

KARL RIESENHUBER / KANAKO TAKAYAMA / MORITZ BÄLZ (HRSG.)

***Funktionen des Vertrages.
Deutsch-japanische Perspektiven***

Nomos, Baden-Baden 2013, 173 S., 46,- €, ISBN 978-3-8329-7869-3.

Allgemein gesprochen ist der Vertrag ein rechtliches Instrument mittels dessen zwei oder mehr Personen ihr Verhältnis zueinander im Rahmen der Gesetze einverständlich regeln. Verschiedenste Vertragstypen erfüllen über alle Rechtsgebiete hinweg zahlreiche Funktionen, zu denen sich im Einzelnen eine unüberschaubare Menge an Literatur und Rechtsprechung findet. Der vorliegende Band zeigt diese Vielfalt an Gestaltungsmöglichkeiten aus rechtsvergleichender Perspektive auf. Anhand von Einzelfragen beleuchtet er dabei Gemeinsamkeiten wie Unterschiede zweier eng miteinander verwandter Rechtsordnungen vom öffentlichen Recht über das Zivilrecht bis hin zum Strafrecht.

Die zehn Beiträge gehen zurück auf Vorträge, die auf einer Tagung am 5. November 2011 an der Keiō Universität in Tōkyō gehalten wurden. Die Tagung fand im Anschluss an das Symposium „Rechtstransfer in Japan und Deutschland“¹ im Rahmen des Jubiläums „150 Jahre Freundschaft Japan-Deutschland“ statt und bot sechs japanischen und fünf deutschen Nachwuchswissenschaftlern die Möglichkeit zum bilateralen Austausch. Bemerkenswert ist dabei, dass alle japanischen Teilnehmer ihre Vorträge sowie auch ihre Beiträge zu dem hier besprochenen Werk in deutscher Sprache verfasst haben.

Der Band beginnt mit zwei Untersuchungen zur Bedeutung des Vertrags im öffentlichen Recht. *Nami Thea Ohnishi* (Universität Tōkyō) beschäftigt sich mit der Staatsgründung durch völkerrechtlichen Vertrag. Eine solche findet sich sowohl bei Bundesstaaten als auch bei einigen supranationalen Organisationen als zumindest staatsähnlichen Gebilden. Die Autorin betrachtet die Debatte deutscher Staatsrechtler zur Konstruktion des Deutschen Reiches und den vertraglichen Elementen der Deutschen Reichsverfassung von 1871. Sie kommt zu dem Schluss, dass dem Vertrag bei der Staatsgründung wichtige Funktionen zugesprochen wurden und die Diskussion um „vertragsmäßige“ und „föderative“ Grundlage der Verfassung auch für die heutige Staatsrechtslehre von Interesse ist.

Ryoshi Fukushima (Universität Nagasaki) und *Michiko Takata* (Universität Ōsaka) beleuchten im Anschluss die Rezeption und Entwicklung des völkerrechtlichen Vertragsbegriffs in Japan ausgehend vom Grundsatz *pacta sunt servanda*. Nach Vorstellung des historischen Kontexts werden drei Konzepte dieses Grundsatzes, aus welchem sich Bedeutung und Funktionsweisen des Vertrags entwickeln ließen, erläutert. Während in Ja-

1 Siehe dazu den Tagungsband H. BAUM / M. BÄLZ / K. RIESENHUBER (Hrsg.), Rechtstransfer in Japan und Deutschland, in: ZJapanR / J.Japan.L. Sonderheft 7 (2013).

pan in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg der Ansatz *Anzilottis* einer auf der Idee einer Grundnorm basierenden umfassenden Verbindlichkeit des Völkerrechts Akzeptanz gefunden habe, herrsche in Ländern wie Deutschland aufgrund der Schaffung supranationaler Organisationen wie der EU eine kritischere Haltung. Unbeschadet seiner allgemeinen Gültigkeit sei der Grundsatz *pacta sunt servanda* aufgrund des jeweiligen politischen wie gesellschaftlichen Kontextes unterschiedlich rezipiert worden.

Masahiro Kurita (Ryūkoku Universität Kyōto) beginnt mit seinem Beitrag zur Schuldrechtsreform die Reihe der zivilrechtlichen Beiträge. In Japan läuft derzeit eine groß angelegte Reform des Schuldrechts, wobei die Entwicklung des deutschen Rechts und die Schuldrechtsmodernisierung von 2001 in der Diskussion rechtsvergleichend herangezogen werden.² Vor diesem Hintergrund beschäftigt sich der Autor mit der Vertragshaftungslehre anhand des Verhältnisses von Rücktritt und Gefahrtragung bei Unmöglichkeit der Leistung. Dabei geht er insbesondere auf die traditionelle, auf der Rezeption des damaligen deutschen Rechts beruhende Lehre wie auch die neuere Lehre ein und stellt verschiedene Reformentwürfe sowie den Stand der Beratungen im Legislativ-ausschuss des Justizministeriums vor. Alle Reformentwürfe, die sich auf die neue Lehre stützen, sehen eine Vereinheitlichung der Regelungen in Form des Rücktrittsrechts vor. Laut Kurita ist dies zwar keine zwingende Folge der neuen Lehre, stimme jedoch mit der von dieser verfolgten Stärkung der Privatautonomie überein.

Stefan Wichary (Ruhr-Universität Bochum) analysiert die Möglichkeiten von Widerrufsrechten für Unternehmer. Den bereits im Beitrag von Fukushima und Takata aus völkerrechtlicher Sicht betrachteten Grundsatz *pacta sunt servanda* bezeichnet er als „wohl wichtigste Wirkung des Vertrags“ (S. 57). Das Widerrufsrecht, welches sowohl in Japan als auch in Deutschland als Instrument des Verbraucherschutzes anerkannt ist, durchbricht diesen Grundsatz. Die in Deutschland eingeführten Widerrufsrechte für Unternehmer bei Kreditgeschäften für eine Existenzgründung sowie bei Versicherungsgeschäften hält der Autor nach einer Analyse ihrer Begründung für nicht gerechtfertigt. Unternehmen könne der Umgang mit Informationsdefiziten zugemutet werden und eine typische Störung der Willensbildung liege in den genannten Fällen nicht vor. Diese Schlussfolgerung könnte auch für entsprechende Überlegungen auf japanischer Seite von Interesse sein.

2 Siehe etwa N. KANO, Reform of the Japanese Civil Code – The Interim Draft Proposal of 2013, in: ZJapanR / J.Japan.L. 36 (2013) 249 sowie T. SUIZU, Die Schuldrechtsreform in Japan – betrachtet aus dem Blickwinkel der Kodifikationstheorie, in: ZJapanR / J.Japan.L. 32 (2011) 249, die nicht nur den historischen Einfluss des deutschen Recht betonen, sondern auch hinsichtlich Befürwortung und Kritik an der Reform sowie der einzelnen Reformvorschläge Vergleiche zum deutschen Recht und der deutschen Diskussion ziehen. Zur Reform mit Fokus auf der Bedeutung des CISG für das japanische Recht und des Einflusses auf die deutsche Schuldrechtsmodernisierung siehe auch K. NAKATA, Die Internationalisierung des Vertragsrechts und das japanische Recht, in: ZJapanR / J.Japan.L. 36 (2013) 203.

Die Frage, ob ein Anspruch auf Erfüllung vertraglicher Nebenpflichten besteht, sucht *Frank Bauer* (Justus-Liebig-Universität Gießen) in seinem Beitrag zu beantworten. Nach einer begrifflichen Vorklärung und der Eingrenzung der Betrachtung auf die leistungsbezogenen Nebenpflichten führt der Autor den Leser über anschauliche Beispielfälle an die Problematik heran. Auf die Vorstellung von Rechtsprechung und Lehre folgt eine detaillierte Analyse der Funktion eines solchen vertraglichen Anspruchs zwischen Vollstreckungsrecht und materiellem Recht. Nach der Ansicht *Bauers* kommt dem Anspruch auf Erfüllung einer leistungsbezogenen Nebenpflicht zum einen im Rahmen der Wahl des geeigneten Zwangsmittels zur Vollstreckung des Leistungsanspruchs Bedeutung zu. Zum anderen diene er in materiellrechtlicher Sicht der Verhinderung von Beeinträchtigungen des Leistungsanspruchs vor Fälligkeit.

Gabriele Koziol (Goethe-Universität Frankfurt am Main; nunmehr Universität Kyōto) untersucht aus rechtsvergleichender Perspektive, wie sich die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäfts auf den Eigentumserwerb Dritter auswirkt. Dabei stehen sich das Interesse des Eigentümers und das Verkehrsinteresse an Rechtssicherheit und Beständigkeit von Rechtsgeschäften gegenüber. Diese würden in den jeweiligen Rechtsordnungen, hier Japan, Deutschland und Österreich, über die Ausgestaltung von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft sowie deren Zusammenhang unterschiedlich gewichtet. Die Autorin zeigt auf, dass während auf den ersten Blick große Unterschiede zwischen den drei Jurisdiktionen bestehen, sich dieses Bild relativiert, wenn der größere zivilrechtliche Zusammenhang betrachtet wird. Einschränkungen des Verkehrsschutzes auf der einen und die Berücksichtigung der Schutzbedürftigkeit des Dritten auf der anderen Seite führten im Ergebnis zu großen Übereinstimmungen.

Mit dem Beitrag von *Mariko Maki* (Tōhoku Universität Sendai und Universität Ōita) schließt sich eine Arbeit an der Schnittstelle von Gesellschafts- und Arbeitsrecht an. *Maki* vergleicht das japanische und deutsche Recht unter dem Aspekt, inwieweit Abwehrmaßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmerinteressen bei Unternehmensübernahmen möglich sind. Im Hintergrund dieser Frage steht der Zielkonflikt zwischen dem Konzept des *shareholder value* und der Berücksichtigung der Interessen weiterer *stakeholder* als Grundfrage der Corporate Governance-Debatte. Der Darstellung der Rechtslage in beiden Ländern folgt eine Diskussion der unterschiedlichen rechtlichen Ausgestaltung. In Japan wie in Deutschland seien Abwehrmaßnahmen zum Schutze der Arbeitnehmerinteressen möglich, jedoch keine optimale Lösung. Die Autorin spricht sich deshalb gegen eine Kodifizierung dieser Möglichkeit im japanischen Gesetz und für eine Stärkung der Schutzregelungen im Arbeitsrecht nach deutschem Vorbild aus.

Den Abschluss der zivilrechtlichen Betrachtungen bildet die Arbeit *Anatol Duttas* (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; nunmehr Universität Regensburg) zum Familienvermögensrecht. Während es aufgrund fehlender Rechtsfähigkeit der Familie kein Familienvermögen als solches gebe, sei das Individualvermögen der Familienmitglieder „durch ein engmaschiges Netz aus wechselseitigen Teilhabe- und Versorgungsrechten verknüpft“ (S. 117). Die gesetzlich vorge-

gebene Vermögensordnung mit ihren Typisierungen könne dabei von den Familienmitgliedern mittels Vertrag an ihre Bedürfnisse angepasst werden. Diese Freiheit als Ausdruck der Privatautonomie werde jedoch sowohl in formaler wie auch inhaltlicher Sicht eingeschränkt und durch die Einflussnahme außerhalb des Vertragsverhältnisses stehender Familienangehöriger beeinflusst. Bei den problematischen Fällen zeigten sich Parallelen zwischen den Rechtsordnungen, so etwa in der Frage der Störung tatsächlicher Entscheidungsfreiheit bei der Hofübergabe in Deutschland und der faktischen Fortsetzung des Hauserbrechts des ältesten Sohnes in Japan.

Abgerundet wird der Einblick in die Vielgestaltigkeit vertraglicher Funktionen durch zwei strafrechtliche Untersuchungen zur Einwilligung im Strafrecht. Während vertragliche Funktionen im Strafrecht häufig bei Vermögens- und Zueignungsdelikten diskutiert werden (vgl. S. 147 f.), steht hier die Ebene der Rechtfertigung im Mittelpunkt. *Yuki Tanaka* (Universität Kyōto) befasst sich mit der Einwilligung in Körperverletzungen im Rahmen eines Behandlungsvertrags bei ärztlichen Heileingriffen. Zwar gebe es im japanischen Recht keine dem deutschen § 228 StGB entsprechende Norm, ganz herrschend werde jedoch auch in Japan über Grenzen der Einwilligung bei Körperverletzungen diskutiert, wobei sich Parallelen zur deutschen Diskussion zeigten. Tanaka schließt sich in seinem Beitrag der Ansicht an, dass eine Rechtfertigung nur aufgrund einer Einwilligung seitens des Patienten, nicht aber aufgrund einer Qualifikation der Handlung als „berechtigte Berufstätigkeit“ in Betracht komme. So werde der Selbstbestimmung des Patienten hinreichend Rechnung getragen, wobei auch lebensgefährliche Eingriffe bei medizinischer Gebotenheit und medizintechnischer Angemessenheit gerechtfertigt sein könnten. Sofern eine autonome Entscheidung des Patienten nicht gewährleistet sei, könnten Irrtümer die Einwilligung ausschließen. Für den Fall des Identitätsirrtums verweist der Autor auch auf die deutsche Rechtsprechung und kommt zu dem Schluss, dass hinreichende objektive Maßstäbe bislang nicht entwickelt wurden.

Matthias Stief (bis 2012 Friedrich-Alexander-Universität Erlangen) untersucht die Einwilligungs-Problematik aus einem etwas anderen Blickwinkel aus deutscher Sicht. Am Beginn seines Beitrags steht ein Beispielfall zur eigenmächtigen Anspruchsverwirklichung. Da eine anderweitige Begründung der Straflosigkeit in diesen Fällen nicht in Betracht komme, blieben nur die Lösung über die Unwiderruflichkeit der Einwilligung aufgrund Vertrags sowie der Vertrag als selbständiger Rechtfertigungsgrund. Der Autor vertritt nach eingehender Diskussion die Ansicht, dass der Vertrag nicht die Funktion eines eigenständigen Rechtfertigungsgrundes erfülle. Vielmehr lasse sich das Verhältnis von zivilrechtlichem Vertrag und Strafrecht am überzeugendsten mittels der Einwilligungsdogmatik lösen, wobei auf die gebotene Vorsicht bei höchstpersönlichen Rechtsgütern hingewiesen wird.

Die Lektüre des vorliegenden Tagungsbands führt dem Leser die Allgegenwärtigkeit vertraglicher Regelungen vor Augen. Was das Werk nicht ist, seiner Konzeption nach aber auch gar nicht sein will, ist eine systematische Abhandlung vertraglicher Funktio-

nen in komprimierter Form. Die zehn Beiträge stehen vielmehr selbständig nebeneinander, verbunden durch die Frage nach möglichen Funktionen des Vertrags. Anhand einzelner Beispiele aus dem Völkerrecht und Verfassungsrecht, dem Schuld-, Verbraucherschutz-, Sachen-, Arbeits- und Familienrecht bis hin zum Strafrecht wird die Bedeutung des Vertrags als Regelungsinstrument zum Ausgleich verschiedenster Interessen in den unterschiedlichsten Lebensbereichen verdeutlicht. Einen Schwerpunkt bilden dabei die rechtsvergleichenden Aspekte. Teils sind die Beiträge selbst rechtsvergleichend ausgelegt, teils tauchen in ihnen vergleichende Elemente auf oder es lassen sich zwischen den einzelnen Beiträgen Vergleiche ziehen. Dabei wird deutlich, dass der Umgang mit der Privatautonomie und vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten in hohem Maße von den politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen abhängt. Dennoch finden sich neben den Unterschieden auch erstaunlich viele Gemeinsamkeiten beider Rechtsordnungen im Umgang mit denselben Problemen, sei es im Lösungsweg, sei es im Ergebnis.

Es bleibt zu hoffen, dass die Tradition, ambitionierten Nachwuchswissenschaftlern im Rahmen von Symposien und Tagungen ein Forum zum Gedankenaustausch zu bieten, fortgesetzt wird und die Ergebnisse der Öffentlichkeit in Form einer Publikation zugänglich gemacht werden.

*Torsten Spiegel**

* Wissenschaftlicher Assistent, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.