

# Inhaltsübersicht

<b>Inhaltsverzeichnis</b> .....	<b>IX</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>XXV</b>
<b>Materialienverzeichnis</b> .....	<b>XXXI</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>XXXIII</b>
<b>Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<b>Teil 1</b>	
<b>Gang der Untersuchung und Untersuchungsgegenstände</b> .....	<b>7</b>
Kapitel 1	
Gang der Untersuchung .....	8
Kapitel 2	
Untersuchungsgegenstände: Kurze Vertragsgeschichten zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung .....	23
Kapitel 3	
Rechtliche Grundlagen und dogmatische Verortung .....	44
<b>Teil 2</b>	
<b>Selbstbestimmung im Vertragsrecht und die Grenze der «guten Sitten» aus begrifflich-dogmatischer Perspektive</b> .....	<b>75</b>
Kapitel 4	
Selbstbestimmung im Vertragsrecht.....	76
Kapitel 5	
Die «guten Sitten» als Grenze der Selbstbestimmung .....	110
Kapitel 6	
Aktuelle Tendenzen im Schuldrecht und zu den Reformvorschlägen der «guten Sitten» .....	219
<b>Teil 3</b>	
<b>Selbstbestimmung und ihre Grenzen aus der Perspektive von Vertragsbeispielen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung</b> .....	<b>249</b>
Kapitel 7	
Vertraglich vereinbarter Sex gegen Entgelt («Prostitutionsvertrag») .....	250
Kapitel 8	
Zur vertraglich vereinbarten Schwangerschaft gegen Entgelt («Leihmutterchaftsvertrag») .....	335
Kapitel 9	
Vertraglich vereinbarte «Liebe» («Ehevertrag» oder ein anderer Vertrag zur Regelung von Lebensgemeinschaften).....	406

**Teil 4**

**Selbstbestimmung und ihre Grenzen aus theoretischer Perspektive ... 481**

Kapitel 10

Selbstbestimmung aus theoretischer Perspektive und die Kritik am Konzept der  
Autonomie ..... 482

Kapitel 11

Hin zu einem kontextbezogenen Verständnis von Selbstbestimmung im  
Vertragsrecht?..... 525

**Schlussbetrachtungen oder der Versuch einer Synthese der  
unterschiedlichen Perspektiven ..... 545**

**Anhang I: Glossar.....555**

**Anhang II: Fragebogen Interviews (2006).....557**

# Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsübersicht.....</b>	<b>VII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>XXV</b>
<b>Materialienverzeichnis.....</b>	<b>XXXI</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>XXXIII</b>
<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>Teil 1</b>	
<b>Gang der Untersuchung und Untersuchungsgegenstände .....</b>	<b>7</b>
<b>Kapitel 1</b>	
<b>Gang der Untersuchung .....</b>	<b>8</b>
I. Interdisziplinäre Herangehensweise.....	8
II. Methode des Rechtsvergleichs .....	10
A. A pragmatic cultural approach .....	10
B. Wider einen Legal Orientalism .....	12
1. Legal Orientalism und Self-Orientalism .....	12
2. Beispiel 1: Klassifizierungen des japanischen Rechts.....	13
3. Beispiel 2: Weshalb interessiert die angebliche Streitaversion der Japanerinnen und Japaner? .....	15
C. Rechtsvergleich gestern, heute und morgen .....	15
1. Rechtsvergleich ist selbstverständlich .....	15
2. Gegenstand des Rechtsvergleichs im Wandel .....	17
3. Bedeutung des Rechtsvergleichs ist unterschiedlich.....	19
<b>Kapitel 2</b>	
<b>Untersuchungsgegenstände: Kurze Vertragsgeschichten zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung .....</b>	<b>23</b>
I. (K)eine rechtstatsächliche Untersuchung .....	23
A. Vielfalt der Vertragskontexte und -geschichten .....	23
B. Auswahl der kurzen Vertragsgeschichten und der drei Vertragsbeispiele (Teil 3) .....	25
II. Kurze Vertragsgeschichten .....	28
A. Vertragsgeschichten zu «Liebe» und Ehe .....	28
1. In Vorfreude .....	28
2. In Erwartung der Krise.....	29
3. Clean-break-Prinzip .....	29
B. Vertragsgeschichten zum Sex .....	30
1. Anna tanzt in der Schweiz und Japan.....	30
2. Clubinhaber .....	32
3. Die Geschichte des unscheinbaren Kunden C. ....	34
4. Eine Geschichte aus fast vergangener Zeit .....	34
5. Tina aus Berlin .....	35

C.	Vertragsgeschichten zur Fortpflanzung.....	35
1.	Baby Manji – ein international viel beachteter Fall .....	35
2.	Einige Aspekte des Entgelts von «Leihmüttern» .....	37
3.	Mutter oder Vater mit Kinderwunsch.....	37
4.	Kinderwünsche homosexueller Paare.....	38
5.	Altersgrenze .....	38
6.	Das Glück der einen als Glück der anderen? .....	39
7.	Amerikanischer Agent in Zürich .....	39
III.	Einige Zahlen zur Umrahmung der Vertragsgeschichten.....	40
A.	Steigende Anzahl von «Wahl-Singles» .....	40
B.	Lukratives Gewerbe.....	41
C.	Steigende Anzahl der Leihmutterschaften und Internationalisierung .....	41

### Kapitel 3

#### Rechtliche Grundlagen und dogmatische Verortung ..... 44

I.	Über das Vertragsrecht hinaus .....	44
II.	Rechtsgrundlagen der Selbstbestimmung und der Generalklausel der «guten Sitten».....	45
A.	Verfassungsrecht und internationales Recht .....	45
1.	Rechtsgrundlagen der Selbstbestimmung .....	45
2.	Rechtsgrundlagen der «guten Sitten» .....	48
a)	Vorbemerkungen .....	48
b)	Verfassungsrecht .....	49
B.	Privatrecht .....	51
1.	Schweizerische Rechtsgrundlagen .....	51
a)	Obligationenrecht .....	51
b)	Personenrecht .....	51
c)	Immaterialgüterrecht .....	52
2.	Deutsche Rechtsgrundlagen.....	53
3.	Japanische Rechtsgrundlagen .....	54
a)	Allgemeiner Teil des Zivilgesetzbuches ( <i>Minpô</i> ).....	54
b)	Internationales Privatrecht und entsprechende internationale Rechtsgrundlagen.....	55
III.	Dogmatische Verortung.....	55
A.	Im Vertragsrecht .....	55
1.	«Gute Sitten» als Schranke der Vertragsfreiheit.....	55
2.	«Gute Sitten» als Schutznorm .....	56
B.	Zwischen Vertrags- und Persönlichkeitsrecht.....	58
1.	Selbstbestimmung und «gute Sitten» im Schnittpunkt von Vertrags- und Persönlichkeitsrecht .....	58
2.	Persönlichkeitsrechte als Vertragsgegenstände .....	59
a)	Persönlichkeitsrechte versus Vertragsrechte? .....	59
b)	Entwicklung der Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten .....	60
c)	Vertrag und Einwilligung in die Verletzung von Persönlichkeitsrechten .....	62
aa)	Zum Verhältnis von Vertragserklärung und Einwilligung .....	62

bb)	Grenzen der Einwilligung .....	64
3.	Rechtliche Differenzierung als Bestandteil des Persönlichkeitsrechts .....	67
a)	Interessenabwägung.....	67
b)	Stufenkonzepte .....	67
c)	Rechtliche Differenzierungen hinsichtlich des menschlichen Körpers .....	69
4.	Unterschiedliche Rechtswirkungen .....	69
C.	Zwischen Vertrags- und Familienrecht .....	71
D.	Zwischen Vertrags- und Verfassungsrecht .....	72
1.	Mittelbare Drittwirkung der Verfassungs- und Grundrechte .....	72
2.	«Gute Sitten» und Verfassungs- und Grundrechte .....	73
3.	Potenzielle Verletzung der Verfassungs- und Grundrechte von vulnerablen Personen.....	74

**Teil 2**

**Selbstbestimmung im Vertragsrecht und die Grenze der «guten Sitten» aus begrifflich-dogmatischer Perspektive..... 75**

**Kapitel 4**

**Selbstbestimmung im Vertragsrecht ..... 76**

I.	Begriff, Konzept und Entwicklung der Selbstbestimmung.....	76
A.	Ziele einer begrifflichen Annäherung .....	76
B.	Begriff, Konzept und Entwicklung der Selbstbestimmung .....	77
1.	Begriffs- und Ideengeschichte.....	77
2.	Anerkennung individueller Selbstbestimmungsrechte .....	79
a)	Einzelne Selbstbestimmungsrechte in ihrer Entwicklung – eine Übersicht.....	79
b)	Selbstbestimmung in der Medizinethik und im Medizinrecht.....	83
c)	«Selbstbestimmung» im Vertragsrecht .....	84
aa)	Begriff der Selbstbestimmung im geltenden Vertragsrecht.....	84
bb)	Selbstbestimmung in der deutschen Lehre zum Schuldrecht .....	85
3.	Selbstbestimmung nach japanischem Verständnis .....	89
4.	Selbstbestimmungsrecht und Selbstbestimmungsfähigkeit .....	91
C.	Zusammenfassung .....	93
II.	Selbstbestimmung, Autonomie oder Freiheit im Vertrag? .....	94
A.	Selbstbestimmung im Verhältnis zur Autonomie .....	94
1.	Zur Begriffs- und Ideengeschichte der Autonomie .....	94
2.	Rechtlicher Anwendungsbereich der Privatautonomie.....	96
a)	Im deutschen und schweizerischen Recht .....	96
b)	Im japanischen Recht .....	97
B.	Selbstbestimmung im Verhältnis zum Freiheitsbegriff .....	98
1.	Zum Freiheitsbegriff im Allgemeinen .....	98
2.	Selbstbestimmung im Verhältnis zur Vertragsfreiheit .....	100
a)	Vertragsfreiheit als Teilbereich der Freiheit .....	100

b)	Vertragsfreiheit in der historischen Entwicklung (Schweiz, Deutschland).....	101
c)	Vertragsfreiheit verstanden als Institution (v.a. japanisches Recht).....	103
C.	Selbstbestimmung im Vertragsrecht .....	104

## Kapitel 5

### Die «guten Sitten» als Grenze der Selbstbestimmung..... 110

I.	Begriffliche Annäherung.....	110
A.	Lost in translation .....	110
B.	Die «guten Sitten» und das Verhältnis zu Sitte, Sittlichkeit und «Sittengesetz» .....	112
1.	Verhältnis zu Sitte und Brauch .....	112
2.	Sittlichkeit.....	112
3.	Sittengesetz.....	114
C.	<i>Kôjo ryôzoku</i> und japanische Begriffe der Moralität .....	117
D.	Zwischenergebnis.....	119
II.	Dogmatische Grundlagen der «guten Sitten» (Schweiz, Deutschland) .....	119
A.	Rechtshistorische Einleitung .....	119
1.	Boni mores.....	119
2.	«Gute Sitten» und die öffentliche Ordnung .....	122
3.	Sollen bestimmte Lebensbereiche von einer rechtsgeschäftlichen Tätigkeit ausgenommen werden? .....	123
B.	Im Spannungsverhältnis zwischen Faktizität und Normativität .....	124
C.	Was besagen die Grundformeln zur Umschreibung der «guten Sitten»? (Schweiz, Deutschland) .....	126
1.	Anstandsformel .....	126
a)	Anstandsformel nach deutschem Recht.....	126
b)	Rezeption der Anstandsformel im schweizerischen Recht.....	127
2.	Rechtsethische Vorstellungen und Wertungen .....	128
a)	Ethisches Minimum.....	128
b)	Die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertvorstellungen.....	129
c)	Vorrang der rechtsethischen Wertungen .....	130
D.	Weitere aktuelle Problemstellungen.....	132
1.	Soll mit den «guten Sitten» nur eine äusserste Grenze der Kontrolle gesetzt werden? .....	132
2.	Mindeststandard im Geschäftsverkehr (Wucher) .....	133
3.	Flexibilisierung der Rechtsfolgeregelungen .....	135
a)	Von der Nichtigkeit über die Teilnichtigkeit bis hin zur einseitigen Berufung auf die Ungültigkeit des Vertrages?.....	135
b)	Stellungnahme .....	137
E.	Zwischenergebnisse .....	138
III.	Dogmatische Grundlagen von <i>kôjo ryôzoku</i> .....	139
A.	<i>Kôjo ryôzoku</i> : Generalklausel der «guten Sitten» im japanischen Recht.....	139
1.	Eine Kurzformel .....	139

2.	Rechtshistorischer Hintergrund .....	140
a)	Die Entwicklung zu Art. 90 Minpô.....	140
b)	Ein Gemeinschaftskonzept (Sakae Wagatsuma) .....	143
B.	Keine Grundformeln im japanischen Recht .....	144
C.	Aktuelle Problemstellungen.....	145
1.	Vertragsgerechtigkeit oder Schutz der wirtschaftlichen Ordnung (Atsushi Ômura).....	145
2.	«Lehre zur Unterstützung des Grundrechtssystems» (Keizô Yamamoto).....	146
3.	Verhältnis von Art. 90 und Art. 91 Minpô .....	148
D.	Zwischenergebnis .....	149
IV.	Die «guten Sitten» und ihr Verhältnis zu anderen Schranken der Selbstbestimmung im Vertragsrecht .....	151
A.	Verhältnis der «guten Sitten» zum Verstoss gegen das Gesetz .....	151
1.	Tendenz zu speziellen Inhaltskontrollen .....	151
2.	Verhältnis der «guten Sitten» zur Rechtswidrigkeit (Art. 19 /20 OR, § 134 BGB).....	152
a)	Der Grundsatz: Vorrang der Rechtswidrigkeit .....	152
b)	Anwendungsbereiche und Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeitsklausel.....	153
c)	Verbotsgesetze und «gute Sitten»: Die Rechtsfolge der Verbotswidrigkeit bestimmt sich in erster Linie nach den besonderen Verbotsgesetzen .....	156
d)	Zwingendes Privatrecht und die «guten Sitten».....	157
3.	Persönlichkeitsverletzung als Sitten- oder Rechtswidrigkeit? .....	159
a)	Persönlichkeitsschutz als Inhaltskontrolle des Vertrags .....	159
b)	Übermassverbot nach Art. 27 Abs. 2 ZGB und Rechtsfolgen .....	160
aa)	Inhalte .....	160
bb)	Rechtsfolgen.....	161
4.	Verhältnis der «guten Sitten» zu Treu und Glauben im Geschäftsverkehr .....	162
5.	Das Verhältnis der Kôjo-ryôzoku-Klausel zu den zwingenden Bestimmungen nach Art. 91 f. Minpô .....	164
6.	Zwischenergebnisse.....	165
B.	Verhältnis der «guten Sitten» zur öffentlichen Ordnung .....	168
1.	Ausgangspunkt der Überlegungen.....	168
a)	Begrifflich-dogmatisches nach <i>Simitis</i> .....	168
b)	Stellungnahme.....	169
2.	Verhältnis der «guten Sitten» zur öffentlichen Ordnung.....	170
a)	Welche öffentliche Ordnung?.....	170
b)	Keine Einigkeit über die öffentliche Ordnung nach schweizerischer Privatrechtslehre.....	171
c)	Fehlen der öffentlichen Ordnung als Generalklausel im deutschen Schuldrecht .....	173
d)	Öffentliche Ordnung als häufige Generalklausel im japanischen Privatrecht.....	173

	e) Public policy.....	175
3.	Verhältnis der «guten Sitten» zum <i>Ordre public</i> (Kollisionsrecht).....	177
	a) Öffentliche Ordnung ( <i>Ordre public</i> ) nach Art. 6 EGBGB.....	178
	b) <i>Ordre public</i> nach Art. 17 und 27 IPRG.....	179
	c) <i>Kôjo-ryôzoku</i> -Klausel nach Art. 42 <i>Hôrei</i> .....	180
4.	Zwischenergebnisse.....	181
V.	Anwendungsfälle zu den «guten Sitten» im Überblick.....	186
A.	Ziel und Eingrenzung.....	186
B.	Fallgruppen in der rechtsvergleichenden Übersicht.....	187
	1. Schematische Gegenüberstellung von Fallgruppen.....	187
	2. Rechtsvergleichende Würdigung der Übersicht.....	189
	a) Wenig orts- und kulturabhängige Unterschiede?.....	189
	b) Weitere Typisierungen.....	190
C.	Fälle von Verträgen im persönlichkeitswidrigen Bereich.....	191
	1. Im Allgemeinen (Art. 27 Abs. 2 ZGB, § 138 BGB/§ 1 GG, Art. 90 <i>Minpô</i> ).....	191
	a) Kernbereich der Persönlichkeit.....	191
	b) Knebelungsverträge.....	192
	2. Verträge im sexuellen Bereich.....	193
D.	Wucher und wucherähnliche Geschäfte sowie Störung der Äquivalenz nach § 138 Abs. 1 und 2 BGB, Art. 19 f./Art. 21 OR und nach Art. 90 <i>Minpô</i> .....	193
	1. Wucher und wucherähnliche Geschäfte.....	193
	2. Bürgschaftsverträge unter Angehörigen.....	196
E.	Wahrung der öffentlichen Ordnung und sittenwidriges Verhalten gegenüber der Allgemeinheit.....	196
F.	Zwischenergebnis.....	197
VI.	Rechtsvergleichende Ergebnisse und Würdigung.....	198
A.	Moralität und Legalität sind keine Gegensätze.....	198
B.	Rechtsvergleichende Übersicht.....	200
C.	Generalklausel der «guten Sitten» ist rechtstechnisch und -ethisch anerkannt.....	204
D.	Was bleibt ausserhalb der rechtsethischen Wertvorstellungen und Prinzipien?.....	207
E.	Generalklausel der öffentlichen Ordnung als echte Alternative zu den «guten Sitten».....	211
F.	Vorrang des Verstosses gegen zwingende Normen.....	214
G.	Rechtsfolgen im Lichte des Selbstbestimmungsrechts.....	215
H.	Selbstbestimmung versus «gute Sitten».....	216

## Kapitel 6

### Aktuelle Tendenzen im Schuldrecht und zu den Reformvorschlägen

	der «guten Sitten».....	219
I.	Zeitalter der Schuldrechtsreformen.....	219
II.	OR 2020 – Vorentwurf vonseiten der Wissenschaft.....	221
	A. Allgemeines zum Revisionsprozess.....	221
	1. Stand des Revisionsprozesses.....	221

2.	Wichtigste Regelungsinhalte.....	222
B.	Art. 30 OR 2020: Grenzen des Gesetzes und der öffentlichen Ordnung .....	223
C.	Art. 33 OR 2020: Besondere offene Inhaltskontrolle .....	225
D.	Art. 41 OR 2020: Schutz vor Übervorteilung .....	226
III.	Vorschläge für eine Revision des <i>Minpô</i> .....	227
1.	Allgemeines zum Revisionsprozess .....	227
a)	Stand des Revisionsprozesses .....	227
b)	Wichtigste Regelungsinhalte im Überblick.....	229
c)	Stil und Systematik.....	231
2.	Zur Revision von Art. 90 <i>Minpô</i> .....	233
a)	Vorentwurf 2014.....	233
b)	Interim Entwurf 2013.....	233
3.	Umschreibung der Vertragsfreiheit .....	234
4.	Tendenz zu speziellen Inhaltskontrollen .....	235
IV.	Stellungnahme zu den Reformvorschlägen.....	235
1.	Prozess, Form und Stil der Reformen.....	235
2.	Inhalte und Umfang der Reformen.....	239
3.	Reformvorschläge zu den «guten Sitten» .....	241
4.	Reformvorschläge gehen hin zu besonderen Inhaltskontrollen ....	242
5.	Rechtsfolgeregelungen .....	244
V.	Die Streichung der «guten Sitten» .....	245
1.	Unterschiedliche Ausgangssituationen.....	245
2.	Keine Frage des blossen Sprachgebrauchs .....	246
3.	Zur Generalklausel der öffentlichen Ordnung oder den verwirklichten Wertvorstellungen der Rechtsordnung .....	247
4.	Fazit: Als schematische Übersicht .....	248

### Teil 3

#### **Selbstbestimmung und ihre Grenzen aus der Perspektive von Vertragsbeispielen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung ..... 249**

#### **Kapitel 7**

#### **Vertraglich vereinbarter Sex gegen Entgelt («Prostitutionsvertrag») .. 250**

I.	Alte Debatte, neue Entwicklungen .....	250
A.	Zwischen Prohibition, Abolition und Selbstbestimmung .....	250
B.	Aktuelle Entwicklungen .....	252
1.	Aktuelle Rechtsmodelle zwischen Selbstbestimmung und Abolition .....	252
a)	«Schwedisches Modell»: Einseitige Kriminalisierung von Kunden.....	252
b)	«Deutsches Modell»: Prostitutionsgesetz und Prostituiertenschutzgesetz .....	253
2.	Entwicklungen in der Schweiz .....	255
3.	Entwicklungen in Japan.....	257
II.	Vertragsrechtliche Perspektive als Reduktion .....	258
A.	Vertragsrechtliche Fragestellungen.....	258
1.	Praktische Relevanz .....	258

2.	Frage der sexuellen Selbstbestimmung .....	258
3.	Verschiedene Arten von Prostitutionsverträgen .....	258
4.	Verschiedene Arten von Prostitutionsstätten und -formen .....	259
5.	Abgrenzung zu anderen Formen geschlechtlicher Beziehungen (oder die Frage des Entgelts) .....	261
B.	Strafrechtliche Fragestellungen: Abgrenzung gegenüber Menschenhandel, Zwangsprostitution und Kinder- oder Jugendprostitution.....	262
1.	Abgrenzung zu Menschenhandel, Zwangsprostitution und Kinderprostitution.....	262
2.	Gesetzliche Grenzen der Erwachsenenprostitution .....	264
a)	Schweizerisches Strafrecht .....	264
b)	Deutsches Strafrecht.....	265
c)	Japanisches Strafrecht .....	266
C.	Ausländerrechtliche Fragestellungen .....	268
D.	Rechtstheoretisch-grundrechtliche Fragestellungen .....	268
E.	Familienrechtliche Fragestellungen .....	271
1.	Konsensuale Sexualität innerhalb und ausserhalb der Ehe .....	271
2.	Unterschiedliche Vorstellungen von Sexualität.....	272
III.	Schranken zu vertraglich vereinbartem Sex gegen Entgelt in der Schweiz, Deutschland und Japan <i>de lege lata</i> .....	273
A.	Rechtslage in der Schweiz.....	273
1.	Keine Regelung des Prostitutionsvertrags.....	273
a)	Rechtlicher Rahmen .....	273
b)	Lehrmeinungen .....	274
c)	Bericht des Bundesrates (2015).....	275
2.	Kantonale und kommunale Regelungen zur Prostitution: Festschreibung der Vertragsgültigkeit.....	275
3.	Rechtsprechung zu vertraglich vereinbartem Sex gegen Entgelt....	278
a)	Rechtsprechung des Bundesgerichts .....	278
b)	Bezirksgerichtsurteil von Horgen (Kanton Zürich) vom 9. Juli 2013.....	280
4.	Stellungnahme.....	280
a)	Keine Begründung nötig im Zeitalter des Sittlichkeitswandels? .....	280
b)	Sexuelle Dienstleistungen – rechtliche Differenzierung aufgrund des Körperkontakts?.....	282
c)	Welches können die rechtsethischen Vorstellungen sein, die der Gesamtrechtsordnung zugrunde liegen? .....	283
d)	Fazit.....	286
B.	Rechtslage in Deutschland.....	287
1.	Regelung des Prostitutionsvertrags .....	287
a)	Entwicklung hin zum deutschen Prostitutionsgesetz.....	287
b)	Rechtswirksame Vereinbarung nach § 1 Prostitutionsgesetz .....	289
c)	Wegfall der Sittenwidrigkeit.....	292

2.	Rechtsprechung.....	293
a)	Widersprüchliche Rechtsprechung zum Prostitutionsvertrag.....	293
b)	Andere Rechtsgeschäfte, die sexuelle Belange betreffen .....	294
3.	Stellungnahme.....	296
C.	Rechtslage in Japan .....	298
1.	Keine Regelung des Prostitutionsvertrags.....	298
a)	<i>Baishun boshi-hô</i> (1958) .....	298
b)	<i>Fûzoku eigyô tô no kisei oyobi gyômu no tekiseika tô ni kansuru hôritsu</i> (1949/1999) .....	301
c)	Lokale Regelungen .....	303
d)	Zur Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags.....	303
2.	Rechtsprechung.....	304
3.	Stellungnahme.....	306
IV.	Rechtsvergleichende Würdigung der Prostitution im Lichte der aktuellen und vergangenen Entwicklungen .....	308
A.	Prostitutionstätigkeit als alte Tradition.....	308
1.	Historisch-kulturelle Realität .....	308
2.	Umgang mit Sexualität.....	310
B.	Die Regelungen zur Prostitution im Vergleich.....	312
1.	Gesetzgebung zur Prostitution .....	312
2.	Entwicklung der Rechtsprechung zum Prostitutionsvertrag .....	313
3.	Selbstbestimmte Erwachsenenprostitution, verbotene Kinderprostitution.....	315
4.	Diskussion der Regelung des Prostitutionsvertrags nach ProstG ....	317
a)	Eine rudimentäre Regelung .....	317
b)	Einschränkung des Weisungsrechts der Betreiberinnen und Betreiber der Stätte (inkl. Vertreter) .....	319
5.	Aktuelle Formen der Prostitution und gegenwärtige Regelungsansätze .....	319
C.	Recht zwischen Idealgesellschaft und Realität.....	322
1.	(K)eine Idealgesellschaft.....	322
2.	Keine Wertungswidersprüche.....	323
3.	Kein Beruf wie jeder andere, aber eine Erwerbstätigkeit .....	324
4.	Fazit: Verantwortungsübernahme statt Kriminalisierung .....	324
V.	Vertraglich vereinbarter Sex gegen Entgelt <i>de lege ferenda</i> (Schweiz).....	326
A.	Zur Terminologie .....	326
B.	Qualifikation von vertraglich vereinbartem Sex gegen Entgelt .....	327
C.	Denkbares Vertragsprozedere und die wichtigsten Vertragsinhalte (schweizerisches Recht) .....	328
VI.	Vertrag zwischen der dienstleistungserbringenden Person und der Stätte (Schweiz) .....	329
A.	Regelung der unselbstständigen Tätigkeit und Qualifikation des Vertragsverhältnisses .....	329
B.	Denkbares Vertragsprozedere und die wichtigsten Vertragsinhalte (schweizerisches Recht) .....	331
VII.	Zusammenfassende Ergebnisse.....	331

**Kapitel 8**

**Zur vertraglich vereinbarten Schwangerschaft gegen Entgelt**

**(«Leihmutterschaftsvertrag») ..... 335**

I. Vorbemerkungen ..... 335

II. Vertragsrechtliche Perspektive als Reduktion ..... 336

    A. Komplexes Rechtsverhältnis..... 336

    B. Vertragsrechtliche Fragestellungen ..... 336

    C. Familienrechtliche Fragestellungen ..... 338

    D. Rechtstheoretisch-grundrechtliche Fragestellungen ..... 343

III. Grenzen der vertraglich vereinbarten Schwangerschaft in der Schweiz, Deutschland und Japan ..... 346

    A. Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland..... 346

        1. Gesetzesschranken ..... 346

        2. Zur Rechtsprechung in Deutschland und der Schweiz..... 348

            a) Älteres deutsches Sachrecht: Leihmutterschaft als Frage der Sittenwidrigkeit ..... 348

            b) Jüngeres Kollisionsrecht: Leihmutterschaft, eine Frage des *Ordre public*? ..... 350

                aa) Beschluss des Deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) vom 10.12.2014 ..... 350

                bb) Weitere Entscheide aus Deutschland ..... 352

                cc) Urteil des Bundesgerichts vom 21. Mai 2015 (BGE 141 III 312)..... 353

                dd) Urteil des Bundesgerichts vom 14. September 2015 (BGE 141 III 328) ..... 358

    B. Rechtslage in Japan ..... 360

        1. Keine gesetzliche Regelung ..... 360

            a) Keine Gesetzgebung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung ..... 360

            b) Richtlinien und Berichte der Fachgesellschaften ..... 360

            c) Gesetzesentwurf der LDP (2014) ..... 361

        2. Schranke der «guten Sitten» und der öffentlichen Ordnung ..... 362

        3. Gültige Vertragslösung ..... 364

IV. Rechtsvergleichende Würdigung im Lichte vergangener und aktueller Entwicklungen ..... 364

    A. Bekanntes Phänomen ..... 364

        1. Historisch-kulturelle Perspektive ..... 364

        2. Erste Welle von Urteilen ..... 366

    B. Rechtliche Vielfalt in Europa und in Asien ..... 368

        1. Rechtliche Heteronomie ..... 368

        2. Regelungen im Wandel ..... 371

    C. Zweite Welle von Urteilen, der Anstieg an Leihmutter-schaften und der Ruf nach internationaler Anerkennung des Kindsverhältnisses ..... 371

        1. Steigende Anzahl der internationalen Leihmutterschaften und Anerkennungsfragen ..... 371

        2. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)..... 373

D.	Rechtsvergleichende Ergebnisse.....	377
1.	Anerkennungsfrage wird noch zu wenig von der rechtlich-ethischen Leihmutterchaftsdebatte an sich getrennt .....	377
a)	Vor und nach der Geburt: Ein anderer Sachverhalt .....	377
b)	Kindeswohl versus (anerkennungsrechtlicher) <i>Ordre public</i> .....	378
c)	Politische Entscheide auf dem Rücken der Kinder?.....	379
2.	Leihmutterchaftsvertrag: Unterschiede und Gemeinsamkeiten ...	380
a)	Rechtsgrundlagen zum Leihmutterchaftsvertrag .....	380
b)	Bedeutung der Rechtsprechung (Kollisionsrecht) für den Leihmutterchaftsvertrag .....	381
c)	Bedeutung des Adoptionsrechts.....	382
3.	Kritik am Leihmutterchaftsverbot.....	383
a)	Rechtliche Vielfalt als Faktizität.....	383
b)	Anerkennung des Kind-Eltern-Verhältnisses .....	383
c)	Verbot versus Anerkennung des Kind-Eltern-Verhältnisses – ein Wertungswiderspruch .....	383
V.	Leihmutterchaftsverhältnis <i>de lege ferenda</i> .....	384
A.	Wer ist die am meisten betroffene Person?.....	384
1.	Vor der Geburt: Die schwangere Frau (die Leihmutter) .....	384
2.	Nach der Geburt: Das Kind .....	385
3.	Was liegt im Kindesinteresse? .....	386
B.	Welcher Kinderwunsch ist angemessen, welcher vermessen? .....	388
C.	Rechtliche Rahmenbedingungen.....	390
D.	Vertraglich vereinbarte Schwangerschaft (Leihmutterchaftsvertrag) <i>de lege ferenda</i> .....	393
1.	Zur Terminologie.....	393
a)	Vertragsverhältnis .....	393
b)	Intentionale Eltern .....	395
2.	Qualifikation des Vertrags.....	396
3.	Menschliche Bedürfnisse vor kommerziellen Interessen .....	397
4.	Denkbares Vertragsprozedere und die wichtigsten Vertragsinhalte (schweizerisches Recht) .....	399
	<i>Prozedere</i> .....	399
5.	Gesetzliches einseitiges Widerrufsrecht .....	401
6.	Sorgepflicht der intentionalen Eltern .....	402
VI.	Zusammenfassende Ergebnisse.....	402

## Kapitel 9

### Vertraglich vereinbarte «Liebe» («Ehevertrag» oder ein anderer Vertrag zur Regelung von Lebensgemeinschaften) .....

I.	Begriffsgebrauch .....	406
A.	Vertraglich vereinbarte «Liebe» .....	406
B.	Ehevertrag und güterrechtlicher (Teil-)Ehevertrag .....	406
II.	Die Regelungen zu den Lebensgemeinschaften im Wandel .....	407
A.	Gegenwärtige und künftige Grenzen der Selbstbestimmung .....	407
B.	Ehe- und Liebesarrangements im rechts- und sozialhistorischen Rückblick.....	409

1.	Bürgerliche Ehe als Kombination von Liebe und Sicherheit.....	409
2.	Arrangierte Liebesheirat in Japan .....	412
	a) Sozialgeschichtliches zu Eheleben und Liebesheirat .....	412
	b) «Arrangierte Liebesheirat» .....	415
3.	Exkurs: Japanisches Ehe- und Familienrecht nach dem 2. Weltkrieg .....	417
	a) Entwicklungen nach dem 2. Weltkrieg .....	417
	b) Abschaffung des <i>Ie</i> -Systems? .....	417
	c) Japanisches Scheidungssystem .....	419
	d) Jüngste Entwicklungen im japanischen Familienrecht.....	423
C.	Zur Dogmatik des Ehevertrags und des (Teil-)Ehevertrags.....	424
	1. Grundlage: Konsensprinzip .....	424
	2. Frühe Formen von denkbaren Ehe(schliessungs)verträgen .....	426
	3. Aktuelle Formen der Verträge.....	427
	a) Denkbare Vertragsinhalte .....	427
	b) Güterrechtlicher (Teil-)Ehevertrag .....	428
	c) Vermögensvertrag resp. der Lebenspartnerschaftsvertrag als Teilvertrag .....	429
	4. Vertrag und/oder Institution? .....	429
	a) Ehe als Institution .....	429
	b) Ehe als Vertrag.....	431
	c) Verlöbnis als Vertrag .....	433
D.	Zwischenergebnisse .....	434
III.	Zu den Grenzen der Selbstbestimmung am Beispiel des güterrechtlichen (Teil-)Ehevertrags in der Schweiz, Deutschland und Japan.....	436
A.	Rechtslage in der Schweiz.....	436
	1. Zum güterrechtlichen (Teil-)Ehevertrag nach Art. 181 ff. ZGB.....	436
	a) Vertragsfreiheit und ihre Schranken.....	436
	b) Regelungsinhalte .....	436
	c) Die Vereinbarung des Vorsorgeausgleichs unterliegt der gerichtlichen Kontrolle .....	438
	d) Eheverträge – eher eine Seltenheit .....	439
	2. Urteil des Bundesgerichts vom 10. November 1995 (BGE 121 III 393 ff.) .....	439
	3. Gerichtliche Kontrolle .....	440
B.	Rechtslage in Deutschland.....	441
	1. Regelungen zum Ehevertrag nach §§ 1363 ff. BGB .....	441
	a) Die Zugewinnngemeinschaft .....	441
	b) Vertragsfreiheit.....	442
	c) Regelungsinhalte .....	443
	2. Rechtsprechung.....	444
	a) Inhaltskontrolle nach § 138 BGB: sog. Kernbereichslehre .....	444
	b) Weitere Rechtsprechung .....	445
	3. Ehevertrag in der Praxis.....	447
C.	Rechtslage in Japan .....	447
	1. Eheliches Güterrecht .....	447
	a) Gütertrennung .....	447

	b) Entstehung.....	448
	c) Teilung des Vermögens: « <i>zaisan bun'yo</i> » .....	448
	d) « <i>Ni bun no ichi ruru</i> » und ihre Alternativen.....	448
	2. Keine Eheverträge in der Praxis, keine Rechtsprechung .....	450
IV.	Rechtsvergleichende Würdigung im Lichte der aktuellen und vergangenen Entwicklungen .....	451
A.	Rechtsvergleichende Erkenntnisse zum güterrechtlichen Ehevertrag .....	451
	1. Schematische Übersicht .....	451
	2. Rechtsvergleichende Erkenntnisse .....	452
B.	Die japanische Güterrechtsregelung – der Versuch einer Einordnung ...	456
	1. Gütertrennung und traditionelle Rollenteilung .....	456
	2. Gründe für den Vorbehalt gegenüber Eheverträgen .....	457
	a) Ehevertrag als Misstrauensbeweis .....	457
	b) Allgemeiner Umgang mit Verträgen .....	457
	c) Umgang mit Eheproblemen .....	458
V.	Vom güterrechtlichen Teil(Ehe)vertrag über den Ehevertrag hin zu einem einheitlichen Vertrag für alle Lebensgemeinschaften (Schweiz)? .....	459
A.	Vertragsdenken – zukunftsweisend und offen oder nur wenig progressiv? .....	459
	1. Ein Vertragsvorschlag steht zur Diskussion .....	459
	2. Zwischen Vertrags- und Familienrecht .....	461
	2. Vertragsrechtliche und familienrechtliche Konzeptionen nebeneinander.....	462
	a) Personen- und Vermögenssorge .....	463
	b) <i>Opt-in-</i> oder <i>Opt-out-Lösung</i> .....	463
	3. Familienrechtliche Fragestellungen .....	464
	4. Rechtstheoretisch-grundrechtliche Fragestellungen .....	464
B.	Vertraglich vereinbarte «Liebe» .....	465
	1. Einheitliche und umfassende Vertragslösung .....	465
	2. Keine Vertragslösungen <i>de lege lata</i> .....	466
	3. Vom <i>pacte civil de solidarité</i> (PACS) nach § 515 Code civil (CC) ....	469
C.	Wie könnte ein Partnerschaftsvertrag <i>de lege ferenda</i> konkret aussehen? .....	470
	1. Partnerschaftsvertrag <i>de lege ferenda</i> mit Personen- und Vermögenssorge? .....	470
	2. Gegenseitige Personensorge: Beistand, Rücksicht und Fürsorge ...	470
	3. Gegenseitige Vermögenssorge: Haushaltsführung, Unterhalt und Regelungen bei Auflösung der Gemeinschaft .....	471
	4. Formelle Aspekte.....	473
D.	Qualifikation und Abgrenzungen.....	473
E.	Diskussion der Vor- und Nachteile eines Partnerschaftsvertrags .....	475
	1. Sind die Motive irrelevant? .....	477
	2. Schutzgedanken.....	477
	3. Faktische Lebensgemeinschaft .....	478
F.	Verträge für die Lebensgemeinschaft und Sicherung der Kinderrechte durch das Familienrecht .....	478

**Teil 4**

**Selbstbestimmung und ihre Grenzen aus theoretischer Perspektive ... 481**

**Kapitel 10**

**Selbstbestimmung aus theoretischer Perspektive und die Kritik am**

<b>Konzept der Autonomie .....</b>	<b>482</b>
I. Im Spannungsfeld von Selbstbestimmung und Schutz .....	482
II. Kritikpunkte am Konzept von Selbstbestimmung und Autonomie.....	486
A. Disziplinenübergreifende Kritikpunkte.....	486
B. Kritik aus der feministischen Forschungsperspektive oder die fehlende Berücksichtigung weiblicher Lebenskontexte .....	487
1. Allgemeine Kritikpunkte .....	487
a) Autonomie als «männliches Ideal» oder «Obsession».....	487
b) Herabsetzung von <i>Care</i> -Gefühlen.....	487
c) «Selbstgesetzgebung» statt Selbstbestimmung .....	488
d) Pseudo-Rationalität .....	489
2. Kritik an der Selbstbestimmung und der Autonomie im Vertragsrecht .....	489
a) Vertrag als Subordinationsinstrument .....	489
b) Kritik am Konsens .....	492
c) Kritik der <i>Critical Legal Studies</i> .....	493
C. Fehlende Berücksichtigung des sozialen Kontexts.....	494
1. Kritik aus dem Vertragsrecht .....	494
2. Kommunitarismus.....	495
D. Fehlende Berücksichtigung der Individualität, der individuellen Präferenzen und Wünsche .....	496
1. Individualität als <i>conditio sine qua non</i> der Selbstbestimmung.....	496
2. Stufenkonzept der Wünsche .....	496
3. Entlang von Präferenzen und Interessen .....	497
4. Sichern der Wünsche und Willen durch « <i>shared decision</i> <i>making</i> » .....	499
E. Fehlende Berücksichtigung rechtstatsächlicher Kritik an der Rationalität.....	502
F. Zwischenergebnisse .....	505
III. Relationales Verständnis von Autonomie .....	506
A. « <i>Relational Autonomy</i> » als Alternative.....	506
B. Relationales Verständnis von Autonomie .....	507
1. Relationales (Selbst-)Verständnis als Ausgangspunkt (Jennifer Nedelsky) .....	507
2. Erhalt der Reflexionsfähigkeit und Kohärenz (Marilyn Friedman) .....	508
3. Respekt vor der selbstbestimmten Person .....	509
4. Denkbare Bedeutung der relationalen Autonomie für das Vertragsrecht .....	510
a) Vier Elemente relationaler Autonomie .....	510
b) Schutz bei Vulnerabilität .....	510
c) Vielschichtigkeit der Vertragsbeziehung erkennen .....	512

C.	«Relational Contract Theory» .....	513
1.	«Relational Contract Theory» (MacNeil) .....	513
2.	Rezeption in Japan .....	515
D.	Stellungnahme .....	516
IV.	Stärkung der Selbstbestimmung als Schutz .....	519
1.	Festhalten am Selbstbestimmungsprinzip .....	520
2.	Selbstbestimmung ist nicht gleich Selbstbestimmung .....	520
3.	Stärkung der Selbstbestimmung als Schutz .....	521

## Kapitel 11

### Hin zu einem kontextbezogenen Verständnis von Selbstbestimmung

<b>im Vertragsrecht?</b> .....	<b>525</b>	
I.	Was für ein Selbstbestimmungskonzept braucht es? .....	525
II.	Ein kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung .....	526
A.	Begriff .....	526
B.	«Graubereiche» zwischen Selbst- und Fremdbestimmung .....	526
1.	«Graubereiche» umschreiben .....	526
2.	«Graubereiche» festlegen .....	528
C.	Welche typisierbaren «Graubereiche» sind denkbar? .....	531
1.	Im Kontext der stark personalen Beziehung .....	531
2.	Im Kontext körperlicher Beziehungen .....	531
3.	Im Kontext der alltagsrelevanten wirtschaftlichen Beziehungen ...	533
D.	Ergebnis .....	534
III.	Diskussion .....	535
A.	Chancen und Herausforderungen des Vorschlags .....	535
1.	Vorwurf der Beliebigkeit .....	535
2.	Kategorisierungen als wertende Abstufungen .....	536
3.	Kein Verzicht auf das Selbstbestimmungsprinzip nötig .....	536
4.	Sach- und personenbezogener Vertragsschutz .....	537
5.	Wider den «Family Law-Exceptionalism» .....	538
6.	Flexibilität des Konzepts .....	541
B.	Mögliche Bedeutung für das Vertragsrecht .....	542
1.	Kontextbezogene Selbstbestimmung .....	542
2.	Zwingende Vertragsregeln .....	543

### Schlussbetrachtungen oder der Versuch einer Synthese der

<b>unterschiedlichen Perspektiven</b> .....	<b>545</b>	
1.	Verträge stehen im Zeichen von Konsensualität .....	545
2.	Kein Verzicht auf das Selbstbestimmungskonzept .....	546
3.	Stärkung der Selbstbestimmung durch Vertrag zum Schutz .....	547
4.	Geschlechts- und Familienleben als Teil eines geregelten Wirtschaftslebens .....	548
5.	Offensichtliche Unterschiede zu Standardkaufverträgen .....	548
6.	Kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung .....	549
7.	Grundsatz: Informed-Consent oder Verbot, tertium non datur .....	549
8.	Generalklausel zur Inhaltskontrolle .....	551
9.	Mehr Gerechtigkeit durch kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung .....	552

10. Flexible statt binäre Lösungsansätze .....	554
<b>Anhang I: Glossar.....</b>	<b>555</b>
<b>Anhang II: Fragebogen Interviews (2006).....</b>	<b>557</b>