

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

Sandra Hotz *

- 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

I. EINLEITUNG

Verträge werden in Japan und Europa geschlossen; sie weisen die gleiche Grundstruktur und die gleichen theoretischen Grundprobleme auf. Kulturelle Unterschiede zeigen sich immer im Vertrag,¹ besonders wenn es sich um allgemeine, wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe wie die „Sittenwidrigkeit“ im Sinne von Art. 90 *Minpô* (Zivilgesetz) handelt:

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

公の秩序又は善良の風俗に反する事項と目的とする法律行為は、無効とする。

Ôyake no chitsujo mata wa zenryô no fûzoku ni han suru jikô to mokuteki to suru hôritsu kô'i wa mukô to suru.

* Die Autorin schreibt derzeit an einer rechtsvergleichenden Arbeit zum Themenbereich „Privatautonomie und Sittenwidrigkeit“ im Rahmen des Universitären Forschungsschwerpunkts Asien-Europa der Universität Zürich.

1 FRANZ BYDLINSKI, Fundamentale Rechtsgrundsätze (Wien 1988) 74 ff.

Welche Vertragsinhalte und -umstände nach japanischem Vertragsrecht wider die „öffentliche Ordnung“ und die „guten Sitten“ verstoßen, wird nachfolgend an einem Vertragsbeispiel (Prostitutionsvertrag) beziehungsweise zwei „sachnahen“ klassischen Fallgruppen („*gei shôgi keiyaku*“, dem „Vertrag zur Ausbildung zur Geisha“ und Bürgschaftsverträge Abhängiger) dargelegt.

Ziel dieses Beitrags ist eine Annäherung an die Generalklausel von Art. 90 *Minpô* und an die alte Diskussion um den Vorrang der Vertragsfreiheit vor der Vertragskontrolle. Es wird von einer europäischen Perspektive – und dem aktuellen Problem des Prostitutionsvertrags im Hinterkopf – ausgegangen. Betrachtet werden neben historischen, auch einige aktuelle japanische Diskussionspunkte aus Lehre und Rechtsprechung des im Rezeptionsland gut verankerten Rechtsinstituts und geendet wird mit einer rechtsvergleichenden Würdigung.

Es zeigt sich dabei, dass die Generalklausel nach Art. 90 *Minpô* prädestiniert ist, im Lauf der Zeit neue oder alte Probleme, die neue juristische Bedeutung erhalten (wie der Leihmutterchaftsvertrag oder der Prostitutionsvertrag), für die Vertragsparteien angemessen zu lösen.

II. GRUNDLAGEN ZU ART. 90 *MINPÔ*

1. Die Entstehung von Art. 90 *Minpô*

Gustave Boissonade entwarf Ende des 19. Jahrhunderts im Auftrag des japanischen Justizministeriums einen ersten relevanten Entwurf zu einem Zivilgesetzbuch, „altes Zivilgesetzbuch“ (*Kyû-Minpô*) oder auch „Boissonadescher Entwurf“ genannt², der weitgehend auf dem Code civil beruhte. Obschon das *Kyû-Minpô* wegen des anschließenden „Kodifikationenstreits“ nie in Kraft trat,³ beginnen die wichtigen Darstellungen zur „Sittenwidrigkeit“ im japanischen Vertragsrecht mit dessen Regelungen.⁴

2 GUSTAVE E. BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, Tome 2, Livre II, IIe Partie: Droit personnels et obligations, deuxième édition (Tokyo 1883) 129 ff.; KEIZO YAMAMOTO, *Kôjo ryôzoku ron no sai kôsei* (Tokyo 2000, 6. ND 2005), 111 ff., 112.

3 Boissonade verfasste den Teil zum Vermögensrecht; die Personen- und Erbrechtsteile wurden japanischen Gelehrten überlassen: ZENTARÔ KITAGAWA, *Die Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan* (Frankfurt a.M., Berlin 1970) 30 ff.

4 HIROKI MORITA, *Minpô 90-91jô*, in: Kawai/Hirai (Hrsg.), *Shin-chûshaku minpô, sôsoku* (3), *hôritsu kô'i* I §§ 90-98 (2. Aufl. Tokyo 2003), 94 ff., 101; KEIZÔ YAMAMOTO, *Minpô ni okeru kôjo ryôzoku*, in: *Minshô-hô Zasshi* Bd. 133 (2005) Nr. 3, 285 ff.; DERS., (Fn. 2) 111 ff., DERS., *Minpô 90 jô*, in: Hironaka/Hoshino (Hrsg.), *Minpô-ten no Hyakunen II* (Tokyo 1998), 110; ATSUSHI ÔMURA, *Kôjo ryôzoku to seigi – keiyaku-hô kenkyû I* (Tokyo 1995, 4. ND 2006) 11 ff.; AKIRA YONEKURA, *Hôritsu kô'i – Kôjo ryôzoku ihan no hôritsu kô'i*, in: *Hôgaku Kyôshitsu* Nr. 54-62 1985 (Es handelt sich um einen achteiligen Beitrag, wobei das Rechtshistorische in Nr. 54 steht).

An dieser Stelle muss allerdings präzisiert werden, dass Art. 328 *Kyû-Minpô* inhaltlich praktisch gleich noch als Art. 349 des „Boissonadeschen Entwurfs“ figurierte,⁵ womit sich hier zeigt, dass zwischen der Verkündung des „*Kyû-Minpô*“ (1890) und dem „Boissonadeschen Entwurf“ (1888) offenbar noch geringfügige Änderungen erfolgt waren.

Unter dem Titel „Vermögensrechte“ und dem Subtitel „Gültigkeit der Vereinbarung“ lautete Art. 328 *Kyû-Minpô*, übersetzt, wie folgt⁶:

„Die Vereinbarung der Parteien darf gegen eine gewöhnliche Rechtsregel verstoßen oder deren Wirkungen ändern (wörtlich: herabzusetzen oder zu heben), es sei denn, es liege ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten vor.“

Es fällt sogleich auf, dass diese Bestimmung nicht der heutigen Generalklausel von Art. 90 *Minpô* entspricht. Es handelt sich vielmehr um einen inhaltlichen Zusammenzug der heute geltenden Art. 90 und Art. 91 *Minpô*. Letzterer lautet nämlich übersetzt:

„Wenn die Parteien eines Rechtsgeschäfts eine Willenserklärung abgegeben haben, die nicht gegen die im Rahmen der gesetzlichen Normen gesetzte öffentliche Ordnung verstößt, so soll diese gelten.“

Nach Boissonade ging denn auch Art. 328 *Kyû-Minpô* auf Art. 6 des Code civil (CC) vom 15. 3. 1803 zurück:⁷

„*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.*“

Art. 6 CC findet sich in den Präliminarien des Code civil und regelt die Anwendung des französischen Zivilgesetzbuches. Aus dieser Systematik und dem Inhalt folgt keine Handhabe zur Vertragsinhaltskontrolle im Sinne des geltenden Art. 90 *Minpô*, vielmehr lässt Art. 6 CC die Nähe zu Art. 91 *Minpô* erkennen. Dass Boissonade mit seiner Regelung aber trotzdem eine echte Inhaltskontrolle für Verträge intendierte, ergibt sich aus den Beispielen, die er für den Verstoß gegen Art. 349 seines Entwurfes nennt. Er wollte mit der Generalklausel etwa folgende Vereinbarungen erfassen: die Person selbst betreffende wie z.B. den Familienstand oder solche, welche die individuelle Freiheit betreffen, wenn es z.B. um Fragen von Leben und Tod geht, aber auch wenn es um solche geht, die den Verzicht auf die Geltendmachung grundlegender Vertragsrechte zum Inhalt haben, wie z.B. der Verzicht auf die Anfechtungsrechte aus Willensmängeln.⁸

5 YAMAMOTO (Fn. 2) 111 ff., insb. 114.

6 Abgedruckt in: SAKAE WAGATSUMA, *Kyû-hôrei shû* (Tokyo 1968) 132.

7 BOISSONADE (Fn. 2) 130.

8 BOISSONADE (Fn. 2) 131.

Nachdem das *Kyû-Minpô* nicht in Kraft getreten war, fanden neue Gesetzesberatungen statt, bei denen sehr viele unterschiedliche, moderne Kodifikationen bzw. deren Entwürfe konsultiert wurden, wobei von einer Dominanz der eingesehenen europäischen Regelungswerke ausgegangen werden kann. Besonders wichtig waren dabei die Konsultationen des 1. Entwurfs zum Gesetzbuch des Deutschen Reiches von 1889. So kam es, dass Art. 90 *Minpô* schließlich nach dem Vorbild dieses 1. Entwurfes⁹ und im Sinne von Boissonade als ein Verstoß gegen die „öffentliche Ordnung“ und die „guten Sitten“ geregelt wurde. Außerdem bestimmten die Gesetzesverfasser für die Regelung der Vertragsfreiheit einen neuen eigenen Artikel, Art. 91 *Minpô*.¹⁰

Bemerkenswert daran ist die hierfür gewählte Gesetzssystematik: Anstatt Art. 91 *Minpô* wie den Art. 6 CC als allgemeine Bestimmung an den Anfang des *Minpô* zu stellen, wurden Art. 90 und 91 *Minpô* gemeinsam, wie es der Regelung des *Kyû-Minpô* entsprach, unter die „allgemeinen Bestimmungen“ für die „Rechtsgeschäfte“ eingereiht und im 5. Kapitel des ersten Buchs des *Minpô* (Allgemeiner Teil) geregelt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Privatautonomie erklärte Grundlage des japanischen Vertragsrechts war und die Gesetzesverfasser dementsprechend nur eine beschränkte „Sittenwidrigkeitsnorm“ im Sinne hatten.

2. Zu den Begriffen

Die Begriffe der „öffentlichen Ordnung“ und der „guten Sitten“ nach Art. 90 *Minpô* gehen also auf das französische und das deutsche Recht bzw. gleichermaßen auf das römische Recht zurück.¹¹

Die Umschreibung der „guten Sitten“ als Hinweise auf Gebote der Sittlichkeit und Moral ist mit den Worten Haferkamp ein „Ewigkeitsproblem“¹², weil weder in der japanisch- noch deutschsprachigen Literatur Einigkeit über die Generalklausel besteht, noch diese statischer Natur wäre. Eine genaue Definition ist daher kaum sinnvoll.

Nach japanischem Recht bilden, im Gegensatz zum deutschen Recht (§ 138 BGB), wie bereits erwähnt, die „öffentliche Ordnung“ (公の秩序、*ôyake no chitsujo*) und die „guten oder auch tugendhaften Sitten“ (善良の風俗、*zenryô no fûzoku*) Schranken der Privatautonomie nach Art. 90 *Minpô*. Entsprechend dem deutschen Sprachgebrauch kann „*fûzoku*“ auch mit Sittlichkeit – im Sinne einer Sozialnorm – übersetzt werden.

9 § 106 des 1. Entwurfes zum BGB lautete: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig“, in: BENNO MUGDAN (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 5 Bd. (Berlin 1899, ND Aachen 1979), vgl. Motive, Bd. I, 467 ff.

10 MORITA (Fn. 4) 105; YAMAMOTO (Fn. 4) *Minshô-hô Zasshi* 133-3-387.

11 „Contra bonos mores“, REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Oxford 1996, 706 ff.

12 HANS-PETER HAFERKAMP zu § 138 BGB N 5 in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (Tübingen 2003).

Das, was also gemeinhin als „gute Sitten“ bzw. als „Verstoß gegen die guten Sitten“ oder als „Sittenwidrigkeit“ nach japanischem Vertragsrecht bezeichnet wird (公序良俗違反性, *kôjo ryôzoku ihan sei*),¹³ ist ein Zusammenzug beider Begriffe. Die herrschende japanische Zivilrechtslehre ist dementsprechend auch der Auffassung, dass der Begriff der „guten Sitten“ und derjenige der „öffentlichen Ordnung“ *sich inhaltlich decken*,¹⁴ beide Begriffe lassen sich nach Ômura etwa zusammenfassen zu dem, was sich in der Gesellschaft gehört (*shakai datôsei*).

Der Begriff der „Ordnung“ (秩序, *chitsujo*) erscheint im Zusammenhang mit Art. 90 *Minpô* zentral zu sein und tritt ungleich viel häufiger auf als die Begriffe für „Sitten“, „Sittlichkeit“, „Moral(vorstellungen)“¹⁵ oder „ethische Vorstellungen“¹⁶, die im deutschen und schweizerischen Recht verwendet werden: z.B. im Zusammenhang mit Verträgen, die gegen die „Staatsordnung“, gegen die „Familienordnung“, gegen die „Wirtschaftsordnung“, gegen die rechtliche Ordnung, gegen die Gerechtigkeitsordnung verstoßen¹⁷ oder auch, wenn etwas gegen den „Ordre public“ (zu diesem später unter Ziff. III.3.b) verstößt. Das bedeutet freilich noch nicht, dass sich die beiden Begriffe in Art. 90 *Minpô* inhaltlich nicht decken können, sondern es ist möglicherweise ein Hinweis darauf, dass der Begriff der „Ordnung“ dem japanischen Denken näher steht als derjenige der „Sitten“.

Verstößt ein Vertragsinhalt nach Art. 90 *Minpô* einmal nicht gegen eine „Ordnung“, sondern gegen die „Moralvorstellungen“, ist festzustellen, für welche Fälle von „Sittenwidrigkeit“ welcher Begriff für Moral im Japanischen verwendet wird. Aufgrund einer Durchsicht der Literatur lässt sich m.E. schließen, dass „*dôtoku*“ eher die moralischen Vorstellungen im Sinne von traditionellen-konfuzianischen und „*moraru*“ eher solche westlich-philosophischer Art betreffen. Es fällt beispielsweise auf, dass gerade im Zusammenhang mit dem Verstoß gegen die sexuellen Moralvorstellungen nach Art. 90 *Minpô* der fremde Begriff „*moraru*“ verwendet wird.¹⁸

Ein Wort noch zu der in diesem Beitrag verwendeten Terminologie:

Es ist von einer oder der Generalklausel nach Art. 90 *Minpô* die Rede, aufgrund der beiden Rechtsbegriffe „öffentliche Ordnung“ und „gute Sitten“, könnte man aber genau so gut von zwei Generalklauseln ausgehen. Da die beiden Begriffe jedoch inhaltlich deckungsgleich verwendet werden, erscheint das gewählte Vorgehen einfacher. In diesem einheitlichen inhaltlichen Sinne kann hier rechtsvergleichend der Begriff der

13 Statt vieler BERND GÖTZ, *Deutsch-Japanisches Rechtswörterbuch* (Tokyo 1993) 245.

14 ATSUSHI ÔMURA, *Kihon Minpô I, Sôsoku-Bukken Sôron*, (3. Aufl., Tokyo 2007), 64, 68; TAKASHI UCHIDA, *Minpô Sôsoku*, (3. Aufl., Tokyo 2005) 275 f.; KEIZÔ YAMAMOTO, *Minpô Kôgi I, Sôsoku*, (2. Aufl., Tokyo 2005) 56.

15 道徳 (*dôtoku*); モラル (*moraru*).

16 倫理 (*rinri*).

17 Vgl. z.B. auch YAMAMOTO (Fn. 2) 113, der beispielsweise die Fallbeispiele von Boissonade diesen „Ordnungen“ zuweist.

18 MASANOBU KATÔ, *Minpô Sôsoku*, (2. Aufl., Tokyo 2005) 225 ff.

„Sittenwidrigkeit“ für das japanische Recht verwendet werden. Das geschieht jedoch so wenig als möglich, denn nach japanischem Recht erscheint m.E. die „Ordnungswidrigkeit“ als Oberbegriff der treffendere zu sein.

3. *Knappe dogmatische Einordnung*

Das Zusammenspiel von Art. 90 und 91 *Minpô* bleibt bis heute dogmatisch interessant. Ausgangslage ist, wie bereits erwähnt, dass Art. 91 *Minpô* die Vertragsautonomie statuiert und Art. 90 *Minpô* die Vertragsfreiheit insofern einschränkt, als Inhalte und Umstände, die gegen die grundlegende Gesellschaftsordnung verstoßen, den Vertrag ungültig werden lassen.

Nicht so klar geschrieben steht im Gesetze Folgendes:¹⁹ Die „Sittenwidrigkeit“ nach Art. 90 *Minpô* umfasst auch die Rechtswidrigkeit als einen möglichen grundlegenden Verstoss gegen die Gesellschaftsordnung. Und weiter, dass, wenn es sich um eine Rechtswidrigkeit handelt, die auf einer Verletzung zwingenden Privatrechts beruht, eine Nichtigkeit im Sinne von Art. 91 *Minpô* vorliegt.

Umstritten ist nun in der Lehre, inwiefern ein Verstoß gegen zwingendes öffentliches Recht ebenfalls zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach Art. 91 *Minpô* führt oder anders formuliert: Der Verstoss gegen welches zwingendes Recht fällt unter Art. 91 *Minpô*?

Die Rechtswidrigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen zwingendes öffentliches Recht scheint vom Wortlaut her („öffentliche Ordnung“) ohne weiteres von Art. 91 *Minpô* erfasst, aufgrund der von den Gesetzesverfassern gewählten Gesetzessystematik erstaunt es jedoch wenig, wenn in der Lehre die Ansicht vertreten wird, dass Art. 91 *Minpô* „nur“ eine Schranke der Vertragsfreiheit sei und sich damit auf bloss „innerprivatrechtlichen“, d.h. die zwingenden privatrechtlichen Bestimmungen beziehen könne. Da heißt, Art. 91 *Minpô* ist mehr als Norm gedacht, die den Unterschied zwischen dispositiven und zwingenden Regelungen – innerhalb des Privatrechts – klären möchte.

Führt der Verstoß gegen zwingendes öffentliches Recht nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach Art. 91 *Minpô*, so stellt sich die Frage, inwiefern ein solcher unter Art. 90 *Minpô* fällt, oder allenfalls auch genauer unter die Generalklausel der „öffentlichen Ordnung“ nach Art. 90 *Minpô*.

Ebenfalls zu diesem Problemkreis von Rechts- und Sittenwidrigkeit gehört die Frage nach dem Zusammenspiel von Art. 90 *Minpô* und der Persönlichkeitsrechtswidrigkeit,

19 MORITA (Fn. 4) 108 ff.; ÔMURA (Fn. 14) 65 ff., YAMAMOTO (Fn. 14) 218 f.; 68; KATSUO SHINOMIYA / YOSHIO NÔMI, *Minpô Sôsoku* (5. Aufl., Tokyo 1999, ND 2001) 224 ff.; vgl. zu den verschiedenen Arten des Rechtsverstosses nach Art. 90 *Minpô* im Zusammenhang mit Verbraucherschutzbestimmungen: MARC DERNAUER, *Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit im japanischen Recht* (Tübingen 2006) 167 ff.

die keine direkte Rechtsgrundlage im *Minpô* findet, sondern sich direkt aus der Verfassung ableitet.²⁰

Eine sehr aktuelle Bedeutung hat in der japanischen Zivilrechtsdogmatik weiter das Zusammenspiel von „Sittenwidrigkeit“ und „Unrechtmäßigkeit“ („*funô*“) im Sinne der ungerechtfertigten Bereicherung nach Art. 708 *Minpô*. Die Frage lautet: Inwiefern „*funô*“ und ein Verstoß gegen die „guten Sitten“ deckungsgleich sind, oder ob die „Unrechtmäßigkeit“ sich nach den „guten Sitten“ richten soll. Ebenfalls ein aktuell diskutiertes Thema ist das Zusammenspiel von „unerlaubter Handlung“ und „Sittenwidrigkeit“, weil die deliktsrechtlichen Bestimmungen (Artt. 709 ff. *Minpô*) im japanischen Schuldrecht eine wichtige Auffangfunktion erfüllen.²¹

III. HINWEISE ZUM AKTUELLEN STAND DER LEHRE UND RECHTSPRECHUNG

1. Fallgruppen zu Art. 90 *Minpô*

Da eine Definition und Umschreibung der Generalklausel nach Art. 90 *Minpô* kaum sinnvoll ist, weil ihre Inhalte ohnehin dem Wandel der Zeit unterworfen sind, herrscht heute in der japanischen Lehre und Rechtsprechung zu Art. 90 *Minpô* – wie in der Schweiz oder in Deutschland – die Gruppenbildung für die verschiedenen Fälle von „Sittenwidrigkeiten“ nach Art. 90 *Minpô* im Vertrag vor. Von einer einheitlichen Vorstellung dieser Fallgruppen kann zwar keine Rede sein, doch werden mehrheitlich ähnliche Fallbeispiele zitiert.²²

20 KEIZÔ YAMAMOTO, *Jinkaku-ken*, in: T. Uchida / A. Ômura (Hrsg.) *Jurisuto Bessatsu* (Tokyo 2007) 44.

21 MORITA (Fn. 4) 118 ff.; Tagung der Universität Kobe vom 23./24. September 2007 zur „Unerlaubten Handlung“.

22 Beispielsweise UCHIDA (Fn. 14) 275 f., der zwei große Gruppen unterscheidet: Entweder erleidet eine Partei einen großen Nachteil durch den Vertrag, oder dieser widerspricht den Gesellschaftsnormen schlechthin („*han-shakai sei*“). Zur ersten Gruppe zählt Uchida die Rechtsgeschäfte, die auf einem Verbrechen (z.B. Hehlerei, Bestechung) beruhen, und solche, die gegen andere nicht zwingende Gesetzesnormen verstoßen (wie dem Antimonopolvertrag, Hygienebestimmungen) und drittens solche, welche die „Menschlichkeit“ betreffen. Gemeint sind nach Uchida damit solche, welche gegen den Familiengedanken und die Sexualmoral verstoßen. Viertens gehören zu dieser Fallgruppe noch diejenigen Fälle, welche Spielschulden betreffen. Zur zweiten Gruppe zählt Uchida die Rechtsgeschäfte, welche die Selbstbestimmung oder die Freiheit einer Person beschränken.

YAMAMOTO (Fn. 14) 240 f. unterscheidet dagegen sieben Fallgruppen: (1) solche, die gegen die „Moral“ verstoßen, (2) solche, die gegen die Gerechtigkeit verstoßen, (3) Wucherergeschäfte, (4) solche, die das Individuum grundlegend in seiner Selbstbestimmung beschränken, (5) solche, welche die Gewerbefreiheit einer Person beschränken, wie z.B. Wettbewerbsbeschränkungen, (6) solche, die Vermögensveräußerungen beinhalten, welche der Existenzgrundlage dienen, und (7) solche, die spekulative Vertragsinhalte betreffen, wie z.B. Wett- und Glücksspielverträge.

In Anlehnung an *Katô*²³ lassen sich heute drei sehr weit gefasste Fallgruppen zu Art. 90 *Minpô* unterscheiden:

(1) Unter die Verstöße gegen die „rechtliche und gesellschaftliche Ordnung“ fallen solche gegen das Strafrecht und andere öffentlich-rechtliche Bestimmungen (wie z.B. m.E. der nachfolgend zu erörternde Art. 3 des japanischen Gesetzes zur Prävention der Prostitution oder, bei *Katô* erwähnt, das japanische Organtransplantationsgesetz)²⁴ und nach *Katô* solche gegen das gesellschaftliche Anstandsgefühl (wie gegen die sexuelle Moral oder die Familienordnung).

(2) Unter den sogenannten „grundlegenden Persönlichkeitsverletzungen“ werden etwa Fälle von Menschenhandel²⁵ oder Verletzungen der Meinungsäußerungsfreiheit oder der Gewerbefreiheit verstanden.

(3) Unter die sogenannten „ungerechten Geschäftssituationen“ fallen beispielsweise risikoreiche Anlagegeschäfte oder Wuchertatbestände²⁶ und allgemein die unbilligen, eine Partei grob benachteiligenden Fälle, wie sie z.B. im Verbrauchervertragsrecht oder bei den nachfolgend zu behandelnden Bürgschaftsverträgen Abhängiger anzutreffen sind.²⁷

Im Zusammenhang mit der dogmatischen Einordnung der Generalklausel und dem Verhältnis von Artt. 90 und 91 *Minpô* steht dabei wiederum, dass nach japanischem Recht der Verstoß gegen öffentliches Recht auch unter Art. 90 *Minpô*, und zwar unter den

23 KATÔ (Fn. 18) 225 f.

24 Urteil des OGH vom 18.4.2003 (Minshû 55-4-30) und 4.9.1993 (Minshû 51-8-3619) betr. Verstoß gegen Art. 42 des Gesetzes zu den Sicherheitsleistungen, Urteil des OGH vom 23.1.1964 (Minshû 18-1-37) betr. Verstoß gegen die Lebensmittelverordnung, Urteil des OGH vom 13.6.1963 (Minshû 17-5-744) betr. Verstoß gegen Art. 72 Abs. 6 des Anwalts-gesetzes, Urteil des OGH vom 6.11.1939 (Minshû 18-1224) zur strafrechtlich relevanten Kartellabsprache, Urteil des OGH vom 25.11.1933 (Minroku 25-1633) betr. einen Verstoß gegen Art. 17 des Bergbaugesetzes und das berühmte Urteil des OGH vom 20.11.1986 (Minshû 40-7-1167) zu einem Geliebtestament, das nicht nichtig war, weil nur 1/3 des Erbes an die Geliebte ging und die Beziehung zum Erblasser zum Todeszeitpunkt schon sechs Jahre gedauert hatte.

25 Urteil des OGH vom 7.10.1955 (Minshû 9-11-1616), auf welches gleich anschließend unter Ziff. IV.4. eingegangen wird, Urteil des OGH vom 28.5.1920 (Minroku 26-773) bzgl. einer Diskussion um die Sittenwidrigkeit eines „Ehewermittlungsvertrages“.

26 Daneben gibt es noch ein Sondergesetz zur Beschränkung von Zinsen bei Darlehens-geschäften von 1999/Nr.155.

27 Urteile des OGH vom 14.12.1991 (Minshû 43-12-2051) und vom 29.6.1986 (Hanrei Jihô 1196, 102 ff.) betreffend Knebelungsverträge, Urteile des OGH vom 6.11.1967 (Minshû 21-2430) und vom 31.8.1954 (Minshû 8-8-1557) betreffend übermäßige wirtschaftliche Beschränkung eines Verbrauchers durch Abschluss eines Kreditvertrags. Dieses letzte Urteil ist auch dogmatisch bemerkenswert, da es um das Verhältnis von „Sittenwidrigkeit“ und „Unrechtmäßigkeit“ nach Art. 708 *Minpô* (ungerechtfertigte Bereicherung) geht. Urteil des DG Tokio vom 10.11.1992 (Hanrei Jihô 1479 (1994) m.w.H.) betreffend ein risikoreiches Anlagegeschäft, das aufgrund sittenwidriger Kundenbeeinflussung zu Stande gekommen ist.

Begriff der „öffentlichen Ordnung“ subsumiert wird. Die meisten Fälle zum Verstoß gegen Art. 90 *Minpô* gehören denn auch zur ersten Fallgruppe.

2. *Aktuelles Fallbeispiel*

a) *Ein Urteil zum Leihmutterschaftsvertrag*

Mit Urteil des OGH vom 23.3.2007²⁸ wurde einem amerikanischen Urteil des Staates Nevada die Anerkennung versagt, welches das Kindesverhältnis zwischen den japanischen Eltern A und den Zwillingkindern K, die von einer amerikanischen Leihmutter L ausgetragen worden waren, festgestellt hatte..

Die Eltern A sind die genetischen Eltern der Zwillinge K. Zwei künstlich befruchtete Eier der Mutter A (die aufgrund einer früheren Krebserkrankung keine Gebärmutter mehr hat) wurden der Leihmutter L implantiert. Die Eltern A und Leihmutter L mit Partner P haben vorgängig, am 6. Mai 2003, einen Leihmutterschaftsvertrag gemäß dem Recht von Nevada geschlossen,²⁹ in welchem die Leihmutter L mit Partner P auf alle Rechte an den künftig zu gebärenden K verzichteten und festgehalten wurde, dass die genetischen Eltern A die rechtlichen sein werden. Die Kinder kamen im November 2003 im Staate Nevada zur Welt. Mit Urteil vom 1.12.2003 anerkannte der „District Court, State Nevada“ mit Urteil, dass die genetischen Eltern A die rechtlichen seien.

Die Vorinstanz (OG Tokyo) und der OGH haben beide entschieden, dass nach japanischem Zivilrecht die Mutter, welche das Kind physisch zur Welt bringt, die rechtliche Mutter ist (Art. 772 *Minpô*³⁰). Beide Instanzen anerkennen auch, dass es bis heute keine explizite Bestimmung im japanischen Recht gibt, die den Leihmutterschaftsvertrag verbietet. Nicht derselben Meinung waren aber die beiden Gerichte in Bezug auf die Frage, ob das oben erwähnte Urteil von Nevada, welches das Kindesverhältnis der Eltern A mit den Kinder K festgestellt hatte, in Japan anerkannt werden könne oder nicht:

Der OGH schloss in seinem Urteil, dass ein Kindesverhältnis die fundamentalste aller Rechtsbeziehungen darstelle und dass diese daher nur im *Minpô* gültig geregelt sein könne. Außerdem müsse die Regelung für diese fundamentale Frage immerwährend einfach und klar sein. In Japan könne somit nur ein (natürliches) Kindesverhältnis

28 Minshû 61-2-1; Auch auf Englisch erhältlich, unter: www.courts.go.jp/english/Judgements/2007.

29 Nach dem Recht von Nevada ist ein unentgeltlicher Leihmutterschaftsvertrag zulässig. Außerdem ist ein Gerichtsentscheid vorgesehen, der im Anschluss an die Geburt das Kindesverhältnis zu den genetischen Eltern festhalten soll (gemäß dem Urteil: Art. 45, Art. 161, Chapter 126, Nevada Revised Statutes).

30 Art. 772 *Minpô* lautet nach AKIRA ISHIKAWA / INGO LEETSCH, Das japanische BGB in deutscher Sprache (1985 Tokyo): „(1) Es wird vermutet, dass ein von der Ehefrau während der Ehe empfangenes Kind das Kind des Ehemannes ist. (2) Ist ein Kind zweihundert Tage nach der Eheschließung oder innerhalb von dreihundert Tagen nach der Auflösung oder Aufhebung der Ehe geboren, so wird vermutet, dass es während der Ehe empfangen worden ist.“

nach dem *Minpô* anerkannt werden. Da nach Art. 772 *Minpô* diese durch den Vorgang der Geburt durch die Gebärende begründet wird, urteilte es, dass das Urteil aus Nevada, das eine Regelung anwendet, welche das *Minpô* weder kenne noch zu stützen vermöge, gegen die „öffentliche Ordnung“ nach Art. 118 Abs. 3 *Minji-hô*³¹ verstoße und somit nicht anerkannt werden könne und ungültig sei.

b) *Würdigung*

Dieses Fallbeispiel zum Leihmutterschaftsvertrag ist in unterschiedlicher Hinsicht interessant: Es zeigt erstens, dass Vorbereitungen zur Regelungen eines Verbots der Leihmutterschaft im Gange sind. Auch wenn heute (im Gegensatz zu Deutschland und der Schweiz) noch keine entsprechende Regelungen existieren, wäre ein Leihmutterschaftsvertrag seit diesem Urteil nach japanischem Recht wohl als „sittenwidrig“ im Sinne von Art. 90 *Minpô* einzuschätzen, denn das Urteil von Nevada, das die Leihmutterschaft anerkannt hat, verstößt nach dem OGH gegen die fundamentalste Rechtsbeziehung, die es nach dem *Minpô* geben könne: das (vermutete) Kindsverhältnis zur Mutter durch die Geburt nach Art. 772 *Minpô*.

Und selbst wenn künftig einmal eine Regelung zum Verbot der Leihmutterschaft positiviert sein sollte, wird sich je nach Formulierung die bereits diskutierte Frage der Rechtswidrigkeit oder Sittenwidrigkeit eines Leihmutterschaftsvertrags nach Artt. 91 oder 90 *Minpô* wieder stellen.

Man kann sich auch wieder fragen, ob damit ein Leihmutterschaftsvertrag nach japanischem Recht gegen die „öffentliche Ordnung“ oder gegen die „guten Sitten“ im Sinne von Art. 90 *Minpô* verstößt oder ob diese Frage keine Rolle spielt, weil nach japanischer Lehre von einem Verstoß gegen die „Sittenwidrigkeit“ (im einheitlichen Sinne) auszugehen ist.

Schließlich weist das Urteil noch auf ein weiteres Problem hin, das mit Art. 90 *Minpô* zusammenhängt, hier aber lediglich angedeutet werden kann: die Frage nach der Abgrenzung von „öffentlicher Ordnung“ und „Ordre public“, wie er in der Schweiz oder Deutschland verstanden wird. Die Formulierung von Art. 118 Abs. 3 *Minji-hô* in Fn. 31 lautet zwar ebenso wie diejenige von Art. 90 *Minpô*, doch ist im Zusammenhang mit der Anerkennung des amerikanischen Urteils nicht der „Ordre public“ im Sinne des Internationalen Privatrechtsgesetzes gemeint statt der „öffentlichen Ordnung“ und die guten Sitten“ wie in Art. 90 *Minpô*? Der Begriff des „Ordre public“ bedeutet zwar übersetzt nichts anderes als „öffentliche Ordnung“ und in allen englischen Übersetzungen zu Art. 90 *Minpô* wird die „öffentliche Ordnung“ auch mit „Ordre public“ wiedergegeben, doch kommt wohl im Zusammenhang mit Art. 42 des neuen Internationalen Privat-

31 Art. 118 Abs. 3 *Minji-hô* (vom 26.6.1996/No. 109) lautet übersetzt: Ein ausländisches Urteil letzter Instanz soll unter der Erfüllung der folgenden Voraussetzungen anerkannt werden, [...] wenn „der Inhalt des Urteils und das Verfahren nicht gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten Japans verstoßen.“ (...公の秩序又は善良の風俗に反しないこ).

rechtsgesetzes dem Begriff des „Ordre Public“ eine etwas andere, engere Bedeutung zu als der „öffentlichen Ordnung“^{31a}.

Ob dem Urteil von der Sache her zugestimmt werden könnte, ist indes fraglich:

(1) Zum Zeitpunkt des Erlasses von Art. 772 *Minpô* gab es die heutigen extrauterinen Fortpflanzungsmethoden noch nicht.

(2) Es steht nicht unbedingt die Art des Kindsverhältnisses, im Sinne eines natürlichen von Mutter und Kind, im Vordergrund bei Art. 772 *Minpô*, sondern die Einfachheit der Bestimmung des Kindsverhältnisses; und das dient dem Kindeswohl. Es lässt sich daher argumentieren, dass die Methode geändert werden darf, wenn das Kindeswohl vergleichbar einfach bestimmbar bleibt (z.B. durch einen DNA-Test).

(3) Wie wäre wohl entschieden worden, wenn die japanischen genetischen Eltern bereits drei Jahre mit den K zusammengelebt hätten und dann die Anerkennung des amerikanischen Urteils verlangt hätten? Mit dem Kindeswohl ließe sich dann das Urteil kaum mehr vereinbaren.

3. Aktuelle Theorien zu Art. 90 *Minpô*

a) Neben den Fallgruppen

Neben diesen aktuellen Fallgruppen werden aber auch regelmäßig zwei Theorien im Zusammenhang mit Art. 90 *Minpô* diskutiert, nämlich der Leitgedanke der Vertragsgerechtigkeit von *Atsushi Ômura* und die grundrechtskonforme Auslegung von *Keizô Yamamoto* aus dem Jahre 2000.

b) Gedanke der Ausgewogenheit (*Atsushi Ômura*)

Atsushi Ômura geht von einer rechtstheoretischen Forderung nach Ausgewogenheit (給付の均衡 *kyûfu no kinkô*) aus, die er rechtsvergleichend aus der deutschen Lehre zum Wucher und der französischen Theorie zur „lésion“ (allg. Vertragsauflösung) entwickelt hat (im Jahre 1995 in seinem Werk zur „Sittenwidrigkeit und Gerechtigkeit“ bzw. bereits im Jahre 1993 in seinem Buch „Vom Zivilrecht zum Verbraucherschutzgesetz hin“).³² Leitgedanke im Vertragsrecht muss nach Ômura die Vertragsgerechtigkeit, nicht die Vertragsfreiheit sein. Der Staat muss Verantwortung für die Wahrung der

31a Vgl. die Erläuterung von KENT ANDERSON / YOSUHIRO OKUDA, Translation of Japan's Private International Law, in: ZJapanR 23 (2007) 227, 229, Fn. vii, zu Art. 3 *Tsûsoku-hô* vom 1898/No. 10 i.d.F. vom 21.6.2006, der ebenfalls dieselbe formelhafte Bedingung wiederholt, für den Fall, dass die Gewohnheiten „gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten“ verstoßen.

32 ATSUSHI ÔMURA, *Keiyaku-hô kara shôhi-sha keiyaku-hô he* (Tokyo 1993) und vgl. Hinweis unter Fn. 4.

fundamentalen Interessen von Bürgerinnen und Bürgern auch in deren Privatverhältnissen übernehmen.

c) *Grundrechtskonforme Auslegung (Keizô Yamamoto)*

Keizô Yamamoto sieht die Anerkennung von „Sittenwidrigkeitsfällen“ nur dann gerechtfertigt, wenn es sich zugleich um Verfassungsrechtsverletzungen handelt, oder positiv formuliert: ob ein Eingriff in die Vertragsfreiheit aufgrund von Art. 90 *Minpô* zulässig ist, soll sich nach verfassungsrechtlichen Prinzipien und nicht nach dem Willen der Richter richten.

Yamamoto vertritt denn auch seit langem die deutschrechtliche Theorie einer allgemeinen Grundrechtswirkung auf die Privatrechtsgesellschaft und beschäftigt sich mit der Frage, welche Bedeutung dem Privatrecht künftig im Verfassungssystem zukommen soll.³³ Dazu gehört zum vorliegenden Problemkreis einerseits, dass sich Vertragsfreiheit auch direkt aus dem verfassungsmäßig garantierten Prinzip des „pursuit of happiness“ (Art. 13) und der Gewerbefreiheit (Art. 27) ableiten lässt, und andererseits, dass eine zivilrechtliche Generalklausel, wie es Art. 90 *Minpô* zweifellos eine ist, verfassungsrechtskonform ausgelegt wird. Und schließlich geht Yamamoto noch einen Schritt weiter, indem er den so verstandenen Privatrechtsinstituten neu die Aufgabe zu kommen lässt, Grundrechtskollisionen auszugleichen.

4. *Würdigung*

Bei der Fallgruppenbildung erstaunt die Vielfalt in der japanischen Lehre, inhaltlich behandeln jedoch fast alle Lehrbücher ähnliche Fallbeispiele, was ein Argument für die These von Yamamoto ist, dass die Fallgruppenbildung zu „unsicher“ sei. Die japanische Rechtsprechung hat aber bisher weder die eine noch die andere Theorie zur Materialisierung der formalen Vertragsfreiheit übernommen.³⁴ Im Ganzen erscheint die japanische Lehre zur Sittenwidrigkeit im Privatrecht aber durch die neuen Lehren von Ômura und Yamamoto in Bewegung gekommen zu sein.

Für die vorliegende Untersuchung sind beide Theorien auch insofern interessant, als sie aktuelle Beispiele für europäische Theorienrezeptionen sind und deswegen letztlich auch förderlich bei der Suche nach einem transnationalen Ausgewogenheitsmodell im Vertrag sind.

33 Vgl. jüngst auch auf Deutsch: KEIZÔ YAMAMOTO, Aufgaben des Privatrechts im Verfassungssystem, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris (München 2007); im Übrigen sei auf die Literaturhinweise unter Fn. 2 und 4 hingewiesen.

34 Das heißt aber nicht, dass es nicht – auch schon vorher – Urteile des *Saikô-sai* gab, die einen Grundrechtsschutz diskutierten 20.6.1977 (Minshû 31-4-499) oder befolgten ohne entsprechende gesetzliche Regelung: 24.3.1981 (Minshû 35-2-300)

IV. ART. 90 MINPÔ AM BEISPIEL DES PROSTITUTIONSVERTRAGS

1. *Der Prostitutionsvertrag als Fallbeispiel für Art. 90 Minpô?*

Der „Prostitutionsvertrag“ (*baishun keiyaku*) wird in der japanischen Literatur als ein Beispiel für einen Vertrag, der gegen Art. 90 *Minpô* verstößt und damit ungültig ist, aufgezählt.³⁵ Zivilrechtliche Urteile, die Prostitutionsverträge oder weitere Verträge mit Prostituierten, wie beispielsweise ein Mietvertrag mit einer Prostituierten, als gegen Art. 90 *Minpô* verstoßend beurteilt hätten, habe ich bis jetzt jedoch noch nicht finden können. – Daraus ergibt sich natürlich die Frage, was daraus zu schließen ist? Doch vorerst stellte sich die einfachere Frage, wie denn ein Prostitutionsvertrag nach japanischem Recht überhaupt zu definieren wäre und ob allenfalls noch andere gesetzliche Regelungen außerhalb des *Minpô* bestehen. Das führt zur gesetzlichen Definition und dem Gesetz zur Prävention der Prostitution (1956/1958) im Allgemeinen sowie den strafrechtlichen Bestimmungen im Zusammenhang mit der Prostitution.³⁶

2. *Baishun bôshi-hô, Gesetz zur Prävention der Prostitution von 1956/58*a) *Auf amerikanische Initiative hin*

Die amerikanische Besatzungsmacht plante 1946, das lizenzierte Prostitutionssystem in Japan zu zerschlagen, und das Hauptquartier der Besatzungsmacht verlangte 1948 vom

35 YAMAMOTO (Fn. 2) 60 (und zwar als Beispiel eines Verstoßes gegen eine strafrechtliche Regelung), 69 (*allerdings relativierend: "darô....."*); ÔMURA (Fn. 14) 68; HIROSHI ODA, *Japanese Law* (2. Aufl. London 2000) 147; sogar als aktueller „Keywordeintrag“ bei KUNIHIRO NAKATA / HIDEHIRO TAKASHIMA, *Shin ,kî-wâdô' Minpô* (Kyoto 2007) 79.

36 Nach dem japanischen Strafgesetzbuch vom 24.4.1907/No. 45 i.d.F. 23.5.2007/No. 54 werden fünf Arten von Sexualdelikten unterschieden:
– „Öffentliche Unsittlichkeit“ (Art. 174) oder Verbreitung einer „öffentlichen Unsittlichkeit“ (Art. 175), alles im Sinne von Handlungen oder Darstellungen, welche die Moral verletzen können, was natürlich sehr weit gefasst werden kann.
– Sexuelle Nötigung (Art. 176)
– Vergewaltigung (Art. 177), wobei das Schutzalter bei 13 Jahren liegt.
– Schändung (Art. 178)
– Versuchte Nötigung oder Vergewaltigung (Art. 179).

Wichtig sind in diesem Zusammenhang außerdem das Gesetz zur Bestrafung der Kinderprostitution und Kinderpornographie und zum Schutz der Kinder von 1999/No. 52: das Kindesalter wird bis zum 18. Lebensjahr erstreckt; und das Gesetz zur Regulierung der Geschäfte im Erwachsenen-Unterhaltungssektor vom 10.7.1948/No. 122 i.d.F. 8.5.1998/No. 55: Weil die Prostitution auf den Geschlechtsverkehr beschränkt ist, wurden die anderen Formen von sexuellen Handlungen indirekt reguliert – über ein Gesetz zur Regelung des Unterhaltungssektors. Insbesondere brauchen diese Gewerbe des Unterhaltungssektors eine Erlaubnis und werden staatlich kontrolliert, in der Meinung, dass niemand ohne Arbeitserlaubnis dort arbeitet. Außerdem gibt es weitere lokale Gesetze der japanischen Präfekturen zum Schutze der Jugend (z.B. die „Youth Protection Ordinance“ des Metropolitan Government of Tokyo, Stand 16.12.1997, das den Geschlechtsverkehr und ähnliche Akte gegen Geld von Erwachsenen mit Kindern verbieten.)

japanischen Justizministerium den Erlass eines Gesetzes, welches die Prostitution in Japan institutionell verbot. Bei dem Prostitutionsverbot ging es den amerikanischen Befehlshabern allerdings weniger um ein ethisches Anliegen als um die Eindämmung der Syphilis. Sie hatten nämlich schnell die Bedeutung der Bordelle für das Militär erkannt: In Okinawa, den Philippinen und in Korea wurden diese von den Amerikanern weitergenutzt.³⁷

b) *Wichtigste Inhalte des Baishun bôshi-hô*

Das *Baishun bôshi-hô* oder das Gesetz zur Prävention der Prostitution vom 24.5.1956 (Gesetz Nr. 118) ist seit 1958 in Kraft und wurde zuletzt am 1.4.2005 (Gesetz Nr. 25) geändert. Es findet sich eine englische Übersetzung des Gesetzes aus dem Jahre 2003 in der Sammlung des Verlages *Eibun Hôrei-Sha*.³⁸ Die wichtigsten Inhalte sind die Folgenden:

Der Gesetzeszweck (Art. 1) lautet: Zum Schutz der Menschenwürde, der sexuellen Moral und der Gesellschaft soll die Förderung der Prostitution verhindert werden.

In Art. 2 folgt die Definition der Prostitution: mit einem beliebigen Vertragspartner gegen ein Entgelt oder gegen das Versprechen eines Entgelts den Geschlechtsverkehr auszuüben.³⁹

Nach Art. 3 soll niemand sich prostituieren oder Vertragspartei [eines Prostitutionsvertrags] werden. Die Gesetzesmarginale erklärt zwar unmissverständlich ein „Verbot der Prostitution“ (売春禁止, *baishun kinshi*), der Titel des Gesetzes lautet jedoch auf „Prävention der Prostitution“ (売春防止, *baishun bôshi*).

Im zweiten Abschnitt des Gesetzes, unter dem Titel der Strafbestimmungen, sind die Verhaltensweisen geregelt, welche strafbar sind. Es sind dies: nach Art. 5 Abs. 1 die Anwerbung zur Prostitution (*baishun kanyû*), nach Art. 6 Abs. 1 die Vermittlung zur Prostitution (*baishun shûsen*), nach Art. 7 die Prostitution aufgrund von einem äußeren Druck oder Ähnlichem („*konwaku nado*“ umfasst wörtlich auch diejenige aufgrund einer „Überrumpfung“ oder eines „Überredens“ oder die aus einer Verlegenheit heraus), Art. 10

37 NORIKO WAKAO, *Josei no jiko kettei-ken – baishun ni ôkeru seitoki jiko kettei-ken o kangaeru*, in: Tsujimura/Saito/Aoi (Hrsg.), *‘Sekushuariti’ to hô*, ein gleichnamiger Tagungsband 2006 des Instituts für Genderrecht (Tôhoku 2006) 41 ff., 43 ff. beginnt ihren historischen Abriss zur Gesetzgebung anfangs des 20. Jahrhunderts mit den Bestimmungen zur damaligen lizenzierten Prostitution; FUJIME YUKI, *Japanese Feminism and Commercialized Sex*, in: *Social Science Japan Journal* Vol. 9 (2006) No. 1, 33 ff., 35 zum „amerikanischen Plan“; NILS JOHAN RINGDAL, *Die neue Weltgeschichte der Prostitution* (München/Zürich 2006, auf Norwegisch, Oslo 1997) 377.

38 *Eibun Hôrei-Sha* 2003 No. 2491 i.d.F. vom 29.5.2002.; NORIO SUZUKI, *Baishun bôshi-hô to keiji tanbun*, in: *Hôji Jihan* Bd. 30 (1959) Heft 1, 152 ff.; T. MIYAZAWA, *Baishun bôshi-hô ni tsuite*, in: *Jurisuto* Nr. 6.15 (1956) 19 f., 20.

39 Alle anderen Formen von Sexualpraktiken als der Koitus (Vereinigung der geschlechtlichen Organe) sind damit vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen: SUZUKI, *Hôji Jihan* Bd. 30 (1959) Heft 1, 152 ff., 154 f.

Abs. 1 die vertragliche Verpflichtung zur Prostitution (*baishun o saseru keiyaku*) und nach Art. 12 das Gewerbe, das zur Prostitution führte (*baishun o saseru gyô*). Die selbstbestimmte Erwachsenen-Prostitution fällt unter keine dieser Bestimmungen.⁴⁰

c) *Auswirkungen des Gesetzes auf die Prostitution*

Die Konsequenzen des Inkrafttretens des neuen Gesetzes, das im Zeichen der Prohibition stand, waren zwar anfänglich erheblich: Nach dem Inkrafttreten wurden *Yoshiwara* und alle anderen Vergnügungsviertel, die im 17. Jahrhundert aufgekommen und zur Blüte gelangt waren, geschlossen. Betroffen waren mindestens 3.500 Bordelle mit rund 130.000 Prostituierten. Die Prostitution wurde dadurch natürlich nicht unterbunden, die meisten Frauen landeten in getarnten Bars und Nachtlokalen, und die bis dahin vollzogenen hygienischen und gastronomischen Kontrollen entfielen. Mit der Zeit setzten sich aber die japanischen Geschäftsleute wieder durch und es wurden wieder Bordelle geöffnet, in denen auf die Gesundheit der Frau achtgegeben wurde.⁴¹

Nach *Ruth Linhart* gab es in Japan ursprünglich keine Philosophie oder Religion, welche die sexuellen Bedürfnisse unterdrückt oder pönalisiert hätte,⁴² und die Begeisterung für die Prostitution nahm nach ihr bis in die 1970er Jahre auch nicht ab. Eine Untersuchung von 1971 ergab, dass 20 % der Männer eine Beziehung zu einer Prostituierten pflegten,⁴³ und dass es für viele japanische Männer bis 1965 noch als „normal“ galt, eine Mätresse außer Haus zu haben. Auch *David Bayley*, der Mitte der 1970er Jahre als einer der ersten u.a. die strafrechtliche Faktizität der Prostitution untersuchte, indem er mit der Polizei „auf Tour“ gehen konnte, erschien die Prostitution neben der Ehe als sozial akzeptiert: Solange der japanische Mann seinen familiären Pflichten nachkomme, sei nichts gegen seine außerehelichen sexuellen Aktivitäten einzuwenden, nur dürfe sein Lebenswandel nicht zum öffentlichen Ärgernis werden.⁴⁴

Das *Baishun bôshi-hô* wird in der Lehre zum Anlass des 30-jährigen Bestehens des Gesetzes daher auch als sog. „*zaru-hô*“ bezeichnet, was bildlich gesprochen soviel wie ein durchlässiges („*zaru*“ = grobes Sieb) oder unwirksames Gesetz ist.⁴⁵

40 SUZUKI, Hôji Jihan Bd. 30 (1959) Heft 1, 155.

41 RINGDAL (Fn. 37), 378; nach FUJIME YUKI (Fn. 37) 35 wurden bereits im Jahre 1946 15.000 Prostituierte verhaftet.

42 RUTH LINHART, *Onna da kara – Weil ich eine Frau bin – Liebe, Ehe, und Sexualität in Japan* (Wien 1991), 419 ff., unter www.ruthlinhart.com/japan (besucht am 22.6.2006).

43 MICHAEL MUZIK, Prostitution in Japan, in: Marion Grein (Hrsg.), *Japan heute und gestern*, (Mainz 1994) 141 ff., 145.

44 DAVID H. BAYLEY, *Forces of Order*, University of California Press, 2nd ed. 1991, Berkley 111; MUZIK (Fn. 43), 143. Was beispielsweise wohl dann der Fall wäre, wenn der Mann entweder zugleich Schulden macht (vgl. wie in den nachfolgenden Bürgschaftsbeispielen) oder die Frau menschenunwürdig behandelt wird (vgl. wie in den nachfolgenden Beispielen zu den „*gei shôgi keiyaku*“.)

45 KENICHI NAKAYAMA, *Baishun bôshi-hô no konnichiteki ishiki to kadai*, in: *Jurisuto* Nr. 882 (1987) 30 ff., 30, 34.

Spätestens aber aufgrund der Frauenbewegung in den Philippinen (und später dann auch in Süd-Korea und Japan) anfangs der 1970er Jahre lässt sich jedoch auch eine kritische Stimmung in der japanischen Öffentlichkeit ausmachen, die sich gegen die „Migrations-Prostitution“ richtete. In den 1980er Jahren wurde der Sextourismus der japanischen und koreanischen Männer in die Philippinen und die vielen Philippinerinnen, die als Prostituierte nach Japan gingen, öffentlich thematisiert.⁴⁶ In den 1990er Jahren setzten dann in Südkorea, Japan und in den Philippinen die öffentlichen Debatten über Prostitution und Zwang während des Pazifikkrieges ein. Südkoreanische Frauen, die den japanischen Kriegern als sogenannten Trostfrauen gedient hatten, forderten von der japanischen Regierung eine Entschuldigung und stellten die ersten Schadenersatzforderungen. Erst 1992, mehr als 40 Jahre nach dem Krieg, kam es zu den öffentlichen Anhörungen dieser Kriegsprostituerten („*ian-fu*“) in Japan.⁴⁷

3. Verstoß gegen das *Baishun bôshi-hô* im Lichte von Art. 90 *Minpô*

Entgegen dem, was die oft gelesene Übersetzung „Anti-Prostitutionsgesetz“ vermuten lässt, stellt das *Baishun bôshi-hô* nicht die Prostitution per se unter Strafe, sondern will diese „verhindern“. Entsprechend werden das öffentliche Anwerben von Prostituierten, die Förderung von Prostitution, die Kuppelei und das Anbieten von Räumlichkeiten zu Prostitutionszwecken sowie die Zuhälterei und auch der Straßenstrich von diesem Gesetz strafrechtlich sanktioniert. Der selbstbestimmte Akt der Sexleistung einer erwachsenen Person gegen Entgelt bleibt dagegen strafrechtlich folgenlos,⁴⁸ obschon Art. 3 ein Verbot der Prostitution statuiert. Mit anderen Worten: Ziel des japanischen Gesetzes ist es, die Prostitution mit öffentlichrechtlichen Sanktionen diskret von der Öffentlichkeit und dem Zwang fern zu halten, an eine Abschaffung der Prostitution dachte niemand im Ernst.

Im Zusammenhang mit einem Prostitutionsvertrag fragte sich daher konkret, ob ein Prostitutionsvertrag im Sinne von Art. 90 oder in dem von Art. 91 *Minpô* nichtig ist oder nicht.

46 RINGDAL (Fn. 37) 378 f.

47 Zu Zwangsprostitution und Krieg in Japan SONIA RYANG, *Love in Modern Japan* (London/New York 2006) 35 ff. mit aktuellen Hinweisen; hier sei nur darauf hingewiesen, dass es nach der amerikanischen Besatzung abermals zu einem neuen groß angelegten Aufruf von „Trostfrauen“ kam, dieses Mal für die alliierten Truppen: SCHURA EULLER-COOK, *Prostitution und organisiertes Verbrechen*, in: E. Gössmann (Hrsg.), *Japan – ein Land der Frauen*, Publikation der OAG (Tokyo 1991) 145 ff., 151 m.w.H.; LINHART (Fn. 42); für weiterführende Hinweise vgl. TANAKA YUKI, *Japan's Comfort Women, Sexual Slavery and Prostitution during World War II and US Occupation* (London/New York 2002) und zur Migrationsprostitution in Asien: KAMALA KEMPADOO ET AL. (Hrsg.), *Trafficking and Prostitution Reconsidered* (Boulder/London 2006); [siehe auch PETRA SCHMIDT, *Japans Wiedergutmachung: Trostfrauen*, in: *ZJapanR* 8 (1999) 5 ff. (*Anm. d. Red.*)]

48 BAYLEY (Fn. 44) 107 ff.

Aufgrund der unter Ziff. III.1 erwähnten Fallgruppenbeispiele zu Gruppe 1 und der Tatsache, dass es sich bei Art. 3 des Gesetzes um eine Norm handelt, die nicht strafrechtlicher Natur ist, schließe ich, dass dem zumindest i.S.v. Art. 91 *Minpô* nicht so ist. Dogmatisch stellt sich damit weiter die Frage, ob der Prostitutionsvertrag gegen Art. 90 *Minpô* verstößt. Die japanische Lehre scheint davon ausgehen. – Diese Frage wird aber künftig noch zu vertiefen sein. – Da die japanische Lehre, wie erwähnt, von einer einheitlichen „Sittenwidrigkeit“ ausgeht, entfällt hier auch die Frage, ob ein Prostitutionsvertrag gegen die öffentliche Ordnung“ oder gegen „die guten Sitten“ verstößt. Folgt man wiederum der unter Ziff. III.1. erwähnten Fallgruppe 1 zu Art. 90 *Minpô*, so kann auch ohne weiteres ein Verstoß gegen die „öffentliche Ordnung“ vorliegen.

4. Andere „sachnahe“ Fallbeispiele aus der Judikatur

a) „*Gei-shôgi keiyaku*“

Auch wenn bisher keine Urteile zum Prostitutionsvertrag gefunden werden konnten, gibt es „sachnahe“ Urteile aus der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg und bis in die 1950er Jahre hinein, in welchen Töchter per Vertrag zur „Ausbildung als Geisha“ oder manchmal zur „Arbeit oder Lehre als Bardame“ verpflichtet wurden und die Eltern im Gegenzug dafür einen Darlehen bekamen. Damit sich die Kredite an die Eltern „amortisierten“, wurden die Mädchen oft schlecht behandelt und mussten sich prostituieren.⁴⁹ Nach *Mark Ramseyer* kehrten aber auch viele der jungen Mädchen nach drei bis vier Jahren „Arbeit“, nachdem der Kredit zurückbezahlt war, relativ reich und „unbeschadet“ nach Hause zurück.⁵⁰

Man nannte diese Verträge „*gei-shôgi keiyaku*“⁵¹ und sie figurieren unter dem Titel „Arbeitsverträge“⁵² oder „Lehrverträge“ oder auch „Verdingvertrag zur Prostitution“⁵³, nie unter dem Titel Prostitutionsverträge. Das ist natürlich korrekt, denn es handelte sich

49 LINHART (Fn. 42).

50 MARK RAMSEYER *Indentured Prostitution in Imperial Japan: Credible Commitments in the Commercial Sex Industry*, in: *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 7, Nr. 1 (1991) 89 ff., 113: Er schließt seine Untersuchung sinngemäss mit den Worten, dass damals eine gewisse vertragliche Sicherheit für die Frauen und ein wirtschaftlicher Nutzen für diese Tätigkeit der Frauen bestanden habe.

51 YONEKURA (Fn. 4) Nr. 61 (1985) 125 ff., Nr. 59 (1985) 39; SAKAE WAGATSUMA, *Minpô Kenkyû II, Sôsoku* (Tokyo 1966) 128 ff. mit einer knappen Übersicht der Urteile zum Thema; TAKEYOSHI KAWASHIMA, *Jinshin baibai no hôritsu kyôryoku*, in: *Hôritsu Jihô* Nr. 9 (1955) 72 ff.; DERS., *Jinshin baibai no hôritsu kankei*, in: *Hôritsu Kyôkai Zasshi* 68 (1951) 699 ff., 700.

52 HANS-PETER MARUTSCHKE, *Einführung in das Japanische Recht* (München 1999) 116.

53 Wobei zu Recht (der Begriff „*gei-shôgi keiyaku*“ weist darauf hin) wiederum zwischen Verträgen zur Zuführung „zur Geisha“ und solchen „zur Prostitution“ unterschieden werden muss: RAMSEYER (Fn. 51) 89 ff., 100; KAWASHIMA, *Hôritsu Jihô* Nr. 9 (1955) 72 ff., 75. (Die Autorin hat im Herbst 2007 Interviews mit Geishas geführt, die ganz ohne Bedauern über ihre „Vermittlung im Kindesalter“ an ein Geishahaus berichteten.)

nicht um die eigentlichen Prostitutionsverträge, die zwischen dem Freier und der Prostituierten bzw. der Lokalität, für die sie arbeitete (sei es eine Bar oder ein Teehaus), abgeschlossen wurde, sondern um eine allfällige „Zuführung der Mädchen zur Prostitution“.

Mit Urteil vom 7.10.1955 hatte der OGH⁵⁴ erstmals entschieden, dass beide Verträge, also sowohl der Darlehensvertrag zwischen Eltern und Barinhaber als auch der „Verdingvertrag zur Prostitution“ nichtig sind. Konkret ging es in diesem Fall um einen „Arbeitsvertrag“ zwischen einer unter 16 Jahre alten Frau, die offiziell als eine Art von Bardame (*shafuku*) angestellt war, und dem Darlehensgeber ihrer Eltern, der für nichtig erklärt wurde, weil eine Verknüpfung zwischen den beiden Verträgen bestand.⁵⁵

Frühere Urteile, die nur den „Arbeitsvertrag“, jedoch noch nicht den Darlehensvertrag zwischen dem Elternhaus und dem Etablissementbesitzer für „sittenwidrig“ erklärten, waren die des OGH vom 12.10.1918⁵⁶ und vom 29.9.1921⁵⁷. Im Urteil des OGH vom 5.5.1904⁵⁸ war selbst der „Arbeitsvertrag“ noch gültig.

Heute finden sich diese Vertragsbeispiele in der Lehre zu Recht unter dem Titel „Menschenhandel“.⁵⁹

b) Bürgschaftsverträge von Bardamen

Als allgemeines Vertragsumfeld, in dem Bardamen Bürgschaftsverträge mit der Barinhaberin für die Schulden der Kunden geschlossen haben können, kann man sich etwa die folgende Situation vorstellen:⁶⁰

Eine Barinhaberin führt eine sog. „*Hosutesu-Bar*“ im Zentrum von Tokio. Die Bar hat neben einem Tresen zehn kleine Tischchen. Sie bietet Essen und Getränke sowie gelegentlich künstlerische Darbietungen an. Im Dezember 2007 arbeiten drei Frauen als Hostessen oder eben Bardamen bei ihr. Primäre Aufgabe dieser war es, abends von 19:00-03.00 Uhr die Kunden zu unterhalten, das heißt mit diesen zu schwatzen, scherzen, flirten, tanzen, singen oder auch nur zusammen zu sein. Die Bardame erhält von ihrer Arbeitgeberin ein monatliches Fixum von 200.000 Yen. Außerdem bekommt sie ein „Surplus“ für die folgenden Leistungen, die der Kunde über sie bestellt:

- pro zehn Getränkebestellungen 1.000 Yen (es ist dabei egal, um was für ein Getränk es sich handelt, auch Tee und Wasser zählen.)
- pro Tellerchen Essensbestellung 200 Yen.

54 Minshū 9-11-1616.

55 YONEKURA (Fn. 4) Nr. 59, 39 mit Zeitungshinweisen zur Zeit dieses Urteils.

56 Minroku 24-1954.

57 Minroku 27-1774.

58 Minroku 10-607 ff.

59 YAMAMOTO (Fn. 14) 239; ÔMURA (Fn. 14) 65 subsumiert allgemeiner, unter „persönliche Freiheit („*ningen jiyū*“). (Das ist wohl auch mit ein Grund dafür, dass sich eher Staatsrechtlerinnen wie *Noriko Wakao* als Zivilrechtler mit dem Thema beschäftigen: vgl. nachfolgende Fn. 71.)

60 Basis sind Interviews, welche die Autorin Ende 2006 und im Herbst 2007 mit sogenannten Bararbeiterinnen aus Tokio geführt hat.

In der Regel muss die Bardame dem Gast gegenüber keine sexuellen Dienste erbringen, selbstverständlich gibt es jedoch auch Etablissements, in denen das verlangt wird bzw. in denen die Bardame aus finanziellen Gründen keine andere Wahl hat.

In einem früheren Urteil, das eine Rückforderungsklage der Bardame gegen die Barinhaberin betraf (für die bereits für den Kunden auf gekommenen Schulden), wurde der Bürgschaftsvertrag für gültig erklärt mit der Begründung, dass es sich nur um reine Vermögensrechte der Bardame und nicht um eine Vertragskonstellation handelte, in der ihre persönliche Freiheit (wörtlich: „*ningen jiyū*“) beschränkt worden sei.⁶¹

Das erste Urteil, das dann einen Forderungsprozess der Barinhaberin gegen ihre Angestellte Bardame aus Bürgschaftsvertrag betraf, war noch unklar in Bezug auf die Sittenwidrigkeit und stellte fest, dass die Kreditierung der Bewirtung gültig war.⁶²

Im Urteil vom 25. März 1975 des DG Tokio⁶³ wurde allerdings schon in einem ähnlichen Fall argumentiert, dass, wenn man diese Bürgschaftsverträge für gültig ansehen würde, die Bardamen oft in ihrer Freiheit, den Arbeitsorts zu wechseln oder ihre Tätigkeit zu beenden, beschränkt würden. Entsprechend gab es aber auch Prozesse, die von der Schadloshaltung der „alten“ Barinhaberin durch die neue Arbeitgeberin handelten. Erst das Urteil vom 29. Juni 1977 desselben Gerichts⁶⁴ befasste sich dann ausführlich mit der Sittenwidrigkeitsproblematik.

Im Anschluss daran folgte ein Urteil zu einer sogenannten „gesamtschuldnerischen Bürgschaft“ (*rentai hoshō keiyaku*) des OG Osaka vom 13. Mai 1981,⁶⁵ das den Bürgschaftsvertrag der Bardame für ungültig nach Art. 90 *Minpō* erklärte: erstens, weil die Inhaberin der Bar das Risiko des Geschäftsausfalls ungerechtfertigt abgewälzt habe und zweitens, weil die Schuld für die Bürgin nicht bestimmbar gewesen sei, und drittens, weil die Kreditierung der Bewirtung des Kunden nicht das Vertragsverhältnis mit der Bardame betreffe und damit in deren Hand liege, sondern nur die Inhaberin und den Kunden betreffe. Der Bardame könne nicht zugemutet werden, die Vertrauenswürdigkeit und die künftige Zahlungsbereitschaft der Kunden (der Inhaberin) beurteilen zu müssen.

Und schliesslich erging der berühmte Leitentscheid des *Saikō-sai* vom 20. November 1986⁶⁶: Das höchste Gericht führte zunächst aus, dass es viele Urteile zu diesem Themenkomplex gebe und dass die meisten dieser Bürgschaftsverträge von den unteren Instanzen wegen eines Verstoßes gegen die „guten Sitten“ für ungültig angesehen wurden. In casu entschied es aber erstmals anders, der Bürgschaftsvertrag der Bardame mit der Inhaberin verstoße nicht gegen die „guten Sitten“, weil dieser im Ganzen die Gläubi-

61 Urteil vom 25. Mai 1960 OG Kobe, Hanrei Jihō 606, 47.

62 Urteil vom 25. Dezember 1975 des DG Tokyo, Hanrei Jihō 810, 36.

63 Hanrei Jihō 797, 115 f.

64 Hanrei Jihō 863, 51.

65 Hanrei Taimuzu 454, 97 ff.

66 Hanrei Jihō 1220, 61 ff.

gerin, d.h. die Barinhaberin, nicht in übertriebenem Maße einseitig bevorzuge. Es wurde argumentiert, dass die Bürgin aufgrund ihrer eigenen freien Entscheidung in den Bürgschaftsvertrag eingewilligt habe, um durch den Bürgschaftsvertrag den Kunden, der seinerseits sehr vertrauenswürdig gewesen sei, noch mehr an sich zu binden und um dadurch ein höheres Einkommen neben ihrem Gehalt erzielen zu können. (Die Bardame erhält neben ihrem Lohnfixum Boni bei entsprechenden Konsumationen der Kunden.) Außerdem sei die Bardame mit dem Schuldner liiert gewesen. Es habe somit eine besondere Beziehung zwischen den beiden bestanden, die grundsätzlich eine andere Behandlung dieses Falles rechtfertige. Außerdem habe die Gläubigerin keinen Druck auf ihre Arbeitnehmerin ausgeübt, sondern sich im Gegenteil gedacht, dass die besondere Beziehung zwischen der Bürgin und dem Kunden dazu führe, dass Letzterer seine „Zechschulden“ der Bar gegenüber eher begleichen würde. Dieses Urteil blieb in der Literatur allerdings nicht unumstritten.⁶⁷

Diese Bürgschaftsfälle werden heute zur Fallgruppe des „Wuchers“ gezählt.⁶⁸ Ein „Wuchertatbestand“ muss immer von beiden Vertragsparteien aus betrachtet vorliegen:⁶⁹ Auf der Seite des Gläubigers besteht eine vorteilhaftere Ausgangssituation, aus welcher mit einem solchen Bürgschaftsvertrag das Ausfallrisiko ungerechtfertigt abgewälzt wird, und auf der Seite der Bürgin wird diese Bürgschaftsverpflichtung nicht nur unentgeltlich, sondern auch ohne Haftungsbeschränkung eingegangen. Es muss letztlich von Fall zu Fall entschieden werden, ab welchem Haftungsbetrag die Vertragsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht des Bürgen eingeschränkt werden soll.⁷⁰

5. *Würdigung und Ausblick*

Die knappen historischen Hintergründe zur Prostitution sollen hier Zweierlei andeuten: obschon ursprünglich keine Philosophie oder Religion in Japan das „älteste Gewerbe der Welt“ verboten hatte und sich die Freudenviertel in Japan ab Mitte des 17. Jahrhunderts entwickelten und lange Zeit florierten, hat mit den Erfahrungen des Zweiten Weltkrieges, der amerikanischen Okkupation und dem Inkrafttreten des *Baishun bôshi-hô* von 1956/58 sowie der internationalen und nationalen Frauenbewegungen in Sachen Prostitution bis heute eine kontinuierliche Verschärfung auf der Gesetzesebene stattgefunden. Die Prostitution ist deswegen natürlich noch nicht verschwunden, und ob sich heute die Bedingungen für Prostituierte in Japan tatsächlich verbessert haben, erscheint zweifelhaft.

67 Statt vieler ÔMURA (Fn. 14) 68 f.

68 YAMAMOTO (Fn. 2) 216 ff., 217.

69 ÔMURA (Fn. 14) 68; DERS. (Fn. 32) 269 f.

70 YAMAMOTO (Fn. 2) 229, Fn. 37.

Hört man sich heute um, so hat sich in der japanischen Gesellschaft die gesetzliche Vorstellung durchgesetzt, dass Prostitution kein Gewerbe wie jedes andere ist. Insofern ist es kohärent, wenn der Prostitutionsvertrag in der zivilrechtlichen Literatur als Fallbeispiel für Art. 90 *Minpô* figuriert.

Die Gewerbefreiheit der erwachsenen Frau als selbstbestimmter Prostituierten (im Gegensatz zur Zwangsprostituerten) wird denn auch selbst im Gender-Recht bisher nur vereinzelt thematisiert.⁷¹

Da sich aber bisher keine zivilrechtlichen Urteile zum Prostitutionsvertrag finden liessen, bleibt hier die Frage offen, ob in der Justizwirklichkeit von einem Verstoß gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten ausgegangen wird oder welche anderen Regelungsmechanismen vorherrschen. Andererseits zeigen die „sachnahen“ Fallbeispiele, dass, wenn das Vertrauen zwischen den Parteien einmal verletzt ist, keine grundsätzlichen Hemmungen der Frauen und deren Vertreter gegen eine Anrufung von Art. 90 *Minpô* bestehen. Auch in einem prostitutionsnahen Umfeld kann somit der Verstoß gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten im Sinne von Art. 90 *Minpô* geltend gemacht werden. Die Vermutung liegt allerdings nahe, dass ganz im Sinne der allgemeinen Strafrechtsbestimmungen und dem *Baishun bôshi-hô* vor allem das Bedürfnis besteht, die Prostitution so „diskret“ wie möglich, d.h. so wenig öffentlich wie möglich, abzuwickeln. Dem entspräche hier, dass die „sachnahen“ Fallbeispiele diese Sachnähe zur Prostitution nicht thematisieren, und lieber von „Arbeitsverträgen“ oder von „*gei-shôgi-keiyaku*“ statt einer „Zuführung zur Prostitution“ die Rede ist und offenbar lieber von „Wucherfällen“ statt von „Bürgschaftsverträgen Abhängiger“ ausgegangen wird.

V. RECHTSVERGLEICHENDE WÜRDIGUNG

Die nach wie vor – auch für das japanische Recht – interessierende Frage lautet, um mit den Worten *Mayer-Malys*⁷² zu sprechen: „Was leisten die guten Sitten?“ und damit, ob die Generalklausel nach Art. 90 *Minpô* wirklich nötig ist.

Die provisorische Antwort hier soll lauten: Es braucht im japanischen Recht die Generalklausel, denn Art. 90 *Minpô* umfasst auch Rechtsnormverstöße, die nicht von Art. 91 *Minpô* gedeckt werden, wobei das im Einzelnen sehr umstritten ist.

71 NORIKO WAKAO (Fn 37) 41 ff., 42; DIES., *Jôsei no karada to jiko kettei – seigyô rôdô o megutte*, in: *Gendâ to hô* (Tokyo 1997) 247 ff., 249, 275 f.; DIES., *Baishun-fu to jiko kettei – gendâ binkan na kanten kara*, *Jurisuto* Nr. 1237 (2003) 184 ff.; in der Zivilrechtslehre indirekt angesprochen: KEIZÔ YAMAMOTO, *Keiyaku kankei ni okeru kihon-ken no shingai to minji kyûsai no kano* in: *Gendai hô no tenbô, jiko kettei no shôso*, Tanaka Yuki (Hrsg.), (2. Aufl., Tokyo 2005); YOSHIDA KATSUMI, *Gendai shimin shakai to Minpô gaku*, (Tokyo 1999); DERS., *Kôdo no fukushi, kenri shijô, kôjo ryôzoku*, in: T. Uchida/A. Ômura (Hrsg.), *Minpô no Sôten*, *Jurisuto Bessatsu* 2007, 48 ff.

72 THEO MAYER-MALY, Was leisten die guten Sitten? in: *AcP* 1994 (1994) 105 ff.

Der Prostitutionsvertrag und der mit diesem verbundene Verstoß gegen das *Baishun bôshi-hô* ist nun gerade so ein Beispiel, das umstritten sein könnte. M.E. handelt es sich jedoch beim gegenwärtigen Stand der Lehre um einen Verstoß gegen eine öffentliche Norm ohne direkten Strafcharakter, so dass ein Fall von „Sittenwidrigkeit“ nach Art. 90 *Minpô* im Sinne der ersten Fallgruppe nach Ziff. III.1. vorliegt.

Nach deutschem und schweizerischem Recht wäre die Generalklausel dagegen nicht unbedingt nötig, denn es bestehen separate Vorschriften zur Rechtswidrigkeit eines Vertrags. Nach § 134 BGB und Art. 19 f. OR sind alle Rechtsgeschäfte nichtig, die gegen zwingendes Recht verstoßen. Die Generalklausel der „Sittenwidrigkeit“ schafft aber für alle Richter und Richterinnen – auch die deutschen und schweizerischen – praktische Freiräume,⁷³ die gerade für die angemessene Berücksichtigung von Neuem und kulturell Fremdem wichtig sein mögen.

Ein *Prostitutionsvertrag* ist nach schweizerischem und deutschem Recht grundsätzlich nicht rechtswidrig im Sinne von Art. 19 f. OR bzw. § 134 BGB: die freiwillige Erwachsenen-Prostitution ist nicht nur nach Strafgesetzbuch legal, sondern es existieren auch keine anderen nationalen Ordnungsvorschriften, welche diese verbieten würden.

Nach dem geltenden deutschen Zivilrecht verstößt der Prostitutionsvertrag außerdem explizit nicht mehr gegen die „guten Sitten“ nach § 138 BGB. Ein Vertrag zwischen Prostituierten und Kunden oder einem Dritten berechtigt zumindest aufgrund des deutschen Prostitutionsgesetzes, das Anfang 2002 in Kraft getreten ist, zu einem Entgelt für entsprechende Sexdienstleistungen.⁷⁴ Nach schweizerischer Rechtsprechung verstößt der Prostitutionsvertrag nach Art. 19 f. OR gegen die „guten Sitten“ und ist nichtig.⁷⁵ Ein Teil der neueren schweizerischen Lehre verneint jedoch die Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags.⁷⁶ Nach japanischer Lehre und Art. 3 *Baishun bôshi-hô* erscheint die Rechtslage dagegen vorläufig und zumindest in der Theorie so, dass ein Prostitutionsvertrag gegen Art. 90 *Minpô* verstößt.

73 CHRISTIAN HEINRICH, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit* (Tübingen 2000) 316, CHRISTIAN ARMBRÜSTER, *Kommentar § 138 BGB N 1*, in: *Münchener Kommentar zum BGB* (5. Aufl., München 2006).

74 Außerdem haben Prostituierte in Deutschland unter Angabe ihres Berufes Zugang zu den Sozialversicherungen: CHRISTIAN ARMBRÜSTER *Kommentar zu ProstG, Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten*, in: *Münchener Kommentar zum BGB* (5. Aufl., München 2006). Freilich ist diese weltweit als sehr liberal zu betrachtende Gesetzeslösung seither wiederholt diskutiert worden.

75 BGE 96 IV 69 ff., 70; BGE 111 II 295 ff., 301.

76 BRIGITTE HÜRLIMANN, *Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage des Sittenwidrigkeit* (Freiburg 2003); CLAIRE HUGUENIN zu OR 19/20 N 38, in: Honsell et al. (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I* (3. Aufl., Basel u.a. 2007).

Im Unterschied zum schweizerischen oder zum deutschen Schuldrecht ist der japanische *Bürgschaftsvertrag* nicht als einer der gesetzlich geregelten Vertragstypen positiviert, sondern im Allgemeinen Teil zum Schuldrecht unter dem Titel „Mehrheit von Schuldner“ geregelt.⁷⁷ Diese Systematik und der Wortlaut von Art. 446 Abs. 1 *Minpô* zeigen die wesentlichen Unterschiede des japanischen „Bürgschaftsrechts“ zum schweizerischen: Im japanischen Recht ist die Bürgschaft offen konzipiert als Obligation, für die eine Mehrheit von Schuldnern eintreten muss.⁷⁸ Bezüglich der Sittenwidrigkeit wird nicht zwischen Bürgschaftsvertrag oder Schuldbeitritt oder Garantievertrag unterschieden.⁷⁹ Praktisch liegt wohl meist ein Dreiparteienverhältnis vor, in dem der Bürge für eine Schuld einsteht, wenn der Hauptschuldner dies nicht tut. Wenn also „*hoshô keiyaku*“ einfach mit Bürgschaftsvertrag übersetzt wird, so ist das ungenau. Bei den japanischen Bürgschaftsfällen der Bardamen müsste von Fall zu Fall untersucht werden, ob es sich dabei auch um solche nach deutschem oder schweizerischem Recht handelt. Mit den Qualifizierungsstreitigkeiten⁸⁰ der Bürgschaft im Zusammenhang stehen natürlich die strengen Formvorschriften, welchen eine Bürgschaft nach schweizerischem Recht (Art. 492 ff. OR, qualifizierte Schriftlichkeit) oder nach dem deutschen (§ 765 BGB, einfache Schriftlichkeit) unterliegen. In Japan ist für den „Bürgschaftsvertrag“ erst *seit der Gesetzesrevision von 2004 die einfache Schriftlichkeit vorgesehen*.⁸¹ – Das heißt, dass bei allen vorerwähnten Bürgschaftsbeispielen der Bardamen diese Vertragsbeschränkung noch fehlte.

Berühmt in diesem Zusammenhang sind die deutschen Entscheidungen zur Nichtigkeit von *Bürgschaftsverträgen Abhängiger, genauer unter nahen Angehörigen*, in denen die Selbstbestimmung des Bürgen bei Vertragsschluss durch die nahe Beziehungen zum Schuldner als beeinträchtigt angesehen wird. Die Bürgschaftsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind seit den 1990er Jahren zum Standard der materialen Vertragsgerechtigkeit und Vertragsdisparität geworden:⁸² So könne von Vertragsfreiheit der Parteien nur noch bei einem Vertragsschluss ausgegangen werden, in dem ein „annähernd ausgewogenes Kräfteverhältnis der Partner“ besteht. Die Kritik an dieser Rechtsprechung war groß und dauert bis heute an; trotzdem wurde die Rechtsprechung

77 KEIZÔ YAMAMOTO, *Minpô Kôgi IV-1, Sôsoku* (Tokyo 2005) 13.

78 Theoretisch sind aber alle möglichen Vertragskonstellationen von Art. 446 *Minpô* erfasst und das Verhältnis zwischen Bürgschaftsschuld und Hauptschuld kann vielseitig sein: akzessorisch (Art. 448 *Minpô*) oder parallel laufend (Art. 446 *Minpô*), es gibt die „einfache“ Bürgschaft (Art. 452 *Minpô*) und die Solidarbürgschaft (Art. 453 *Minpô*).

79 Beispiel eines „bürgschaftsähnlichen Vertrags“ Urteil des OGH vom 4.9.1997 in Minshû 51-8-3618), der gegen die „guten Sitten“ verstieß und deswegen für nichtig erklärt wurde (das wäre nach schweizerischem Recht wohl ein Garantievertrag).

80 Beispielsweise für das schweizerische Recht: BGE 120 III 35 ff., 128 III 434 ff., 438 f.

81 Gesetzesänderung vom 2004/No.147; Bürgschaften für Darlehensschulden wurden zudem auf die Dauer von fünf Jahre begrenzt (Art. 465-2-5 *Minpô*).

82 BGH vom 16.3.1989, NJW 1989, 1605 und BVerfG 19.10.1993, NJW 1994, 36 ff.

mehrmals bestätigt.⁸³ In der Schweiz existiert unter dem Stichwort der Bürgschaftsverträge Abhängiger dagegen keine entsprechende Rechtsprechung.⁸⁴ Es bleibt daher nur der Weg über die Generalklausel des Verstoßes gegen die guten Sitten nach Artt. 19/20, wenn ein krasses Leistungsungleichgewicht zwischen den Parteien besteht, oder über die Übervorteilung nach Art. 21 OR, bei welchem aber nicht nur ein offenes, objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen muss, sondern dieses auch durch bewusstes Ausnutzen der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns der anderen Partei entstanden sein muss.⁸⁵ Andererseits sind die schweizerischen Bürgschaftsregelungen (Art. 492 ff. OR) auch besonders strikt: so wird beispielsweise die Festsetzung der Höchstgrenze der Bürgenhaftung bei allen Formen der Bürgschaft streng vorausgesetzt, und unter Ehegatten ist ein schriftliches Zustimmungserfordernis statuiert; beides sind Regelungen, die im deutschen Vertragsrecht nicht existieren (§§ 765, 766 BGB).

Zusammenfassend zeigen das Vertragsbeispiel „Prostitutionsvertrag“ und die in der japanischen Rechtsprechung behandelten „sachnahen“ klassischen Fallgruppenbeispiele, eine klare Entwicklung hin zur Beschränkung der Vertragsfreiheit zu Gunsten der *Vertragsgerechtigkeit* und damit grundsätzlich eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches von Art. 90 *Minpô*.⁸⁶ Die relative junge Formvorschrift des Bürgschaftsvertrags ist nur ein kleines weiteres Beispiel,⁸⁷ die Theorien von Ômura und Yamamoto zu Art. 90 *Minpô* sind in dieser Entwicklung selbstverständlich die gewichtigeren Meilensteine. – Bei dieser an sich erfreulichen Entwicklung darf jedoch *das Selbstbestimmungsrecht der erwachsenen Frau* nicht vergessen gegangen werden. Der Frau, die einen Prostitutionsvertrag oder einen Leihmutterchaftsvertrag schließen möchte, sei

83 THEO MAYER-MALY, Die guten Sitten des BGH, in: C.-W. Canaris/A. Heldrich (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, (München 2000) 69 ff., 77 f.

84 EVA MARIA BELSER, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit. Ein Kommentar zum deutschen Bürgschaftsbeschluss und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz, in: Aktuelle Juristische Praxis 1998, 433 ff.

85 ERNST A. KRAMER zu OR 21 N 16 ff., in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR.; PETER GAUCH, Die Übervorteilung, in: recht 1989, 95 ff.

86 DERNAUER (Fn. 19) 98 f., 155; vgl. hierzu auch Art. 1 *Shôhi-sha keiyaku-hô*, der als allgemeine „Gerechtigkeitsregel“ bezeichnet wird: NAIKAKU-FU KOKUMIN SEIKATSU-KYOKU, *Shôhisha kikakuka chikujô kaisetsu shôhi-sha keiyaku-hô* (2. Aufl., Tokyo 2003) 101.

87 Natürlich manifestiert sich im Rechtsvergleich gerade auch die Bedeutung, die der japanischen Vertragsfreiheit zukommt, denn grundsätzlich kommen Rechtsgeschäfte immer noch formfrei zustande, und eine allgemeine Bestimmung zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bei Formfehlern (vergleichbar zu Art. 11 OR) fehlt beispielsweise, wohingegen heute in Europa der Bürgschaftsvertrag neben der Schenkung und den Grundstückverträgen im Wesentlichen einheitlich formbedürftig geregelt ist: KONRAD ZWEIGERT / HEIN KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl., Tübingen 1996) 372 f.

es, um finanziell autonom zu sein, sei es wie im zweiten Fall auch allenfalls bloß, um zu helfen (falls nur der unentgeltliche Leihmutterschaftsvertrag zulässig sein soll), soll unter Berücksichtigung aller Informationen und unter Kenntnis der konkreten Vertragsumstände die Freiheit bleiben zu entscheiden. Werden diese Verträge durch die Rechtsordnungen für ungültig erklärt, so schadet man damit der Prostituierten, die ihren Lohn nie gerichtlich einfordern kann, und, solange keine globalen Rechtslösungen in Sachen Leihmutterschaft getroffen sind, den Kindern, die von einer Leihmutter in einem anderen Lande ausgetragen worden sind.

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.