewissens unabhängig seinen Dienst leistet und nur an das jVG sowie die Gesetze gebunden ist“. Ist es aber rich-

---

32) Der Text lautet auf Englisch: “All judges shall be independent in the exercise of their conscience and shall be bound only by this Constitution and the laws.”, a.a.O. (Fn. 11).

tig, dass Art. 76 Abs. 3 jVG auch in dem Sinne zu verstehen ist, dass Gerichte selbst den Begriff „ausländisches Recht“ bestimmen dürfen? Überlegt man genau, findet man die weitere Möglichkeit, dass das Parlament den Begriff des ausländischen Rechts direkt definieren kann und einzelne Rechtsnormen einer ausländischen Rechtsordnung auslegen darf. Der Grund dafür liegt darin, dass das Parlament selbst in Art. 41 S. 1 des geltenden Rechtsanwendungsgesetzes<sup>33)</sup> den Begriff „ausländisches Recht“ im dem Sinne bestimmt, dass nicht nur die Sachnormen, sondern auch die selbständige Kollisionsnormen vom Wort „ausländisches Recht“ erfasst werden.

Hier ist der jVfGg als Subjekt der betreffenden Tätigkeiten neu hinzuzufügen, weil die originäre Herkunft der gesetzgeberischen Befugnis des Staates aus der Beurteilung der Stellung des jVfGg stammt. Das heißt, auch der jVfGg darf den Begriff „ausländisches Recht“ frei bestimmen. Wer einem ausländischen Recht den fundamentalen Status einer inländischen Rechtsquelle gibt, der kann auch den Begriff „ausländisches Recht“ definieren und den Rahmen der Auslegung einzelner Rechtsnormen einer ausländischen Rechtsordnung bestimmen. Nach dieser Ansicht kann jedes Gericht nur im Rahmen der vom jVfGg geschaffenen Definition des Begriffs „ausländisches Recht“ tätig werden.

---

33) Der Text lautet auf Englisch: „In cases where the national law of a party concerned shall govern, if Japanese law shall govern in accordance with the law of the country of the national law, Japanese law shall govern; provided, however, that this shall not apply where the national law of a party shall govern under Article 25 (including cases where it is applied *mutatis mutandis* pursuant to Article 26, paragraph (1) and Article 27 or Article 32.“, a.a.O. (Fn. 2).



Art. 24 Abs. 2 jVG<sup>34)</sup> gibt dem Parlament die für familien- und erbrechtlichen Gesetzgebungen erforderlichen wichtigen Richtlinien. Art. 29 Abs. 2 jVG<sup>35)</sup> gibt Richtlinien für die vermögensrechtliche Gesetzgebung. Beide Vorschriften zeigen, dass der jVfG für die Definition bzw. den Inhalt des Begriffs „ausländischen Recht“ zuständig ist, wenn er einem ausländischen Gesetz den Status einer inländischen Rechtsquelle gibt.

## 2. Alternativen

Der Begriff „ausländisches Recht“ kann in vielerlei Hinsicht verstanden und eingeteilt werden: Recht eines anerkannten und nicht-anerkannten Staates; ermittelbares und nicht ermittelbares Recht; ein von den Parteien zu wählendes und nicht zu wählendes Recht (Zustimmung oder Ablehnung der Parteiautonomie); geschriebenes und ungeschriebenes Recht; Gesetzes- und Gewohnheitsrecht; Gesetzes- und Fallrecht; materielles und prozessuales Recht; öffentliches Recht und Privatrecht; Sach- und Kollisionsrecht; einseitige und all (zwei)seitige Kollisionsnormen; selbständige und unselbständige Kollisionsnormen usw.. Diese Wahlmöglichkeiten sind jetzt im Allgemeinen Teil des IPRs erläutert. Das bedeutet, dass jeder Richter in jedem Fall nachvollzieh-

---

34) Der Text lautet auf Englisch: Abs. 1 schreibt vor: „Marriage shall be based only on the mutual consent of both sexes and it shall be maintained through mutual cooperation with the equal rights of husband and wife as a basis.“ Und Abs. 2 sagt ebenfalls: „With regard to choice of spouse, property rights, inheritance, choice of domicile, divorce and other matters pertaining to marriage and the family, laws shall be enacted from the standpoint of individual dignity and the essential equality of the sexes“, a.a.O., (Fn. 11).

35) Der Text lautet auf Englisch: “Property rights shall be defined by law, in conformity with the public welfare“, a.a.O., (Fn. 11).

bar entscheiden kann, welche Alternative er wählt. Auch Art. 76 Abs. 3 jVG könnte vielleicht einen Grund dafür liefern. Nur typische Alternative sind unten zu erklären.

(a) Anerkannter oder nicht-anerkannter Staat

Das Prinzip der „Gewaltenverteilung“ ist in mehreren der geltenden Rechtssysteme der Erde verankert. Inwiefern hat sich der räumliche Anwendungsbereich des Prinzips erweitert? Übt es auf die auswärtigen bzw. diplomatischen Beziehungen Einfluss aus oder gilt es nur innerstaatlich? Müssen sowohl die Haltung der Staatsregierung und als auch die Haltung der Justiz in Beziehung zu einem anderen Staat immer identisch sein, oder können beide unterschiedlich sein? Die bisherige Lehre und Praxis im japanischen Internationalen Privatrecht antwortet darauf unbedingt mit „Ja“. Im Gegensatz dazu ist die japanische Regierung genau der gegenteiligen Ansicht.<sup>36)</sup> Hier kann folgendes modernes Beispiel zwischen Japan und Südkorea der Illustration dienen.

Im koreanischen Streitfall,<sup>37)</sup> in dem koreanische Kriegsgeschädigte<sup>38)</sup> und ehemalige Zivilarbeiter von der koreanischen Halbin-

---

36) Issue of Former Civilian Workers from the Korean Peninsula (abrufbar: [https://www.mofa.go.jp/a\\_o/na/kr/page4e\\_000947.html](https://www.mofa.go.jp/a_o/na/kr/page4e_000947.html)).

37) Urteil des Koreanischen Obersten Gerichtshofes vom 30. Oktober 2018. (abrufbar: [https://www.esuj.gr.jp/jitow/556\\_index\\_detail.php](https://www.esuj.gr.jp/jitow/556_index_detail.php)). Es gibt auch ein Urteil desselben Gerichts vom 23. Mai 2012.

38) Yamauchi Koresuke, Staatshaftung für Kriegsgeschädigte im japanischen Internationalen Privatrecht, in: Berger/Kühne/Großfeld/Ebke/Elsing (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock, Heidelberg 2000, S. 1057–1064. (Dem Aufsatz liegt folgende japanischsprachige Abhandlung zugrunde: Doitsu Kokusaishihō ni oke-

sel gegen japanische Unternehmen wegen einer im Zweiten Weltkrieg im japanischen Staatsgebiet vorgenommenen unerlaubten Handlung auf Schadensersatz geklagt haben, hat der koreanische Oberste Gerichtshof den Klagen stattgegeben. Die beklagten japanischen Unternehmen haben zusammen mit der japanischen Regierung diesem Urteil heftig widersprochen. Die Beklagten und die japanische Regierung haben behauptet, dass die japanische und koreanische Regierung einen bilateralen Vertrag<sup>39)</sup> abgeschlossen hatten, nach dem alle aus dem Zweiten Weltkrieg stammenden Schadensersatzfragen zwischen beiden Staaten (einschließlich der eventuellen Schadensersatzansprüche der Staatsbürger beider Staaten) pauschal befriedigt worden seien. Selbstverständlich wird diese Stellungnahme der japanischen Regierung stark kritisiert.<sup>40)</sup> Die koreanische Regierung betont,

---

ru „Sengo Hoshō“ Mondai ni tsuite – Moto Kyōsei Rōdōsha Hoshō Seikyū Jiken wo Sozai to shite -, Hōgaku Shimpō (Chūō Law Review) Band 106, Heft 9/10, S. 33–75.

39) Nihonkoku to Daikanminkoku to no aida no Kihonkankei ni kan suru Jōyaku (Übereinkommen über die Grundbeziehungen zwischen Japan und der Republik Korea) (abrufbar: <https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/A-S40-237.pdf>; <https://worldjpn.grips.ac.jp/documents/texts/docs/19650622.T1E.html> (english)), Zaisan oyobi Seikyūken ni kan suru Mondai no Kaiketsu narabi ni Keizaikyōryoku ni kan suru Nihonkoku to Daikanminkoku to no aida no Kyōtei (Abkommen zwischen Japan und der Republik Korea über die Lösung von Problemen im Zusammenhang mit Eigentum und Forderungen sowie über die wirtschaftliche Zusammenarbeit) (abrufbar: [https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/A-S40-293\\_1.pdf](https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/A-S40-293_1.pdf)).

40) Joint statement by Japanese attorneys on the Korean Supreme Court ruling regarding victims of forced labor (abrufbar: <http://justice.skr.jp/estatement.html>). Siehe die ähnliche Meinung (abrufbar: <https://webronza.asahi.com/culture/articles/2019082200007.html>).

dass die Gewaltenteilung nicht nur innerstaatlich, sondern auch international wirksam ist und die japanische Staatsregierung sowie die Beklagte das Urteil des koreanischen Obersten Gerichtshofs deshalb Achtung verdienen müssten. Im Gegensatz dazu betonen die Beklagten und die japanische Regierung die Erforderlichkeit der Einheitlichkeit auf internationaler Ebene, d.h. nicht das koreanische Urteil, sondern der bilaterale Vertrag habe Vorrang. Ist die Haltung, dass der Anwendungsbereich der Gewaltenteilung nur innerstaatlich wirkt, möglich oder doppelzünftig?

Infolge dieser Sachlage stellt sich die Frage, wer darüber bestimmen soll, ob das Recht eines nicht-erkannten Staates anzuwenden ist. Es ist klar, dass nur die Gerichte nach der traditionellen Auffassung das Entscheidungsrecht haben. Sieht man den jVfGG als das höchste und allmächtige Entscheidungssubjekt an, müsste man das Thema von der Wahlmöglichkeit, das Recht eines nicht-erkannten Staates anzuwenden, vom Internationalen Privatrecht zum Verfassungsrecht verlegen. Wie werten die Öffentlichrechtler dieses Vorgehen?

#### (b) Ermittlbares oder nicht ermittelbares Recht

Die „Anwendung eines nicht ermittelbaren Rechts“<sup>41)</sup> ist seit lan-

---

41) Yamada, a.a.O. (Fn. 29), S. 134 ff.; Tameike, a.a.O. (Fn. 30) S. 248 ff.; Yokoyama, Jun, *Kokusaishihō* (Internationales Privatrecht), *Sanseidō* 2012, S. 89 ff.; Yamachi Koresuke, *Kokusaishihō*, *Kaiteiban* (Internationales Privatrecht, Verbesserte Auflage), *Chūō Daigaku Tsūshin Kyōiku Bu* (Fernfakultät der Chuo Universität) 2012, S. 75 ff.; Yamamoto, a.a.O. (Fn. 5), S. 350 ff., insb. S. 358 ff.; Okuda Yasuhiro, *Kokusai kazokuhō* (Internationales Familienrecht), *Akashi Shoten* 2015, S. 66 ff.; Sakurada Yoshiaki, *Kokusaishihō Dai 6 Han* (Internationales Privatrecht, 6. Aufl.), *Yūhikaku* 2012, S. 127 ff.; Sawaki Takao / Dōgauchi Masato, *Kokusaishihō*

gem ein Thema im Allgemeinen Teil des IPRs. Hierzu die folgenden Zeilen:

„Erhält ein Gericht keine ausreichenden Informationen über das anwendbare ausländische Recht, kann es dessen Inhalt nicht kennen, so dass es über den jeweiligen Streitgegenstand nicht entscheiden kann. ... Es gibt einige Optionen. Eine Möglichkeit ist die Abweisung der Klage, weil der beweispflichtige Kläger den Beweis des Inhalts des anwendbaren ausländischen Rechts in Bezug auf den Klageantrag nicht geführt hat. Aber diese Möglichkeit ist zweifelhaft, weil die Ermittlung des ausländischen Rechts nicht Aufgabe der Partei, sondern des Gerichts ist. Stattdessen sollte man ein Ersatzrecht suchen. Auch bei der Suche eines Ersatzrechts gibt es ferner einige Wahlmöglichkeiten, d.h. *lex fori*, allgemeine Grundprinzipien („*Jōri*“), das rechtsfamiliäre Näherungsrecht („*Kinji-hō*“) oder das Recht mit der zweitengsten Beziehung („*Jijun'i-no-Junkyohō*“). Welche Möglichkeit soll man bevorzugen? Das theoretisch wünschenswerteste Ersatzrecht ist, wegen der allgemeingültigen bzw. unparteiischen Lösung, die Anwendung von allgemeinen Grundprinzipien oder das rechtsfamiliäre Näherungsrecht, solange es auf den Grundsatz des Ortes, der den „räumlich

---

Nyūmon, Dai 8 Han (Einführung in das Internationale Privatrecht, 8. Aufl.), Yūhikaku 2018, S. 33 ff.; Kanzaki Tadashi / Hayakawa Yoshihisa / Motonaga Kazuhiko, Kokusaishihō Dai 4 Han (Internationales Privatrecht, 4.Aufl.), Yūhikaku 2019, S. 290 ff.; Matsuoka Hiroshi (Hrsg.), Kokusai Kankei Shihō Nyūmon, Dai 4 Han (Einführung in das Privatrecht mit Auslandsberührungen, 4. Aufl.), Yūhikaku 2019, S. 57 ff. u.a.

engsten Beziehung zum Streitpunkt“ hat, beruht. ... In der Tat ist aber das Ermitteln der allgemeinen Grundprinzipien oder des rechtsfamiliären Näherungsrechts sehr einfach willkürlich zu manipulieren. ... Die überbleibende einzige Möglichkeit ist die Anwendung des *lex fori*, weil es sehr praktisch und ohne Schwierigkeiten vollziehbar ist. Die Beurteilung darüber, ob der Inhalt ausländischen Rechts ermittelbar ist, ist aber immer vorsichtig vorzunehmen“.<sup>42)</sup>

Die Gerichte können tatsächlich darüber entscheiden, welches Recht als anwendbares Recht berufen ist und ob das anwendbare Recht ermittelbar ist. Der Grund dafür liegt darin, dass man meint, dass die Gerichte diese Fragen beantworten können. Wie sollen die Gerichte das aber tun? Wer ein ausländisches Recht ermittelt, der muss sich mit fremdsprachlichen Fähigkeiten und zugleich rechtsdogmatischen Kenntnissen hinsichtlich des ausländischen Rechts ausstatten. Die rechtsdogmatische Befähigung bezüglich des eigenen Rechts der Juristen wird zwar eingangs ihrer Karriere durch das Juristische Staatsexamen („*Shihō Shiken*“) festgestellt, aber auf die staatliche Kontrolle ihrer fremdsprachlichen Fähigkeiten sowie rechtsdogmatischer Kenntnisse des ausländischen Rechts wird verzichtet. Es gibt in Japan keine fachlich berufenen Organisationen wie es etwa in Deutschland die Max-Planck-Institute für ausländisches Recht sind. Nur die Jura-Professoren, die manchmal ausländisches und internationales Recht erforschen, füllen diese Lücke aus. Entsprechende ju-

---

42) Kanzaki Tadashi, *Gaikokuhō no Fumei* (Unklarheit eines ausländischen Rechts), in: *Kokusaihō Gakkai Hen* (Japanische Gesellschaft für Völkerrecht), a.a.O. (Fn. 19), S. 126.

ristische Gutachten werden aber aus verschiedenen Gründen (z.B. wenige Fachleute, hohe Kosten) wenig genutzt. Die Ermittlung ausländischen Rechts ist daher in der Praxis ziemlich ungenügend. Die ins Deutsche, Englische oder Französische übersetzten Rechtsmaterialien stehen zwar manchmal zur Verfügung. Aber jede Übersetzungsarbeit ist notwendigerweise von einem kulturellen Bias begleitet, weil die hundertprozentig perfekte Übersetzung unmöglich ist.

Wie oben gezeigt, gibt es verschiedene Vorschläge dazu, was man tun soll, wenn ein ausländisches Recht nicht ermittelbar ist. Heutzutage wird die Abweisung der Klage<sup>43)</sup> in Lehre und Praxis grundsätzlich abgelehnt. Die Möglichkeit der Wahl eines Ersatzrechts wird oft vorgeschlagen: *lex fori*,<sup>44)</sup> allgemeine Grundprinzipien, rechtsfamiliäres Nährungsrecht (z.B. innerhalb des romanischen Rechtskreises und des common law-Rechtskreises) oder das Recht mit der zweitengsten Beziehung bzw. ergänzenden Anknüpfung (z.B. die Reihenfolge von (a) Staatsangehörigkeit, (b) Wohnsitz, (c) gewöhnlicher Aufenthalt, (d) einfacher Aufenthalt) usw..<sup>45)</sup> Art. 32 jVG<sup>46)</sup> gewährt den Parteien verfassungsrechtlich

---

43) Urteil der Filiale Kokura des Bezirksgerichts Fukuoka vom 22. Januar 1962, Kakyū Minshū (Entscheidungen der Untergerichte in Zivilsachen) Bd. 13, Heft 1, S. 64 ff. u.a.

44) Urteil der Filiale Handa des Bezirksgerichts Nagoya vom 20. Mai 1952, Kakyū Minshū (Entscheidungen der Untergerichte in Zivilsachen) Bd. 3, Heft 5, S. 676 ff. u.a.

45) Yamada, a.a.O. (Fn. 29), S. 134 u.a.

46) Der Text lautet auf Englisch: "No person shall be denied the right of access to the courts", a.a.O. (Fn. 11). Hashimoto Kiminobu, Nihonkoku Kempō (Japanisches Verfassungsrecht), Yūhikaku 1980, S. 96 ff.; Satō, a.a.O. (Fn. 8), S. 611–613; Hase-

das Recht, Klage zu erheben. Wie hat man den Inhalt dieses Rechts zu verstehen? Um dieses Recht Effektivität zu geben, ist es unbedingt notwendig, dass ausführliche Informationen über das ausländische Recht rechtzeitig vor dem Prozessverfahren den Parteien zu vermitteln ist, weil die Parteien aufgrund der Informationen das anwendbare ausländische Recht einerseits und die internationale Zuständigkeit andererseits beurteilen können. Die Praxis neigt zur Anwendung der *lex fori* („Wasser fließt nicht bergauf.“). Aber es ist eine zweitklassige Auswahl gegen den eigentlichen Willen („besser als gar nichts“).

Überblickt man die bisherige Rechtsprechung, stellt sich heraus, dass die Fälle, in denen die Ermittelbarkeit des anzuwendenden Rechts in Frage gestellt wurde, zahlenmäßig sehr gering waren. Ein typisches Beispiel dafür ist nordkoreanisches Recht. Die inländischen Gerichte können den Inhalt des geltenden nordkoreanischen Rechts nicht genau feststellen, u.a. weil Japan mit der Demokratischen Volksrepublik Korea (Nordkorea) keine diplomatischen Beziehungen unterhält.

Bekannt ist die lateinische Maxime „*Iura novit curia*“ („Das Gericht kennt das Recht“ selber), nach der die Prozessparteien den Inhalt eines anwendbaren ausländischen Rechts nicht kennen müssen. Diese Maxime beherrscht den Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts. Gilt die Maxime auch für ausländisches Recht? Man antwortet eigentlich immer sofort mit

---

be Yasuo, *Kempō Dai 4 Han* (Verfassungsrecht, 4. Aufl.), Shinseisha 2008, S. 305; Tsujimura Miyoko, *Kempō Dai 3 Han* (Verfassungsrecht, 3. Aufl.), S. 282 und 292; Kudō/Hatajiri/Hashimoto (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 7), S. 299 u.a.



„Ja“. Wie aber können inländische Gerichte den Inhalt des ausländischen Rechts mit Sicherheit erkennen? Wenn es nicht möglich ist, dass die Gerichte den Inhalt ausländischen Rechts feststellen, was soll man dann machen?

Lassen sie uns wieder zum Ausgangspunkt des ausländischen Rechts als inländische Rechtsquelle zurückkommen. Erinnern wir uns, dass nur der jVfGg den Begriff des „ausländischen Rechts“ definieren kann und dass nur der jVfGg einem ausländischen Recht den Status der inländischen Rechtsquelle geben darf. Deshalb darf auch nur der jVfGg darüber entscheiden, ob ein nicht ermittelbares ausländisches Recht zur inländischen Rechtsquelle hinzugefügt werden kann.

Wer einem ausländischen Gesetz den Status einer inländischen Rechtsquelle geben kann, der kann auch darüber entscheiden, ob er das nicht ermittelbare ausländische Recht als inländischen Rechtsquelle ausscheidet und ihm damit den Status als anwendbares Recht raubt. Möglich ist auch die Lösung, dass er einem Staatsorgan (z.B. den Gerichten) die Beurteilungsbefugnis überlässt. Das bedeutet, dass die bisherige Praxis („lex fori“) nicht die einzige Lösung ist. Wenn dieses Verständnis in der verfassungsrechtlichen Lehre und Praxis aufgenommen würde, hätte das Verfassungsrecht einen weiten Spielraum. Dabei ist es wichtig, dass jeder Staat die Einrichtungen schaffen muss, durch die man die erforderlichen Informationen über jedes ausländische Recht auf der Erde rechtzeitig erwerben kann. Es wäre natürlich wünschenswert, dass eine einzige globale Einrichtung mit gegenseitiger Mitwirkung aller Staaten dafür gegründet würde.

(c) Sonstiges Recht

Aus dem vorher Gesagten ergibt sich, dass der die inländische Rechtsquelle schaffende jVfGg den Begriff der inländischen Rechtsquelle autonom bestimmen darf. Wird diese These anerkannt, muss man sich mit den folgenden Möglichkeiten auseinandersetzen.

Was bedeutet das Wort „ausländisches Recht“? Bisher wird angenommen, dass die Gerichte gemäß Art. 76 Abs. 3 jVG den Sinn bzw. Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts bestimmen dürfen. Woraus entspringt eine solche Befugnis der Gerichte? Der Abs. 3 schreibt zwar vor, dass „alle Richter ihre Amtsgewalt nach ihrem Gewissen und selbstständig ausüben und nur durch die jVG sowie durch die Gesetze gebunden werden“.<sup>47)</sup> Das Wort „Gesetze“ in dem Absatz bedeutet nur inländisches Recht, weil der jVG keine Vorschrift kennt, nach der ausländisches Recht zur inländischen Rechtsquelle wird. Der Gedanke, dass die Gerichte den Begriff „ausländisches Recht“ definieren dürfen, ist daher wurzelloses Gras. Da nur die jVG den Bereich inländischer Rechtsquellen sowie den Begriff „ausländisches Recht“ bestimmen kann, ist der jVfGg innerstaatlich für die Definition des Begriffs „ausländisches Recht“ verantwortlich.

Darauf baut die nächste Frage auf, ob das Wort „ausländisches Recht als inländische Rechtsquelle“ nur Sachnormen betrifft oder auch Kollisionsnormen. Eine weitere Frage ist, ob die Formulie-

---

47) Der Text lautet auf Englisch: “All judges shall be independent in the exercise of their conscience and shall be bound only by this Constitution and the laws”, a.a.O. (Fn. 11).

„ausländisches Recht als inländische Rechtsquelle“ nur die selbständigen Kollisionsnormen meint oder auch die unselbständigen Kollisionsnormen einschließt. Die dritte Frage ist, ob die Begrifflichkeit „ausländisches Recht als inländische Rechtsquelle“ nur das geschriebene Recht beinhaltet oder auch das ungeschriebene Recht (z.B. Gewohnheits- und/oder Fallrecht). Wenn die Definition vorher geklärt wird, können die Gerichte in hohem Maß Kosten sparen.

Worauf verweisen die selbständigen Kollisionsnormen? Die im IPR verbreitete Erklärung lautet wie folgt:

„Zum einen gibt es die Möglichkeit, dass eine Kollisionsnorm lediglich auf die jeweiligen Sachvorschriften der berufenen Rechtsordnung verweist (sog. *Sachnormverweis*). .... Andererseits kann der Verweis als solcher auch auf die erbrechtlichen Normen der Heimatrechtsordnung, einschließlich deren internationalprivatrechtlichen Regelungen verstanden werden (sog. *Gesamtverweis* oder *IPR-Verweis*)“.<sup>48)</sup>

Die bisher vorgenommene kollisionsrechtliche Erläuterung (gimmick) ist bis jetzt keinem Verdacht ausgesetzt. Da aber keine verfassungsrechtliche Begründung („last resort“) für die Anwendung ausländischen Rechts in den bisherigen Erklärungsversuchen gefunden wurde, kann man leider die bisherige kollisionsrechtliche Lösung im traditionellen Sinne nicht mehr beibehalten. Hier tritt noch die weitere Problematik auf, ob der jVfGg

---

48) Hay, Peter, Internationales Privatrecht, München 1999, S. 117.

für die Ausfüllung des Begriffs „ausländisches Recht“ nach Lust und Laune entscheiden kann. Geht es wirklich als Alternative nur um „Sachnormen“ oder „Sach- und Kollisionsnormen“?

„Selbständige Kollisionsnormen“ sind die Normen, welche die auf einen Sachverhalt anwendbare Rechtsordnung bezeichnen. Das Gegenteil sind „unselbständige Kollisionsnormen oder Hilfsnormen“, die zur Bestimmung des anzuwendenden Sachrechts gegebenenfalls unter Hinzuziehung weiterer Hilfsnormen (unselbständige Kollisionsnormen) hinzuzuziehen sind (z.B. Rückverweisung, Öffentliche Ordnung).

Art. 41 S. 1<sup>49)</sup> japanisches Rechtsanwendungsgesetz schreibt vor, dass „in Fällen, in denen das Heimatrecht einer betroffenen Partei zur Anwendung kommt, das japanische Recht gilt, wenn die selbständigen Kollisionsnormen des Heimatrechts umgekehrt auf das japanische Recht als anwendbares Recht zurückverweisen“, wie Art. 4 Abs. 1 deutsches EGBGB. Es ist wichtig, dass das Adverb „mittelbar“ oder „unmittelbar“ im Satz „wenn die selbständigen Kollisionsnormen des Heimatrechts umgekehrt auf das japanische Recht als anwendbares Recht zurückverweisen“ nicht enthalten ist. Hieraus ergibt sich beispielsweise die Auslegungsfrage, ob die doppelte Rückverweisung beachtlich sein soll.

---

49) Der Text lautet auf Englisch: “In cases where the national law of a party concerned shall govern, if Japanese law shall govern in accordance with the law of the country of the national law, Japanese law shall govern; provided, however, that this shall not apply where the national law of a party shall govern under Article 25 (including cases where it is applied *mutatis mutandis* pursuant to Article 26, paragraph (1) and Article 27 or Article 32.” a.a.O. (Fn. 2).

Auch hier hat der jVfGg eine eigene Autorität, den Begriff des „ausländischen Rechts“ zu bestimmen, so dass er frei darüber bestimmen kann, ob nicht nur selbständige Kollisionsnormen, sondern auch unselbständige Kollisionsnormen unter den Begriff „ausländisches Recht“ zu subsumieren sind. Wenn die unselbständige Kollisionsnormen im Begriff „ausländisches Recht“ nicht enthalten sind, dann ist die doppelte Rückverweisung kollisionsrechtlich unbeachtlich. Es zeigt sich, dass das Parlament, nicht der VfGg, Entscheidungskraft darüber hat, ob selbstständige Kollisionsnormen des anderen Staates unter dem Begriff „ausländisches Recht“ enthalten sind oder nicht (traditionelle Auffassung). Steht man im Gegensatz dazu auf dem Standpunkt, dass nur der VfGg einem ausländischen Recht den Status einer inländischen Rechtsquelle gibt, ist die Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit der doppelten Rückverweisung kein kollisionsrechtlicher Streitpunkt, sondern ein verfassungsrechtliches Problem. Dieser Aspekt hat Einfluss auf die Systematik des geltenden Internationalen Privatrechts.

Hier sind auch sonstige kollisionsrechtliche Alternativen - z.B. Weiterverweisung u.a. - zu erwähnen. Wer bestimmt den Begriff des ausländischen Rechts? Es stellt sich die Frage, ob der VfGg, das Parlament oder jedes Gericht die Befugnis hat, ihn zu bestimmen? Diese Fragen sind immer erneut zu überprüfen. Da sowohl „unmittelbar“ als auch „mittelbar“ als Begriffe im Art. 41 S. 1 Rechtsanwendungsgesetz nicht vorkommen, es ist logisch gesehen möglich, dass man die selbständigen Kollisionsnormen eines dritten Staates unter den Begriff „ausländisches Recht“ subsumiert. Auch bei diesem Thema ist vom Internationalen Privat-

recht auf das Verfassungsrecht umzustellen.

Der Grundsatz der Parteiautonomie gilt nicht nur im internationalen Schuldvertragsrecht, sondern auch in anderen Bereichen, z.B. im internationalen Ehegüterrecht. Dabei steht den Prozessparteien die Möglichkeit zur Verfügung, das anzuwendende Recht frei zu wählen. Der Grundsatz der Parteiautonomie ist zwar keine Rechtsquelle, sondern nur eine Daseinsform eines im Forumstaat zu berücksichtigenden ausländischen Rechts. Aber „ein von den Parteien ausgewähltes Recht“ ist zu überprüfen, solange der Parteiwille als eine der inländischen Rechtsquellen anzusehen ist.

### 3. Auslegung ausländischen Rechts

Der jVfGg kann nicht nur den Begriff „ausländisches Recht“ definieren, sondern auch auf die Auslegungsmethode des ausländischen Rechts Einfluss ausüben. Er ist für die Interpretation ausländischen Rechts dann verantwortlich, wenn ein anzuwendendes ausländisches Recht nebst der Interpretation des ausländischen Rechts im Staat des ausländischen Rechts anzuwenden ist. Hier sind die folgende Probleme zu erwähnen:

Das erste Problem ist das Sprachproblem. Kommt es auf die *offizielle originale* Sprache des anzuwendenden ausländischen Rechts an oder auf die Übersetzung in die im Forumstaat praktizierte offizielle Sprache. Art. 74<sup>50)</sup> des japanischen „*Saibansho-hō*

---

50) Der Text lautet auf Englisch: “In the court, the Japanese language shall be used.” Court Act, Act No. 59 of April 16, 1947, (abrufbar: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?vm=04&re=01&id=1894>).

(Gerichtsgesetz)“ schreibt unter dem Stichwort „Gerichtssprache“ vor, dass „im Gericht ... nur japanische Sprache zu benutzen“ ist. Es ist aber unklar, welche Sprache bei der Auslegung ausländischen Rechts unter dem Art. 74 in Betracht zu ziehen ist. Gibt es hier vielleicht keinen sprachlichen Maßstab?

Nach einer im IPR verbreiteten Auffassung gilt, dass das ausländische Recht auch im Forumstaat ebenso wie die *original*sprachige Version des ausländischen Rechts im ursprünglichen Staat ausgelegt werden muss. Originale Fremdsprache und forensische Sprache sind nicht identisch. Es ist erforderlich, dass die dortige sprachliche Gewohnheit bei der Auslegung der Fremdsprache zugleich in Betracht zu ziehen ist. Wie kann man dann die originale offizielle Sprache des ausländischen Rechts und offizielle Sprache des Forumstaates miteinander verbinden? Hier ist eine übliche Erklärung:

„Die Vorschriften eines ausländischen Rechts sind ... gegeneinander als ein untrennbar Bestandteil des ausländischen Rechts systematisch auszulegen. Man darf die betreffende Regelung von dem gesamten ausländischen Rechtssystem nicht trennen und sie aufgrund der forensischen Sprachgewohnheit sowie der Rechtsvorstellung nicht auslegen. Das anzuwendende ausländische Recht ist „nur äußerlich das gleiche ausländische Recht wie das originale ausländische Recht“, d.h. „das aus dem originalen ins Japanische übersetzte und äußerlich gleiche ausländische Recht“.<sup>51)</sup>

---

51) Tameike, a.a.O. (Fn. 30), S. 247f.

Geht man davon aus, dass das aus der originalen Fremdsprache ins Japanische übersetzte gefälschte „ausländische“ Recht wahrer Gegenstand der Auslegung ausländischen Rechts im Forumstaat ist, kann man u.U. das ausländische Recht im Forumstaat nicht so *gleich* wie die Interpretation des ausländischen Rechts im originalen Staat auslegen, weil das aus der originalen Fremdsprache ins Japanische übersetzte Recht kein echtes ausländisches Recht, sondern eine gefälschte Kopie des ausländischen Rechts, eine Nachahmung bzw. Imitation des ausländischen Rechts ist.

Ein wichtiger Punkt ist weiter, wie man die Wörter „nur äußerlich gleiches“ verstehen soll. Ist die o.g. These möglich, dass das Gericht „nur äußerlich gleiches ausländisches Recht wie das originale ausländische Recht“ auslegt? Betrachtet man einerseits das Wort „äußerlich“, sind das originale ausländische Recht und das im Forumstaat auszulegende ausländische Recht nicht identisch. Übersetzt man ein ausländisches Recht ins Japanische, sind der Gegenstand des Übersetzens und das Resultat des Übersetzens logisch gesehen unterschiedlich. Nimmt man andererseits auf das Wort „gleich“ Rücksicht, darf man das originale ausländische Recht und das im Forumstaat auszulegende ausländische Recht voneinander trennen. Man kann genau genommen das ins Japanische übersetzte „ausländische“ Recht nicht als das echte ausländische Recht betrachten.

Hier taucht als Folge eine schwierige Frage in der Praxis auf. Was ist wichtiger: entweder die originale Fremdsprache des ausländischen Rechts oder die in die forensischen Sprache übersetzte Version der ausländischen Rechts? Wie soll man vorgehen,



wenn die beiden sich gut miteinander vereinbaren lassen? Nach welcher Art und Weise kann man überhaupt das echte ausländische Recht durch das in der forensischen Sprache übersetzte „ausländische“ Recht auslegen? Ist das nicht unmöglich? Hier sei an das weltweit verbreitete Sprichwort: „Wer zwei Hasen jagt, fängt keinen“ erinnert.

Das zweite Problem ist die Fähigkeit des Übersetzers. Wer kann darüber entscheiden, ob der übersetzte Text dem originalen Text inhaltlich entspricht. Wer darüber entscheidet, muss zumindest ein zweisprachiger Fachmann sein. Wer wiederum soll darüber entscheiden, ob der Fachmann sowohl sprachlich als auch fachlich die genügende Fähigkeit instinktiv bzw. intuitiv besitzt? Es gibt immer das Risiko einer „falschen Übersetzung“. Ist es *ipso facto* möglich, ein staatlich oder global einheitliches Kontrollsystem zu fordern? Hat eine Übersetzung ohne fachliche und zugleich sprachliche Autorität Bedeutung? Dies alles sind immer noch ungelöste Probleme.

Als drittes Problem ist die absolute Grenze der Rechtsvergleichung zu erwähnen. Die Auslegung ausländischen Rechts enthält nicht nur das fachliche „Übersetzen“ der Rechtswörter von zwei oder mehreren Staaten, sondern auch das Empfangen des fremden Rechtsbewusstseins, des Rechtsgefühls und der Rechtskultur. Um das originale ausländische Recht genau und richtig auszulegen, muss jedes Gericht also zumindest einen sog. „Doppelstaater“ aus den beiden Rechtskreisen haben, der über zweisprachige bzw. multi-linguale Fähigkeiten im rechtlichen Sinne verfügt. Hier bedarf es nicht nur der bi-lingualen bzw. multi-lingu-

alen Fähigkeiten, sondern auch der bi-kulturellen bzw. multi-kulturellen Veranlagung. Kann man aber bei allen Gerichten das Vorhandensein solcher sprachlicher sowie fachlicher Fähigkeiten erwarten? Es gibt zwar überall begabte Juristen, aber bei weitem sind das nicht alle. Der Grundsatz, dass ein nationales Gericht ein ausländisches Recht jederzeit genau und richtig auslegen und anwenden kann, ist tatsächlich nur zum Teil verwirklicht worden, weil die Infrastruktur - Juristenausbildung, Gutachtenpraxis, ständige Auskünfte über ausländisches Recht, Dolmetscher in Gerichtssaal, Übersetzen der Texte usw. - nicht genügend vorbereitet ist.

Wie lassen sich diese Schwierigkeiten lösen? Für eine Übergangszeit ist die Mitwirkung der betreffenden Staaten vorzuschlagen, jedoch unterliegt diese vielen Einschränkungen (z.B. patriotische Gesinnung, Kosten). Die Interpretation ausländischen Rechts muss als zweitbeste Lösung den begabten Juristen des originalen Staats im Ganzen überlassen werden. Es bedarf zumindest ein „second opinion“ zum ersten Rechtsgutachten, ebenso wie in der medizinischen Praxis. Um die Anzahl der sprachlich und fachlich begabten Juristen zu vergrößern, ist die gegenseitige Entsendung der nationalen Juristen gemeinsam zu planen und ein global einheitliches Justizsystem zu schaffen. Alle Gerichte müssen auch hier die Fähigkeit haben, eines davon aufgrund der „tertium comparationis“ auszuwählen. Nur wiederholte gemeinsame interkulturelle Erfahrungen liefern die wahre Lösung.

## VI Verfassungswidrigkeit unter der Verfassungsgerichtsbarkeit

### 1. Allgemeines

Art. 98 Abs. 1 jVG<sup>52)</sup> bestimmt, dass „die Verfassung das höchste Gesetz des Staates ist, und alle oder ein Teil der Gesetze, Anordnungen, kaiserlichen Reskripte und anderen Handlungen in Bezug auf nationale Angelegenheiten, die gegen diese Vorschriften verstoßen, nicht wirksam sind“. Nach Art. 81 jVG<sup>53)</sup> ist „der Oberste Gerichtshof das Gericht der letzten Instanz, das befugt ist, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, Anordnungen, Vorschriften oder behördlichen Handlungen zu bestimmen“. Man steht damit der weiteren schwierigen Frage gegenüber, ob nicht nur inländisches Recht, sondern auch ausländisches Recht sich der verfassungsrechtlichen Kontrolle unterwerfen muss. Japanische Fachleute haben leider diese grundlegende interdisziplinäre Frage zwischen dem Verfassungs- und Internationalprivatrecht gründlich verpasst.

Deutsche Leser erinnern sich hier der berühmten „*Spanier*-Entscheidung“.<sup>54)</sup> In diesem Fall wurde die Anwendung des eigent-

---

52) Der Text lautet auf Englisch: „This Constitution shall be the supreme law of the nation and no law, ordinance, imperial rescript or other act of government, or part thereof, contrary to the provisions hereof, shall have legal force or validity.“ a.a.O. (Fn. 11).

53) Der Text lautet auf Englisch: „The Supreme Court is the court of last resort with power to determine the constitutionality of any law, order, regulation or official act.“, a.a.O. (Fn. 11).

54) BVerfG, Beschluss vom 4. Mai 1971 -1 BvR 636168 (OLG Hamm). Statt vieler, Stellungnahmen zu BVerfGE 31, 58 von Dieter Henrich, Erik Jayme, Gerhard Ke-

lich anzuwendenden spanischen Rechts nach dem die Wieder-  
verheiratung der geschiedenen deutschen Frau verboten war,  
ausgeschlossen, weil die Anwendung des spanischen Rechts mit  
dem Grundrecht (Freiheit der Eheschließung) in Art. 6 Abs. 1  
Grundgesetz verfassungswidrig war. Nach der traditionellen Auf-  
fassung ist hier nicht Art. 6 Abs. 1 GG, sondern Art. 6 EGBGB  
(Öffentliche Ordnung) anzuwenden, weil Art. 6 Abs. 2 EGBGB  
bestimmt, dass „sie [eine Rechtsnorm eines anderen Staates] ins-  
besondere nicht anzuwenden ist, wenn die Anwendung mit den  
Grundrechten unvereinbar ist“. Hierzu sei die folgende Kommen-  
tierung vorgetragen:

„Ob die in Art. 6 S. 2 enthaltene Sonderregelung erforder-  
lich ist und ob sie letztlich das Verständnis des Gesetzes er-  
leichtert, muss durchaus bezweifelt werden. Bereits der Ge-  
setzgeber des Jahres 1986 verkannte nicht, dass im EVÜ,  
dessen Art. 16 in Art. 6 inkorporiert werden sollte ..... , ein  
vergleichbarer ausdrücklicher Hinweis fehlte, ohne dass  
dies eine inhaltliche Abweichung zur Folge hätte. Auch die  
Vorbehaltsklauseln im heutigen europäischen Kollisions-  
recht, wie z. B. Art. 21 Rom I-VO, ..... kommen bislang regel-  
mäßig ohne eine besondere Betonung der Grund- und Men-  
schenrechte aus ..... . Schließlich hatte auch § 6 S. 1 des ös-  
terreichischen IPR, an dem sich der deutsche Gesetzgeber  
bei der Formulierung der wesentlichen Rechtsgrundsätze in

---

gel, Alexander Lüderitz, Alexander N. Makarov, Kurt Siehr, Wilhelm Wengler  
und Paul Heinrich Neuhaus, *RabelsZ* 36 (1972), S. 2-59, S. 93-140; (abrufbar:  
[http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/bverfge31\\_58.htm](http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/bverfge31_58.htm)).

Art. 6 S.1 orientierte ..... , auf eine explizite Bezugnahme auf Grund- oder Menschenrechte verzichtet. Verständlich ist die vom deutschen Gesetzgeber gewählte, eher schwerfällige zweistufige Regelungstechnik nur vor dem historischen Hintergrund der Spanier-Entscheidung des BVerfG ..... . Das BVerfG hatte darin zwei gangbare Weg gewiesen, um Grundrechtsverletzungen infolge der Anwendung ausländischen Rechts zu vermeiden, nämlich entweder dadurch [...], daß in den Grundrechten eine Schranke gesehen wird, die unmittelbar die Anwendung des durch eine Kollisionsnorm berufenen Rechts begrenzt, oder aber durch Heranziehung der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel. Entscheidet man sich für die zweitgenannte Alternative, dürfe, so das BVerfG, indessen „nicht zwischen tragbaren und untragbaren Grundrechtsverstößen unterschieden werden“. Der deutsche Gesetzgeber hat sich, wie Art. 6 S. 2 zeigt, grundsätzlich für den zweiten Weg und damit gegen die Entwicklung eines eigenständigen „Grundrechtskollisionsrechts“ ..... ausgesprochen. Zugleich hat er sich das vom BVerfG ausgesprochene Verbot, zwischen tragbaren und untragbaren Grundrechtsverletzungen zu differenzieren, zu eigen gemacht und daraus den Schluss gezogen, dass „[e]ine Grundrechtsverletzung im Einzelfall durch Anwendung einer Vorschrift fremden Rechts [...] als unvereinbar mit dem deutschen ordre public von vornherein ausgeschlossen“ sei. Eine solche Verletzung wäre daher „im Sinne des Satzes 1 immer ein ‘offensichtlicher’ Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts“. Dies sollte „die von S. 1 unabhängige Formulierung der Voraussetzung für die Nicht-

anwendung fremden Rechts in S. 2“ sicherstellen“.<sup>55)</sup>

Selbstverständlich wurde die „*Spanier*-Entscheidung“ des BVerfG vielfach diskutiert.<sup>56)</sup> Im Beschluss des BVerfG findet man eine neue „zweistufige“ Konstruktion, um ein durch die Anwendung ausländischen Rechts unpassendes Ergebnis zu vermeiden, weil die Grundrechte beeinträchtigt. Bei der Konstruktion baut man eine verfassungsrechtliche Barriere in Form der *direkten* Anwendung der Grund- und Menschenrechte ein, um die Anwendung des von einer forensischen Kollisionsnorm berufenen ausländischen Rechts unmittelbar zu beseitigen. Ein ausländisches Recht steht zwar nach der Konstruktion ständig im Inland unter der verfassungsrechtlichen Kontrolle. Der verfassungsrechtliche Eingriff wird aber im japanischen IPR absolut abgelehnt.

## 2. Lehre und Praxis in Japan

Zwei berühmte Urteile haben in Japan Anlass zur Diskussion darüber gegeben, ob ein ausländisches Recht unter verfassungsrechtlicher Kontrolle steht.<sup>57)</sup> Das Obergericht Nagoya hat zu-

---

55) MüKo-BGB / *Jan von Hein*, EGBGB Art. 6 (Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, München 2018), Rn. 137 (S. 517).

56) a.a.O. Fn. 55.

57) Kidana Shōichi, *Minji Hanrei Kenkyū* Nr. 498: Rikon no Sai no Shinkensha Shitei no Junkyohō to Hōrei 30 Jō (Das auf elterliche Sorge bei der Ehescheidung anzuwendende Recht und ordre public-Klausel), *Hōritsu Jihō* Bd. 50 Heft 2 (Nr. 603) S. 135 ff.; Nishitani Yūko, *Kokusaishihō ni okeru Kōjo to Jinken* (Öffentliche Ordnung und Menschenrechte im Internationalen Privatrecht), *Kokusaihō Gaikō Zasshi* (The Journal of International Law and Diplomacy), Bd. 108 Heft 2 (2009), S. 57 (173 ff.).

nächst im Urteil vom 29. Juni 1976<sup>58)</sup> die Anwendung des Art. 909 Abs. 5 a.F. des koreanischen Zivilgesetzbuches ausgeschlossen. Der Grund dafür liegt darin, dass die koreanische Rechtsnorm, die nur dem Vater bei der Ehescheidung der Eltern die elterliche Gewalt über die minderjährigen Kinder gibt, gegen den japanischen *ordre public* verstößt. Dazu ist wie folgt ausgeführt worden:

„In unserem Staat ist die Menschenwürde jeder Person im Familienleben sowie die Gleichberechtigung von Mann und Frau nach dem Zweiten Weltkrieg aufgrund Art. 24 jVG anerkannt. Art. 909 Abs. 5 a.F. des koreanischen Zivilgesetzbuches ist auf den Fall anzuwenden, auch wenn es sich um die Ehescheidung von ausländischen Ehepartnern handelt. Die Anwendung dieser Vorschrift verstößt gegen den *ordre public*, weil die ungleiche Behandlung von Vater und Mutter im in der Meiji-Zeit geschaffenen veralteten Zivilgesetzbuch enthalten war und die unter dem geltenden Zivilgesetzbuch gründlich abgeschaffte unzutreffende Eltern-Kind-Beziehung wiederaufleben könnte“.<sup>59)</sup>

Der Sachverhalt im zweiten Fall ist nicht kompliziert. Eine japanische Klägerin und ein ägyptischer Beklagter hatten geheiratet. Nach dem ägyptischen Recht war die Eheschließung zwischen Partnern mit verschiedenen Religionen verboten, so dass die

---

58) Urteil des Obergerichts Nagoya vom 29. Juni 1976 (Kōtō Saibansho Minji Hanreishū (Entscheidungen der Obergerichte in Zivilsachen), Bd. 29, Heft 2, S. 95 ff.

59) A.a.O. (Fn. 58), S. 115.

Heirat zwischen ihnen unwirksam war. Die japanische Klägerin erhob gegen den ägyptischen Beklagten Klage auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Ehe. Das Bezirksgericht Tokio hat in seinem Urteil vom 29. März 1991<sup>60)</sup> die Anwendung ägyptischen Rechts ausgeschlossen. Es hat entschieden, dass „die Eheschließung zwischen der japanischen Klägerin und dem ägyptischen Beklagten für ungültig zu erklären ist und dass die Anwendung der ägyptischen Sachnorm gegen den ordre public unseres Rechtssystem verstoße, das dem Staatsbürger die Glaubensfreiheit, Gleichberechtigung von Mann und Frau u.a. verfassungsrechtlich gewährleistet“.<sup>61)</sup>

Beide Urteile haben auf Menschenrechte in ihrer Begründung hingewiesen. Art. 14 Abs. 1 jVG<sup>62)</sup> sagt, dass „alle Menschen nach dem Gesetz gleichberechtigt sind und es keine Diskriminierung in politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Beziehungen aufgrund von Rasse, Glaubensbekenntnis, Geschlecht, sozialem Status oder familiärer Herkunft geben darf“. Art. 20 Abs. 1 jVG<sup>63)</sup> bestimmt, dass „die Religionsfreiheit allen garantiert ist und keine religiöse Organisation irgendwelche Privilegien vom Staat erhal-

---

60) Urteil des Bezirksgerichts Tokio vom 29. März 1991, Katei Saiban Geppō (Monatliche Mitteilungen der Entscheidungen der Familiengerichte), Bd. 45 Heft 3, S. 67 ff.

61) A.a.O. (Fn. 60), S. 70.

62) Der Text lautet auf Englisch: “Article 14. All of the people are equal under the law and there shall be no discrimination in political, economic or social relations because of race, creed, sex, social status or family origin”, a.a.O. (Fn. 11).

63) Der Text lautet auf Englisch: “Freedom of religion is guaranteed to all. No religious organization shall receive any privileges from the State, nor exercise any political authority”, a.a.O. (Fn. 11).



ten oder politische Autorität ausüben darf“. Art. 24 Abs. 1 jVG<sup>64)</sup> schreibt ferner vor, dass „die Ehe nur auf dem gegenseitigen Einverständnis beider Geschlechter beruht und durch gegenseitige Zusammenarbeit auf der Grundlage der Gleichberechtigung von Ehemann und Ehefrau aufrechterhalten wird“. Beide Gerichte haben jedoch nicht darüber entschieden, ob die betreffenden ausländischen Vorschriften verfassungswidrig waren.<sup>65)</sup> Nach beiden Urteilen verstößt die Anwendung der betreffenden ausländischen Sachnorm gegen den kollisionsrechtlichen *ordre public*. Man muss hier über den Art. 42 des japanischen Rechtsanwendungsgesetzes<sup>66)</sup> noch einmal nachdenken, nach dem „in Fällen, in denen ausländisches Recht gelten sollte, die Bestimmung, wenn sie gegen die öffentliche Ordnung oder gegen gute Sitten und Gebräuche verstößt, nicht angewendet wird.“

Eines der zu behandelnden Diskussionsthemen ist es, welchen freien Raum man zwischen den Zeilen der Erläuterungen über die Gleichberechtigung von Mann und Frau, die Glaubensfreiheit und die Eheschließungsfreiheit hineinlesen soll. Es gibt einerseits die Möglichkeit, die Prüfung der Verfassungswidrigkeit einer ausländischen Rechtsnorm in die Überprüfung des Verstoßes gegen den *ordre public* hereinzuholen. Das entspricht einer zwei-

---

64) Der Text lautet auf Englisch: “Marriage shall be based only on the mutual consent of both sexes and it shall be maintained through mutual cooperation with the equal rights of husband and wife as a basis”, a.a.O. (Fn. 11).

65) Urteil des Obergerichts Nagoya vom 29. Juni 1976 (Fn. 58), S. 115, Urteil des Bezirksgerichts Tokio (Fn. 60) S. 70.

66) Der Text lautet auf Englisch: “In cases where a foreign law shall govern, if the application of those provisions of the foreign law is against public policy, those provisions shall not apply”, a.a.O. (Fn. 2).

stufigen dogmatischen Konstruktion. Auf der ersten Stufe ist dabei die verfassungsrechtliche Prüfung der betreffenden ausländischen Rechtsnorm vorzunehmen und auf der zweiten Stufe erfolgt die kollisionsrechtliche Überprüfung in Form der Prüfung des Verstoßes gegen den *ordre public*. Dabei entspricht die verfassungsrechtliche Prüfung der „Vorfrage“ im Kollisionsrecht und die Überprüfung des Verstoßes gegen den „japanischen *ordre public* oder die guten Sitten“ entspricht der „Hauptfrage“. Diese zweistufige Konstruktion ähnelt förmlich den „Einsatzschachteln“, bei denen die Kästen genau ineinander passen (wie russische Puppen „*Матрёшка*“ [Matryoshka]). Nach der „Einsatzschachtel-Lehre“ bzw. „*Матрёшка*-Theorie“ wird die verfassungsrechtliche Bewertung (Verfassungswidrigkeit) auf der zweiten Stufe in der *ordre public*-Beurteilung (Unvereinbarkeit mit dem *ordre public*) vorgenommen.

Im Gegensatz dazu war in vielen Staaten lange Zeit die Einsicht verbreitet, nach der ein staatliches Recht einheitlich und systematisch zu erfassen ist. Konträr dazu gibt es im Bereich des IPR eine weitere Auffassung. *Shōichi Kidana* hat wie folgt kommentiert:

„Das Urteil des Obergerichts Nagoya ist als eine neue Stellungnahme zur kollisionsrechtlichen Behandlung ausländischen Rechts zu verstehen, nach der zwei Konditionen erfüllt sein müssen, d.h. (a) engste Innenbeziehung eines Sachverhalts zum Forumstaat einerseits und (b) verfassungswidriges Ergebnis andererseits. Was die „engste Innenbeziehung zum Forumstaat“ anbetrifft, ist es prinzipiell

zumindest nötig, dass das Heimatrecht einer Partei japanisches Recht ist und zugleich die Eltern sowie das Kind gemeinsam ihren Wohnsitz in Japan haben. „Kein Regel ohne Ausnahme“. Auch wenn es eine Ehescheidung mit einem ausländischen Partner wie in diesem Fall gibt, ist die „engste Innenbeziehung zum Forumstaat“ anzunehmen, solange ein Elternteil und das Kind die koreanische Staatsangehörigkeit innehaben und ein dauerndes Aufenthaltsrecht („Eijū-ken“) in Japan haben. Es ist eine besondere Ausnahme. Die Prüfung der Verfassungswidrigkeit ist zwischen dem grundsätzlichen Fall (mindestens einer aller Parteien ist Japaner) und dem Ausnahmefall (ein Elternteil und das Kind sind Koreaner) voneinander zu trennen. Das Ergebnis der Anwendung der ausländischen Rechtsnorm ist beispielsweise dann als verfassungswidrig zu beurteilen, wenn sowohl das elterliche Sorgerecht als auch das Vormundschaftsrecht der koreanischen Mutter vorenthalten wird. ... Die Prüfung eines Verstoßes gegen den *ordre public* ist nach der jeweiligen Sachlage flexibel zu entscheiden“.<sup>67)</sup>

Bei der dieser Kommentierung findet man leider keine Erklärung dazu, welchen Zusammenhang es zwischen dem Verfassungsrecht und Kollisionsrecht gibt. *Kidana* urteilt weiter wie folgt:

„Wenn eine forensische Kollisionsnorm auf ein ausländisches Recht verweist, dann gerät das „raison d’être“ des IPR durch

---

67) Kidana (Fn. 57), S. 139.

den Ausschluss der betreffenden Rechtsnorm in eine Krise, wenn das Gericht die Anwendung eines ausländischen Rechtsnorm wegen derer Verfassungswidrigkeit ausschließt. Mehrere Fachleute haben bisher behauptet, dass man bei der Prüfung des Verstoßes gegen den *ordre public* sehr vorsichtig entscheiden muss, auch wenn die elterliche Sorge nach der Ehescheidung nur dem Vater zufällt. Es bedeutet, dass die Anwendung der *ordre public*-Klausel als eine Ausnahmebehandlung anzusehen ist und dass das Gericht die *ordre public*-Klausel nicht missbräuchlich anwenden darf. Das gilt auch für Fall, in der es sich um Grund- und Menschenrechte im jVG handelt“. <sup>68)</sup>

In der Kommentierung wird zwar auf die Grund- und Menschenrechte explizit Rücksicht genommen. Es fehlt aber auch dort eine überzeugende Erklärung dazu, wie die Grund- und Menschenrechte mit der *ordre public*-Klausel verbunden sind. Die folgenden Zeilen dokumentieren einen ähnlichen Inhalt:

„Nach dem gesunden Menschenverstand bzw. dem richtigen Sinn in der internationalprivatrechtlichen Welt Japans ist es so zu verstehen, dass das von den forensischen selbständigen Kollisionsnormen benannte ausländische Recht gar nicht unter dem vollen Recht des Forums einschließlich des Verfassungsgesetzes steht, solange die Anwendung ausländischen Rechts im Ergebnis nicht dazu führt, das die Anwendung ausländischen Rechts gegen *ordre public* verstößt.

---

68) Kidana (Fn. 57), S. 139.

Auch die Anwendung der verfassungsrechtlichen Rechtsnormen ist in dieser Einschränkung eingeschlossen, so dass das jVG keine Entscheidungsbefugnis darüber hat, ausländisches Recht auf die internationalprivatrechtlichen Fälle anzuwenden, abgesehen vom Fall eines ordre public-Verstoßes. Unnötig ist dabei die Erklärung, dass der Charakter eines ausländischen Rechts sich mittels der kollisionsrechtlichen Verweisung zum inländischen Recht wandelt („Transformationslehre“, „Umwandlungslehre“ oder „Wechsellehre“) oder dass das ausländische Recht ins inländische Recht aufgenommen wird („Einmischungslehre“, „Einverleibungslehre“ oder „Integrationslehre“). Der Grund dafür liegt darin, dass die Aufnahme des Gesichtspunktes von der „Wandlung des rechtlichen Charakters ausländischen Rechts zum inländischen Recht“ oder seine „Aufnahme in das inländische Recht“ unzutreffend ist, weil er notwendigerweise zur Einführung der verfassungsrechtlichen Kontrolle führt und zugleich zur Möglichkeit eines Ausschlusses der betreffenden Rechtsnorm ausländischen Rechts führen kann“.<sup>69)</sup>

Hier ist noch der Punkt zu berücksichtigen, dass sowohl „Transformationslehre“ als auch „Einmischungslehre“ jeweils einen be-

---

69) Tameike, a.a.O. (Fn. 30), S. 244; „Nicht nur in Japan, sondern auch in Deutschland, wird traditionell erläutert, dass das anwendbare ausländische Recht nicht unter den verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte, sondern unter der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel steht. ... Die theoretische Mehrheit in Japan stimmt nach wie vor der traditionellen Lehre zu.“ (Deguchi Kōji, *Ronten Kōgi Kokusaishihō* (Streitpunkte im Internationalen Privatrecht), Hōgaku Shoin 2015, S. 138).

trächtlichen Nachteil haben. Auf die Frage, wer über die Änderung des Charakters eines ausländischen Rechts mittels der kollisionsrechtlichen Verweisung zum inländischen Recht entscheidet, gibt die „Transformationslehre“ vielleicht die Antwort: wegen „kollisionsrechtlicher Verweisung“. Auf die Frage, wer über die Annahme des ausländischen Rechts ins inländische Recht entscheidet, liefert die „Einmischungslehre“ ebenfalls die Antwort von der „kollisionsrechtlichen Verweisung“. Subjekt der „kollisionsrechtlichen Verweisung“ ist in der Tat das „Gericht“ bzw. der „Richter“. Selbstverständlich setzen beide Lehren die Hypothese voraus, dass ein Gericht die Entscheidungsbefugnis darüber hat, den Charakter eines ausländischen Rechts zum inländischen Recht zu ändern oder das ausländische Recht ins inländische Recht aufzunehmen. Stammt die Befugnis des Gerichts jedoch unmittelbar aus dem Art. 76 Abs. 3 jVG? Ist ausländisches Recht überhaupt im Regelungsgegenstand des Art. 76 Abs. 3 jVG enthalten? Beide Lehren haben bis jetzt darauf nicht geantwortet.

Dieselbe Meinung ist auch später vertreten worden:

„In Japan wurde früher die Meinung vertreten, dass sich der Charakter des ausländischen Rechts in inländisches Recht wandelt oder das ausländische Recht in das inländische Recht aufgenommen werden muss, soweit auf ein ausländisches Recht durch forensische Kollisionsnormen verwiesen wird. Diese Meinung wird aber stark kritisiert. Die wichtigsten Punkte der Kritik sind wie folgt zusammengefasst: Die Gesetzgebungszuständigkeit eines ausländischen Rechts gehört eigentlich zum originären ausländischen Staat, so

dass der Forumstaat die Unwirksamkeit ausländischen Rechts nicht öffentlich erklären darf, weil die dogmatische Rechtskonstruktion von „Änderung des rechtlichen Charakters ausländischen Rechts zum inländischen“ und „Aufnahme ausländischen Rechts in das inländische Recht“ zur erforderlichen Anwendung des jVG führt und die verfassungsrechtliche Prüfung hinsichtlich der Verfassungswidrigkeit herbeibringt. In Japan gibt es nur eine einzige kollisionsrechtliche Maßnahme, d.h. den Ausschluss des ausländischen Rechts wegen des Verstoßes gegen den *ordre public*.<sup>70)</sup>

Diese Ansichten setzen ebenfalls ein Verständnis voraus, nach dem die Gerichte ein anzuwendendes ausländisches Recht ohne inhaltliche Prüfung anwenden müssen. Wenn die Anwendung ausländischen Rechts zum unzutreffenden Ergebnis führt, dann darf, mit Rücksicht auf das Prinzip der Gleichbehandlung von inländischem und ausländischem Recht, nur von der Vorbehaltsklausel Gebrauch gemacht werden, so dass man keine verfassungsrechtliche Bewertung braucht.

In den traditionellen Auffassungen steckt leider ein fataler Fehler. Sie nehmen zwar an, dass das Rechtsanwendungsgesetz nationales Recht ist. Sie liefern aber keine theoretische Erklärung dazu, warum ein mittels des Rechtsanwendungsgesetzes berufenes ausländisches Recht nicht unter dem forensischen Verfassungsrecht steht. Die traditionellen Auffassungen können deshalb nur als ein auf Sand gebautes Luftschloss bezeichnet werden.

---

70) Sawaki/Dōgauchi, a.a.O (Fn. 41), S. 51.

Bei den Auffassungen gibt es ferner einen gemeinsamen Fehler: es ermangelt der Erklärung dazu, warum man ausländisches Recht im Inland anwenden darf. Das ausländische Recht entspringt keiner inländischen Rechtsquelle. Im jVG gibt es keine explizite Regelung darüber. Selbstverständlich ist der Hinweis richtig, dass die Gesetzgebungszuständigkeit eines ausländischen Rechts zum originären ausländischen Staat gehört, so dass der Forumstaat keine allgemeine Unwirksamkeit ausländischen Rechts öffentlich erklären darf. Aber die momentane Sachlage ist so, dass ein Gericht des Forumstaates ausländisches Recht nur im Einzelfall inländisch anwendet, nicht so, dass ein inländisches Gericht über die Wirksamkeit eines ausländischen Rechts im originären Staat selbst entscheidet.

Es handelt sich hier nicht um die Gesetzgebungszuständigkeit im originären Staat, sondern um die justizielle Zuständigkeit im Forumstaat. Das Gericht entscheidet nicht darüber, dass das ausländische Recht in originären Staat unwirksam ist, sondern darüber, dass es im Einzelfall in Forumstaat nicht angewandt wird. Es ist daher fraglich, ob die traditionellen Ansichten in diesem Kontext zutreffend sind. Der Grund dafür liegt darin, dass es bei ihrer Argumentation die Frage der Anwendungsmöglichkeit eines ausländischen Rechts im Inland fehlt. Ob man die Prüfung über die Verfassungswidrigkeit des ausländischen Rechts weglassen darf, ist ein verfassungsrechtlich theoretisches Problem (sog. „Systematisches Denken“). Das Verfassungsrecht muss nämlich auch ausländisches Recht in dem einheitlichen Staatsrechtssystem kontrollieren, soweit das forensische Verfassungsrecht einem ausländischen Recht den Status als inländische Rechtsquelle



gewährt.

### 3. Neue Ansicht und die heutige Situation

Im Gegensatz zur o.g. traditionellen Ansicht, d.h. der „Lehre von der Verneinung der Anwendung der verfassungsrechtlichen Vorschriften“ wird neuerdings eine weitere Lehre vorgeschlagen, nach der die verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte auf ausländische Normen „*indirekt*“ anzuwenden seien („Lehre zur mittelbaren Anwendung der verfassungsrechtlichen Vorschriften“). Wie versteht diese neue Ansicht die o.g. zwei Urteile? *Yuko Nishitani* verneint die „*direkte*“ Anwendung der verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte und erklärt wie folgt:

„Wie soll man die Begründung für die Anwendung der verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte verstehen? Es gibt in der Lehre eine Ansicht, nach der die Grund- und Menschenrechte indirekt anzuwenden sind. Das Urteil des Obergericht Nagoya vom 29. Juni 1976 hat die Anwendung der alten koreanischen Sachnorm, nach der die elterliche Sorge nach der Ehescheidung der Eltern nur dem Vater zugehörig war, unter Berufung auf die *ordre public*-Klausel ausgeschlossen. Der Grund dafür liegt darin, dass die Anwendung der alten koreanischen Sachnorm zum Ergebnis führt, dass gegen die Würde der Einzelperson im Familienleben aufgrund des Art. 24 jVG sowie gegen die Gleichberechtigung von Mann und Frau aufgrund des Art. 14 jVG verstoßen wird und sie dem Kindeswohl widerspricht. Das Urteil des Bezirksgericht Tokio vom 29. März 1991 hat im

Prozess betreffend Feststellung der Unwirksamkeit der Eheschließung zwischen einer japanischen Frau und ihrem ägyptischen Mann entschieden, dass die Anwendung der ägyptischen Sachnorm, nach der die Eheschließung zwischen Anhängern verschiedener Religionen verboten ist, gegen den *ordre public* verstößt. Der Grund dafür liegt darin, dass die Anwendung der ägyptischen Sachnorm zu dem Ergebnis führt, dass gegen die Glaubensfreiheit sowie die Gleichberechtigung von Mann und Frau unter dem japanischen Rechtssystem verstoßen wird. Die beiden Urteile haben die Anwendung des ausländischen Rechts wegen des Verstoßes gegen den *ordre public* ausgeschlossen und sich zugleich indirekt auf verfassungsrechtliche Grund- und Menschenrechte berufen. Im Gegensatz dazu steht man andererseits auf dem universalen Standpunkt, dass man nicht darüber entscheiden darf, ob ein durch die Anwendung der ausländischen Sachnormen zustandegekommenes Ergebnis verfassungsmäßig oder -widrig ist. Aber die Wirksamkeit des durch die Anwendung der ausländischen Sachnorm zustandegekommenen Ergebnisses ist überhaupt nur auf der Basis des forensischen Standpunkts in Form der Anwendung der *ordre public*-Klausel zu prüfen. Es ist m. E. unnötig, die Berufung auf die verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte ständig zu verneinen“.<sup>71)</sup>

Die Autorin hat diese Behauptung anderswo wie folgt ergänzt:

---

71) Nishitani, a.a.O. (Fn. 57), S. 85.

„Wird auf ein ausländisches Recht als anwendbares Recht verwiesen, darf man keine verfassungsrechtliche Grund- und Menschenrechte zwingend anwenden und soll im Einzelfall darüber entscheiden, ob man einzelne verfassungsrechtliche Grund- und Menschenrechte auf die betreffende Sachlage anwenden darf. Der Grund dafür liegt darin, dass die Zentralfrage hierbei ist, ob die inländische Rechtsordnung im Forumstaat ein durch die Anwendung der ausländischen Sachnormen vorbrachtes Ergebnis zulässt. ... Angesichts des oben Erwähnten, es ist für die internationalprivatrechtliche Dogmatik zutreffend, dass man auf einzelne verfassungsrechtliche Grund- und Menschenrechte sowie auf die Besonderheiten der Sachlage im Einzelfall Rücksicht nimmt und dass man anstatt der direkten Anwendung der verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte die einzelne verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte im Bereich der ordre public-Klausel indirekt anwendet“.<sup>72)</sup>

Diese Ausführungen erwecken Zweifel, warum man die Worte „die inländische Rechtsordnung im Forumstaat“ nicht im Sinne des Verfassungsrechts, sondern nur im Sinne des IPRs verstehen soll. Der Grund dafür liegt darin, dass die Worte „die inländische Rechtsordnung im Forumstaat“ normalerweise die Gesamtheit der forensischen Rechtsordnung bedeuten und sowohl das Verfassungsrecht als auch das IPR darin enthalten sind. Auch diese Ansicht ist deshalb m.E. nicht überzeugend.

---

72) Nishitani, a.a.O. (Fn. 57) S. 86.

Zusammengefasst finden wir folgende drei Erklärungsmöglichkeiten über die Anwendung der verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte in der Lehre und Praxis Japans:

- (1) **Traditionelle Lehre**, nach der die Anwendung der verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte sowohl direkt als auch indirekt zu verneinen ist. Der Inhalt der verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte ist in der Tat innerhalb des Begriffs „ordre public“ als Vorbehaltsklausel enthalten.
- (2) **Indirekte Lehre**, nach der die verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte mittelbar anzuwenden sind. Der Inhalt der verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte gestaltet einen Teil des Begriffs „ordre public“ in der Vorbehaltsklausel. Man entscheidet zuerst darüber, ob die betreffende ausländische Sachnorm verfassungsmäßig oder -widrig ist, und dann darüber, ob das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts gegen die ordre public-Klausel verstößt. Die Prüfung der verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte erfolgt auf der ersten Stufe. Der Verstoß gegen den ordre public auf der zweiten Stufe spiegelt die Verfassungswidrigkeit auf der ersten Stufe wider.
- (3) **Direkte Lehre**, nach der die verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte auf die internationalprivatrechtliche Fälle „direkt“ anzuwenden sind. Danach hat die Vorbehaltsklausel keinen Raum für ihre Anwendung.

Die indirekte Lehre wirft zudem die weitere Frage auf, ob die Prüfung über die Verfassungswidrigkeit eine *Anwendung* der

verfassungsrechtlichen Grund- und Menschenrechte bedeutet oder irgendeine *andere Konstruktion* andeutet, und ferner noch eine andere Frage, ob nämlich das ausländische Recht im Inland nur im Einzelfall oder im Allgemeinen verfassungswidrig ist. Sowohl die Prüfung der Verfassungswidrigkeit als auch die Prüfung des Verstoßes gegen die Vorbehaltsklausel bedeuten keine Antinomie, weil beide Prüfungen jeweils eine Ausnahme von der Anwendung des berufenen ausländischen Rechts sind, auch wenn der Stellenwert der Ausnahme unterschiedlich gelagert ist.

Wie geschrieben, wird die indirekte Lehre in diesen Jahren in Japan zwar vertreten, aber mehrere Autoren haben sie ohne weitere Analyse abgelehnt und behalten die traditionelle kollisionsrechtliche Haltung (traditionelle Lehre) bei. Typisch ist die folgende Erklärung:

„Die Verfasserin stimmt dem Hinweis zu, nach der es eine der verfassungsrechtlichen Auslegungsfragen ist, ob ein ausländisches Recht unter der Prüfung der Verfassungswidrigkeit steht. .... Sie ist jedoch problematisch, da das zuerst von den forensischen selbständigen Kollisionsnormen berufene und danach als verfassungswidrig angesehene ausländische Recht seine Anwendungsmöglichkeit von vornherein verliert, ohne dass die enge Beziehung zum Forumstaat („Inlandsberührung“) berücksichtigt wird. Die Bestätigung des Verstoßes gegen den *ordre public* ist, kollisionsrechtlich gesehen, doch eine Ausnahme. Im Hintergrund der Ansicht gibt es eine Idee, in- und ausländisches Recht gleich zu behandeln und das berufene ausländische Recht ohne weiteres

(„so lassen“) anzuwenden. Die Einführung der Prüfung der Verfassungswidrigkeit im Prozess richtet sich gegen diese Idee. Dass das ausländische geschriebene Recht sowie das ausländische Fallrecht (ausländische Entscheidungen) der verfassungsrechtlichen Kontrolle im Inland zu unterwerfen ist, ist unzutreffend. Da die Vorbehaltsklausel im IPR bisher seine Funktion ausreichend erfüllt, es ist unnötig, die Prüfung der Verfassungswidrigkeit zusätzlich einzuführen“. <sup>73)</sup>

In der obigen Erläuterung findet man einen vielleicht einen Zirkelschluss. Der Grund dafür liegt darin, dass die traditionelle Lehre ohne Kritik ihr konservatives Glaubensbekenntnis (*credo*) wiederholt, ohne ein neutrales Kriterium („*tertium comparationis*“) zuzulassen. Im Verfassungsrecht herrscht das Prinzip von Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz (*separation of powers*). In der Diplomatie sind vielleicht ein anerkannter Staat und ein nicht-annerkannter Staat zu differenzieren, aber sowohl das Recht eines anerkannten Staates als auch das Recht eines nicht-anerkannten Staates sind in den bisherigen Entscheidungen im Prinzip gleich angewendet worden. Aber der Gedanke der Gewaltenteilung funktioniert offenbar nur im Inland. Der räumliche Anwendungsbereich der japanischen Justizgewalt ist deswegen auf Japan begrenzt, so dass die im Inland entschiedenen Urteile eine ausländische Gesetzgebungsgewalt nicht verletzen.

---

73) Hayashi Takami, *Kōjo no Yōroppaka oyobi Fuhanka* (Europäisierung und Universalisierung des Begriffs „*ordre-public*“), *Kokusaihō Gaikō Zasshi* (The Journal of International Law and Diplomacy), Bd. 116, Heft 2 (2017), S. 38.

#### 4. Verfassungsrechtliche Betrachtung

In beiden o.g. Entscheidungen wird zwar nicht explizit ausgeführt, dass die betreffenden ausländischen Sachnormen verfassungswidrig seien. Der Inhalt beider Urteile ist trotzdem von der reinen „verfassungsrechtlichen Betrachtung“ aus zu erklären.

„Die Prüfung der Verfassungswidrigkeit ist eigentlich keine gewöhnliche Erscheinung, sondern eine außergewöhnliche Erscheinung, so dass die Prüfung der Verfassungswidrigkeit nur dann vorzunehmen ist, wenn die Prüfung sich nicht vermeiden lässt...“<sup>74)</sup>

Welche Bedeutung kann man dieser Kommentarstelle entnehmen? Soll man darin das Verständnis erkennen, dass die Prüfung der Verfassungswidrigkeit sich vermeiden lässt, solange man zu demselben Ergebnis durch die Prüfung des Verstoßes gegen den *ordre public* kommt? Dieses Verständnis entspricht vielleicht der Lesart der **traditionellen Lehre**. Aber die Bestimmung der Reihenfolge der Prüfung ist nur dann erforderlich, wenn die Prüfung der Verfassungswidrigkeit und die Prüfung des Verstoßes gegen den *ordre public* ko-existieren. Wenn die Prüfung der Verfassungswidrigkeit auf der ersten Stufe zum Ergebnis führt, die Anwendungsmöglichkeit des ausländischen Rechts zu verneinen, dann gibt es keine durch die forensischen Kollisionsnormen berufene bestimmte ausländische Sachnorm mehr, so dass der Gegenstand der Prüfung des Verstoßes gegen den *ordre public* ent-

---

74) Satō Kōji, *Kempō Dai 3 Han* (Verfassungsrecht, 3. Aufl.), Seirin Shoin Shinsha 1995, S. 361.

fällt. Dieses Verständnis entspricht der **direkten Lehre**. Da bis jetzt kein „tertium comparationis“ über die Reihenfolge der Prüfung zwischen den Lehren existiert, kann niemand sagen, welche Lehre den Vorrang hat.

In den internationalprivatrechtlichen Fällen, in denen auf ausländisches Recht als anzuwendendes Recht verwiesen wird, ist die Anwendung des ausländischen Rechts dann auszuschließen, wenn die Anwendung der betreffenden ausländischen Sachnorm zum Ergebnis führt, dass ihre Anwendung gegen den *ordre public* verstößt. Im Gegensatz dazu geht die Prüfung darüber, ob die betreffende Sachnorm des anzuwendenden ausländischen Rechts verfassungswidrig ist, der Prüfung des Verstoßes gegen den *ordre public* immer voran. Die Prüfung der Verfassungswidrigkeit und die Prüfung des Verstoßes gegen den *ordre public* stehen nämlich nicht gleichbedeutend nebeneinander. Die verfassungsrechtliche Entscheidung muss „last resort“ im Rechtsanwendungsprozess sein. Es ist deshalb nicht möglich, dass das Ergebnis der Prüfung des Verstoßes gegen den *ordre public* umgekehrt das Resultat der Prüfung der Verfassungswidrigkeit eliminiert. Warum haben dann beide obigen Urteile den Inhalt der verfassungsrechtlichen Normen in ihren Begründungen erwähnt? Hierzu wird folgende Erklärung gegeben.

„Vermeidung der Prüfung der Verfassungswidrigkeit: ...

Eine Ansicht behauptet, dass die verfassungsrechtliche Bewertung der Prüfung der inländischen Gesetzesnorm vorangeht, wenn sie angewendet wird. Es ist aber der Vorstellung zum Durchbruch zu verhelfen, verfassungsrechtliche



Grund- und Menschenrechte zu gewährleisten. Trotzdem ist das unrealistisch, weil dieses Verständnis den Nachteil hat, dass die Idee mit der verfassungsrechtlich prozessualen Praxis nicht übereinstimmt. Beim strafrechtlichen Prozess geht es um folgende Prüfungsreihenfolge: Feststellung der Tatsachen → Subsumption unter den Tatbestand der Rechtsnorm → Unschuld, falls nicht zutreffend, Verfassungsurteil, falls zutreffend, Unschuld. ...“<sup>75)</sup>

Aber der Prozess in internationalprivatrechtlichen Fällen weicht vom strafrechtlichen Prozess ab: (a) Feststellung des Sachverhalts → (b) Feststellung des anwendbaren Rechts durch Auslegung der einschlägigen forensischen selbständigen und unselbständigen Kollisionsnormen für jeden Streitpunkt → (c) Beurteilung, ob die Voraussetzungen der Sachnorm des ausländischen Rechts erfüllt sind, auf die als anwendbares Recht verwiesen wurde → (d) Falls die Voraussetzungen erfüllt sind, verfassungsrechtliche Beurteilung darüber, ob die Sachnorm verfassungsmäßig oder verfassungswidrig ist → (e) Falls die Sachnorm verfassungswidrig sei, Ausschluss der Sachnorm. Wird die ausländische Sachnorm als verfassungswidrig angesehen, gibt es doch keinen Raum mehr für die Anwendung der Vorbehaltsklausel. Hier ist die Erklärung daher unnötig, dass die Prüfung der Verfassungswidrigkeit in die Prüfung des Verstoßes gegen den *ordre public* einfließt.

Was die verfassungsrechtliche Betrachtung anbetrifft, ist noch

---

75) Satō, a.a.O. (Fn. 74), S. 362.

ein anderer Punkt zu erwähnen, auf den man Rücksicht nehmen muss. Es handelt sich darum, dass die Prüfung der Verfassungswidrigkeit zwei verschiedene Formen hat: Beurteilung der allgemeinen Unwirksamkeit einer ausländischen Rechtsnorm im Inland einerseits (Typ A: absolute Nichtigkeit) und Beurteilung der nur auf den Einzelfall begrenzte Unwirksamkeit einer ausländischen Rechtsnorm im Inland andererseits (Typ B: relative Ungültigkeit). Bemerkenswert ist Typ B, weil die Entscheidung im Einzelfall sowohl bei der Prüfung des Verstoßes gegen den *ordre public* als auch bei der Prüfung der Verfassungswidrigkeit im Typ B vorzunehmen sind. Es bedeutet, dass man die Prüfung des Verstoßes gegen den *ordre public* durch den Typ B ersetzen darf.

## VII Zusammenfassung und Ausblick

Der Ausgangspunkt für die Überlegungen des Verfassers war, dass ein ausländisches Recht nur ausnahmsweise als ausländisches Recht ohne weiteres im Inland anzuwenden ist und dass die inländische Rechtsquelle ausländisches Recht theoretisch zu erläutern ist. Das Interesse des Verfassers wurde dadurch geweckt, dass die zur Anwendung ausländischen Rechts im Inland erforderliche Begründung nicht nur im Internationalen Privatrecht, sondern auch im Verfassungsrecht völlig fehlt. „Beendet man das Denken? Nein, wir denken immer weiter“.<sup>76)</sup>

Das Rechtssystem jedes Staats ist im Inland einheitlich organi-

---

76) Takahashi Masatachi, „Shisaku no Genzai“ (Gegenwart des „Denkens“), *Sekai-Shisō* (Jahresschrift für Weltweite Gedanken) Nr. 27, *Sekai-Shisō-Sha* (Frühling 2000), S. 24.

siert. Das Verfassungsrecht steht dabei jeweils an erster Stelle. Das Internationale Privatrecht gehört zum nationalen Rechtssystem. Das Verfassungsrecht und das Internationale Privatrecht, „sie sind also nicht mehr zwei, sondern eins“. <sup>77)</sup> Das jVG bestimmt die Art und Weise der Rechtsquelle im Inland. Es sind zwei Rechtsquellen im jVG geregelt: inländische Gesetze und internationale Verträge.

Der jVfG selbst ist allmächtig. Er hat daher die fundamentale Befugnis, Gesetze selbst zu erlassen. Er übt diese Befugnis aber nicht direkt aus, sondern überlässt dem Parlament diese Befugnis (Art. 41 jVG). Art. 98 Abs. 2 und Art. 61 jVG geben den internationalen Verträgen den Status der inländischen Rechtsquelle. Wie oben geschrieben, kennt das jVG keine andere inländische Rechtsquelle. Hier taucht die fundamentale Frage im Verfassungsrecht auf, ob ein ausländisches Recht überhaupt als eine inländische Rechtsquelle anerkannt werden kann. Wer auf die Frage mit „Ja“ antwortet, der muss ein stichhaltiges Argument dafür vorbringen. Wie kann man sonst erklären, welche verfassungsrechtliche Vorschrift dem Parlament die Befugnis gibt, das Rechtsanwendungsgesetz zu erlassen, durch das man ausländisches Recht im Inland anwenden kann.

Das bedeutet, dass der jVfG die wichtige Aufgabe ganz vergessen hat, ein ausländisches Gesetz als die dritte inländische Rechtsquelle verfassungsrechtlich zu regeln. Es bedeutet weiter, dass man diese Lücke verfassungsrechtlich schließen muss. Die

---

77) Neues Testament, Mt (Matthäus) 19, 6.

traditionelle Ansicht entspricht also einem Luftschloss und ist daher aufzugeben. Stattdessen wird hier die direkte Lehre vorgeschlagen, mit der Folge, dass der Anwendungsbereich der Vorbehaltsklausel immer kleiner wird. Wird die direkte Lehre aufgenommen, ziehen wichtige Themen des Allgemeinen Teils des IPRs (z.B. Ermittlung und Feststellbarkeit ausländischen Rechts, Rückverweisung u.a.) in den Bereich des Verfassungsrechts um.

„Errare humanum est (Irren ist menschlich)“. Es ist nicht sicher, ob die vom Verfasser vorgeschlagene Lösung eine Überlebenschance hat. Doch muss man sich darum bemühen, die „goldene Mitte“ zu finden. Die Juristen müssen dabei unbedingt das „tertium comparationis“ suchen. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung können einen wissenschaftlichen Ansatz zur Untersuchung liefern. Welche wertvollen Anregungen kann die deutsche und europäische Rechtswissenschaft der erstarrten Lehre und Praxis Japans geben? „Niemand füllt jungen Wein in alte Schläuche; sonst zerreißt der junge Wein die Schläuche“.<sup>78)</sup> Das systematische Verständnis zwischen dem Verfassungs- und dem Internationalen Privatrecht fordert vom traditionellen IPR eine neue Dogmatik. Selbstverständlich darf man sich an den „alten Sitten“ nicht hartnäckig festhalten. Jedoch muss man die Verantwortung dafür tragen, eine ausreichende Begründung für die Anwendung ausländischen Rechts im Inland klarzustellen.

---

78) Neues Testament, Mk (Markus) 2, 22.