

## **Kommentar zum allgemeinen Teil des Symposiums „Gegenwärtiger Stand und Aufgabe der Privatautonomie in Japan und Deutschland“**

*Keizo Yamamoto\**

- I. Einleitung
- II. Verschiedene Gesichtspunkte für eine nähere Untersuchung
  - 1. Inhalt und Gegenstand der Privatautonomie – natürliche Freiheit und institutionelle Freiheit
  - 2. Eingriffe in die Privatautonomie – tatsächliche Eingriffe und rechtliche Eingriffe
  - 3. Einordnung der Privatautonomie – Privatautonomie als Wert und als Mittel
- III. Schluss

### **I. EINLEITUNG**

Der Vortrag von *Riesenhuber* zur Privatautonomie war überaus spannend und pointiert. Die meisten Zuhörer – und vermutlich auch *Riesenhuber* selbst – sind jetzt wohl sehr darauf gespannt, wie *Röthel* auf die Kritik antworten wird und auch was darauf wiederum *Riesenhuber* erwidern wird.

*Yoshimasa* hat ferner die letztes Jahr (2017) verabschiedete Reform des japanischen Schuldrechts daraufhin untersucht, in wie weit dort „Selbstverantwortung“ Berücksichtigung findet. Viele Zuhörer, besonders von deutscher Seite, werden hier wohl mehr über die Bedeutung und die Gründe der Reform wissen wollen.

Anmerkungen von meiner Seite sind eigentlich gar nicht mehr nötig. Allerdings ist mir aufgefallen, dass zwischen *Riesenhuber* und *Röthel* bei allen Unterschieden hinsichtlich der Bewertung der bisherigen deutschen Diskussion zur Privatautonomie doch insoweit Einigkeit besteht, als beide meinen, dass das Wesen der Privatautonomie und deren Einordnung einer nüchternen und sachlichen Erörterung bedürfen. Ich möchte daher gerne einige ergänzende Bemerkungen dazu machen, unter welchen Gesichtspunkten eine solche Untersuchung der Privatautonomie erfolgen könnte. Auch für das von *Yoshimasa* vorgestellte japanische Recht werden vielleicht durch die Heranziehung dieser Gesichtspunkte Regelungsinhalte und Probleme deutlicher.

---

\* Professor, Graduate School of Law, Universität Kyōto.

## II. VERSCHIEDENE GESICHTSPUNKTE FÜR EINE NÄHERE UNTERSUCHUNG

Ich möchte im Folgenden drei Aspekte aufgreifen.

### 1. *Inhalt und Gegenstand der Privatautonomie – natürliche Freiheit und institutionelle Freiheit*

Der erste Gesichtspunkt betrifft die Frage, *was* die Privatautonomie zum Inhalt bzw. Gegenstand hat. Privatautonomie bedeutet die Freiheit zu entscheiden, ob man etwas macht oder nicht. Es stellt sich dabei aber die Frage, welche Handlungen mit „etwas machen“ gemeint sind. Je nachdem, ob man vom Vorhandensein bestimmter Institute ausgeht, kann man natürliche Handlungen, die keine Institute voraussetzen, und institutionelle Handlungen, die das Bestehen bestimmter Institute voraussetzen, unterscheiden.<sup>1</sup>

Spazieren gehen, Sake trinken, Auto fahren, einen Aufsatz schreiben, ein Kind bekommen sind beispielsweise Handlungen, die keinerlei Institute voraussetzen, sondern typische Beispiele für natürliche Handlungen. Handlungen wie etwa einen Vertrag zu schließen, ein Testament zu machen, oder einen Verein zu gründen, setzen hingegen jeweils das Institut des Vertrags, des Testaments bzw. des Vereins voraus. Dies sind typische institutionelle Handlungen.

Ausgehend von dieser Einteilung der Handlungen lässt sich auch bei der Freiheit zwischen der Freiheit, eine natürliche Handlung auszuführen (der natürlichen Freiheit), und der Freiheit, eine institutionelle Handlung auszuführen (der institutionellen Freiheit), unterscheiden. Die allgemeine Handlungsfreiheit bezieht sich auf die natürliche Freiheit, während die Vertragsfreiheit nichts anderes als eine institutionelle Freiheit ist.

Wenn man im Zivilrecht von Privatautonomie spricht, dann meint man damit wohl vor allem die Freiheit, Rechtsgeschäfte zu schließen, also die institutionelle Freiheit. Institutionelle Freiheit ist die Freiheit, eine Handlung, die von einem bestimmten Institut vorgesehen ist, vorzunehmen. Ein solches Institut umfasst gewöhnlich auch die Regel, dass die entsprechende Handlung bindend ist. Im Fall des Vertrages ist dies die Regel *pacta sunt*

---

1 Zur Unterscheidung zwischen natürlichen Handlungen und institutionellen Handlungen siehe K. YAMAMOTO, *Gendai shakai ni okeru ribelarizumu to shiteki jichi* [Liberalismus und Privatautonomie in der modernen Gesellschaft] (2), *Hōgaku Ronsō* 133 Nr. 5 (1993) 4 ff.; DERS., *Kōjo ryōzoku-ron no sai-kōsei* [Neukonzeption der Lehre von der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten] (Tōkyō 2000) 21 ff. Diese Unterscheidung entspricht der Ansicht von *Höfling* (W. HÖFLING, *Vertragsfreiheit* (Heidelberg 1991) 20 ff.), die sich wiederum auf die von *Alexy* (R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt am Main 1986) 211 ff.) vertretene Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und Kompetenz gründet.

*servanda*. Die Selbstverantwortung ist damit bereits in dem Institut enthalten. Man kann sagen, dass eine in diesem Sinn verstandene Privatautonomie ganz selbstverständlich von Selbstverantwortung begleitet wird.

Von den von Yoshimasa angeführten Punkten lässt sich bei der Umwandlung von Realverträgen in Konsensualverträge sowie bei den Voraussetzungen der Haftung für Nichterfüllung und der Haftung für Vertragswidrigkeit von einer Erweiterung des Bereichs einer so verstandenen institutionellen Selbstverantwortung sprechen. Demgegenüber lässt sich beim Grundsatz des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sowie bei der Änderung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Verringerung des Bereichs einer solchen Selbstverantwortung erkennen.

Für natürliche Handlungen besteht jedoch kein Institut, das ihre Verbindlichkeit vorsieht. Wer die aus einer solchen Handlung entstehenden Nachteile zu tragen hat, ist daher durch eine von den angesprochenen Instituten zu unterscheidende rechtliche Regelung zu bestimmen. Die fundamentalste derartige Regel ist der Grundsatz *casus sentit dominus*. Geht man bei Regen spazieren und erkältet sich oder trinkt man zu viel Sake, so dass einem schlecht wird, dann kann man das zwar auch als Selbstverantwortung ansehen, richtiger ist es aber wohl, den Grundsatz *casus sentit dominus* heranzuziehen, wonach der entstandene Nachteil nicht auf einen anderen abgewälzt werden kann.

Wenn es demgegenüber darum geht, dass man das Kind, das man zur Welt gebracht hat, aufziehen muss, dann werden das wohl nur wenige als „Selbstverantwortung“ bezeichnen; jedenfalls besteht sicherlich nicht nur eine ethische, sondern auch eine rechtliche Verpflichtung dazu. Diese Pflicht gründet sich auf die verschiedenen Regelungen, die das Institut des Kindschaftsrechts bilden. Dieses Institut setzt sich aus Vorschriften zusammen, die eine natürliche Handlung, nämlich das Gebären eines Kindes, als Tatbestandsvoraussetzung haben, an deren Vorliegen bestimmte Folgen anknüpfen. In diesem Sinne unterscheidet sich diese Verpflichtung von einer rechtsgeschäftlich begründeten Pflicht: es handelt sich um eine gesetzliche Pflicht.

In ähnlicher Weise kann sich beispielsweise dann, wenn man einem anderen gegenüber falsche Angaben gemacht hat, aus einer natürlichen Handlung eine Haftung gegenüber demjenigen ergeben, der auf diese Angaben vertraut. Das ist das, was *Flume* ein „rechtlich relevantes Verhalten“ nennt,<sup>2</sup> bzw. von *Canaris* als „Vertrauenshaftung“ bezeichnet wird.<sup>3</sup> Auch hier handelt es sich um eine gesetzliche Haftung, die sich auf Regelungen stützt,

---

2 W. FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft (3. Aufl., Berlin 1979) 113 ff.

3 C.-W. CANARIS, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (München 1971).

die an die Vornahme oder Nichtvornahme einer Handlung als Tatbestandsvoraussetzungen eine bestimmte Haftung knüpfen. Auch hier kann man zwar von Selbstverantwortung sprechen, die Verbindlichkeit ist aber, anders als bei Rechtsgeschäften, nicht bereits von dem jeweiligen Institut umfasst.

Yoshimasa hat in seinem Vortrag darauf hingewiesen, dass die Selbstverantwortung auch bei der Verjährung eine Rolle spielt. Insbesondere wenn der Beginn der Verjährungsfrist an einem subjektiven Kriterium, nämlich der Kenntnis von der Möglichkeit der Ausübung des Rechts, festgemacht wird, kann man den Verlust des Rechts durch Verjährung als Ausdruck der Selbstverantwortung ansehen.

## 2. *Eingriffe in die Privatautonomie – tatsächliche Eingriffe und rechtliche Eingriffe*

Der zweite Gesichtspunkt betrifft die Frage, *auf welche Weise* ein Eingriff in die Privatautonomie erfolgt. Hier kann man zwischen tatsächlichen und rechtlichen Eingriffen unterscheiden.<sup>4</sup>

Sind beispielsweise aufgrund der überaus starken wirtschaftlichen Macht eines Unternehmers alle anderen gezwungen mit diesem Unternehmer Verträge unabhängig von deren jeweiligen Inhalt zu schließen, so verlieren sie faktisch die Freiheit zu entscheiden, ob sie den Vertrag abschließen wollen oder nicht. Dies stellt einen tatsächlichen Eingriff dar. Ist ein Unternehmer hingegen gesetzlich dazu gezwungen, mit anderen Verträge abzuschließen, auch wenn er dies nicht will, dann handelt es sich um einen rechtlichen Eingriff.

Bei den von Riesenhuber genannten Beispielen der Verbraucherverträge und der Diskriminierungsverbote, sowie den von Yoshimasa angesprochenen Vorschriften zum Schutz „Schwächerer“ und zu AGB geht es jeweils um beide Arten von Eingriffen. Aufgrund des tatsächlichen Eingriffs in die Privatautonomie einer der Parteien kommt es durch den Erlass von Vorschriften zu deren Schutz zu rechtlichen Eingriffen in die Privatautonomie und Vertragsfreiheit nicht nur der anderen Partei, des Unternehmers, sondern auch des Verbrauchers und Kunden selbst. Je nachdem welche Seite man mehr betont, bekommt die Diskussion einen anderen Inhalt.

---

4 Zur Unterscheidung zwischen tatsächlichen und rechtlichen (durch ein Rechtsinstitut herbeigeführten) Eingriffen siehe K. YAMAMOTO, *Keiyaku-hō no gendai-ka II* [Modernisierung des Vertragsrechts, Bd. 2] (Tōkyō 2018) 12.

### 3. Einordnung der Privatautonomie – Privatautonomie als Wert und als Mittel

Der dritte Gesichtspunkt betrifft die Frage, *wie* die Privatautonomie einzuordnen ist.

In der deutschen Rechtsgeschäftslehre, mit der sich Riesenhuber in seinem Vortrag auseinandergesetzt hat, wurde die Privatautonomie bisher als etwas angesehen, das einen Wert an sich und noch dazu einen fundamentalen Wert darstellt. Da die Privatautonomie für sich genommen ein Wert ist, muss sie soweit als möglich verwirklicht werden. Wenn Riesenhuber die Privatautonomie als „Prinzip“ einstuft, dann geht dies ebenfalls von demselben Verständnis aus. Röthel kann man hingegen so verstehen, dass sie diese Ansicht als zu weitgehend kritisiert.

Demgegenüber gibt es auch eine Ansicht, wonach die Privatautonomie ein Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks darstellt. Diese zeigt sich in Grundzügen bereits in dem von *Schmidt-Rimpler* entwickelten Gedanken der Richtigkeitsgewähr,<sup>5</sup> auf den auch Riesenhuber eingegangen ist. Demnach stellen freie Verträge zwischen paritätischen Parteien ein Mittel zur Verwirklichung einer „richtigen“ Ordnung dar.

Diese Ansicht rückt im Zuge der Verbreitung der ökonomischen Analyse des Rechts (*law and economics*) zunehmend in den Fokus. In Japan wird diese insbesondere im Gesellschafts-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht zunehmend zur vorherrschenden Strömung.<sup>6</sup> Demnach lassen sich dann, wenn durch Privatautonomie und Vertragsfreiheit allein keine wünschenswerten, d. h. effizienten, Ergebnisse erzielt werden können, Eingriffe rechtfertigen, die der Verwirklichung solcher Ergebnisse dienen. Wenn jedoch umgekehrt durch die Vornahme von Eingriffen die Verwirklichung effizienter Ergebnisse verhindert wird, dann dürfen derartige Eingriffe nicht vorgenommen werden. Yoshimasa hat beispielsweise darauf hingewiesen, dass es hinsichtlich der Regelungen zum Schutz Schwächerer und zu AGB von Seiten der Unternehmer heftigen Widerstand gegen diese Eingriffe gegeben hat. Das beruht zum Teil natürlich auch darauf, dass die Unternehmer auf ihren Eigennutzen po-

---

5 W. SCHMIDT-RIMPLER, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, *Archiv für die civilistische Praxis* 147 (1941) 130 ff., insb. 156 ff.; DERS., Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: FS Nipperdey zum 60. Geburtstag (München/Berlin 1955) 1, insb. 5 ff.

6 Vgl. W. TANAKA, *Shōhō-gaku ni okeru hō-kaihsaku no hōhō* [Die Methode der Rechtsauslegung in der Lehre des Handelsrechts], *Minshō-hō Zasshi* 154 Nr. 1 (2018) 36 ff.

chen, man kann dies aber auch als Hinweis darauf verstehen, dass die Gefahr besteht, dass die Erzielung effizienter Ergebnisse verhindert wird.

Riesenhuber ist auf diese Ansicht, die Privatautonomie als Mittel zur Erreichung eines Zwecks einstuft, meines Erachtens nicht näher eingegangen. Mich würde interessieren, wie er, aber auch Röthel, sowie die anderen deutschen Teilnehmer, darüber denken.

### III. SCHLUSS

Damit komme ich zum Ende meiner Bemerkungen. Die drei genannten Gesichtspunkte sind möglicherweise nicht nur für den jetzigen, den allgemeinen Fragen gewidmeten Teil unserer Tagung von Belang, sondern auch für die folgenden Teile. Es würde mich daher freuen, wenn ich eine kleine Hilfestellung für die folgenden Diskussionen geben konnte.