

Einige aktuelle Probleme zum Schutz der Persönlichkeit im japanischen Recht

—im Vergleich zum deutschen Recht*

Prof. Dr. Tetsuya Nakamura
Niigata/Japan

- I Vorbemerkung
- II Schutz der Privatsphäre
- III Schutz des Willensbestimmungsrechts des Patienten
- IV Schutz vor sexueller Belästigung
- V Zusammenfassung

I Vorbemerkung

Das Persönlichkeitsrecht ist gleich wie im deutschen Recht auch im japanischen Recht nicht ein gesetzlicher Begriff, sondern ein in der Rechtsprechung und Rechtsdogmatik gestalteter Begriff. Aber das Persönlichkeitsrecht im japanischen Recht hat einige wichtige Unterschiede zum deutschen allgemeinen Persönlichkeitsrecht (APR). Erstens umfaßt dieser Begriff im japanischen Recht nicht nur z.B. Privatsphäre, Entscheidungsfreiheit, sondern auch Leben, Körper (Gesundheit), Ehre und Freiheit. In

*Der Vortrag wurde am 10. Juli 2001 an der juristischen Fakultät der Universität Münster gehalten. Ich bedanke mich herzlich bei Herrn Prof. Dr. Christopher Beermann (Niigata) nicht nur für die sprachliche Hilfe, sondern auch für das lehrreiche rechtsvergleichende Gespräch.

diesem Sinne ist er weiter als das APR. Aber andererseits ist er auch enger als das APR. Denn die herrschende Lehre und Rechtsprechung in Japan meinen mit dem Begriff des Persönlichkeitsrechts den Fall der unmittelbaren Berührung der Menschenwürde, und sprechen in anderen Fällen vom Persönlichkeitsinteresse.

Zweitens hat die Verletzung des Persönlichkeitsrechts im japanischen Recht die Indizfunktion der Rechtswidrigkeit, dabei den obigen Unterschied zwischen dem Persönlichkeitsrecht und dem Persönlichkeitsinteresse voraussetzend.

Drittens ist dieser Begriff nicht unbedingt nötig zur Subsumtion des Schutzes der obigen Rechte unter § 709 JBGB⁽¹⁾. Demgegenüber hatte die Rechtsprechung im deutschen Recht das APR zu bilden, um den Schutz der Persönlichkeit unter § 823 Abs. 1 BGB zu subsumieren.

Viertens hat die Rechtsprechung in Japan keine beschränkenden Voraussetzungen im Hinblick auf die Geldentschädigung (Schmerzensgeld) aufgestellt, wie die schwerwiegende Verletzung und das Prinzip der Subsidiarität in der deutschen Rechtsprechung.

Trotz dieser Unterschiede gibt es viele Gemeinsamkeiten in der Entwicklung der einzelnen Persönlichkeitsrechte. Im folgenden stelle ich die gegenwärtige Lage des Schutzes des Persönlichkeitsrechts anhand von einigen neuen Entscheidungen dar.

II Privatsphäre (privacy) contra Kunstfreiheit

(A) Der Dokumentar-Roman und das Resozialisierungsinteresse

(a) Die OGH Entscheidung

(1) § 709 JBGB: Wer vorsätzlich oder fahrlässig Rechte eines anderen verletzt, ist zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Übersetzung in Akira Ishikawa und Ingo Leetsch, Das japanische BGB in deutscher Sprache, 1985.

Das BVerfG hat sich im Lebachfall (BVerfGE 35, 202) mit dem Problem des Konflikts zwischen dem Resozialisierungsinteresse des Straftäters und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit beschäftigt und im Ergebnis das Resozialisierungsinteresse geschützt. Der OGH in Japan hat am 8. 2. 1994 (OGHZ 48, 149)⁽²⁾ das Resozialisierungsinteresse des Klägers vor der Verletzung durch den Dokumentar-Roman geschützt. Der A (Kläger), der zusammen mit seinen Kameraden in einer Schlägerei mit US Soldaten in Okinawa diese verletzt hatte und nach drei Jahren Zuchthaus in Tokyo wohnte, wurde im Dokumentar-Roman vom Verfasser B (Beklagter) bei seinem Namen genannt. Der B hat aufgrund eigener Erfahrung als Mitglied der Jury im betreffenden strafrechtlichen Prozess das Werk mit dem Titel "Ins Gegenteil wenden" geschrieben. Nach seiner eigenen Behauptung hat der B darauf gezielt, die Wirklichkeit des Strafprozesses in Okinawa unter der amerikanischen Besatzung zu schildern⁽³⁾. Der B hatte die Genehmigung der anderen Täter außer A zur Nennung ihrer Namen erhalten. Aber er konnte mit dem A, der nicht in Okinawa gewesen war, keinen Kontakt aufnehmen. Dieses Werk gewann einen Preis. Kurz darauf hat die Fernsehanstalt (NHK) ein Dokumentar-Programm aufgrund dieses Romans geplant. Der A hat während der Produktion dieses Programms das betreffende Werk bemerkt. Die NHK hat auf Grund des Verlangens des A auf die Sendung dieses Programms verzichtet. Der A hat gegen den B Schadensersatzklage erhoben.

Dabei gab es zwei Streitpunkte. Erstens gehört die Tatsache des Verbrechens in der Vergangenheit zur Privatsphäre? Zweitens können die Absicht und der Inhalt des dokumentierenden Werkes die Veröffentlichung solcher Tatsache rechtfertigen? Zwar hatte der OGH schon zuvor (14. 4. 1981 OGHZ 35, 620) die

(2) Vgl. meine Besprechung, Jurist 1064 (1995), S. 104.

(3) Der Titel bedeutet "gegen die Behauptung der US Besatzungskraft". Okinawa, südliche japanische Insel stand unter US-militärischer Besatzung nach dem zweiten Weltkrieg bis 1972.

Haftung einer Gemeinde wegen der Veröffentlichung der Information über einen Verbrecher bejaht und dabei gesagt, daß auch ein ehemaliger Verbrecher ein schutzwürdiges Interesse daran habe, daß solche Tatsache ohne triftigen Grund nicht veröffentlicht werde, weil solche Information die Ehre und das Vertrauen der Person unmittelbar berühre. Aber es blieb noch die Frage, ob diese Regel ebenfalls in dem Streit zwischen Privaten gilt und, falls sie bejaht würde, ob die obige zweite Frage in Betracht kommen kann.

Das LG Tokyo und das OLG Tokyo haben der Klage des A stattgegeben. In der Urteilsbegründung haben beide Gerichte die Verletzung des "right of privacy" festgestellt. Der OGH hat die Revision seitens des B abgelehnt. Dabei hat der OGH aber nicht vom "right of privacy" gesprochen, sondern den Begriff des Resozialisierungsinteresses eingeführt. Nach dem Zitat aus der Urteilsbegründung von OGHZ 35, 620 hat der OGH hinzugefügt: Die in OGHZ 35, 620 aufgestellte Regel gelte ebenfalls im Streit unter Privaten und dem ehemaligen Verbrecher, der ein Interesse daran habe, daß sein neu angefangenes Leben und die Resozialisierung durch die Veröffentlichung solcher Tatsachen nicht gestört und verhindert werden. Ausnahmsweise könne dieses Interesse zurücktreten, wenn die Veröffentlichung der Tatsache eine größere historische oder soziale Bedeutung hätte, wenn diese Information das Material für Wertung oder Kritik zur gesellschaftlichen Tätigkeit des betroffenen ehemaligen Verbrechers böte, oder wenn er eine Person des öffentlichen Lebens, z.B. Abgeordneter oder entsprechender Kandidat, wäre.

(b) Kriterium der Rechtswidrigkeit

Zuerst ist es bemerkenswert an dieser Entscheidung, daß der OGH ein Regel-Ausnahme Verhältnis für den Schutz des Resozialisierungsinteresses im Konflikt mit der Meinungs- und Informationsfreiheit in der Form des dokumentierenden Werkes aufgestellt hat. Zwar ist die Aufzählung der Ausnahmefälle so unklar und weitreichend, daß man die Neigung zur Abwägung der gesamten Umstände schon in dieser Entscheidung finden

kann. Und vielleicht hat die Berücksichtigung der Kontinuität mit der Urteilsbegründung in OGHZ 35, 620 zu diesen Formulierungen geführt. Aber die Voranstellung des Resozialisierungsinteresses in der Regel-Ausnahme Formel ist von Bedeutung für die Erweiterung und Verstärkung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts. In der Urteilsbegründung der Lebach Entscheidung hat das BVerfG keinem der beiden Verfassungswerte (Rundfunkfreiheit und Persönlichkeitsschutz) den grundsätzlichen Vorrang gewährt und im Einzelfall die Intensität des Eingriffes in den Persönlichkeitsbereich gegen das Informationsinteresse der Öffentlichkeit in die Abwägung eingestellt. Hier gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Maßstab. Freilich kann man aus diesem Unterschied zwischen dem "Ins Gegenteil wenden" Urteil und dem Lebach Urteil nicht schließen, daß der Schutz des Persönlichkeitsrechts im japanischen Recht stärker als im deutschen Recht wäre, denn es handelte sich nur um eine Geldentschädigung im "Ins Gegenteil wenden" Fall. Dort war der Einfluß auf die Äußerungsfreiheit kleiner als im Lebachfall.

(c) **Inhalt des Begriffs des Resozialisierungsinteresses**

Zweitens hat der OGH nicht geprüft, ob das betreffende dokumentierende Werk objektiv das Resozialisierungsinteresse gefährdet hatte. Das Thema dieses Werkes war die Wirklichkeit der US-Militärverwaltung in Okinawa und ihr komplizierter Einfluß auf den Strafprozeß. Die Täter werden darin eher sympathisch geschildert. Und zwar wurden sie nicht wegen einer schweren Untat, sondern nur wegen der Körperverletzung im Rahmen einer Schlägerei verurteilt. Demgegenüber hat das BVerfG im Lebachfall betont, daß es sich um eine schwere Straftat handle und die Ausstrahlung des Dokumentar-Films die Resozialisierung des Klägers gefährden werde. Auch hier kann man einen Unterschied zwischen dem Urteil des BVerfG und dem des japanischen OGH in Bezug auf den Sinne des Resozialisierungsinteresses finden. Das BVerfG hat dieses Interesse substantiell und als selbständiges Persönlichkeitsrecht begriffen. Demgegenüber hat der OGH es vielmehr als einen Teil des

Schutzes der Privatsphäre verstanden. Dies war noch deutlicher in den Entscheidungen des LG Tokyo und des OLG Tokyo, die mit dem Begriff des "right of privacy" gearbeitet hatten. Der OGH hat zwar diesen Begriff vermieden. Aber dies bedeutet weder die Ablehnung dieses Begriffs, noch die Verneinung des Zusammenhangs zwischen dem Resozialisierungsinteresse und dem "right of privacy". Der OGH verwendet diesen Begriff als Element des Entscheidungskriteriums vermutlich deshalb noch nicht, weil dieser Begriff noch nicht genau definiert und in seinem Umrissen noch nicht klar gezeichnet ist⁽⁴⁾. Ferner gab es im Schriftum die Debatte darüber, ob die abgeurteilte Straftat zur "privacy" gehört. Aber sachlich gesehen leistet OGHZ 48, 149 einen wichtigen Beitrag zur Weiterentwicklung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts, und zwar des Schutzes der Privatsphäre. Der OGH hat die Notwendigkeit der Nennung des Namens im betreffenden Werke verneint, daher auch die Zulassung dazu als Ausnahme. Dabei hat der OGH das Resozialisierungsinteresse als gleichbedeutend mit dem Interesse daran verstanden, nicht veröffentlicht zu werden. Daraus kann man den Schluß ziehen, daß das Wesen des vom OGH genannten Resozialisierungsinteresses in der informationellen Selbstbestimmung liegt, die ein wichtiges Element des "right of privacy" konstituiert. Im betreffenden Fall hat der A nach dreijährigem Zuchthaus das Recht, für sich selbst zu entscheiden, wie er sein neues Leben anfängt, konkret gesagt, ob er völlig zurückgezogen oder als Person des Protestes gegen die US-Besatzung lebt.

(B) Der Roman und die Privatsphäre

(a) Entscheidungen

Der Roman ist ein wichtiger Bereich der Kunst und Kultur. Aber wenn der Leser die Figur im Roman mit der realen Person verquickt, führt es manchmal zur Verletzung der Ehre

(4) Der OGH hat in seinem Urteil vom 5. 9. 1995 (Hanrejiho 1546, 115) zum erstenmal vom "right of privacy" gesprochen, aber in der Darstellung des Sachverhältnisses.

oder Privatsphäre der betroffenen Person. In der bekannten Mephisto Entscheidung hat sich das BVerfG mit dem schwierigen Problem des Konflikts zwischen der Kunstfreiheit und dem Schutz des Persönlichkeitsrechts beschäftigt. In Japan gibt es noch keine OGH Entscheidung in diesem Problemfeld. Aber derartige Streitigkeiten kommen schon seit den sechziger Jahren vor die unteren Gerichte. Die erste Entscheidung in diesem Bereich ist die des LG Tokyo 28. 9. 1964 (Hanreijiho 385, 12), in der Yukio Mishima wegen der Verletzung der "privacy" durch seinen Roman zu einem Schmerzensgeld von 800,000 Yen verurteilt wurde⁽⁵⁾. In den letzten Jahren findet ein Fall allgemeine Beachtung, in dem A (Klägerin) gegen B (Beklagte, Schriftstellerin) Klage erhoben hat, weil angeblich die wichtige Person im Roman der B leicht mit der A identifizierbar sei und die A daher behauptet, in ihrer Ehre, in ihrer Privatsphäre und in ihrem Ehrgefühl geschädigt zu sein. Die A hat in ihrem Gesicht große Tumore, die trotz mehrerer Behandlungen seit ihrer Kinderzeit unheilbar sind. Die B hat im betreffenden Roman das Gesicht dieser Person wiederkehrend und ausführlich dargestellt. Nach der Behauptung der B ist das Thema dieses Romans die Überwindung der Behinderung und das Leben als Koreanerin in Japan. Dieser Roman wurde in einer literarischen Zeitschrift veröffentlicht. Die B hat mit diesem Roman den renommierten Akutagawapreis⁽⁶⁾ gewonnen. Der C (der zweite Beklagte, Verleger) hatte geplant, den Roman als ein Buch zu veröffentlichen. Die A hat von der B und dem C Schadensersatz (Schmerzensgeld) und die Unterlassung der Veröffentlichung des Buches

(5) Es ist schwer, diesen Betrag mit dem damaligen Wert der DM zu vergleichen. Möglicherweise entspricht es über 100,000 DM im jetzigen Geldwert.

(6) Ryunosuke Akutaga (1892-1927) ist einer der wichtigsten Schriftsteller in der modernen japanischen Literatur. Der Akutagawapreis wurde 1935 zu seinem Gedächtnis begründet und gilt jetzt als der wichtigste Preis für angehende Schriftsteller in Japan.

verlangt. Hier handelt es sich erstens um den Begriff von "privacy", zweitens um den Konflikt zwischen dem Persönlichkeitsrecht und der Kunstfreiheit. Das LG Tokyo und das OLG Tokyo haben der Klage stattgegeben.

Das OLG Tokyo 15. 2. 2001 hat gesagt: Es sei eine rechtswidrige Verletzung der "privacy", eine Tatsache wie die, daß die A in ihrem Gesicht die krankheitsbedingte Behinderungen hat, weit zu verbreiten. Man solle beim Schreiben des Romans die Persönlichkeit des anderen berücksichtigen und der Identifizierung mit einer realen Person vorbeugen. Die Kunstfreiheit könne die Verletzung der Persönlichkeit des anderen nicht rechtfertigen. Die Geschädigte sei keine Person der Zeitgeschichte (public figur) und die betreffende Darstellung habe nichts mit öffentlichen Belangen zu tun. Man dürfe nicht auch unter dem Namen der Kunstfreiheit das tägliche Leben des anderen erschweren. Anders als durch die Veröffentlichung des Skandales nehme der Schmerz durch den betreffenden Roman im Lauf der Zeit nicht ab, sondern mit weiteren Lesen zu. Aus diesem Grund sei es nötig, die Veröffentlichung des Buches zu verbieten. Und das OLG Tokyo hat die LG Entscheidung auch bezüglich des Schmerzensgeldes von 1300,000 Yen (ungefähr 23,000 DM) aufrechterhalten. Die B und der C haben Revision eingelegt. Der Streit ist jetzt beim OGH anhängig. Diese OLG Tokyo Entscheidung verursacht wieder heftige Auseinandersetzungen unter Schriftstellern und auch in der juristischen Literatur.

(b) Begriff der "privacy"

Erstens ist es bemerkenswert, daß das OLG Tokyo die Tatsache der krankheitsbedingten Behinderungen im Gesicht für "privacy" gehalten hat. Im gebräuchlichen Sinne des Begriffes "privacy" klingt das ein bißchen befremdlich. Vermutlich hat das OLG deswegen die Schwierigkeiten des täglichen Lebens als Ergänzung in den Urteilsgründen hinzugefügt. M.E.berührt die rücksichtslose Darstellung der Behinderungen im Gesicht die Würde der Geschädigten. Es ist eine Sache der Selbstbestimmung, sich selbst zu entscheiden, wie man mit der eigener Behinderung

umgeht. In diesem Sinne gehört die Behinderung im Gesicht zur Privatsphäre.

(c) **Identifizierbarkeit im Roman**

Zweitens hat das OLG Tokyo die Schriftstellerin aufgefordert, die Identifizierung mit der realen Person zu vermeiden. Es hat die gegenüberstehenden Interessen nicht abgewogen. Das Persönlichkeitsrecht wurde in der Regel-Ausnahme Formel vorangestellt. Als Ausnahmen wurden die Fälle der Personen der Zeitgeschichte und der Darstellung öffentlicher Belangen aufgezählt. Der Rechtskonstruktion nach steht die OLG Tokyo Entscheidung im Gegensatz zur BVerfG Mephisto Entscheidung, in der zwar im Ergebnis die Verfassungsbeschwerde des Verlages gegen die Urteile des BGH und des OLG Hamburg abgelehnt wurde. Aber in der Urteilsbegründung hat das BVerfG argumentiert, daß für die Kunstfreiheit weder die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG noch die des Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG gälten, und daß der Konflikt zwischen der Kunstfreiheitsgarantie und dem verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsbereich nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung zu lösen, hierbei insbesondere die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Würde des Menschen zu beachten sei.

Aber auch wenn Hendrik Höfgen im Roman von Klaus Mann mit Gustaf Gründgens identifiziert werden könnte⁽⁷⁾, würde es seinem Adoptivsohn schwer fallen, in einem japanischen Gericht zu gewinnen. Zwar hat das OLG Tokyo den Schutz des Persönlichkeitsrechts vorangestellt. Gustaf Gründgens würde aber als public figur angesehen werden. Ferner anerkennt die Rechtsprechung in Japan nicht unmittelbar das postmortale Persönlichkeitsrecht, sondern nur ausnahmsweise in den Schmähfällen den Schutz des Angedenkens bei den Hinterbliebenen. Der Mephistofall würde nicht zu einer Ausnahme in diesem Sinne

(7) Larenz/ Canaris, Schuldrecht, II/2, 13. Aufl., 1994, S. 529 kritisiert in dieser Hinsicht die BVerfG Entscheidung.

gehören.

(d) Unterlassung der Veröffentlichung

Drittens ist es bemerkenswert, daß das OLG Tokyo in der Begründung des Verbots der Veröffentlichung des Buches auf seine dauernde und zunehmende Auswirkung hingewiesen hat. In Bezug auf die Folgen einer unerlaubten Handlung hat das JBGB die Grundregel der Geldentschädigung⁽⁸⁾ und ausnahmsweise die Anordnung geeigneter Maßnahmen zur Wiederherstellung der Ehre⁽⁹⁾. Die Rechtsprechung verhängt diese Maßnahmen nur in Fällen schwerwiegender Verletzung. Sie hat die negatorische Hilfe als Lückenausfüllung außerhalb des Deliktsrechts entwickelt. Der große Senat des OGH (11. 6. 1976, OGHZ 40, 872) hat in seiner grundsätzlichen Entscheidung das vorbeugende Verbot der Veröffentlichung als Ausnahme im dringenden Fall des Drohens eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens zugelassen, vorausgesetzt, daß die dargestellte Tatsache unwahr ist und sie deutlich nicht hauptsächlich auf die Beförderung des öffentlichen Interesses zielt. Dort handelte es sich um einen Angriff durch Schmähkritik in einem Magazin gegen einen Kandidaten im Gouverneurwahlkampf. Die OLG Tokyo Entscheidung zum Schlüsselroman hat mit der Formulierung "anders als bei einem Fall der Veröffentlichung eines Skandales" den Unterschied zum Fall in der Entscheidung des OGH Großenrat angedeutet und den Hinweis auf die dauernde und zunehmende Auswirkung der Veröffentlichung eines Buches hinzugefügt, um das erste

(8) § 722 Abs. 1: Auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung findet die Bestimmung des § 417 entsprechende Anwendung.

§ 417: Mangels entgegenstehender Vereinbarung ist der Schadensersatz in Geld zu leisten.

(9) § 723: Im Falle der Verletzung der Ehre eines anderen kann das Gericht auf Antrag des Verletzten statt des Schadensersatzes oder neben ihm geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Ehren anordnen.

Verbot der Veröffentlichung eines Romans zu begründen. In der OLG Tokyo Entscheidung können wir die Tendenz zur Verstärkung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts finden.

III Schutz des Willensbestimmungsrechts des Patienten

(A) Die OGH Entscheidung

Das Thema des Selbstbestimmungsrechts betrifft einen weiten Problembereich. Schon lange gibt es eine Auseinandersetzung über dieses Recht unter den Verfassungsrechtslehrern. Im zivilrechtlichen Bereich ist dieses Problem in letzter Zeit aktuell geworden, z.B. im Familienrecht und Verbraucherrecht. Dieses Problem ist aber am dringlichsten und am wichtigsten im Arzthaftungsrecht. Der OGH hat am 29. 2. 2000 (OGHZ 54, 582) eine wichtige Entscheidung getroffen. Darin hat der OGH das Recht des Patienten zur Willensbestimmung bei der Operation als Inhalt des Persönlichkeitsrechts ausdrücklich anerkannt und dann die Verletzung der Aufklärungspflicht des Arztes bejaht. Der OGH hat terminologisch nicht das Selbstbestimmungsrecht, sondern das Willensbestimmungsrecht des Patienten angenommen. Aber das ändert nichts an der Bedeutung dieser Entscheidung zur Entwicklung des Schutzes des Selbstbestimmungsrechts. Damit nimmt die Diskussion zum Selbstbestimmungsrecht und Persönlichkeitsrecht eine neue Dimension an.

Eine Gläubige der Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas (A) litt an einem bösartigen Tumor in der Leber, aber hatte den festen Willen, eine Bluttransfusion abzulehnen. Die A war in die Klinik B (Beklagte) gegangen, weil der Arzt in einem Krankenhaus, in dem die A vorher gewesen war, ihr mitgeteilt hatte, daß er die Behandlung ohne Bluttransfusion nicht ausführen könne. Allgemein in Bezug auf Bluttransfusionen hatte die B die folgende Richtlinie übernommen, d.h. den Willen des Patienten soweit wie möglich zu beachten, aber im Fall, in dem eine Bluttransfusion die einzige Rettung wäre, sie ohne Rücksicht auf den

Willen des Patienten oder seiner Familie auszuführen. Bei der Aufnahme in die B hatte die A die Ablehnung einer Bluttransfusion ausgedrückt und dem behandelnden Arzt eine Haftungsbefreiung beim Fall des Todes durch die Behandlung ohne Transfusion erteilt. Aber der Arzt hatte die A über die Richtlinie nicht aufgeklärt. Und letztlich hatte er die Transfusion ausgeführt und das Leben der A gerettet. Die A hat gegen die B und den Arzt Schadensersatzklage erhoben.

Das LG Tokyo (12. 3. 1997) hat die Klage abgewiesen: Die Vereinbarung der absoluten Nichttransfusion sei sittenwidrig und nichtig. Die Transfusion zur Rettung des Lebens sei eine gerechtfertigte Handlung.

Das OLG Tokyo (9. 2. 1998, Hanreijou 1629, 34) hat der Berufung der A stattgegeben: Der Arzt habe fahrlässig die Aufklärungspflicht nicht erfüllt, und der Klägerin die Chancen der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts genommen. Obwohl die Transfusion zur Rettung des Lebens der A unentbehrlich gewesen sei, sei sie nicht gerechtfertigt, weil sie gerade wegen der Verletzung der Aufklärungspflicht des Arztes notwendig geworden sei. Also seien das Selbstbestimmungsrecht und die religiöse Überzeugung der A durch die Transfusion verletzt worden. Die Summe des Schmerzensgeldes beträgt 500,000 Yen.

Der OGH hat die Revision des Beklagten abgewiesen und gesagt: "Wenn der Patient den eindeutigen Willen der Ablehnung der Behandlung durch Bluttransfusion aus religiösem Grund hat, dann soll sein Recht zur Willensbestimmung als ein Inhalt des Persönlichkeitsrechts beachtet werden." "Obwohl der Arzt in diesem Fall den Willen der A gekannt und schon einen Monat vor der Operation die Möglichkeit der Transfusion erkannt hatte, hat er die A über die mögliche Transfusion und die Richtlinie der Klinik nicht aufgeklärt. Nach Anfang der Operation wurde die Transfusion dennoch notwendig zur Rettung. Also hat der Arzt der A ihr Bestimmungsrecht darüber genommen, ob sie mit der Möglichkeit einer Transfusion operiert wird oder nicht... Das ist eine Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts." Zugleich hat der OGH die Anschußrevision der A abgewiesen, die behauptet

hatte, daß die Summe des durch das OLG bewilligten Schmerzensgeldes zu niedrig sei.

(B) Verselbständigung des Willensbestimmungsrechts

Erstens kann man als einen der Züge dieser OGH Entscheidung die Verselbständigung des Willensbestimmungsrechts nennen. Das OLG Tokyo hat nicht nur das Selbstbestimmungsrecht, sondern auch die religiösen Überzeugung für verletzt gehalten, und dabei den Schwerpunkt auf letzteres gelegt; es hat mit der Verletzung der Aufklärungspflicht den Rechtfertigungsgrund, die notwendige Transfusion zur Rettung des Lebens, ausgeschlossen. Demgegenüber hat der OGH ausschließlich die Verletzung des Willensbestimmungsrechts der A ins Auge gefasst. Dadurch ist der Konflikt zwischen der Rettung des Lebens und dem Schutz der religiösen Überzeugung in den Hintergrund getreten. In der Entscheidung des OGH ist die Erwähnung des religiösen Glaubens der A nur ein Hinweis auf die Festigkeit des Willens der A zur Ablehnung der Transfusion. Und der OGH hat in dieser Entscheidung das Willensbestimmungsrecht zur Operation als einen Ausdruck des Persönlichkeitsrechts für verletzt gehalten und nicht das religiösen und seelischen Persönlichkeitsrecht in speziellen⁽¹⁰⁾.

Die Reichweite dieser Entscheidung wurde dadurch erweitert, daß der OGH den Glauben als Zeichen der Festigkeit des Willens, nicht als Gegenstand der Verletzung in diesem Fall betrachtet. Bei einem deutlich ablehnenden Willen des Patienten kann der Arzt sich nicht mehr auf den Rechtfertigungsgrund der Le-

(10) Der OGH große Senat (1. 6. 1988, OGHZ 42, 277) hat die Verletzung des Interesses daran, ein ungestörtes religiöses Leben zu führen, nicht als rechtswidrig gefunden, es sei denn, daß die Störung die Grenze der zumutbaren Duldung übersteigt. Der OGH hat das Bestimmungsrecht über die Operation als Persönlichkeitsrecht anders als das Interesse des ungestörten religiösen Lebens bewertet.

bensrettung berufen.

(C) Verletzung der Aufklärungspflicht?

Zweitens hat der OGH die Verletzung der Aufklärungspflicht des Arztes B festgestellt. Zwar hat der Arzt pflichtwidrig nicht über die Richtlinie der Klinik aufgeklärt und die A im Irrtum bleiben gelassen. Aber der Arzt hat die Transfusion gegen den deutlichen ablehnenden Willen der A ausgeführt. Hier geht es nicht mehr um die Fahrlässigkeit des Arztes im gebräuchlichen Sinne. Man kann sogar vom *dolus eventualis* im Hinblick auf die Transfusion sprechen. Die Aufklärungspflicht in dieser Entscheidung bedeutet tatsächlich die Pflicht des Arztes, sich noch ein letztes Mal vor der Operation den Willen des Patienten bestätigen zu lassen. In diesem Fall hat das Schweigen des Arztes über die Richtlinie der Transfusion zwar zur Operation mit der Möglichkeit der Transfusion geführt. Aber hier handelte es sich nicht um eine Transfusion ohne Einwilligung, sondern um eine gegen den Willen des Patienten. Gerade darin liegt die Verletzung des Willensbestimmungsrechts der A, nicht im Schweigen über die Richtlinie. Dogmatisch gesehen bedeutet die Feststellung der Verletzung der Aufklärungspflicht in der OGH Entscheidung eine besondere Fallkonstellation.

Aber es ist sicher, daß diese Entscheidung eine große Bedeutung zur Weiterentwicklung des Schutzes des Willensbestimmungsrechts auch in den normalen Behandlungsfällen durch die Feststellung der Aufklärungspflicht hat.

IV Schutz vor sexueller Belästigung

(A) Einleitung

In den letzten Jahren ist das Prinzip der Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen, sowohl in Japan wie in anderen Ländern, graduell in das tägliche Leben und Bewußtsein der Menschen eingedrungen. In vielen Ländern wurden neue Regelungen zur Vorbeugung der sexuellen Belästigung eingeführt.

Im Deutschland trat das Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz 1994 (BGBl 1994 Teil 1, 1412) in Kraft. In Japan gelten der neue §21 des Gesetzes zur Gleichheit zwischen Männern und Frauen am Arbeitsplatz und die Regelung 10-10. des Personalamtes zur Dienstdisziplin von Beamten (Vorbeugung der Sexualbelästigung) seit April 1999⁽¹¹⁾. Diese Regelungen begründen nicht unmittelbar einen zivilrechtlichen Anspruch⁽¹²⁾. Aber sie zeigen die gegenwärtige Strömung in Japan, die vergleichbar mit anderen Ländern ist. Und in den 90er Jahren sind viele zivilrechtliche Klagen wegen sexueller Belästigung vor die Gerichte gekommen und der OGH hat bereits einige Entscheidungen getroffen, die die Revisionen der Angeklagten verworfen und deren Haftung bestätigt haben. Im folgenden stelle ich eine Übersicht zur Charakteristik dieser Entscheidungen dar.

(11) §21 Abs. 1 des Gesetzes zur Gleichheit lautet: Der Unternehmer soll dafür angemessen sorgen, daß die Arbeiterin nicht durch ihren Widerstand zur sexuellen Handlung am Arbeitsplatz in Bezug auf die Arbeitsbedingung benachteiligt wird, und auch dafür daß das Klima am Arbeitsplatz der Arbeiterin sich nicht durch die sexuelle Handlung verschlechert.

Die Regelung des Personalamtes definiert die sexuelle Belästigung als "die sexuelle Handlung am Arbeitsplatz, die andere belästigt, und die sexuelle Handlung außerhalb des Arbeitsplatzes, die andere Kollegen belästigt" (§2 Abs. 1), und bestimmt, daß der Leiter jeder Behörde sich um die Vorbeugung und Ausschließung der sexuellen Handlung bemühen und gegebenenfalls die nötigen Maßnahmen sofort treffen soll, um das Klima am Arbeitsplatz zu bewahren, damit die Beamten leistungsfähig arbeiten können.

(12) §21 des Gesetzes zur Gleichheit hat keine Sanktionsvorschrift, und funktioniert als Anhaltspunkt des Arbeitsamtes zur Verwaltungsführung gegenüber dem Unternehmer. Die Regelung des Personalamtes begründet die nachteilige Maßnahme gemäß den Dienstvorschriften.

(B) Haftung des Täters nach § 709

(a) Schwierigkeit der Beweislage.

In den meisten Fällen der sexuellen Belästigung ist die Tatsachenfeststellung die schwierigste und wichtigste Arbeit des Gerichtes. Denn eine sexuelle Belästigung wird in der Regel ohne Augenzeuge begangen. In Bezug auf die Tatsachenfeststellung sind zwei Tendenzen in der Rechtsprechung bemerkenswert.

Erstens kann man einen Wandel des Verständnisses bezüglich der Reaktion der Geschädigten beobachten. Am Anfang hat das Gericht manchmal aus der Sicht des sogenannten "normalen Menschen" die von den Klägerinnen behaupteten Tatsachen verneint, wenn sie z.B. unmittelbar nach der Handlung nicht protestiert, andere nicht um Hilfe gebeten, während der Handlung nicht heftig widerstanden, das Dienstverhältnis nicht gekündigt oder den Beklagten nicht sofort gemieden haben. Aber neuerdings haben einige Entscheidungen auf Grund neuer psychologischer Forschungen über die Opfer sexueller Handlungen die Behauptungen der Klägerinnen positiv festgestellt.

Zweitens akzeptiert das Gericht die Einwendungen seitens der Beklagten bezüglich eines Konsenses oder Liebesverhältnisses fast überhaupt nicht mehr. Das Gericht hält bei der Verneinung solcher Einwendungen das Abhängigkeitsverhältnisses für wichtig, z.B. das der Arbeiterin zum Chef am Arbeitsplatz, das der Studentin oder Assistentin zum Professor an der Universität. Die einflußreiche Stellung des Beklagten erschwert es den Frauen, die sexuelle Handlung deutlich abzulehnen.

In den meisten Fällen ist die Tatsachenfeststellung entscheidend für das Verfahren. Nur in ganz wenigen Fällen wird um den Sinn der Norm gestritten. Daraus kann man schließen, daß die Richtigkeit der Norm zum Verbot der sexuellen Belästigung theoretisch in allgemeinen akzeptiert wird. Tatsächlich gibt es dennoch viele Verstöße.

(b) Begründungen in den Entscheidungen

Man kann vier Typen von Formeln in den Urteilsbegründungen unterscheiden. ①Die Feststellung der Tatsachen der sexuell belästigenden Handlung führt unmittelbar zur Qualifizierung einer unerlaubten Handlung im zivilrechtlichen Sinne. ②Das Urteil der Rechtswidrigkeit der Handlung wird aus der Verletzung der sexuellen Freiheit, des Persönlichkeitsrechts oder der Würde der Geschädigten abgeleitet. ③Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falls wird geprüft, ob die Schädigung die Grenze der gesellschaftlichen Toleranz überschreitet. Danach folgt der Schluß, daß die Handlung eine rechtswidrige Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt. ④Die Ehre als Persönlichkeitsrecht wird in sexueller Hinsicht verletzt. In quantitativer Hinsicht stehen die Gruppe in folgender Reihenfolge ②, ①, ③ und ④. Der Typus ② bildet die Hauptströmung in der Rechtsprechung. Die Formeln von ①②③ stehen in keinem Zusammenhang mit der Verletzungsweise oder der Schwere des Schadens. Aufgrund dieser Differenzierung möchte ich einige Bemerkungen in dogmatischer Hinsicht hinzufügen.

Erstens, ob die Lehre von der Toleranzgrenze im Typus ③ nur die Bedeutung eines Übergangsstadiums hat, oder im Gegenteil eine unentbehrliche Regel des Zusammenlebens in der Gesellschaft zeigt? Es scheint mir fragwürdig, daß die sexuelle Handlung wider den Willen des anderen innerhalb bestimmter Grenzen erlaubt sein soll. M.E. ist es nun an der Zeit, die Anschauung in dieser Hinsicht zu wandeln. Also kommt es nicht auf die Toleranzgrenze, sondern auf die Verdeutlichung des Inhalts der "sexuellen Handlung wider des Willens des anderen" an. Es ist eine andere Sache, daß die leichte Belästigung meistens nicht vor das Gericht kommt.

Zweitens, woher kommt die Verkürzung der Subsumtion im Typus ①? Vermutlich haben die Entscheidungen des Typus ① von einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts wegen des unklaren Umrisses dieses Begriffes nicht gesprochen. Und ferner kommt diese Formulierung in den Urteilsbegründungen möglicherweise daher, daß der Richter den Begriff der unerlaubten Handlung hier mit dem der Gesetzeswidrigkeit gleichstellt. Der

Typus ① steht inhaltlich nicht im Gegensatz zum Typus ② und nimmt quantitativ sicherlich ab.

Drittens, der Typus ④ beinhaltet zwei verschiedene Ehrverletzungen, nämlich die durch die Behauptung einer falschen Tatsache und die durch ein sexuelles Schmähwort. Die erste gehört zum klassischen Fall der Ehrverletzung. In der zweiten Kategorie kommt es auf das Kriterium der Schmähung an. Hier sind die Einwendungen, wie "Scherz" oder "um sich am Arbeitsplatz miteinander gut zu verständigen" usw., wirkungslos geworden.

(C) Haftung des Arbeitgebers

(a) Haftung für eine Handlung während der Ausführung einer Verrichtung durch den Arbeitnehmer

Meistens erhebt die Geschädigte der sexuellen Belästigung die Klage nicht nur gegen den Täter, sondern auch gegen den Arbeitgeber. Es ist sehr selten, daß das Gericht den Arbeitgeber nicht für verantwortlich hält, nachdem es die Tatsache der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz festgestellt hat. Der gebräuchliche dogmatische Weg ist die Haftung für den Verrichtungsgehilfen. § 715 Abs. 1 JBGB lautet: "Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den die bestellte Person in Ausführung der Verrichtung einem Dritten zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Dienstherr bei der Auswahl der bestellten Person und bei der Beaufsichtigung der Verrichtung die angemessene Sorgfalt beobachtet hat oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde"⁽¹³⁾. § 715 Abs. 1 JBGB ist dem § 831 Abs. 1 BGB ganz ähnlich. Aber im Vergleich zum deutschen Recht hat die Rechtsprechung zur Haftung für den

(13) Genauso funktioniert § 44 JBGB im Fall der sexuellen Handlung durch den Vertreter einer Firma. § 44 Abs. 1 lautet: Die juristische Person ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den ein Vorstandsmitglied oder ein anderer Vertreter in Ausübung seiner Tätigkeit anderen zugefügt hat.

Verrichtungsgehilfen in Japan zwei Eigentümlichkeiten. Erstens ist der Tatbestand "in Ausführung einer Verrichtung" sehr weit gezogen. Zweitens ist die Möglichkeit des Arbeitgebers zur Befreiung durch die Rechtsprechung sehr eingengt worden. Also funktioniert § 715 Abs. 1 JBGB quasi wie eine Bestimmung der Gefährdungshaftung.

Auf den ersten Blick scheint es überraschen, daß die sexuelle Belästigung vom Begriff "Ausführung einer Verrichtung" umfasst ist. Aber diese Voraussetzung bedeutet nach der Rechtsprechung und dem Schrifttum "im Zusammenhang mit einer Verrichtung". Daher begründen die Tatsachen wie: Ausnutzung einer einflußreichen Stellung im Arbeitsverhältnis, der Gelegenheiten bei der Zusammenarbeit oder während des gemeinsamen Abendessens⁽¹⁴⁾ oder danach, die Anwendung des § 715 Abs. 1 JBGB. In einigen LG Entscheidungen wurde der Zusammenhang mit einer entsprechenden Verrichtung ausnahmsweise verneint, etwa als ein Arbeiter eine Angestellte im Umkleidungsraum heimlich mit einer Videokamera aufgenommen hatte⁽¹⁵⁾, oder als der Vizechef der Pflegeabteilung in einem Krankenhaus während der Nachtarbeit die schlafende Krankenschwester oftmals berührt hatte⁽¹⁶⁾. Aber auch in diesen Entscheidungen wurde die Haftung des Arbeitgebers im Ergebnis aus dem vertragsrechtlichen Grund bejaht.

In diesem Zusammenhang muß ich kurz etwas hinzufügen. In den Fällen der sexuellen Belästigungen an Universitäten werden nur die Professoren angeklagt, nicht die Universitäten oder der Staat als Arbeitgeber⁽¹⁷⁾. Aber bald wird die Universität die

(14) In Japan spielt das gemeinsame Abendessen als Fortsetzung der Atmosphäre am Arbeitsplatz eine wichtige Rolle!

(15) Das LG Kyoto 17. 4. 1997 Hanreitimes 951, 214.

(16) Das LG Tsu 5. 11. 1997 Rodouhanrei 729, 54.

(17) Eine Rechtsanwältin, die im Prozess als Vertreterin der geschädigten Assistentin tätig war, hat mir den praktischen Grund erklärt: Sie habe es vermieden, die Universität anzuklagen, damit die Kollegen an der Universität die Klägerin ohne Probleme unter-

Haftung für die sexuellen Handlung des Professors ebenfalls übernehmen müssen.

(b) Die unmittelbare Haftung des Arbeitgebers

In einigen Entscheidungen wird die Fahrlässigkeit des Chefs (Haftung der Firma nach § 715, § 44) oder der Firma (Haftung nach § 709) aus der Verletzung der Pflicht, vorbeugenden-oder nachträglichen Maßnahmen zu treffen, abgeleitet. Und ferner gibt es die oben berührten LG Entscheidungen, die die Haftung der Firma aus der Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflicht zur Bewahrung eines guten Klimas am Arbeitsplatz begründen.

Kann man hier vom richterrechtlichen Schutz des Interesses an einem guten Arbeitsklima sprechen? In der Literatur nimmt die positive Auffassung zu. M.E. handelt es sich aber in der bisherigen Entscheidungen tatsächlich um die Verletzung der Persönlichkeit der Geschädigten. Die Pflicht der Bewahrung eines guten Arbeitsklimas funktioniert dabei als vermittelndes Medium zum Schutz der Persönlichkeit. Wir können die selbständige Bedeutung des Interesses am guten Klima erst bestätigen, wenn eine Klägerin ohne eigenen Schaden an ihrer Persönlichkeit eine Klage führen und gewinnen würde.

Wieweit reicht die Pflicht des Arbeitgebers zu vorbeugenden oder nachträglichen Maßnahmen? Einige Arbeitsrechtslehrer versuchen, diese Pflicht mit OGHZ 37, 4 (25. 5. 1983)⁽¹⁸⁾ zu begrenzen, die aus der Fahrlässigkeit des Erfüllungsgehilfen beim Autofahren die Sorgfaltswidrigkeit des Arbeitgebers nicht abgeleitet hat. Der OGH hat diese vertragliche Pflicht inhaltlich auf die Auswahl der Person und die Beaufsichtigung begrenzt und

stützen und bei der Beweisstellung Hilfe leisten können.

- (18) Ein Arbeiter am Beifahrersitz ist wegen des Verkehrsunfall ums Leben gekommen. Sein Kollge am Steuerer hat in Ausführung der Verrichtung fahrlässig mit anderem Auto zusammengestoßen. Der Hintergelassene hat aus Grund der vertraglichen Sorgfaltswidrigkeit die Klage gegen Arbeitgeber=Staat erhoben.

die vertragliche Haftung des Arbeitgebers im betreffenden Fall verneint. Die OGHZ 37, 4 ist im Schriftum stark kritisiert worden. Es scheint mir fragwürdig, die vertragliche Haftung und die deliktsrechtliche Haftung so streng zu unterscheiden.

V Zusammenfassung

- (1) Im Hinblick auf den Inhalt und die Funktion des Begriffs des Persönlichkeitsrechts gibt es einen wichtigen Unterschied zwischen dem deutschen Recht und dem japanischen Recht. Im japanischen Recht wird dieses Recht einerseits weiter aber andererseits enger als im deutschen Recht gebraucht.
- (2) Die Entwicklung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts ist vor allem seit den 70' Jahren deutlich geworden. Aber das bedeutet nicht eine schnelle Entwicklung in gerader Linie. Bei den einzelnen Problemen handelt es sich immer um den Konflikt mit gegensätzlichen Interessen.
- (3) Im Bereich des Schutzes der Privatsphäre hat die OGH Entscheidung zum Resozialisierungsinteresse den Schutz des "right of privacy" vorangetrieben. In diesem Sinne kann man diese OGH Entscheidung mit dem Lebach Urteil des BVerfG vergleichen.
- (4) Der Schutz der Privatsphäre steht oft im Gegensatz zur Kunstfreiheit. Auch in Japan gibt es heutzutage eine Auseinandersetzung in diesem Zusammenhang aufgrund der Entscheidungen des LG Tokyo und des OLG Tokyo. Dort hat eine Klägerin, deren Gesichtsentstellung in einem Roman identifizierbar dargestellt wurde, eine Schadensersatzklage gegen die Schriftstellerin gewonnen.
- (5) Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ist ein wichtiges Thema bezüglich des Persönlichkeitsrechts. Der OGH hat das Willensbestimmungsrecht des Patienten im Fall der Ablehnung einer Transfusion als das Persönlichkeitsrecht anerkannt.
- (6) In den letzten Jahren haben die Gerichte in Japan viele

Entscheidungen getroffen, die den Schutz vor sexueller Belästigung angenommen haben. Die Entscheidungen begründen meistens die Rechtswidrigkeit der sexuellen Handlung direkt mit der Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Geschädigten, ohne von einer Toleranzgrenze der Gesellschaft zu sprechen. Zugleich bejahen sie auch die Haftung des Arbeitgebers. Dabei wird der Begriff der Ausführung einer Verrichtung im § 715 JBGB erweitert. Auch in diesem Bereich kann man eine Weiterentwicklung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts sehen.