
Sandra Hotz

PD Dr. iur.

Selbstbestimmung im Vertragsrecht

Unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung

Rechtliche und kulturelle (Schweiz, Deutschland, Japan) sowie theoretische Perspektiven zu den Grenzen der Autonomie



Stämpfli Verlag



Nomos

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Materialienverzeichnis	XXXI
Literaturverzeichnis	XXXIII
Einleitung	1
Teil 1	
Gang der Untersuchung und Untersuchungsgegenstände	7
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
Teil 2	
Selbstbestimmung im Vertragsrecht und die Grenze der «guten Sitten» aus begrifflich-dogmatischer Perspektive	75
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
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
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

Inhaltsübersicht.....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Materialienverzeichnis.....	XXXI
Literaturverzeichnis.....	XXXIII
Einleitung	1
Teil 1	
Gang der Untersuchung und Untersuchungsgegenstände	7
Kapitel 1	
Gang der Untersuchung	8
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
Kapitel 2	
Untersuchungsgegenstände: Kurze Vertragsgeschichten zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung	23
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>Minpō</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 Minpô).....	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 Minpô.....	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 Minpô	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.	Rechtsslage 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.	Rechtsslage 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(schluss)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-</i> Lösung.....	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

Konzept der Autonomie 482

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 «shared decision making»	499
	E. Fehlende Berücksichtigung rechtstatsächlicher Kritik an der Rationalität.....	502
	F. Zwischenergebnisse	505
III.	Relationales Verständnis von Autonomie	506
	A. «Relational Autonomy» 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 im Vertragsrecht?

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

unterschiedlichen Perspektiven	545	
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

Anhang I: Glossar.....555

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