

**„Wider die öffentliche Ordnung und die guten Sitten“.
Eine Annäherung an die japanische Generalklausel
aus europäischer Perspektive**

Sandra Hotz, Zürich

- I. Einleitung
- II. Grundlagen zu Art. 90 *Minpô*
 - 1. Die Entstehung von Art. 90 *Minpô*
 - 2. Zu den Begriffen
 - 3. Knappe dogmatische Einordnung
- III. Hinweise zum aktuellen Stand der Lehre und Rechtsprechung
 - 1. Fallgruppen zu Art. 90 *Minpô*
 - 2. Aktuelles Fallbeispiel
 - 3. Aktuelle Theorien zu Art. 90 *Minpô*
 - 4. Würdigung
- IV. Art. 90 *Minpô* am Beispiel des Prostitutionsvertrags
 - 1. Der Prostitutionsvertrag als Fallbeispiel für Art. 90 *Minpô*?
 - 2. *Baishun bôshi-hô*, Gesetz zur Prävention der Prostitution von 1956/58
 - 3. Verstoß gegen das *Baishun bôshi-hô* im Lichte von Art. 90 *Minpô*
 - 4. Andere „sachnahe“ Fallbeispiele aus der Judikatur
 - 5. Würdigung und Ausblick
- V. Rechtsvergleichende Würdigung

[S. 105 – 129]

Der Beitrag illustriert, welche Vertragsinhalte und -umstände nach japanischem Vertragsrecht wider die „öffentliche Ordnung“ und die „guten Sitten“ nach Art. 90 *Minpô* verstoßen, indem auf die japanische Rezeptionsgeschichte, die beiden Begriffe, die Dogmatik und auf einige besondere Vertragsbeispiele eingegangen wird. Im Detail zeigt sich etwa, dass das historisch angelegte Zusammenspiel von Artt. 90 und 91 *Minpô* (Vertragsautonomie) bis heute dogmatisch interessant ist: Es fehlt im japanischen Zivilgesetzbuch eine allgemeine Rechtswidrigkeitsnorm wie es § 134 BGB oder Art. 19 f. OR sind, so dass Unterschiede im Verhältnis von Rechts- und Sittenwidrigkeit bestehen. Außerdem ist nach japanischem Recht umstritten, ob ein Verstoß gegen zwingendes öffentliches Recht unter Art. 90 oder Art. 91 *Minpô* abzuhandeln ist. Begrifflich fragt sich entsprechend, wie die „öffentliche Ordnung“ nach Art. 90 *Minpô* zu definieren ist und ob rechtsvergleichend nicht allen Arten von „Ordnungen“, wie der Familien- oder Wirtschaftsordnung, die größere Bedeutung zukommt als den „guten Sitten“. Die japanische Zivilrechtslehre ist allerdings der Auffassung, dass sich die beiden Begriffe nicht trennen lassen.

Durch die Auswahl von pointierten Vertragsbeispielen, wie dem Prostitutionsvertrag – beziehungsweise zwei „sachnahen“ klassischen Fallgruppen aus der japanischen Judikatur (zu den „*gei shôgi keiyaku*“ und den „Bürgschaftsverträgen von Abhängigen“, genauer von Bardamen) – und dem Leihmutterchaftsvertrag, können im Zusammenhang mit dem klassischen Rechtsinstitut neben den rechtlichen auch die kulturellen Unterschiede zwischen Japan und Deutschland sowie der Schweiz besonders festgestellt werden. Im Allgemeinen lässt sich für das geltende japanische Recht ähnlich wie für das deutsche und schweizerische, eine erfreuliche Tendenz zur Beschränkung der Vertragsfreiheit zu Gunsten der Vertragsgerechtigkeit und damit grundsätzlich eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches von Art. 90 *Minpô* erkennen. Die Zivilrechtstheorien von *Atsushi Ômura* zur Vertragsgerechtigkeit und von *Keizô Yamamoto* zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 90 *Minpô* bieten dazu die nötigen theoretischen Grundlagen. Kehrseite für den juristischen Diskurs in Japan mag sein, dass die Selbstbestimmung der volljährigen Frau im Vertrag in Vergessenheit zu geraten droht, wenn es um Tätigkeiten wie die Prostitution oder die Leihmutterchaft geht.

SUMMARY

The article outlines what kind of contents and circumstances of contracts are against “public order and good morals” according to Japanese contract law (Art. 90 Minpô) while examining the history of reception, the terms, the dogmatic understanding, and selected examples of contracts. From a dogmatic point of view, the historically laid interaction between Art. 90 and Art. 91 Minpô (private autonomy) is still interesting: There is no general rule for “illegality” of a contract in the Japanese civil code as there is in the German or Swiss civil codes (§ 134 BGB, Art. 19 f. OR). Therefore, there are differences in the relation of illegality and immorality. Furthermore, it is controversial whether the violation of “public coercive law” is covered by Art. 90 Minpô or by Art. 91 Minpô. In questions of terms, the definition of “public order” (öffentliche Ordnung) is problematic. From a comparative view, this term and other “orders” such as the “family order” or the “economic order” seem much more important in Japanese law than the term “good morals”. According to Japanese doctrine, though, the terms cannot be distinguished.

*One can examine not only legal differences but also cultural differences with selected examples of contracts – such as the prostitution contract or two other related and classical examples of Japanese jurisdiction, *gei shôgi keiyaku*, the contract of surety with dependants, more precisely with employees at bars, or the surrogate mother contract. Overall in Japan as well as in Germany and Switzerland, one can observe a tendency to restrain the private autonomy in contracts in favor of the idea of justice, and therefore also for the extension of Art. 90 Minpô. Two civil law theories – one by *Atsushi Ômura*, who has developed a theory based on thoughts about justice, and one by*

Keizô Yamamoto, who links Art. 90 Minpô with an interpretation according to constitutional rights – offer the necessary theoretical foundations. On the other hand, there is a bias toward neglecting the contractual right of self-determination of adult women when it comes to prostitution or surrogate motherhood.