
Sandra Hotz

Selbstbestimmung im Vertragsrecht

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

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

Habilitationsschrift der Universität Zürich

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2017
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-0532-3

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-0533-0
Judocu ISBN 978-3-0354-1486-8

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden
Nomos ISBN 978-3-8487-0000-0



Vorwort

Diese Untersuchung ist in verschiedenen wissenschaftlichen Kontexten (und Ländern) und im wissenschaftlichen Austausch mit vielen Personen entstanden. Allen voran möchte ich meiner Gutachterin Prof. Dr. iur. *Andrea Büchler*, Universität Zürich, und den Gutachtern Prof. Dr. iur. *Wolfgang Ernst*, LL.M. (Yale) der Universitäten Zürich und Oxford, sowie Prof. Dr. iur. *Moritz Bälz*, LL.M. (Harvard) der Goethe-Universität Frankfurt am Main (Ergänzungsgutachten zum japanischen Recht) danken, von deren sorgfältiger Lektüre und konstruktiven Kritiken die publizierte Arbeit, wie ich denke, noch profitieren konnte. Die Arbeit wurde im Juni 2017 als Habilitationsschrift von der Universität Zürich angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von Dezember 2016, danach wurden noch vereinzelte Beiträge aufgenommen.

Zahlreiche Kolleginnen und Kollegen haben im Laufe der Entstehungszeit einzelne oder mehrere Kapitel gelesen und mit mir diskutiert. Ihnen allen möchte ich sehr herzlich danken (in alphabetischer Reihenfolge): RA lic. iur. Karin Hochl, Dr. iur. Kaspar Hotz, lic. iur. Christian Luczak, RA Susanne Pötz-Neubauer, Fachanwältin Familienrecht und Mediatorin; Dr. iur. Anna Rea Frauchiger und Dr. iur. Christina Schlatter.

Von unschätzbarem Wert für die Untersuchung war sodann die Förderung durch den Forschungsschwerpunkt Asien und Europa der Universität Zürich, der mir u.a. mehrere Japanaufenthalte ermöglichte, mich massgeblich interdisziplinär weiterbildete und mich auch phasenweise die Rechtsvergleichung grundsätzlich hinterfragen liess. Im Resultat erhebe ich heute an diese pragmatisch den Anspruch möglichst «*kultursensitiv*» (so einer der Gutachter) zu sein.

Dank aussprechen möchte ich auch der vormaligen Direktorin und dem Direktor des Instituts für Familienforschung und -beratung der Universität Fribourg, Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo und Prof. Dr. phil. Dominik Schöbi, die mir stets alle nötigen Freiheiten boten.

Zwei Forschungsaufenthalte in den USA, dem Schweizerischen Nationalfonds sei an dieser Stelle auch noch gedankt, haben schliesslich dazu beigetragen, dass ich die zu untersuchenden Themen noch aus einer weiteren Wissenskulturskultur heraus betrachten durfte. Auf einen Rechtsvergleich mit nordamerikanischem Recht habe ich aus Gründen der Machbarkeit verzichtet.

Für das Lektorat an der Endfassung danke ich vorab Dr. iur. Anna Rea Frauchiger, cand. MLaw Sandro Spiess, Kayoko Wakabayashi und dem Stämpfli Verlag.

Ohne das Interesse, die Geduld und die Unterstützung meiner Familie an diesen auch für mich persönlich immer wieder herausfordernden Themen wäre das Unterfangen nicht realisierbar gewesen.

Das Buch ist der nächsten Generation gewidmet, Fabian, Cecily und Léane.

Zürich, im Winter 2017

Sandra Hotz

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 («Leihmutterschaftsvertrag»).....	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>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 Ordre public (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 <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. Gesetzesschränken	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 <i>Ordre public</i> ?	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 Kindesverhältnisses	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 Leihmutterschaftsdebatte an sich getrennt	377
a)	Vor und nach der Geburt: Ein anderer Sachverhalt	377
b)	Kindeswohl versus (anerkennungrechtlicher) <i>Ordre public</i>	378
c)	Politische Entscheide auf dem Rücken der Kinder?	379
2.	Leihmutterschaftsvertrag: Unterschiede und Gemeinsamkeiten ...	380
a)	Rechtsgrundlagen zum Leihmutterschaftsvertrag	380
b)	Bedeutung der Rechtsprechung (Kollisionsrecht) für den Leihmutterschaftsvertrag	381
c)	Bedeutung des Adoptionsrechts.....	382
3.	Kritik am Leihmutterschaftsverbot.....	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.	Leihmutterschaftsverhältnis <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 (Leihmutterschaftsvertrag) <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 vergangen-	
	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

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

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

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AB EG	Amtsblatt der EG
abg.	agekürzt
Abk.	Abkürzung
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
a.C.n.	ante Christum natum (vor Christus)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
a.F.	alte Fassung
AfB	Ausführungsbestimmungen
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (Köln)
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGB-Gesetz	(Deutsches) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 3. April 2013 (BGBl. I S. 610) geändert worden ist
AJCP	The American Journal of Comparative Law (Washington)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
allg.	allgemein
a.M.	andere(r) Meinung
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
aOR	Bundesgesetz vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht (nicht mehr in Kraft)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Bern)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
ausl.	ausländisch
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
bes.	besonders
betr.	betreffend

BFS	Bundesamt für Statistik Schweiz
BG	Bundesgesetz
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (ohne weitere Angaben: Amtliche Sammlung)
BGer.	Bundesgericht
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Köln/Berlin)
BK	Berner Kommentar (Bern)
BSK	Basler Kommentar (Basel)
Bst.	Buchstabe
BT	Deutscher Bundestag
BüG	Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952 (SR 141.0)
BULR	Boston University Law Review (Boston)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVerfGE	(Deutsches) Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CC	Code Civil/Codice Civile
c.i.c.	culpa in contrahendo
c.r.s.st.	clausula rebus sic stantibus
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DSG	BG über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
DStRE	Deutsche Strafrichterentscheide
dt.	deutsch
e.c.	e contrario
ECHR	European Court of Human Rights
ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft (seit 1. November 1993; bis 1. November 1993: EWG)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel 17 des Gesetzes vom 20. November 2015 (BGBl. I S. 2010) geändert worden ist
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung vom 2. Oktober 1997
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung

EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
engl.	englisch
Erw.	Erwägung(en)
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EuZ	Zeitschrift für Europarecht (Zürich)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München)
f./ff.	folgende/fortfolgende (Seite/Seiten)
FamFG	Familienverfahrengesetz vom 7.12.2008 (BGBl. I S. 2586)
FG	Festgabe
FMedG	Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz) vom 18. Dezember 1998 (SR 810.11)
franz.	französisch
FS	Festschrift
FZG	Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG) vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42)
GE	Genf
germ.	germanisch
GestG	BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz) vom 24. März 2000 (SR 272)
gez.	gezeichnet
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRUR int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil
HccH	Hague Conference on Private International Law/Conférence de la Haye de droit international privé
HK-BGB	Handkommentar zum BGB (Baden-Baden)
HKK	Historisch kritischer Kommentar (Tübingen)
Hk-VertriebsR	Handkommentar zum Vertriebsrecht (Baden-Baden)
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
HWiG	Deutsches Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16. Januar 1986
ibid.	an der angegebenen Stelle
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S.	im engeren Sinne
IJFAB	International Journal of Feminist Approaches to Bioethics, Toronto
insb.	insbesondere
int.	international/integriert
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)

i.S.v.	im Sinne von
ital.	italienisch
IV/IVF	In-vitro-Fertilisation
i.V.m.	in Verbindung mit
i.Z.m.	in Zusammenhang mit
jap.	japanisch
JBl.	Juristische Blätter (Wien/New York)
JCL	Journal of Comparative Law (London)
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
Jg.	Jahrgang
Jh.	Jahrhundert
JKR	Jahrbuch für Konsumentenrecht (Bern)
JURA	Juristische Ausbildung (Berlin)
JuS	Juristische Schulung; Zeitschrift für Studium und Ausbildung (München/Frankfurt am Main)
JZ	Juristen Zeitung (Tübingen)
KG	Kammergericht
KIG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 1999 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumenteninformati- onsge- setz; SR 944.0)
KKG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (SR 221.214.1)
KschG	Österreichisches Konsumentenschutzgesetz vom 8. März 1979
Kt.	Kanton
KuKo	Kurzkomentar
Kurzkom.	Kurzkomentar
krit.	kritisch
KV	Kantonsverfassung
LG	Landgericht
lit.	Litera
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Voll- streckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssa- chen, abgeschlossen in Lugano am 16. September 1988 (SR 0.275.11)
m.E.	meines Erachtens
MedR	Schriftenreihe Medizinrecht (München/Frankfurt am Main/New York/Tokyo)
m.N.	mit Nachweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
n.b.	nota bene
NBL	New Business Law (Tokio)
NE	Neuchâtel
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift (München/Frankfurt am Main)

NJW-CoR	Computerreport der Neue Juristische Wochenzeitschrift (München/ Frankfurt am Main)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (München/Frankfurt am Main)
NK	Nomos Kommentar
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220), französisch: CO
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz vom 25. Juli 1994 (BGBl. I S. 1744), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15. Juli 2013 (BGBl. I S. 2386) geändert worden ist
PStRG	Deutsches Gesetz zur Reform des Personenstandsrechts (Personenstandsreformgesetz) vom 19. Februar 2007 (BGBl. I S. 122)
PECL	Principles of European Contract Law
Pra	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts (Basel)
PRG	Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993 (SR 944.3)
PrHG	Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht vom 18.6.1993 (SR 221.112.944)
ProstG	Prostitutionsgesetz vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3983)
RabelZ	The Rabel Journal of Comparative and International Law (Tübingen)
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite(n)
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SAA	English Surrogacy Arrangement Act vom 16. Juli 1985
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich; bis 1989; seit 1990: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)
schweiz.	schweizerisch/schweizerische/schweizerisches
Semjud	La Semaine judiciaire (Genève)
SGK	St. Galler Kommentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StAZ	Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands (Frankfurt am Main)
StR	strafrechtliche Abteilung
s.w.N.	siehe weitere Nachweise

Abkürzungsverzeichnis

SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Berlin)
u.a.	unter anderem
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht, Bern
umstr.	umstritten
UN-KRK	UN-Konvention über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107)
unumstr.	unumstritten
UP	UNIDROIT Principles
ursprüngl.	ursprünglich
u.U.	unter Umständen
UWG	BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
v.a.	vor allem
VgGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkung/en
vs.	versus
VVG	BG vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (SR 221.229.1)
w:	wörtlich
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Recht (München)
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Wien)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Köln)
zit.	zitiert als
ZjapanR	Zeitschrift für japanisches Recht (Hamburg)
ZK	Zürcher Kommentar (Zürich)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStV	Schweizerische Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (SR 211.112.2)

Materialienverzeichnis

Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizin-gesetz, FMedG) vom 26. Juni 1996 (zit. Botschaft FMF/FMedG)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006 (BBl 2006 7001 (zit. BBl 2006 7001))

Botschaft an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) vom 5. Juni 1974, BBl 1974 II 1 (zit. BBl 1974 II 1)

Bericht des Bundesrates zur Leihmutter-schaft vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28. September 2012, (zit. Bericht des Bundesrates zur Leihmutter-schaft vom 29. November 2013)

Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paa-re vom 29. November 2002, BBl 2003 1288 (zit. BBl 2003 1288)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Ehe-schliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vor-mundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995 (zit. BBl 1996 I 1)

Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft, Ehevermittlung – Ände-rung vom 26. Juni 1998, BBl 1998 IV 3491 (zit. BBl 1998 IV 3491)

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 1998: Reform der Bundesverfassung, National-rat (zit. Amtl. Bull. NR 1998)

Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz von Leben und Umwelt vor Genmanipulation (Gen-Schutz-Initiative)» vom 6. Juni 1995, BBl 1995 III 1333 (zit. BBl 1995 III 1333)

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung 1998: Reform der Bundesverfassung, Ständerat (zit. Amtl. Bull. SR 1998)

Bundesamt für Statistik, Familien, Haushalte – Analyse: Familienpolitik: Mikrozensus Fami-lie und Geburtenhäufigkeit – Erste sexuelle Erfahrung und Verhütung, abrufbar unter: <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/04/blank/dos/mikrozensus/04.html>>, zuletzt besucht am 9. Dezember 2015 (zit. BFS Erste sexuelle Erfahrung und Verhü-tung 2015)

Botschaft vom 22. März 1905 des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Geset-zesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen (zit. BBl 1905 II 1)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR) vom 5. Mai 1982 (zit. BBl 1982 II 636)

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 5. Oktober 1984, in Kraft seit dem 1. Januar 1988, AS 1986 122 (zit. AS 1986 122) = Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht: BBl 1979 II 1191 (zit. BBl 1979 II 191))

Erläuternder Bericht und Vorentwurf zum Bundesgesetz über die registrierte Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom November 2001 (zit. VE PartG)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009 6151 (zit. BBl 2009 6151)

Niederlassungsabkommen zwischen der Schweiz und der Türkischen Republik vom 13. Dezember 1930, SR 0.142.117.632 (zit. Niederlassungsabkommen zwischen der Schweiz und der Türkischen Republik)

Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, SR 82.072 (zit. Botschaft IPRG)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1009 (zit. BBl 1985 1009)

Literaturverzeichnis

In der Regel ist nur Literatur in diesem Verzeichnis angeführt, die mehrmals zitiert wurde. Zeitschriftentitel werden nur mit Autorennamen und der jeweiligen Zeitschriftenabkürzung/ Jahrgang/Band zitiert. Die japanischen Autorennamen und Titel sind in chinesischen Schriftzeichen angegeben (auch bei ursprünglich englischen Titeln), um die Auffindbarkeit zu erleichtern und um die Übersetzungen möglichst transparent zu gestalten. (Wo nichts anderes erwähnt ist, stammen Übersetzungen aus dem japanischen von der Autorin.)

Abegg, Andreas: Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, Ein Beitrag zur Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit, Freiburg in der Schweiz 2004 (zit. Abegg).

–: Rechtsfolgen zwingender Inhaltsnormen im System von Art. 19 und 20 OR –: Eine historisch evolutorische Perspektive, AJP 9 (2005), 1113 ff.

Aebi-Müller, Regina: Perpetuierte Selbstbestimmung?, Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, ZBJV 149 (2013), 150 ff.

–/Hausheer, Heinz: Art. 181 und 182 ZGB, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/ Geiser, Thomas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Aebi-Müller/Hausheer, Art. 181 oder 182 ZGB N XX).

Ahlefeldt, Melissa: Less than Family: Surrogate Birth and Legal Parent-Child Relationships in Japan, ZJapanR 16 (2011), 65–96.

Akamatsu, Hideaki: Privatautonomie und die Schuldrechtsmodernisierung in Japan, Vertrag Konsens und der Wille des Einzelnen, in: Haase Marco (Hrsg.) Privatautonomie Aufgaben und Grenzen, Baden-Baden 2015, 177 ff. (zit. Akamatsu).

Alexy, Robert: Die immanente Moral des Grundgesetzes, in: Bydlinski, Franz/Mayer-Maly, Theo (Hrsg.), Rechtsethik und Rechtspraxis, Veröffentlichungen des Internationalen Forschungszentrums für Grundfragen der Wissenschaften Salzburg, Innsbruck/Wien 1990, 97 ff. (zit. Alexy).

Allen, Anita L: Surrogacy, Slavery and the Ownership of Life, Harvard Journal of Law and Public Policy 13 (1990), 139 ff.

Allison, Anne: Nightwork. Sexuality, Pleasure and Corporate Masculinity in a Tokyo Hostess Club, Cicago 1994 (zit. Allison).

Anderson, Joel/Honneth, Axel: Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice, in: Christman, John/Anderson, Joel (Hrsg.), Autonomy and Challenges to Liberalism, Cambridge 2005, 127 ff. (zit. Anderson/Honneth).

Anderson, Kent/Ryan, Trevor: Japan: The importance and evolution of legal institutions at the turn of the century, in: Black, Ann E./Bell, Gary F. (Hrsg.), Law and Legal Institutions of Asia: Traditions, adaptations and innovations, New York 2013, 120 ff. (zit. Anderson/Ryan).

Andrews, Lori B.: Surrogate Motherhood, The Challenges for Feminists, in: Gostin Larry/Gostin Lawrence O. (Hrsg.), Surrogate Motherhood: Politics and Privacy (Medical Ethics), Bloomington 1990, 167 ff. (zit. Andrews).

- Aoki, Hitoshi 青木人志: *A Skillful Transplanter of Western Legal Thought into Japanese Soil*, in: Riles, Annelise (Hrsg.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford 2001, 129 ff. (zit. Aoki, Japanese Soil).
- Aoki, Tamotsu 青木保: *Nihon bunkaron no henyô: sengo nihon no bunka to aidentiti* 日本文化論の変容：戦後日本の文化とアイデンティティ - [Wandel der Japanischen Geisteswissenschaften: Kultur und Identität im Nachkriegsjapan], Tokyo 1990 (zit. Aoki).
- Aoyama, Kaoru 青山薫: *Sekkusu wâkâ to wa dare ka: ijû, sei rôdô, jinshin torihiki no kôzô to keiken* セックスワーカーとは誰か：移住・性労働・人身取引の構造と経験 Tokyo 2007.
- Aoyama, Tomoko 青山友子/Dales, Laura/Dsgupta, Romit (Hrsg.): *Configurations of family in Japan*, New York u.a. 2015 (zit. Aoyama et al.).
- Armbrüster, Christian: Kommentar zum ProstG, Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten, in: Münchner Kommentar zum BGB, Bd. I, 7. Aufl., München 2015 (zit. MüKo-Armbrüster ProstG).
- : Kommentar zu § 138 BGB, in: Münchner Kommentar zum BGB, Bd. I, 7. Aufl., München 2015 (zit. MüKo-Armbrüster BGB 138 Rn. XX).
 - : Die guten Sitten im Wohneigentumsrecht, in: NJW 2008, 361 ff.
 - : Vor § 45 BGB, in: Münchner Kommentar, §§ 1–240 BGB, Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), 6. Aufl., München 2012 (zit. MüKo-Autor, §§ 1–240 BGB).
 - : Zivilrechtliche Folgen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten, NJW 2002, 2763 ff.
 - /Mayer-Maly, Theo: Kommentar zu § 138 BGB, in: Münchner Kommentar zum BGB, 4. Aufl., München 2001 (zit. MüKo-Armbrüster/Mayer-Maly, § 138 BGB Rn. XX).
- Arnet, Ruth: *Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss*, Basel 2008 (zit. Arnet).
- Arzt, Gunther: *Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden. Geschichtliche Wurzeln, theoretische Begründung und praktische Auswertung*, Tübingen 1962 (zit. Arzt).
- Atiyah, Patrick Selim: *Essays on Contract*, Nachdruck aus dem Jahr 1986, Oxford 2001 (zit. Atiyah, Essays).
- : *Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979 (zit. Atiyah, Rise and Fall).
- Auer, Marietta: *Materialisierung, Flexibilisierung und Richterfreiheit*, Tübingen 2005 (zit. Auer).
- : *Eigentum, Familie, Erbrecht*, AcP 216 (2016), 239 ff.
- Baer, Susanne: *Komplizierte Subjekte zwischen Recht und Geschlecht, Eine Einführung in feministische Ansätze in der Rechtswissenschaft*, in: Kreuzer, Christine (Hrsg.), *Frauen im Recht – Entwicklung und Perspektiven*, 2. Aufl., Baden-Baden 2008, 9 ff.
- Bälz Moritz: *Wider den Exotizismus. Zur Bedeutung der Kultur für das japanische Recht*, ZJapR 25 (2008), 153 ff.
- Baldus, Christian: *Römische Privatautonomie*, AcP 210 (2010), 2 ff.
- /Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.): *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, München 2006 (zit. nach Autor).
- Balthasar, Stephan: *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht: eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute*, Tübingen 2006 (zit. Balthasar).

- Bartholet, Elisabeth: International Adoption: The Human Rights Issues, in: Markets Baby, Bratcher Goodwin Michele (Hrsg.), Cambridge 2010, 94 ff. (zit. Bartholet).
- Basedow, Jürgen: Recent Developments of the Conflict Laws, in: Basedo, Jürgen/Baum, Harald/Nishitani, Yuko (Hrsg.), Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective: Tübingen 2006 (zit. Basedow).
- Baum, Harald: Rechtsdenken, Rechtssystem und Rechtswirklichkeit, *RabelsZ* 59 (1995) 258 ff.
–: Bälz, Moritz: Rechtsentwicklung, Rechtsmentalität, Rechtsumsetzung, in: Baum, Harald/Bälz, Moritz (Hrsg.), Handbuch des japanischen Handels- und Wirtschaftsrechts, Köln 2011, 1 ff. (zit. Baum/Bälz).
- Baumann, Felix: Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung: unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Diss. Freiburg, Zürich 2011 (zit. Baumann).
- Baumann, Max: Art. 2 ZGB, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Baumann, Max/Dürr, David/Marti, Arnold/Lieber, Viktor/Schnyder, Bernhard (Hrsg.), Art. 1–7 ZGB, Einleitung, Mit einer Einführung zu den Artikeln 1–10 von Berhard Schnyder (zit. ZK-Baumann, Art. 2 ZGB N XX).
- Bayley, David. H.: Forces of Order, Policing Modern Japan, 2. Aufl., Berkeley 1991 (zit. Bayley).
- Beauchamp, Tom L./Childress, James F.: Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl., New York 2013 (zit. Beauchamp/Childress).
- Beauvoir, Simone de: Das andere Geschlecht, Sex und Sitte der Frau, Hamburg 1951 (zit. de Beauvoir).
- Beater, Axel: Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB, *AcP* 197 (1997), 505 ff.
–: Generalklauseln und Fallgruppen, *AcP* 194 (1994), 82 ff.
- Becker, Hermann: Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht. 1. Abt. Allgemeine Bestimmungen (Artikel 1–183), 2. Aufl., Bern 1941 (zit. BK-Becker).
- Becker, Michael: Der unfaire Vertrag, Tübingen 2003 (zit. Becker M.).
- Beckmann, Roland Michael: Nichtigkeit und Personenschutz, parteibezogene Einschränkung der Nichtigkeit, Tübingen 1998 (zit. Beckmann).
- Behrends, Okko: Die rechtsethischen Grundlagen des Privatrechts, in: Bydlinski, Franz/Mayer-Maly, Theo (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, *Rechtsethik* Bd. 1, Wien u.a. 1994 (zit. Behrends).
- Belser, Eva Maria: Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg in der Schweiz 2000 (zit. Belser).
–: Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, Ein Kommentar zum deutschen Bürgerschaftsbeschluss und zum Stand der richterlichen Inhaltskontrolle in der Schweiz, *AJP* 1998, 433 ff.
–/Alexandra Jungo: Elternschaft im Zeitalter medizinischer Machbarkeit, *ZSR* 135 (2016) I, 3. Heft, 175 ff.
- Ben-Am, Moshe: Gespaltene Mutterschaft, Basel 1998 (zit. Ben-Am).
- Benedict, Ruth: The Chrysanthemum and the Sword, Patterns of Japanese Culture, London 1967 (zit. Benedict).
- Benhabib, Seyla: Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics, New York 1992.

- Benöhr, Hans-Peter: Schutz dem Ausgebeuteten oder Strafe dem Ausbeuter, Für eine Korrektur des § 138 Abs. 1 de lege lata und des § 138 Abs. 2 de lege ferenda, in: Friedrich Har-
rer, Heinrich Honsell, Peter Mader (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly*, Wien
2011, 83–100.
- Benson, Paul: Free agency and self-worth, *The Journal of Philosophy* 91 (1994) 12, 650 ff.
(zit. Benson, Free agency and self-worth).
- Benson, Peter: Contract, in: Patterson, Dennis (Hrsg.), *A Companion to Philosophy of Law
and Legal Theory*, 2. Aufl., Chichester 2010, 29 ff. (zit. Benson, Contract).
- : Narrative Self-Understanding and Relational Autonomy, *Symposia on Gender, Race
and Philosophy* 7 (2011) 1, 1 ff. (zit. Benson, Narrative Self-Understanding).
- Berg, Jessica W./Appelbaum, Paul S./Lidz, Charles W./Parker, Lisa S.: *Informed-Consent:
Legal Theory and Clinical Practice*, 2. Aufl., Oxford 2001 (zit. Berg/Appelbaum/
Lidz/Parker).
- Berger, Bernhard: *Allgemeines Schuldrecht*, 2. Aufl., Bern 2012 (zit. Berger).
- Bernstein, Elisabeth: *Temporarily yours. Intimacy, Authenticity, and the Commerce of Sex*,
Chicago/London 2007 (zit. Bernstein).
- Bersier Ladavac, Nicoletta: Recht, Moral und Gerechtigkeit bei Hans Kelsen, in: Hotz
Sandra/Mathis Klaus, *Recht, Moral, Faktizität*, Festschrift für Walter Ott, Zürich/
St.Gallen 2008 (zit. als Bersier Ladavac).
- Bertschi, Nora: *Leihmutterschaft, Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der
Schweiz, den USA und Indien*, Bern 2014 (zit. Bertschi).
- Bertschi, Susanne: Sexarbeit tabuisiert – zum Nachteil der Frauen, Eine juristische Analyse
von Straf- und AusländerInnenrecht zur Unterbindung von Frauenhandel, *NFP Bulletin* 7,
2003 (zit. Bertschi, NFP).
- Betzler, Monika: Einleitung, Bedingungen personaler Autonomie, in: Betzler, Monika/Gu-
ckes, Barbara/Frankfurt, Harry. G (Hrsg.), *Freiheit und Selbstbestimmung*, Berlin 2001,
17 ff. (zit. Betzler, Einleitung).
- Biaggini, Giovanni: Kommentar zu Art. 8 BV, in: Biaggini, Giovanni (Hrsg.), *Kommentar
Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Mit Auszügen aus der EMRK,
den UNO-Pakten sowie dem BGG*, Zürich 2007 (zit. Biaggini, Art. 8 BV N XX).
- Bix, Brian: Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital Agreements
and How We Think About Marriage, *William & Mary Law Review*, Vol. 40 (1998) Issue 1,
145 ff. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=141891> Bloch, Iwan: *Die Prostitution.
Handbuch der gesamten Sexualwissenschaften Bd. I-II*, Berlin 1912–25.
- Boissonade, Gustave: *Projet de Code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commen-
taire*, Tome deuxième, *Des droits personnels et obligations*, 2. Aufl., Tokyo 1883 (zit. Bois-
sonade).
- Bornhoff, Nicholas: *Pink Samurai: Love, Marriage, and Sex in Contemporary Japan*, New
York 1991 (zit. Bornhoff).
- Bowald, Béatrice: *Prostitution, Überlegungen aus ethischer Perspektive zu Praxis, Wertung
und Politik*, Münster 2010, (zit. Bowald).
- Brachter Goodwin, Michele: Baby Markets, in: Brachter Goodwin, Michele (Hrsg.),
Cambridge 2010, 2 ff. (zit. Goodwin).
- Brahier, Gabriela: *Medizinische Prognosen im Horizont eigener Lebensführung*, Tübingen
2011.

- Bräm, Verena: Kommentar zu Art. 159 ZGB, in: Bräm, Verena/Hasenböhler, Franz (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 159–180 ZGB, Scheidungsrecht, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Bd. II/2c – Familienrecht – Eherecht, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit. ZK-Bräm, Art. 159 ZGB N XX).
- Brändli, Gian, Vermögensgestaltung in der eingetragenen Partnerschaft: Unter Berücksichtigung des Obligationen-, Erb- und Steuerrechts, Zürich 2010 (zit. Brändli).
- Braw, Monica/Gunnarson, Hiroe: Frauen in Japan. Zwischen Tradition und Aufbruch, Frankfurt am Main 1982 (zit. Braw/Gunnarson).
- Breitbach, Udo: Die Vollmacht der Kirche Jesu Christi über die Ehen der Getauften: Zur Gesetzesunterworfenheit der Ehen nichtkatholischer Christen, Rom 1998 (zit. Breitbach).
- Britz, Gabriele: Inhaltskontrolle von Eheverträgen in Unternehmerehen. Vorgaben der Verfassung, in: Röthel, Anne (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, Tübingen 2014, 241 ff.
- Broggini, Gerardo: Ordine pubblico et norme imperative quali limiti alla libertà contrattuale in diritto svizzero, in: Festgabe Wilhelm Schönenberger zum 70. Geburtstag, Freiburg 1968, 1 ff. (zit. Broggini).
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB, 38. Aufl., München u.a. 2014 (zit. Brox/Walker).
- Brückner, Christian: Das Personenrecht des ZGB (ohne Beurkundung des Personenstandes), Zürich 2000 (zit. Brückner).
- Brudermüller, Gerd: § 1353 BGB, in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'scher Kommentar, 73. Aufl., München 2014 (zit. Palandt/Brudermüller, § 1353 Rn. XX).
- Bryant, Taimie L.: Marital Dissolution in Japan: Legal Obstacles and Their Impact, Law in Japan 17 (1984), 73 ff. (zit. Bryant).
- Bucher, Eugen: Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen – Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze, in: Deschenaux, Mélanges Henri, Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag, Freiburg 1977, 249–296 (zit. Bucher, Dispositives Gesetzesrecht).
- : Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte; insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Zürich 1956 (zit. Bucher, Persönlichkeitsrechte).
- : Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 1983, 257 ff.
- : Kommentar ZGB 27: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Personenrecht, Die natürlichen Personen, Bern 1993 (zit. BK-Bucher, Art. 27 ZGB N XX).
- : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. Bucher, OR AT).
- Büchler, Andrea: Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, Basel 2016.
- : Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften, FamPra 15 (2014) 4, 797 ff.
- : Eherecht und Geschlechterkonstruktion: ein Beitrag zur Abschaffung der institutionalisierten Zweigeschlechtlichkeit, in: Recht, Richtung, Frauen, St. Gallen/Lachen 2001, 59–90 (zit. Büchler, Abschaffung).
- : Jenseits des ganz normalen Chaos des Familienrechts, in: Büchler, Andrea/Müller-Chen, Markus (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Privat Law: national – global – comparative, Bern 2011, 285 ff. (zit. Büchler, FS Schwenzer).

- : Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern, AcP 206 (2006), 300 ff.
- : Persönlichkeitsgüter als Vertragsgegenstand?, in: Honsell, Heinrich/Portmann, Wolfgang/Zäch, Roger (Hrsg.), Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 177 ff. (zit. Bächler, FS Rey).
- : Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, AJP 13 (2004), 1175 ff.
- : Zur Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern – Zur Dialektik von Ich und Mein, AcP 206 (2006), 301 ff.
- /Bertschi, Nora: Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern? Leihmutterschaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz, FamPra 14 (2013) 1, 33 ff.
- /Bleich, Barbara: Leihmutterschaft – ein respektables Unterfangen?, hll Zeitschrift für Recht und Gesundheit, 172 (2014), 1 ff.
- /Cottier, Michelle, unter Mitarbeit von Sandra Hotz: Legal Gender Studies: eine kommentierte Quellensammlung = Rechtliche Geschlechterstudien, Baden-Baden/Zürich 2012 (zit. Bächler/Cottier)
- /Gabriella Matefi: Vorbem. zu Art. 18–25 PartG, in: Bächler, Andrea (Hrsg.), Kommentar zur eingetragenen Partnerschaft, Bern 2007 (zit. Bächler/Matefi, Vorbem. zu Art. 18–25 FamKomm PartG N XX).
- /Herz, Nadja/Bertschi, Martin: Allgemeine Einleitung IV, in: Bächler, Andrea (Hrsg.), FamKomm Eingetragene Partnerschaft, Bern 2006 (zit. Bächler/Herz/Bertschi, FamKomm PartG Allg. Einl. IV N XX).
- /Vetterli, Rolf: Vorbem. zu Art. 12–17, PartG, in: Bächler, Andrea (Hrsg.), FamKomm Eingetragene Partnerschaft, Bern 2006 (zit. Bächler/Vetterli, FamKomm PartG, Vorbem. Art. XX PartG, N XX).
- Buckley, Sandra: Broken Silence: Voices of Japanese Feminism, Berkeley and Los Angeles 1997 (zit. Buckley)
- Bugnon, Géraldine/Chimienti, Milena/Chiqe, Laura: Sexmarkt in der Schweiz, Teile 1–3, Universität Genf 2009 (Sociograph No. 5b, 6b & 7b) (zit. Bugnon et al. Teil 1–3).
- Bumpass, Larry/Choe, Minja Kim: Bumpass, Larry (Hrsg.), Marriage, Work and Family Life in Comparative Perspective. Japan, South Korea and United States, Tsuya, Noriko 津谷典子, Honolulu 2004, (zit. Bumpass/Choe).
- Bürge, Alfons: Rechtsdogmatik und Wirtschaft: Der richterlichen Moderation beim sittenwidrigen Rechtsgeschäft im Rechtsvergleich, Bundesrepublik Deutschland-Schweiz-Österreich-Frankreich, Berlin 1987 (zit. Bürge).
- Burns, Chatherine: Sexual Violence and the Law, London/New York 2005 (zit. Burns).
- Busche, Jan: Vor § 145 BGB, in: Münchner Kommentar, §§ 1–240 BGB, Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), 6. Aufl., München 2012 (zit. MüKo-Busche, Vor § 145 BGB N XX).
- Bydlinski, Franz: Die praktische Bedeutung der Rechtsethik und die Möglichkeiten ihrer Vermittlung, in: Bydlinski, Franz/Mayer-Maly, Theo (Hrsg.), Rechtsethik und Rechtspraxis, Veröffentlichungen des Internationalen Forschungszentrums für Grundfragen der Wissenschaften Salzburg, Innsbruck/Wien 1990 (zit. Bydlinski, Rechtsethik).
- : Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004), 309 ff.
- : Formale Freiheitsethik und andere Ethiken im Privatrecht, in: Bydlinski, Franz/Kessal-Wulf, Sibylle/Reuter, Dieter (Hrsg.), Formale Freiheitsethik oder materiale Verantwor-

- tungsethik: Bericht über das wissenschaftliche Kolloquium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Dieter Reuter am 15. und 16. Oktober in Kiel, Berlin 2006, 99 ff. (zit. Bydlinski, Formale Freiheitsethik und andere Ethiken).
- : Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988 Wien (zit. Bydlinski, Rechtsgrundsätze).
- : Gerechtigkeit als rechtspraktischer Massstab kraft Sach- und Systemzusammenhangs, in: Beck-Mannagetta Peter et al. (Hrsg.), Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts, Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag, Wien u.a. 1996, 107–162 (zit. Bydlinski, Gerechtigkeit).
- : Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. erg. Aufl., Wien 1991 (zit. Bydlinski, Methodenlehre).
- : Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts, JZ 1980, 378 ff.
- : Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, in: Benöhr, Hans-Peter, Kaser, Max (Hrsg.), Juris Professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Wien 1986, 190 ff. (zit. Bydlinski, FG Kaser).
- : Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien/New York, 1967 (zit. Bydlinski, Privatautonomie).
- : System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996 (zit. Bydlinski, System).
- : Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwangs, AcP 180 (1980), 1 ff.
- Camprubi, Madeleine: Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35, Ein Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit, AJP 13 (2004), 384 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 ff.
- : Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz, Berlin 1999 (zit. Canaris, Grundrecht).
- : Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatgesellschaft, in: Badura, Peter/Scholz, Rupert (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens – Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, 873 ff. (zit. Canaris, FS Lerche).
- : Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung, AcP 200 (2000), 273 ff.
- Cantieni, Linus/Vetterli, Rolf: Art. 123 ZGB, in: Andrea Böhler et al. (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel 2012 (zit. KuKo ZGB-Cantieni/Vetterli, Art. 123 ZGB N XX).
- Carbonnier, Jean: L'apport du droit comparé à la sociologie juridique, in: Livre du centenaire de la Société de législation comparée, Paris 1969, 75 ff.
- Caroni, Pio/Schöbi, Felix: Allgemeine Einleitung, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-Caroni/Schöbi, Einl. Art. 1–9 ZGB N XX).
- Cho, Suun Yoon: Japanese Legal System, in: Danner Richard, Bernard Marie-Louise (Hrsg.), Introduction to Foreign Legal Systems, New York 1994, 123 ff.
- Christensen, Birgit: Schwangerschaft als Dienstleistung – Kind als Ware? Eine rechtliche Annäherung an das komplexe Phänomen der sogenannten Leihmutterchaft, hll Zeitschrift für Recht und Gesundheit 2013 (Nr. 86).
- Christman, John: Autonomy and Personal History, Canadian Journal of Philosophy, Vol. 21 (1991) Issue 1, 1 ff. (zit. Christman, Autonomy and Personal History).

- : Relational Autonomy and the Social Dynamics of Paternalism, *Ethic Theory and Moral Practice*, Vol. 17 (2004) Issue 3, 369 ff. (zit. Christman, Paternalism).
- : Social Practical Identities and the Strength of Obligation, *Journal of Social Philosophy* 44 (2) (2013), 121 ff. (zit. Christman, Social Practical Identities).
- Clarke, Donald C.: Empirical Research into the Chinese Judicial System, in: Jensen, Erik G./Hell, Thomas C. (Hrsg.), *Beyond Common Knowledge*, Stanford University Press Stanford, California 2003, 164–192 (zit. Clarke).
- Code, Lorraine: *What Can She Know? Feminist Theory and the Construction of Knowledge*, Ithaca and London 1991.
- Coester-Waltjen, Dagmar: Die Inhaltskontrolle von Verträgen ausserhalb des AGBG, *AcP* 190 (1990), 1 ff.
 - : Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind, *NJW* 1983, 2059 ff. (zit. Coester-Waltjen, *NJW* 1983).
 - : Herausforderungen für das deutsche Familienrecht, *FF* 2013, 48 ff.
 - : Rechtliche Probleme für andere übernommenen Mutterschaft, *NJW* 1982, 629 ff.
 - : 2. Teilgutachten: Zivilrechtliche Probleme – Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag, München 1986 (zit. Coester-Waltjen, Gutachten B für den 56. DJT).
- Coing, Helmut: Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dem Begriff «gute Sitten», *NJW* 1947, 213 ff.
 - : Die Zivilrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert in Europa, München 1991 (zit. Coing).
 - : Kommentar zu § 138 BGB in: Beitzke, Günther et al. (Hrsg.), *J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 11. Aufl., Berlin 1957 (zit. Staudinger/Coing, § 138 BGB Rn. XX).
- Coontz, Stephanie: *Marriage, a History. How Love Conquered Marriage*, New York 2005 (zit. Coontz).
- Cornell, Drucilla: *At the Heart of Freedom, Feminism, Sex, and Equality*, Princeton 1998 (zit. Cornell).
- Cotterrell, Roger: Comparatist and Sociology, in: Legrand, Pierre/Munday, Roderick (Hrsg.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge 2003 (zit. Cotterrell, Comparatists and Sociology).
 - : Comparative Law and Legal Culture, in: Zimmermann, Reinhard/Reimann, Mathias (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, 709 ff. (zit. Cotterrell, Comparative Law and Legal Culture).
 - : *Law, Culture and Society*, Aldershot 2006 (zit. Cotterrell, *Law, Culture and Society*).
- Coulmas, Florian: *Die Kultur Japans, Tradition und Moderne*, 3. Aufl., München 2014 (zit. Coulmas).
- Cottier, Michelle: Instrumentalisierte Frau: Rechtliche Konstruktionen der Leihmutterschaft, *Juridicum* 2 (2016), 188 ff.
- Crone, v., Hans-Peter/Leu, Daniel: Übermässige Bindung und die guten Sitten, Zum Verhältnis von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 129 III 209 vom 30. Oktober 2002, *SZW* 4 (2003), 221 ff.
- Dagan, Hanoch/Heller, Michael S.: *Freedom of Contracts*, Columbia Law and Economics Working Paper, No. 458, 2013 (zit. Dagan/Heller, *Freedom of Contracts*).

- Dahinden, Janine/Stants, Fabienne: Arbeits- und Lebensbedingungen von Cabaret-Tänzerinnen in der Schweiz, Publikation des Fraueninformationszentrums (FIZ), Zürich 2006 (zit. Dahinden/Stants).
- Dales, Laura: Suitably Single?: representations of singlehood in contemporary Japan, in: Aoyama, Tomoko/Dales, Laura/ Dasgupta, Romit (Hrsg.), *Configurations of Family in Contemporary Japan*, New York 2015, 21 ff. (zit. Dales).
- Damm, Reinhard: Imperfekte Autonomie und Neopaternalismus, *Medizinrechtliche Probleme der Selbstbestimmung in der modernen Medizin*, MedR Vol. 20 (2002) Issue 8, 375 ff. (zit. Damm).
- : Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmungen, *JZ* 1986, 913 ff.
- Dasgupta, Sayantani/Dasgupta, Shamita: *Globalization and Transnational Surrogacy in India: Outsourcing Life*, Lanham 2014 (zit. Autor, *Globalization and Transnational Surrogacy in India*).
- Dauner-Lieb, Barbara: Unternehmensbezogene Verträge in der Familie, Aufgaben des Privatrechts, in: Röthel, Anne (Hrsg.), *Verträge in der Unternehmerfamilie*, Tübingen 2014, 181 ff. (zit. Dauner-Lieb, *Unternehmensbezogene Verträge in der Familie*).
- : Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle, *AcP* 210 (2010), 580 ff.
- De Alcantara, Marcelo: Japan, in: Trimmings, Katarina/Beaumont, Paul (Hrsg.), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Oxford 2013, 247 ff. (zit. De Alcantara, Japan).
- : Surrogacy in Japan: Legal Implications for Parentage and Citizenship, *Family Court Review* 48 (2010) 3, 417 ff.
- Dedual, Alessia/Fischer, Carsten: Grenzen der Vertragsfreiheit, Der Schutz vor Äquivalenzstörungen nach Art. 21 OR, Art. 8 UWG sowie Art. 33, 41 f. OR 2020, in: Andorno, Roberto/Thier, Markus (Hrsg.), *Menschenwürde und Selbstbestimmung*, Zürich 2015, 241 ff. (zit. Dedual/Fischer).
- Dehner, Walter: Die Entwicklung des Maklerrechts seit 2000, *NJW* 2002, 3747 ff.
- Demko, Daniela: Die Strafbarkeit der Freier von Zwangsprostituierten – gangbarer Weg oder Irrweg im Kampf gegen Zwangsprostitution? *ZstR* 128 (2010), 177 ff.
- Dernauer, Marc: Der Schuldrechtsreform-Entwurf: Versuch einer Bewertung, in: Tadaki, Makoto/Baum, Harald (Hrsg.), *Saiken-hô kaisei ni kansuru hikaku-hô-teki kentô – nichidoku no shiten kara* [Schuldrechtsmodernisierung in Japan – eine vergleichende Analyse], Tokyo 2014 (zit. Dernauer, Schuldrechtsreform).
- : Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit im japanischen Recht, Tübingen 2006 (zit. Dernauer).
- Dethloff, Nina: Contracting in Family Law: A European Perspective, in: Boele-Woelki, Katharina et al. (Hrsg.), *The Future of Family Property in Europe*, Cambridge 2011, 68 ff. (zit. Dethloff, Contracting).
- : Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, *JZ* 69 (2014) 19, 922 ff.
- Diel, Alexander: *Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus*, Frankfurt am Main 2014 (zit. Diel).
- Di Fabio, Udo, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, München Lfg. Juli 2001 (zit. Di Fabio, Art. XX GG N XX in Maunz/Dürig).
- Dillmann, Meiko: Der Schutz der Privatsphäre gegenüber Medien in Deutschland und Japan, 2012 Tübingen (zit. Dillmann).

- DiMatteo, Larry A./Prentice, Robert A./Morant, Blake D./Barnhizer, Daniel D. (Hrsg.): *Visions of Contract Theory: Rationality, Bargaining and Interpretation*, Durham 2007 (zit. DiMatteo/Prentice/Morant/Barnhizer).
- Ditmore, Melissa Hope: *Encyclopedia of Prostitution and Sex Work*, Portsmouth 2006, Bd. 1 und 2 (zit. Ditmore, *Encyclopedia of Prostitution*).
- Dobritz, Jürgen/Vogt, Gabriele: *Rasanter demographischer Wandel: Deutschland und Japan im Vergleich*, Bevölkerungsforschung aktuell BIB 4/2015, 2 ff. (zit. Dobritz/Vogt BIB 4/2015).
- Donahue, Charles: *Comparative Law before the Code Napoléon*, in: Zimmermann, Reinhard/Reimann, Mathias (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 3 ff.
- Dreier, Horst: *Kommentar zu Art. 2 Abs. 1 GG*, in: *idem* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Präambel: Artikel 1–19, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen 2013 (zit. Dreier, § XX GG N YY).
- Dubler-Beretta, Regine: *In-Vitro-Fertilisation und Embryotransfer in privatrechtlicher Hinsicht*, Basel 1989 (zit. Dubler-Beretta).
- Duden, Konrad: *Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs- Völker- und Europarechts*, Tübingen 2015 (zit. Duden).
- Durkheim, Emilie: *Die Regeln der soziologischen Methode*, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2007 (zit. Durkheim).
- Dutta, Anatol: *Zu den Paarbeziehungen jenseits der Ehe*, AcP 206 (2016) 609 ff.
- Dworkin, Gerald: *Paternalism: some second thoughts* (chapter 8), in: Dworkin, Gerald, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge 1998, 121 ff. (zit. Dworkin, *Paternalism*).
- : *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge 1998 (zit. Dworkin, *Theory and Practice*).
- Dworkin, Ronald: *Gerechtigkeit für Igel*, Berlin 2011 (zit. Dworkin, *Gerechtigkeit für Igel*).
- Eckert, Jörn: «Sittenwidrigkeit» und Wertungswandel, AcP 199 (1999), 337 ff.
- Edelmann, Robert: *Psychological Assement in Surrogate Motherhood Relations*, in: Cook Rachel et al. (Hrsg.), *Surrogate Motherhood, International Perspectives*, Oxford 2003, 143 ff. (zit. Edelmann).
- Egger, August: *Kommentar zu ZGB 27*, in: Gauch, Peter/Schmid, Jörg (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1930, Neudruck: 1978 (zit. ZK-Egger, Art 27 ZGB N XX).
- Ehara, Yumiko 江原 由美子: *Gendaa chitsujô ジェンダー秩序 [Gender Ordnung]*, Tokyo 2001 (zit. Ehara, Gendaa).
- : *Jiko kettei ken to Gendaa 自己決定権とジェンダー [Selbstbestimmungsrecht und Gender]*, 5. Aufl., Tokyo 2002 (zit. Ehara).
- Ehrenzweig, Albert A.: *Local and Moral Data in the Conflict of Laws*, Buffalo Law Review 16 (1966), 55 ff.
- Ehrlich, Eugen: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4. Aufl., Berlin 1989 (zit. Ehrlich).
- Eidenmüller Horst: *Effizienz als Rechtsprinzip*, 4. Aufl., Tübingen 2015 (zit. Eidenmüller, *Effizient als Rechtsprinzip*).
- : *Liberaler Paternalismus*, JZ 66 (2011) 17, 814 ff.

- Eisenberg, Malvin A.: Why There is No Law of Relational Contracts, *Northwestern University Law Review* 94 (2000) 3, 805 ff.
- Eisenführ, Franz/Weber, Martin/Langer, Thomas: *Rationales Entscheiden*, 5. Aufl., Berlin 2010 (zit. Eisenführ/Weber/Langer).
- Eisenring, Gabriela: *Die römische Ehe als Rechtsverhältnis*, Wien 2002 (zit. Eisenring).
- Ellenberger, Jürgen: §§ 1–240 BGB, in: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck'scher Kurzkommentar, 73. Aufl., München 2014 (zit. Palandt/Ellenberger, § 138 BGB Rn. XX).
- Ellscheid, Günter: *Strukturen naturrechtlichen Denkens*, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. Aufl., Heidelberg 2011, 148 ff. (zit. Ellscheid).
- Emmenegger, Susan: *Feministische Kritik des Vertragsrechts. Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht*, Freiburg in Ue. 1999 (zit. Emmenegger).
- : *In guten wie in schlechten Zeiten: Vertragsrechtliche Wirkungen des ehelichen Kooperationsprinzips*, in: Tercier Pierre et al. (Hrsg.), *Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Zürich 2004, 398 ff. (zit. Emmenegger, FS Gauch).
- Engels, Carl Friedrich: *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*, Berlin 1884.
- Erne, Monica: *Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen, Eine rechtsvergleichende Studie aus dem Vertragsrecht*, Zürich 1984 (zit. Erne).
- Ernst, Wolfgang: Art. 38–45 OR 2020 in: Huguenin, Claire/Hilty, Reto M. (Hrsg.), *Schweizerisches Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale*, Zürich 2013 (zit. Ernst, Art. XX OR 2020 N XX).
- : *Einleitung §§ 241–432 BGB, Vor § 275 BGB*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil §§ 241–432*, 6. Aufl., München 2012 (zit. MüKo-Ernst, Einl. §§ 241–432 resp. §275).
- : *Vorbem. zu Art. 38–45 OR 2020*, in: Huguenin, Claire/Hilty, Reto M. (Hrsg.), *Schweizerisches Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale*, Zürich 2013 (zit. Ernst, Vorbem. zu Art. XX OR 2020 N XX).
- Esser, Josef: § 138 BGB und die Bankenpraxis der Globalzession, in: Häberle Peter/Leser Hans G. (Hrsg.), *Wege der Rechtsgewinnung, Ausgewählte Aufsätze*, Tübingen 1990, 65 ff. (zit. Esser, § 138 BGB und Bankenpraxis).
- : *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, *Columbia Law Review* 57 (1957) 3, 449–451 (zit. Esser, Grundsatz und Norm).
- : *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M. 1970 (zit. Esser, Vorverständnis).
- /Weyers, Hans-Leo: *Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, Teilband 2*, 8. Aufl., Heidelberg 2000 (zit. Esser/Weyers, II).
- Fabre-Magnan, Muriel: *La gestation pour autrui: Fictions et réalité*, Paris 2013 (zit. Fabre-Magnan).
- : *Les trois niveau d'appréciation de l'intérêt de l'enfant*, *Rec. Dalloz* (2015) 4, 224 ff.

- Fankhauser, Roland: Kommentar zu Art. 159 ZGB, in: Bächler, Andrea et al. (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Basel 2012 (zit. Kuko ZGB-Fankhauser, Art. 159 N XX).
- Fechner, Erich: Menschenwürde und generative Forschung und Technik, JZ 41 (1986), 653 ff.
- Feinmann, Jay M.: Relational Contract Theory: Unanswered Questions, A Symposium in Honor of Ian R. MacNeil, Northwestern University Law Review 94 (2000) 3, 737 ff. (zit. Feinmann, Relational Contract Theory).
- Feldman, Eric A.: Legal Transplants, Organ transplants: The Japanese Experience, Social and Legal Studies 3, 1994, 71 ff.
- : Law, Culture and Conflict: Dispute Resolution in Postwar Japan, in: Foote, Daniel (Hrsg.), Law in Japan, A Turning Point, Seattle 2007, 50 ff. (zit. Feldman, Law, Culture and Conflict).
- : The Ritual of Rights in Japan. Law, Society and Health Policy, Cambridge 2000 (zit. Feldman).
- Fenwick, Mark/Wrbka, Stefan (Hrsg.): Legal Certainty in a Contemporary Context: Private and Criminal Law Perspectives, Berlin/New York 2016 (zit. Fenwick/Wrbka).
- Fichter, Alina: Von Erniedrigung, Bezahlung und Würde im Bordell: Eine Prostituierte öffnet die Tür zu ihrer Welt, Die Zeit vom 29. November 2013.
- Fisch, Jörg: Das Selbstbestimmungsrecht der Völker: Die Domestizierung einer Illusion, München 2010 (zit. Fisch).
- Fischinger, Philipp S.: § 138 BGB mit Anhang Prostitutionsgesetz, in: Habermann, Norbert (Hrsg.), J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 134–138 (Allgemeiner Teil 4a – Gesetzliches Verbot und Sittenwidrigkeit), 15. Aufl., Berlin 2011 (zit. Staudinger/Fischinger, Anh. zu § 138 BGB, § 1 ProstG Rn. XX und Staudinger/Fischinger, § 138 BGB Rn. XX).
- Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2 Bände, 4. Aufl., Berlin 1992 (zit. Flume, AT Bd. 1).
- : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl., Berlin/ Heidelberg/New York 1975 (zit. Flume, AT Bd. 2).
- : Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: von Craemmerer, Ernst et al. (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags, Karlsruhe 1960, 135–238 (zit. Flume, Privatautonomie).
- Foote, Daniel H.: Introduction and Overview, in: *idem.* (Hrsg.), Law in Japan: A Turning point, Seattle/London, 2007, XIX–XXXIX.
- Fox, James W.: Relational Contract Theory and Democratic Citizenship, Case Western Reserve Law Review 54 (2003) 1, 1 ff.
- Frankenberg, Günter: Constitutions as Commodities, Notes on an Theory of Transfer, Comparative Law Review 4 (2013) 1, 1 ff. (zit. Frankenberg, Constitutions as Commodities).
- : Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law, in: Harvard International Law Journal 26 (1985), 411 ff. (zit. Frankenberg, Critical Comparisons).
- : Der Ernst im Recht, Kritische Justiz H. 3 (1987), 281 ff.
- : Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies, in: Neue Theorien des Rechts, Sonja Buckel et al. (Hrsg.), München 2006, 97 ff. (zit. Frankenberg, Rechtskritik).

- : Stranger than Paradise, in: Utah Law Review 2 (1997) 1 ff. (zit. Frankenberg, Stranger than Paradise).
- Frankfurt, Harry G.: Willensfreiheit und der Begriff der Person [engl. unter dem Titel «Freedom of Will and the Concept of a Person», Journal of Philosophy 68, 1971, 1988], in: Betzler, Monika/Guckes, Bettina (Hrsg.), Freiheit und Selbstbestimmung, Berlin 2001, 65 ff.
- Friedman, Lawrence M.: Coming of Age: Law and Society Enters an Exclusive Club, Annual Review of Legal Sociological Science 1 (2005) 1, 1 ff. (zit. Friedman, Coming of Age).
- : Legal Culture and Social Development, Law & Society Review, 4 (1969) 1, 29 ff. (zit. Friedman, Legal Culture).
- : On Legal Development, Rutgers Law Review 24 (1969), 11 ff. (zit. Friedman, On Legal Development).
- : The Place of Legal Culture in the Sociology of Law, in: Freeman, Michael (Hrsg.), Law and Sociology, Oxford 2006, 185 ff. (zit. Friedman, Law and Sociology).
- Friedman, Marilyn: Autonomy, Gender, Politics, Oxford 2003 (zit. Friedman, Autonomy).
- : Feminism in ethics, in: Fricker, Miranda/Hornsby, Jennifer (Hrsg.), The Cambridge Companion to Feminism in Philosophy, Cambridge 2000, 205 ff. (zit. Friedman, Feminism in ethics).
- Friedrich, Hanspeter: Art. 7 ZGB, in: Berner Kommentar (zit. BK-Friedrich, Art. 7 ZGB N XX).
- Fröhlich, Anne: Die Kommerzialisierung von menschlichem Gewebe: eine Untersuchung des Gewebegesetzes und der verfassungsrechtlichen und europäischen Rahmenbedingungen, Berlin 2011 (zit. Fröhlich).
- Frug, Mary Joe: A Postmodern Feminist Legal Manifesto (An Unfinished Draft), Harvard Law Review 105 (1992) 5, 1045 ff. (zit. Frug).
- Frühstück, Sabine: Colonizing sex: sexuality and social control in modern Japan, Berkley u.a. 2003 (Frühstück).
- Fuess, Harald: Divorce in Japan, Family, Gender, and the State, 1600–2000, Stanford 2004 (zit. Fuess).
- Fukui, Nanako 福井七子/Ueda, Yoshimi 上田 誉志美: From «Japanese Behavior Patterns» to The Chrysanthemum and the Sword, Kansai daigaku bungakubu ronshu 44, 1995 (zit. Fukui/Ueda).
- Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus: Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. Furrer/Müller-Chen).
- Galen v., Margarete: Rechtsfragen der Prostitution, Das Prostitutionsgesetz und seine Auswirkungen, München 2004.
- Gan, Orit: Contractual duress and relations of power, Harvard Journal of Law and Gender 36 (2013) 1, 171 ff.
- Ganea, Peter: Urheberrecht, § 22 in: Baum, Harald/Bälz, Moritz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Köln 2011 (zit. Ganea).
- Gauch, Peter: Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung – BGE 123 III 292 ff., recht (1998) 2, 55 ff.
- : Familienschuldrecht, in: Familie und Recht, Festgabe für Bernhard Schnyder, Freiburg 1995, 249 ff. (zit. Gauch, FG Schnyder).

- /Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. 1–2, 10. Aufl., Zürich 2014 (zit. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger).
- Gerhardt, Volker: Individualität, das Element der Welt, München 2000, 155 ff. (zit. Gerhardt, Individualität).
- : «Selbstbestimmung», in: Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 9, Darmstadt 1995, Spalte 335–346 (zit. Gerhardt, «Selbstbestimmung»).
- : Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität, Stuttgart 1999 (zit. Gerhardt).
- Gestrich, Andreas: Geschichte der Familie im 19. und 20. Jahrhundert, Enzyklöpädie Deutscher Geschichte, 3. Aufl., Bd. 50, München 2013 (zit. Gestrich).
- Giesen Dieter: Probleme künstlicher Befruchtungsmethoden beim Menschen, JZ 40 (1985), 652 ff.
- Giesen, Rose-Marie/Schumann, Gunda: An der Front des Patriarchats. Bericht vom langen Marsch durch das Prostitutionsmilieu, Bensheim 1980 (zit. Giesen/Schumann).
- Giger, Hans: Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Zürich 1989 (zit. Giger).
- Gigerenzer, Gerd/Gray, Muir J.A.: Better doctors, better patients, better decisions: Envisioning Healthcare in 2020, Cambridge 2011 (zit. Gigerenzer/Gray).
- Gilman, Charlotte Perkins: Woman, Migration and Prostitution in Thailand, International Social Work 40 (1997).
- Ginsburg, Tom: Lawrence M. Friedman's Comparative Law, With Notes On Japan, JCL 5:2 (2010), 92–103.
- /Hoetker, Glenn: The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation, Working Papers 2004 (zit. Ginsburg/Hoetker, Working Papers).
- Glenn, Patrick H.: Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions, in: Zimmermann, Reinhard/Reimann, Mathias (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, 421–440 (zit. Glenn, Legal Families and Traditions).
- : The Legal Traditions of the World, 5. Aufl., Oxford 2014 (zit. Glenn, 5.A.).
- : The Legal Traditions of the World, 4. Aufl., Oxford 2006 (zit. Glenn, 4.A.).
- Gmür, Rudolf: Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bern 1965 (zit. Gmür).
- Golombok, Susan: Modern Families, Parents and Children in New Family Forms, Cambridge 2015 (zit. Golombok).
- Golombok, Susan et al.: Surrogate mothers 10 years on: A longitudinal study of psychological wellbeing and relationships with the parents and child. Human Reproduction, 30 (2015) 2, 373 ff.
- Gordley, James: The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford 1991 (zit. Gordley).
- : Philosophical Origins of Private Law, Oxford 2006 (zit. Gordley, Private Law).
- Götting, Horst-Peter: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995 (zit. Götting).
- /Schertz, Christian/Seitz, Walter: Handbuch der Persönlichkeitsrechte, München 2008 (zit. Autor/Handbuch).

- Grabow, Stefan: § 181a StGB, in: *AnwaltKommentar StGB* (Heidelberger Kommentar), Leipold, Klaus/Tsambikakis, Michael/Zöller, Mark Alexander (Hrsg.), 2. Aufl., Heidelberg 2014 (zit. *AnwaltKommentar StGB-Grabow*, § 181a StGB Rn. XX).
- Graziano, Thomas Kadner: *Entwicklungstendenzen im schweizerischen ausservertraglichen Haftungs- und Schadensrecht*, in: Jung, Peter (Hrsg.), *Aktuelle Tendenzen im schweizerischen Haftpflichtrecht*, Zürich 2007.
- Grossfeld, Bernhard: *Kernfragen der Rechtsvergleichung*, Tübingen 1996 (zit. Grossfeld, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*).
- : *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, Tübingen 1984 (zit. Grossfeld, *Macht und Ohnmacht*).
- Grosswald, Curran Vivian: *Dealing in Difference: Comparative Law's potential für Broadening Legal Perspectives*, *AJCL* 46 (1998), 657 ff.
- : *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, *AJCL* 46 (1998), 43 ff. (zit. Grosswald, *Cultural Immersion*).
- Grotius, Hugo: *The Law of War and Peace, De Jure Belli ac Pacis*, Buch 2, 2. Aufl., Amsterdam 1631 (zit. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*).
- : *The Law of War and Peace, De Jure Naturae et Gentium*, Buch 3, (zit. Grotius, *De Jure Naturae et Gentium*).
- Grundmann, Brigit: *Gründe, Ziele und Probleme der Schuldrechtsreform*, in: Tadaki/Baum (Hrsg.), Tokyo 2014, 15 ff. (zit. Grundmann).
- Guckes, Bettina: *Einleitung: Willensfreiheit trotz Ermangelung von Alternativen?*, in: Betzler, Monika/Guckes, Bettina (Hrsg.), *Freiheit und Selbstbestimmung*, Berlin 2001, 1 ff. (zit. Guckes, *Einleitung*).
- Guillod, Oliver: *Cent ans de sollicitude: un code civil soucieux de la personne humaine*, in: *ZSR* 126 (2007) II, 51–164 (zit. Guillod).
- Guillod, Oliver/Steffen, Gabriele: *Articles 19–20 CO, Commentaire Romand, Codes des Obligations, I, Genève/Basel/München 2003* (zit. *CR CO-I-Guillod/Steffen*, N XX).
- Günther, Klaus: *Der Sinn für Angemessenheit, Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt a. Main 1988 (zit. Günther).
- : *Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral*, in: Herberger, Maximilian/Neumann, Ulfrid/Rüssman, Helmut (Hrsg.), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, *ARSP Beiheft* Nr. 45 (1992), 36 ff. (zit. Günther, *Recht und Moral*).
- /Randeria, Shalini: *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozess der Globalisierung, Schriftenreihe Suchprozesse für innovative Fragestellungen in der Wissenschaft*, Heft Nr. 4, Herausgegeben vom Programmbeirat der Werner Reimers Konferenzen Bad Homburg, Juni 2001.
- Gutmann, Thomas: *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, München 2001 (zit. Gutmann).
- : *Some Preliminary Remarks on a Liberal Theory of Contract, Law and Contemporary Problems* 76 (2013) 2, 39 ff. (zit. Gutmann, *Contemporary Problems*).
- Haberkern, Klaus et al.: *Futures of Families to 2030*, OECD 2012.
- Häberle, Peter: *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt a. Main 1997 (zit. Häberle, *Europäische Rechtskultur*).

- : Europäische Verfassungslehre, Baden-Baden 2015 (zit. Häberle, Europäische Verfassungslehre).
 - : Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als «fünfter» Auslegungsmethode, JZ 1989, 913 ff.
 - : Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells, JZ 1992, 1033 ff.
 - : Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Berlin 1998 (zit. Häberle, Verfassungslehre).
- Haberstumpf, Helmut: Die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Berlin 1976 (zit. Haberstumpf).
- Haferkamp, Hans-Peter: zu § 138 BGB, in: Schmoeckel, Matthias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Tübingen 2003 (zit. HKK-Haferkamp, § 138 BGB Rn. XX).
- Haley, John Owen: Authority without Power, New York 1991 (zit. Haley).
- : The Myth of the Reluctant Litigant, Journal of Japanese Studies 4 (1978) 2, 359 ff. (zit. Haley, 1978).
- Halley, Janet: What is Family Law? A Genealogy Part I, Yale Journal of Law & Humanities, Vol 23 (2013) Issue 1, 1 ff. (zit. Halley, What is Family Law?).
- /Rittich, Kerry: Critical Directions in Comparative Family Law: A Report from the Up Against Family Law Exceptionalism Conference, AJCL 58 (2010), 753 ff.
- Halter, Ulrich: Notwendigkeit und Umrisse einer Kulturtheorie des Rechts, in: Dreier, Horst/Hilgendorf, Eric (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie-Beilageheft 2007, 193 ff. (zit. Halter, Kulturtheorie des Rechts).
- : Recht als kulturelle Existenz, in: Jayme, Erik (Hrsg.), Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, Heidelberg 2003, 15 ff. (zit. Halter, Recht als kulturelle Existenz).
- Hanna, Cheryl: Rethinking Consent in a Big Love Way, Michigan Journal of Gender Law, Vol. 17 (2010) Issue 1, 111 ff. (zit. Hanna Ch.).
- Hanna, Jason: Paternalism and Impairment, Social Theory and Practice, Vol. 37 (2011) Issue 3, 434 ff. (zit. Hanna J.).
- Haraway, Donna: A Cyborg Manifesto: Science, Technology, and Socialist-Feminism in the Late Twentieth Century, New York 1985 (zit. Haraway).
- Hatano, Yoshiro/Shimazaki Tsuguo: The International Encyclopedia of Sexuality: Japan, 1999, abrufbar unter: <<http://www.sexarchive.info/IES/japan.html#2>>, zuletzt besucht am 15.3.2015 (zit. Hatano/Shimazaki).
- Hattenauer, Hans: Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, München 1982.
- Hausheer, Heinz: Jüngste Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsschutz des schweizerischen ZGB, einschliesslich der Gewinnabschöpfung in Verbindung mit Art. 423 OR, in: Breitschmid, Peter/Ansay, Tugrul (Hrsg.), 100 Jahre Schweizerisches ZGB, 80 Jahre Türkisches ZGB, Konvergenzen und Divergenzen, Berlin 2008, 22 ff. (zit. Hausheer).
- : Normen mit Verfassungsrang als prägende Gestaltungsfunktion des Familienlebens, ZBJV 151 (2015) 4, 303 ff.
 - /Aebi-Müller, Regina E./Hausheer, H: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016 (zit. Hausheer/Aebi-Müller).
 - /Perrig-Chiello, Pasqualina: Selbstbestimmung – auch eine Frage des Alters, ZBJV 148 (2012), 773 ff. (zit. Hausheer/Perrig-Chiello).

- Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regine: Das Familienrecht der Schweiz, 5. Aufl., Bern 2014 (zit. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller).
- Hefermehl, Wolfgang: in: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar begründet von Hans Thomas Soergel, Bd. 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104–240, 13. Aufl., Stuttgart 1999 (zit. Soergel/Hefermehl).
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Bülow, Friedrich (Hrsg.), Recht, Staat, Geschichte. Eine Auswahl aus seinen Werken, Stuttgart 1955 (zit. Hegel).
- Hegnauer, Cyril: Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000 (zit. Hegnauer).
- Heiderhoff, Bettina: Kommentar zu Art. 19 EGBGB, in: Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 3. Aufl., München 2012 (zit. BeckOK-Heiderhoff, Art. 19 EGBGB).
- : Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder, NJW 2014, 2673 ff.
- Heinrich, Christian: Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, Tübingen 2000 (zit. Heinrich).
- Heinrichs, Helmut: § 138 BGB, in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'scher Kurzkommentar, 67. Aufl., München 2008 (zit. Palandt/Heinrichs, § 138 BGB Rn. XX (2008)).
- : Anhang zu § 138: Prostitutionsgesetz, in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'scher Kurzkommentar, Buch 1 – Allgemeiner Teil, 70. Aufl., München 2010 (Palandt/Heinrichs, Anh. zu § 138 BGB, § 1 ProstG Rn. XX).
- Heiss, Helmut: Deutscher Rechtskreis?, in: Büchler, Ernst et al. (Hrsg.), Vinculum iuris. Zu Ehren der Emeritierung von Heinrich Honsell, Basel 2007, 133 ff.
- Helle, Jürgen: Privatautonomie und kommerzielles Persönlichkeitsrecht, JZ 9/62 (2007)
- : Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, Tübingen 1991 (zit. Helle).
- Hendry, Joy: Marriage in Changing Japan, London 1981 (zit. Hendry).
- : Understanding Japanese society, 3. Aufl., London/New York 2003.
- Henkel, Heinrich: Einführung in die Rechtsphilosophie, Grundlagen des Rechts, 2. Aufl., München 1977 (zit. Henkel).
- Henrich, Dieter: Art. 19 EGBGB, in: Henrich, Dieter/Hein, Jan (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – EGBGB/IPR, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR, Art. 19–24 EGBGB; ErwSÜ (Internationales Kindschaftsrecht, Erwachsenenschutzübereinkommen), Berlin 2014 (zit. Staudinger/Henrich, Art. 19 EGBGB Rn. XX).
- Herring, Jonathan: Family law and Relational Autonomy, in: Röthel Anne (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, Tübingen 2014, 111 ff.
- Herzog, Nicolas: Art. 19 OR, in: Honsell, Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186, Basel 2014 (zit. Kuko OR-Herzog zu Art. 19 N XX).
- Higuchi, Norio/Tsuchiya, Yuko 樋口 範雄/土屋 裕子: Seimei ronri to hô 生命倫理と法 [Bioethik und Recht], Tokyo 2005 (zit. Norio/Tsuchiya).
- Hippel von, Fritz: Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie. Beiträge zu einem natürlichen System des privaten Rechtsverkehrs und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts, Tübingen 1936 (zit. von Hippel).
- Hirai, Yoshio 平井 宜雄: Fuhô kôri 不法行為 [Unerlaubte Handlung] Tokyo 1991 (zit. Hirai).
- Hironaka, Toshio 広中 俊雄: Shinpan Minpô kôyô, Sôron 新版民法綱要総論 [Neuedition des Lehrbuchs zum Zivilrecht, Allgemeine Theorie], Tokyo 2006 (erstmal 1989) (zit. Hironaka).

- /Hoshino, Eiichi 星野 英一(Hrsg): Minpōten no hyakunen I 民法典の百年 I [Hundert Jahre Minpō, Bd. I], Tokyo 1998 (zit. nach Autor).
- Hirsch, Ernst Eduard: Lieber amicorium Ernst E. Hirsch, eine Bio- und Bibliographie anlässlich seines 75. Geburtstages, Amriswil 1977 (zit. Hirsch).
- Ho, Swee Lin: Playing like Men: The Extramarital Experienced of Women in Contemporary Japan, *Journal of Anthropology* 77 (2012) 3.
- Hofer, Sibylle: Art. 27 ZGB – die späte Entdeckung einer vermeintlichen Lücke, recht (2008) 2, 58 ff.
- : Vertragsfreiheit am Scheideweg, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg Bd. 29, München 2006 (zit. Hofer, Vertragsfreiheit).
- : Freiheit ohne Grenzen, Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Tübingen 2001 (zit. Hofer, Freiheit ohne Grenzen).
- /Schwab, Dieter/Heinrich, Dieter: From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht, Bielefeld 2005 (zit. Hofer/Schwab/Heinrich)
- Hoffmann, Jochen: Der unerklärliche Einwendungsverlust bei Gebühren für Telefon-Mehrwertdienste, ZIP 2002, 1705 ff.
- Höfling, Wolfram: Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie, Heidelberg 1991 (zit. Höfling).
- : Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, 1582 ff.
- Hofmann, Hasso: «In Europa kann's keine Salomos geben.» – Zur Geschichte des Begriffs-paars Recht und Kultur, JZ 2009, 1 ff.
- Holder, Angela R.: Legal Status and Best Interests of Children, in: Gostin, Lawrence O. (Hrsg.), *Surrogate Motherhood, Politics and Privacy*, 1990 (basierend auf einer Ausgabe des *Journals of American Society & Law* 1988), 77–88 (zit. Holder).
- Hollerbach, Alexander: Selbstbestimmung im Recht, Heidelberg 1996 (zit. Hollerbach).
- Holzleithner, Elisabeth: Recht – Macht – Geschlecht, *Legal Gender Studies*, Eine Einführung, Wien 2002 (zit. Holzleithner).
- : Sexuelle Anatomie. Ein Konzept im Spannungsfeld von Recht, Macht und Freiheit, in: Olympe, *Feministische Arbeitshefte zur Politik* 17 (2002), 48 ff.
- Honsell, Heinrich: Art. 2 ZGB, in: *idem et al.* (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I*, 5. Aufl., Basel 2014, (zit. BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 ZGB N XX).
- : Die Rezeption der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Schweiz, in: Andreas Heldrich et al. (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. 2, München 2000, 927 ff. (zit. Honsell, Rezeption).
- : Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte – Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu § 817 BGB, München 1974 (zit. Honsell).
- : Die zivilrechtliche Sanktion der «Sittenwidrigkeit», JZ 1975, 439 ff.
- : Kritische Bemerkungen zum OR 2020, SJZ 2013, 1 ff.
- : Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010 (zit. Honsell, BT)
- : 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 2011 II, 5 ff.
- Honsell, H./Isenring, Bernhard/Kessler, Martin A.: *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Aufl., Zürich 2013 (zit. Honsell/Isenring/Kessler).

- Höpflinger, Francois: Zur Geschichte der Ehe in der Schweiz, Stand 2005, zuletzt besucht am 26. Juni 2015 (zit. Höpflinger).
- Hoshino, Eiichi 星野栄一: *Minpô Kôgi I, Sôsoku* 民法講義 1・総則 [Vorlesungen zum Zivilrecht, Allgemeiner Teil], 2. Aufl., Tokyo 1987 (zit. Hoshino, *Minpô Kogi I*)
- : Furansu minpô-ten no Nihon ni ataeta eikyô: Minpô ronshû 「フランス民法典の日本に与えた影響」 民法論集 [Einflüsse des französischen Code civil auf das japanische Gesetzbuch, in: Gesammelte Schriften zum Zivilrecht, Bd. 1] Tokyo 1970, 71 ff. (zit. Hoshino, Furansu Minpô).
- : *Keiyaku shisô keiyaku-hô no rekishi to hikaku-hô' Minpô rônshu shû dai 6* 「契約思想・契約法の歴史と比較法」 民法論集第 6 巻 [Rechtsvergleich und Geschichte des Vertragsdenkens und des Vertragsrechts, in: Gesammelte Schriften zur Zivilrecht, Bd. 6] Tokyo 1986 (zit. Hoshino, *Minpô rônshu*).
- Hoshino, Kazumasa 星野一正: Bioethics in the Light of Japanese Sentiments, in: *idem* (Hrsg.), *Japanese and Western bioethics: studies in moral diversity*, Dordrecht u.a. 1997 13 ff. (zit. Hoshino K.).
- Hotz, Sandra: Art. 27 ZGB, in: Bächler, Andrea/Jakob, Dominique (Hrsg.), *Kurzkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. KuKo ZGB-Hotz, Art. 27 ZGB N XX).
- : Faktische und normative Willensfreiheit im Vertragsrecht, Philosophische und naturwissenschaftliche Überlegungen, in: Hotz, Sandra/Mathis, Klaus (Hrsg.), *Recht, Moral und Faktizität*, Festschrift für Walter Ott, Zürich/St.Gallen 2008 (zit. Hotz, FS Ott)
- : Japanische, deutsche und schweizerische Irrtumsregelungen im Verhältnis zu den besonderen verbraucherschützenden Vertragslösungsrechten, Tübingen 2006 (zit. Hotz).
- : Japan, in: Münch Peter et al. (Hrsg.), *Handbuch Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtliche Herausforderungen im Auslandsgeschäft*, Basel 2015 (zit. Hotz, Japan, Rn. XX).
- : Kritik am ersten kollisionsrechtlichen Leihmutterchaftsurteil des Bundesgerichts, II. zivilrechtliche Abteilung, vom 21. Mai 2015 (BGER 5A_748/2014), *AJP* 9 (2015), 1325–1344.
- : Private Laws in East Asia, in: Müller-Chen, Markus/Müller, Christoph/Widmer-Lüchinger, Corinne: *Comparative Private Law*, Zürich/St.Gallen 2015, 277 ff. (zit. Hotz, Private Laws in East Asia).
- : Rechtsvergleichung und Rechtspluralismus, am Beispiel des japanischen Arbeitsverhältnisses, *ZfRV* 132 (2012), 132 ff.
- : Understanding Legal Culture through the Intersection of Law, Gender and Culture. An Example from Japanese Family, in *JCL* 5 (2010) 2, 194 ff.
- : Rechtsvergleichung im Dienst von Einheit im Privatrecht – mit Beispielen aus dem Vertrags- und Haftpflichtrecht, in: Domej Tanja et al. (Hrsg.), *Einheit des Privatrechts, komplexe Welt: Herausforderungen durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008, Stuttgart 2009, 178–205 (zit. Hotz, Einheit im Privatrecht).
- : Wider die öffentliche Ordnung und die guten Sitten. Eine Annäherung an die Klausel der guten Sitten und der öffentlichen Ordnung im japanischen Recht, *ZJapanR* 13 (2008) 25, 105 ff.
- Hozumi, Nobushige 穂積陳重: *New Japanese Civil Code as material for the study of comparative jurisprudence*, 2. Aufl., Tokyo 1912.
- Huang, Philip C.: *Chinese Civil Justice, Past and Present*, Plymouth 2010.

- Hubmann, Heinrich: Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln/Graz 1967 (zit. Hubmann).
- Huguenin, Claire: Art. 19/20/21 OR, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Huguenin zu Art. 19/20 oder 21 OR N XX).
- : Art. 30 und 31 OR 2020, in: Huguenin, Claire/Hilty, Reto M., Schweizerisches Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zürich 2013 (zit. Huguenin, Art. 30 oder 31 OR 2020 N XX).
- : Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. Huguenin).
- : Erläuterung zur Einleitung vor Art. 1 ff. OR 2020, in: Huguenin, Claire/Hilty, Reto M. (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zürich 2013 (zit. Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. OR 2020 N XX).
- /Hilty, Reto M.: Schweizerisches Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil/Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif a une nouvelle partie générale, Zürich 2013 (zit. Huguenin/Hilty).
- /Hilty, Reto M., Vorbem. zu Art. 1–45 OR 2020, in: Huguenin, Claire/Hilty, Reto M., Schweizerisches Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zürich 2013 (zit. Huguenin/Hilty, Vorbem. zu Art. 1–45 OR 2020 N XX).
- /Reitze, Christophe Peter: Art. 27 ZGB, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Huguenin/Reitze, Art. 27 ZGB N XX).
- Huo, Zhengxin: The People's Republic of China, in: Trimmings, Katarina/Beaumont, Paul (Hrsg.), International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level, Oxford 2013, 93 ff. (zit. Huo).
- Hürlimann, Brigitte: Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der «Sittenwidrigkeit», Freiburg 2003 (zit. Hürlimann).
- Hussler, Gerhart: Public policy and Ordre Public, Virginia Law Review, 25 (1938) 1, 37 ff.
- Huxley, Andrew: Asian Law, in: Foster, Nicholas HD (Hrsg.), A Fresh Start for Comparative Legal Studies? A Collective Review of Patrick Glenn's Legal Traditions of the World, 2. Aufl., JCL 1:1 (2005), 160 ff.
- Ibaraki, Takeji 茨木竹二: Probleme der Rezeption des soziologischen Werks von Max Weber in Japan – unter besonderer Berücksichtigung der Interpretation der Gesellschaftstheorie «Ma(r)x Webers» in der «marxistischen Bürgerschafts-Schule» in: Weiss, Johannes (Hrsg.), Frankfurt am Main 1989, 116 ff.
- Illhardt, Franz Josef: Ungelöste Probleme der Autonomie, in: *idem* (Hrsg.), Die ausgeblendete Seite der Autonomie, Kritik eines bioethischen Prinzips, Berlin 2008, 189 ff.
- Illouz, Eva: Der Konsum der Romantik: Liebe und die kulturellen Widersprüche des Kapitalismus, Frankfurt am Main 2007 (zit. Illouz, Konsum).
- : Warum Liebe weh tut, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2013 (zit. Illouz, Liebe).
- Imamura, Anne: *Shufu no Seitai*, [Das Leben der Hausfrau] Shokun 10.6 (1978), 176 ff.

- Imanishi, Yasuto 今西康人: *Shôhisha-keiyaku-hô to kôjo ryôzoku ihan* 消費者契約法と公序良俗違反 [Verbrauchervertragsrecht und Verletzung der «guten Sitten»], *Hôritsu Jihô* 法律時報 Bd. 64 (1992) Nr. 12, 88 ff.
- Ishida, Kikuo 石田喜久雄: *Kyôto Gakuen hôgaku* 1996/1, 1 ff., 8.
- Ishii, Mitsuko: 石井美智子: 代理母—何を議論すべき *Dairin haha – Nano giron subekika*, [Leihmutterschaft - Welches Konzept braucht es?], *Jurisuto* No. 1342, 10.
- Isomura, Tamotsu 磯村保, *Gendai Minpô Kôgi* 1 現代民法講義 1 [Lehrbuch zum Modernen Zivilrecht 1] in: Ishida, Kikuo 石田喜久雄 (Hrsg.), Tokyo 1985 (zit. Isomura)
- Jäggi, Peter: *Privatrecht und Staat*, Freiburg (Schweiz) 1946 (zit. Jäggi).
- Jäggi, Peter/Gauch, Peter/Hartmann, Stephan: Art. 18 OR, in: Jäggi, Peter/Gauch, Peter/Hartmann, Stephan (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 18 OR, Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation*, 4. Aufl., Zürich 2015 (zit. ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 OR N XX).
- Jäggi, Thomas/Widmer, Pierre: Der Leihmutterschaftsvertrag, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.), *Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep*, Zürich 1988, 61 ff. (zit. Jäggi/Widmer).
- Jauss, Hans Robert: *Die Theorie der Rezeption – Rückschau auf ihre unbekannte Vorgeschichte*, Konstanz 1987 (zit. Jauss).
- Jayme, Erik (Hrsg.): *Betrachtung zu einer postmodernen Theorie der Rechtsvergleichung*, in: *Rechtsvergleichen, Ideengeschichte und Grundlagen von Emerico Amari zur Postmoderne*, Heidelberg 2000, 103 ff. (zit. Jayme, *Rechtsvergleichen*).
- : *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, Heidelberg 2003 (zit. Jayme, *Kulturelle Identität*).
- : *Methode der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg 1988 (zit. Jayme, *Methode*).
- Jung, Peter: Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht, in: Baldus, Christian/Müller-Graff, Peter (Hrsg.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, München, 2006, 37 ff. (zit. Jung).
- Kahn-Freud, Otto: *Collective Bargaining and Legislation – Complementary and Alternative Sources of Rights and Obligations*, in: von Craemmerer, Ernst/Mentschikoff, Soia/Zweigert, Konrad (Hrsg.), *Ius Privatum Gentium*, Festschrift für Max Rheinstein, Bd. II, Tübingen 1969, 1023 ff. (zit. Kahn-Freud, *Festschrift für Max Rheinstein*).
- : *On Uses and Missuses of Comparative Law*, *The Modern Law Review* 37 (1974) 1, 1 ff. (zit. Kahn-Freud, *Comparative Law*).
- Kaiser, Andreas: *Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache*, Köln/München 2008 (zit. Kaiser).
- Kaiser, Dagmar: Die mögliche Aufspaltung der Mutterschaft bei medizinisch assistierter Zeugung und ihre rechtliche Einordnung, in: Schwab Dieter/Vaskovics Laszlo A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft*, Sonderheft *Zeitschrift für Familienforschung/Journal of Family Research* 8, Leverkusen, 2011, 239-272 (zit. Kaiser, *Zeitschrift für Familienforschung* 2011).

- Kamo, Akira 加毛 明: Blick aus Japan auf die deutsche Schuldrechtsmodernisierung, in: Artz, Markus/Gsell, Beate/Lorenz, Stephan (Hrsg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, Tübingen 2014, 121 ff. (zit. Kamo).
- Kano, Naoko 鹿野菜穂子: Reform of the Japanese Civil Code – The Interim Draft Proposals of 2013, ZJapanR 36 (2013), 249 ff.
- Kant, Immanuel: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Kants Werke, Akademie Textausgabe Bd. IV, Berlin 1968 (zit. Kant, Metaphysik der Sitten).
–: Kritik der praktischen Vernunft von 1788, Theil I, § 8, in: Kants Werke, Akademie Textausgabe Bd. V, Berlin 1968 (zit. Kant, Praktische Vernunft).
- Kaser, Max: Das Römische Privatrecht, I (2. Aufl. 1971), II (2. Aufl. 1975) München (zit. Kaser).
- :/Knütel, Rolf: Römisches Privatrecht, 20. Aufl., München 2014 (zit. Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht).
- Katô, Masae 加藤雅恵: Women's rights? Social Movements, Abortion and Eugenics, Leiden 1971 (zit. Katô Masae).
- Katô, Masanobu 加藤雅信: *Minpô Sôsoku* 民法総則 [Zivilgesetz, Allgemeiner Teil] 2. Aufl., Tokyo 2005 (zit. Katô).
- Katzenmeier, Christian: Ärztliche Aufklärung, in: Wiesemann, Claudie/Simon, Albert (Hrsg.), Patientenautonomie, Münster 2013, 91 ff. (zit. Katzenmeier, Privatautonomie).
- Kaufmann, Arthur in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl., Heidelberg 2011 (zit. Kaufmann).
- Kawahama, Noboru 河濱昇: *Torihiki no jiyû to keiyaku no jiyû: Gendai hô no tenbô, jiko kettei no shosô* 取引の自由と契約の自由 現代法の展望-自己決定の諸相 [Freiheit im Geschäftsverkehr und im Vertrag], [Perspektiven des aktuellen Rechts: Facetten des Selbstbestimmungsrechts] 2. Aufl., Tokyo 2005, 57–108 (zit. Kawahama).
- Kawai, Takeshi 川井健: *Minpô Gairon 1, Minpô Sôsoku* 民法概論 1 民法総則 [Einführung ins Zivilrecht 1, Allgemeiner Teil], 2. Aufl., Tokyo 2000 (zit. Kawai).
- Kawakami, Rin'itsu 河上倫逸: Die historische Soziologie des Rechts von Max Weber und Eugen Ehrlich in der japanischen Rechtsgeschichte, in: Mommsen, Wolfgang J./Schwentke, Wolfgang (Hrsg.), Max Weber und das moderne Japan, 301 ff. (zit. Kawakami, hist. Soziologie).
- Kawakami, Shôji 河上正二: *Minpô sôsoku kôgi horitsu kô, mukôna keiyaku no seiritsu* 民法総則講義、法律行為、無効な契約の成立 [Vorlesungen zum Allgemeinen Teil des Zivilrechts, Juristische Handlungen (5. Teil), Ungültiger Vertragsschluss] Hôgaku semina Heft 10 Nr. 610 (2005), 86 ff.
- Kawashima, Takeyoshi 川島武宜: Some Reflections on Law and Morality, in: Contemporary Societies, Philosophy East and West 21 (1971) 4, 493 ff.
–: *Nihon jin no hô ishiki* 日本人の法意識 [Das Rechtsbewusstsein der Japaner], Tokyo 1967 (zit. Kawashima).
–: Teil 6 «Vertragliches Rechtsbewusstsein in Japan, *waga kuni ni okeru keiyaku no hô ishiki*» 我が国における契約の法意識 ist von Hans Peter Marutschke auf Deutsch übersetzt, in: Baumgärtel Gottfried (Hrsg.), Grundprobleme des Privatrechts: japanische Veröffentlichungen in dt. Sprache, Köln 1985, 101 ff.

- : The Status of the Individual in the Notion of Law, Right and Social Order in Japan, in: Moore Charles E. (ed.), *The Japanese Mind: Essentials on Japanese Philosophy*, Hawai 1967 (zit. Kawashima, Status of the Individual).
- : *Jinshin baibai keiyaku no hôteki kôryoku* 人身売買契約の法的 [Rechtswirkungen eines Vertrags betreffend. Menschenhandel], *Hôritsu Jihô* No. 9 (1955), 72 ff.
- : *Jinshin baibai no hôritsu kankei* 人身売買の法律関係 [Rechtliche Würdigung von Menschenhandel], *Hôritsu Kyôkai zasshi* 68 (1951), 699 ff.
- Kawashima, Yasuhide: Americanization of Japanese Family Law 1945–1975, *Law in Japan*, 16, (1983), 54 ff. (zit. Kawashima Y., Americanization of Japanese Family Law).
- Kawasumi, Yoshikazu 川角由和: *Gendai minpô gaku ni okeru kankeiteki keiyaku riron no sonzai igi* 現代民法学における《関係的契約理論》の存在意義 [Bedeutung der Lehre vom «relational contract» in der aktuellen Zivilrechtslehre] *Shimadai Hôgaku* 島大法学 Bd. 37 (1994) Nr. 4, 95 ff.
- Keller, Max/Schöbi, Christian: *Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Das Schweizerische Schuldrecht*, Bd. I, 3. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1988 (zit. Keller/Schöbi).
- Kelsen, Hans: *Die Reine Rechtstheorie, Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit* 2. Aufl., Berlin 1960 (zit. Kelsen).
- : *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Aufl., Tübingen 1923; Neudruck Aalen 1960 (zit. Kelsen, Staatsrechtslehre).
- Kennedy, Duncan: Critical Directions in Comparative Family Law: Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought, *AJCL* 58 (2010) 811 ff.
- : Form and Substance in Private Law Adjudication, *Harvard Law Review* 89 (1975/76), 1685 ff.
- Kiener, Regina/Kälin, Walter: *Grundrechte*, 2. Aufl., Bern 2013 (zit. Kiener/Kälin).
- Kilde, Gisela: *Der persönliche Verkehr: Eltern – Kind – Dritte: Zivilrechtliche und interdisziplinäre Lösungsansätze*, Zürich 2015 (zit. Kilde).
- Kinjô, Kiyoko 金城清子: *Gendaa no hôritsu gaku* ジェンダーの法律学 [Genderrechtslehre], 2. Aufl., Tokyo 2007 (zit. Kinjô).
- Kirby, Michael: International Law – The Impact on National Constitutions, *American University International Law Review* 21 (2006), 327 ff.
- Kitagawa, Zentaro 北川善太郎: in: Kitagawa, Zentaro/Riesenhuber, Karl (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law*, in: *Comparative Perspective/Identität des deutschen und des japanischen Zivilrechts*, in vergleichender Hinsicht, Berlin 2007 (zit. Kitagawa, Identity).
- : Use and Non-use of Contracts in Business Relations, A Comparative Analysis, in: Baum, Harald (Hrsg.), *Japan Economic Success and Legal System*, Berlin 1996 (zit. Kitagawa, use and non-use of contracts).
- : *Minpô kôgi* 民法講義 [Lehrbuch des Zivilrechts, wörtlich: Vorlesungen zum Zivilrecht], Tokyo 1993 (zit. Kitagawa, Minpô).
- : Die Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechtes in Japan, Frankfurt am Main/Berlin 1970 (zit. Kitagawa, Rezeption).
- Kitayama, Shinobu 北山忍/Markus, Hazel Rose: The Culture and the Self: Implication for Cognition, Emotion and Motivation, *Psychological Review* 98 (1991) 2, 224 ff. (zit. Kitayama/Markus, The Culture and the Self).

- Kodama, Masayuki 児玉 正幸: Medicine (Surrogacy), *Eubios Journal of Asian and International Bioethics (EJAIB)* 24 (2014) 1, 12 ff.
- Kogayu, Taro 小粥太郎: French Law Research in Japanese Civil Law, in: Kitagawa, Zentarô et al. (Hrsg.), *The Identity of German and Japanese Civil Law*, Berlin 2007 (zit. Kogayu).
- Köhler, Helmut: *BGB Allgemeiner Teil*, 26. Aufl., München 2002 (zit. Köhler BGB AT).
- Kohler, Josef: Über die Methoden der Rechtsvergleichung, *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht XXVIII* (1901).
- Kohler, Jürger: Hand Ware oder: ein Prost auf das ProstG und die Schuldrechtsreform, *JZ* 2002, 345 ff.
- Kokado, Minori: A New Phase in the Regulation of Assisted Reproductive Technology in Japan, *J.Japan.L No. 40* (2015) 211 ff.
- Koller, Alfred: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Bern 2009 (zit. Koller).
- Kono, Toshiyuki 河野俊行: *Chûshaku kokusai shihô: Hô no tekiyô ni kansuru tsûsoku hô* 注釈国際私法: 法の適用に関する通則法 [IPRG-Kommentar: Gesetz über die Allgemeinen Regeln betreffend die Anwendung von Gesetzen] §§ 22–43, Bd. 2, in: Yoshiaki Sakurada 櫻田 嘉章/Masato Dôgauchi 道垣内 正人 (Hrsg.), Tokyo 2011 (zit. Kono, Chûsaku Art. 42 Hôrei).
- Kotsch, Lakshmi/Hitzler, Ronald: «Selbstbestimmung» im Kontext von Hilfe- und Pflegebedürftigkeit. Zum Begriff einer Fiktion, *Pflegewissenschaft* 02 (2011), 69 ff. (zit. Kotsch/Hitzler).
- Kötz, Hein: Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, *JZ* 2002, 257.
- : Die Ungültigkeit von Verträgen wegen Gesetzes- und «Sittenwidrigkeit», *RabelsZ* 58 (1994) 209 ff.
 - : *Vertragsrecht*, 2. Aufl., Tübingen 2012 (zit. Kötz, Vertragsrecht).
 - : Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, *JZ* 1992, 20 ff.
 - : Welche gesetzgeberischen Massnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen, *Gutachten A für den 50. Deutschen Juristentag*, München 1974 (zit. Kötz, Gutachten).
 - /Flessner, Axel: *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl., Tübingen 2015 (zit. Kötz/Flessner).
- Koyano, Atsushi 小谷野敦: *Nihon Baishunshi: Yûkô jofu kara sôpu rando made* 日本売春史: 遊行女婦からソープランドまで [Geschichte der Prostitution: Von der klassischen Prostituierten bis zu den «sog. Soaplands»] Tokyo 2007 (zit. Koyano).
- Kramer, Ernst A.: Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, *AcP* 200 (2000), 365 ff.
- : in: *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bd. VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 18 OR (zit. BK-Kramer, Art. 18 OR N XX).
 - : in: *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bd. VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, Bern 1991 (zit. BK-Kramer, Art. 19/20 OR N XX).
 - : *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl., Bern 2013 (zit. Kramer, Methodenlehre).
 - : *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., Bern 2005 (zit. Kramer, Methodenlehre, 2.A.).
 - : *Krise des liberalen Vertragsdenkens*, München/Salzburg 1974 (zit. Kramer).

- Krauskopf, Frédéric/Kim Sommer, Jessica: Sittenwidrig oder nicht? Das Berner Prostitutionsgesetz vom 7. Juni 2012 und die Diskussion um den Prostitutionsvertrag, in: Kunz Peter et al., Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, 57 ff.
- Kroeschell, Karl: «Selbstbestimmung» in rechtshistorischer Sicht, in: Leipold, Dieter/Sasakura, Hideo 笹倉 秀夫 (Hrsg.), Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft aus deutscher und japanischer Sicht, Symposium der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität und der Städtischen Universität Osaka, Heidelberg 1997, 19 ff. (zit. Kroeschell).
- Kubota, Atsumi: 窪田 充見 *Jinkaku ken shingai to songai baishô* 人格権と損害賠償 [Persönlichkeitsrechtsverletzung und Schadenersatzrecht], *Minshô hô zasshi* 116 (1997) 4-5, 57 ff.
- Kühl, Christian: Zur Abgrenzung des Rechts von Sittlichkeit, guten Sitten und Tugend, in: Byrd, Sharon et al. (Hrsg.), Recht und Sittlichkeit bei Kant, Jahrbuch für Recht und Ethik Bd. 14 (2006) (zit. als JRE).
- Künzel, Annegret: Feministische Theorien und Debatten, in: Foljanty, Lena/Lembke, Ulrike (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, 52 ff.
- Kut, Ahmet: Kommentar zu Art. 19–20 OR, in: Furrer, Andreas/Schnyder, Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-Kut zu Art. 19–20 OR N XX).
- : zu Art. 21 OR, in: Furrer, Andreas/Schnyder, Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. CHK-Kut zu Art. 21 OR N XX).
- Lardelli, Flavio: Art. 7 ZGB, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Lardelli, Art. 7 ZGB N XX).
- Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1997 (zit. Larenz).
- : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, fortgeführt von Wolf Manfred, 10. Aufl., München 2012 (zit. Larenz/Wolf).
- : Grundsätzliches zu § 138 BGB, in: Erdsiek, Gerhard (Hrsg.), Juristen-Jahrbuch, Bd. 7, Köln 1966/67 (zit. Larenz, Juristen-Jahrbuch).
- : Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979 (zit. Larenz, Richtiges Recht).
- Laufs, Andreas/Kern, B.-R. (Hrsg.): Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München 2010 (zit. Laufs/Kern).
- Lauterburg, Margareta: Art. 123 ZGB, in: Schwenzer, Ingeborg (Hrsg.), Fam Kommentar Scheidung, Bd. I: ZGB, 2. Aufl., Bern 2011 (zit. FamKomm-Lauterburg, Art. 123 ZGB N XX).
- Legrand, Pierre: Le droit comparé, Paris 1999 (zit. Legrand, Le droit comparé).
- : Preface: Comparing in Circle, in: Nicholson, Penelope/Biddulph, Sarah (Hrsg.), Examining Practice, Interrogating Theory: Comparative Legal Studies in Asia, Leiden 2008 (zit. Legrand, Comparing in Circle).
- : The Impossibility of «Legal Transplants», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4 (1997), 111 ff.

- Legrand, Pierre/Munday, Roderick: *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge 2003 (zit. Legrand/Munday).
- Leipold, Dieter/Sasakura, Hideo 笹倉 秀夫 (Hrsg.): *Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft aus deutscher und japanischer Sicht: Symposion der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka*, Freiburg 1997 (zit. Leipold/Sasakura).
- Lembke, Ulrike: Das «Prostituiertenschutzgesetz» kommt – die Heuchelei geht weiter, 24. August 2014 JuWissBlog, abrufbar unter: <<http://www.juwiss.de/105-2014/#more-9127>>, zuletzt besucht am 15.3.2015 (zit. Lembke, Das «Prostituiertenschutzgesetz» kommt).
- : Legalisierung und Repression: Aktuelle Prostitutionspolitiken in Deutschland am Beispiel der Stadt Hamburg, in: Greif, Elisabeth (Hrsg.), *SexWork(s), verbieten – erlauben – schützen?*, Linz 2012, 111 ff. (zit. Lembke, Legalisierung und Repression).
- Lerner, Gerda: *The Origin of Prostitution in Ancient Mesopotamia*, signs 11/2 (1986), 236 ff.
- Lieber, Katherine B.: *Selling the Womb, Can the Feminist Critique of Surrogacy Be answered*, Indiana Law Journal, 68 (1992) 1, 205 ff. (zit. Lieber).
- Link, Hannelore: *Rezeptionsforschung*, Stuttgart 1979.
- Looschelders, Dirk: Kommentar zu §§ 133–138 BGB, in: *NomosKommentar BGB, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Baden-Baden 2012 (zit. NK-Looschelders, § 138 BGB Rn. XX).
- : *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., München 2014 (zit. Looschelders).
- Lorenz, Stephan: *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag – Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlusskontrolle im geltenden Recht*, München 1997 (zit. Lorenz).
- : Systematik und Neuordnung des Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrechts, in: Tadaki/Baum (Hrsg.), 2014 (zit. Lorenz, Vergleich zu jap. Recht).
- Luhmann, Niklas: *Rechtssoziologie*, 4. Aufl., Wiesbaden 2008 (zit. Luhmann).
- Mächler-Erne, Monica/Wolf-Mettier, Susanne: Art. 17 IPRG, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K./Berti, Stephen V. (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht*, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK IPRG-Mächler-Erne/Wolf-Mettier, Art. 17 IPRG N XX).
- Mackenzie, Catriona: *The importance of relational autonomy and capabilities for an ethics of vulnerability*, in: Mackenzie, Catriona/Rogers, Wendy/Dodds, Susan (Hrsg.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York 2014, 33 ff. (zit. Mackenzie).
- /Stoljar, Natalie (Hrsg.): *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, New York 2000 (zit. Mackenzie/Stoljar).
- MacKinnon, Catharine A.: *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge 1989 (zit. MacKinnon).
- MacNeil, Ian R.: *Contracting Worlds and Essential Contract Theory*, Social Legal Studies 9 (2000) 3, 431 ff. (zit. MacNeil, Contracting Worlds).
- : *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, Wisconsin Law Review 1985, 483 ff. (zit. MacNeil, Relational Contract).
- : *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven 1980 (zit. MacNeil).

- Mahlmann, Matthias: Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 3. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit. Mahlmann).
- Maihofer, Andrea: Geschlecht als Existenzweise: Macht, Moral, Recht und Geschlechterdifferenz, Frankfurt am Main 1995 (zit. Maihofer).
- Malaurie, Philippe/Fulchiron, Hugues: Droit civil, La Famille, 4. Aufl., Paris 2011 (zit. Malaurie/Fulchiron).
- Malkmus, Kathrin: Prostitution in Recht und Gesellschaft, Frankfurt am Main 2004 (zit. Malkmus).
- Mamlyuk, Boris N./Mattei, Ugo: Comparative International Law, Brooklyn Journal of International Law 36:2 (2011), 386 ff. (zit. Mamlyuk/Mattei).
- Margérand, Jean-Pierre: L'exagération du droit au respect de la vie famille des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui, RTD Civ. 2015, 325 f. (zit. Margérand, RTD Civ. 2015).
- Marutschke, Hans Peter: Einführung in das japanische Recht, 2. Aufl., München 2010 (zit. Marutschke).
- Marutschke, Hans-Peter: Privatautonomie im japanischen Recht – Vergleichende, historische und aktuelle Aspekte, in: Haase, Marco (Hrsg.), Privatautonomie. Aufgaben und Grenzen, Baden-Baden 2015, 161–176 (zit. Marutschke).
- Masaki, Sakiko/Ishimoto, Hiroko/Asai, Atsushi 正樹咲子/石本浩子/浅井敦: Contemporary issues concerning Informed-Consent in Japan based on a review of court decisions and characteristics of Japanese culture, BMC Medical Ethics, 15:8 2014 (zit. Masaki/Ishimoto/Atsushi).
- Masuda, Takahiko 増田貴彦: Placing the Face in Context: Cultural Differences in the Perception of Facial Emotion, Journal of Personality and Social Psychology 94 (2008) 4, 365 ff.
- Matsui, Yayori 松井やより: Interview, in: Buckley, Sandra (Hrsg.), Broken Silence: Voices of Japanese Feminism, Berkeley/Los Angeles 1997, 147 f. (zit. Matsui, in: Buckley).
- Matsumoto, Tsuneo 松本恒雄: Anglo-American Law Research in the Study of Japanese Civil Law: Zentao Kitagawa/Karl Riesenhuber (eds.), The Identity of German and Japanese Law, Berlin 2007, 120 ff. (zit. Matsumoto).
- Mattei, Ugo: Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World Legal Systems, AJCL 45 (1996), 5 ff.
- Mattei, Ugo/di Robillant, Anna: The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe, Tulane Law Review 75 (2000), 1053 ff. (zit. Mattei/di Robillant).
- Mayer, Friedrich: Sittenwidrigkeit und das Prostitutionsgesetz bei Vermarktung und Vermittlung, NJW 2008, 1926 ff.
- Mayer-Maly, Theo: Contra bonos mores, in: Benöhr, Hans-Peter/Hackl, Karl/Knütel, Rolf/Wacke, Andreas (Hrsg.), Professio iuris. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Wien/Köln/Graz 1986, 151 ff. (zit. Mayer-Maly, Contra bonos mores).
- : Das bewegliche System und die Konkretisierung der Guten Sitten, in: Franz Bydlinksi et al. (Hrsg.), Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien/New York 1986, 117 ff. (zit. Mayer-Maly, Sitten und System).
- : Das Bewusstsein der «Sittenwidrigkeit», Karlsruhe 1971 (zit. Mayer-Maly).
- : Die Guten Sitten als Massstab des Rechts, JuS 1986, 596 ff.

- : Die guten Sitten des BGH, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, München 2000, 69 ff. (zit. Mayer-Maly, 50 Jahre BGH).
- : Fragmente zur causa, in: Baltl, Hermann (Hrsg.), Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, Grazer Rechts- und staatswissenschaftliche Studien Bd. 31, Graz 1975 (zit. Mayer-Maly, FS Wilburg).
- : Was leisten die guten Sitten? AcP 194 (1994), 105 ff.
- McLelland, Mark/Dasgupta, Romit: Genders, Transgenders and Sexualities in Japan, New York 2005 (zit. McLelland/Dasgupta).
- Medicus, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., Heidelberg u.a. 2010 (zit. Medicus, BGB AT).
- Meier, Philippe/de Luze, Estelle, Droit des personnes, Articles 11–89a CC, Zürich 2014 (zit. Meier/de Luze).
- Meier-Hayoz, Arthur: Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951 (zit. Meier-Hayoz).
- Meng, Kaspar/Schwaibold, Matthias: Art. 195 StGB, in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB II-Meng/Schwaibold, Art. 195 StGB N XX).
- Merry, Sally Engle: What is Legal Culture? An Anthropological Perspective, Journal of Comparative Law 5 (2012), 40 ff.
- Mesmer, Beatrix: Familienformen und gesellschaftliche Strukturen, in: Fleiner-Gerster, Thomas/Gilliand, Pierre/Lüscher, Kurt (Hrsg.), Familien in der Schweiz, Freiburg im Üechtland 1991, 31 ff. (zit. Mesmer).
- Michaels, Ralf: Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongress für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans, RabelsZ 66 (2002), 97 ff.
- : One Size Can Fit all, in: Frankenberg, Günter (Hrsg.), Order from Transfer Comparative Constitutional Design and Legal Culture, Cheltenham 2013, 56 ff. (zit. Michaels, Order from Transfer).
- Mill, John Stuart: On Liberty/Über die Freiheit, herausgegeben von Bernd Gräfrath, Stuttgart 2009 (zit. Mill).
- Miller, Laura/Bardsley, Jan (Hrsg.): Bad Girls of Japan, New York 2005 (zit. Miller/Bardsley).
- Mittelstrass, Jürgen (Hrsg.): Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 1 (A-B), 2. Aufl., Stuttgart 2005 (zit. Mittelstrass, Bd. 1).
- : Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie. Bd. 4 (Ins-Loc), 2. Aufl., Stuttgart 2010 (zit. Mittelstrass, Bd. 4).
- Miyadai, Shinji 宮台真司 et al. (Hrsg.): *Sei to jiko kettei genron* 性の自己決定>原論 [Prinzipien der sexuellen Selbstbestimmung], Tokyo 1998 (zit. Miyadai).
- Miyazawa, Setsuo 宮澤節生: Where are we now and where should we head for? A Reflection on the place of East Asia on the map of socio-legal studies, Pacific Rim Law & Policy Journal Association 22 (2013) 1, 113 ff.
- Mizuno, Noriko: Die rechtliche Regelung der Scheidung in Japan, ZJapanR Nr. 7 (1999), 120 ff.
- Mock, Sebastian: Die Heilung fehlerhafter Geschäfte, Tübingen 2014 (zit. Mock).

- Morikawa, Takemitsu: Liebessemantik und Sozialstruktur: Transformationen in Japan von 1600 bis 1920, Bielefeld 2015.
- Morita, Hiroki 森田宏樹: *Komentaru 90-91 jô*, in: Shinpan Chûshaku minpô, sôsoku 新版注釈民法総則 (3), hôritsu kô I 法律行為 §§ 90-98 [Kommentar zu Art. 90 und 91 Minpô, in: Neuem Kommentar zum Zivilrecht, Allgemeiner Teil (3), Rechtsgeschäfte I], Kawai 川井/Hirai 平井 (Hrsg.), 2. Aufl., Tokyo 2003 (zit. Morita, Art. 90/91 Minpô).
- Müller, Georg, Kommentar zu Art. 4 BV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern, 1987 ff. (zit. Müller, Art. 4 aBV).
- Müller-Chen, Markus: Vorbem. zu Art. 118–134 OR 2020, in: Huguenin, Claire/Hilty, Reto M., Schweizerisches Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zürich 2013 (zit. Müller-Chen, Vorbem. zu Art. XX OR 2020 N XX).
- /Müller, Christoph/Widmer-Lünchinger, Corinne, Introduction to Comparative Private Law in: *idem* (Hrsg.), Comparative Private Law, Zürich/St. Gallen 2015 (zit. Müller-Chen/Müller/Widmer-Lünchinger).
- Mugdan, Benno: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, Berlin 1899 (zit. Mugdan).
- Muzik, Michael: Prostitution in Japan, in: Grein Marion (Hrsg.), Japan heute und gestern, Mainz 1994, 141 ff. (zit. Muzik).
- Nakata, Kunihiro 中田邦博: Das japanische Vertragsrecht unter dem Einfluss des europäischen und deutschen Privatrechts, ZJapanR 12 (2007) 24, 161–166.
- : Die Internationalisierung des Vertragsrechts und das japanische Recht, ZJapanR 36 (2013), 203 ff. (zit. Nakata, ZJapanR 36).
- : *Furin no aitegata ni taisuru hôkatsu izô to kôjo ryôzoku wo megutte kinji no kôjo ryôzokuron no tenkai wo ukete* 不倫の相手方に対する包括遺贈と公序良俗をめぐって——近時の公序良俗論の展開をうけて [Ein umfassendes Vermächtnis für den «unmoralischen» anderen und die «Sittenwidrigkeit» im Lichte der aktuellen Entwicklung der «Sittenwidrigkeitslehre»], *Hôgaku Kyôshitsu* 法学教室 Nr. 326 (2007) 45 ff.
- Nakayama, Shigeki 中山茂樹: *Seimei, jiyû, jiko kettei-ken* 生命自由自己決定権 [Leben, Freiheit und das Recht auf Selbstbestimmung], in: Oishi Makoto Ishikawa Kenji 大石眞・石川健治編 *Kenpôjyo no Sôten* 憲法上の争点 [Streitpunkte des Verfassungsrechts], Tokyo 2008, 94 ff. (zit. Nakayama).
- Nedelsky, Jennifer: Law's relations: a relational theory of self, autonomy, and law, New York 2011 (zit. Nedelsky).
- : Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities, Yale Journal of Law and Feminism Vol. 1 (1989) Issue 1, 7 ff. (zit. Nedelsky, Reconceiving Autonomy).
- Nelken, David, (Hrsg.): Using Legal Culture, London 2012 (zit. Nelken, Using Legal Culture).
- /et al. (Hrsg.): Adapting Legal Cultures, Oxford 2001 (zit. Nelken, Adapting Legal Cultures).
- Neuss-Kaneko, Margret: Vom «ie» zu «mai homu», in: Mitterauer, Michael/Ortmayr, Norbert (Hrsg.), Die Entwicklung in Japan, in: Familie im 20. Jahrhundert. Traditionen, Probleme und Tendenzen im Kulturvergleich, Frankfurt am Main 1997, 87–104 (zit. Neuss-Kaneko).
- Nicholson, Penelope/Biddulph, Sarah: Examining Practice, Interrogating Theory: Comparative Legal Studies in Asia, Leiden 2008 (zit. Nicholson/Biddulph).

- Nicola, Fernanda: Family Law Exceptionalism in Comparative Law, *AJCL* 58 (2010), 777 ff.
- Nida-Rümelin, Julian: Entscheidungstheorie und Ethik, Decision theory and ethics, 2. Aufl., München 2005.
- Nishitani, Yuko 西谷祐子: Party Autonomy and its restrictions, in: Basedow Jürgen, Baum Harald und Nishitani Yuko (Hrsg.), Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective, Tübingen 2006, 77 ff.
- : Kindschaftsrecht in Japan – Geschichte, Gegenwart und Zukunft, *ZJapanR* 37 (2014), 77 ff.
- Noda, Yoshiyuki 野田良之: Introduction to Japanese Law, 10th ed., Tokyo 1997 (zit. Noda).
- : Comparative Jurisprudence in Japan, it's Past and Present, Part I, Law in Japan, *An Annual* 8 (1975) 1 (zit. Noda, Law in Japan).
- Norma, Caroline: The Past Re-imagined for the Geisha: The Savour of the 1950's Japanese Sex Industry, Asian Institute, (Webprint) 2014 (zit. Norma).
- Nottage, Luke: Japanese Contract Law, Theory and Practice, in: Taylor, Veronica (Hrsg.), «Asian Law through Australian Eyes», Sydney 1997, 324 ff.
- Oberer, Hanno: Sittlichkeit, Ethik und Recht bei Kant, in: Byrd, Sharon et al. (Hrsg.), Recht und Sittlichkeit bei Kant, *JRE Bd.* 14 (2006).
- Ochiai, Emiko 落合, 恵美子: *Seiki no kazoku e* 世紀の家族 絵 [Das Familiensystem im Wandel], 1994 (zit. Ochiai).
- Oda, Hiroshi 小田博: Japanese Law, 3. Aufl., Oxford 2009.
- Oechsler, Jürgen: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, Tübingen 1997 (zit. Oechsler).
- Ohly, Ansgar: Generalklausel und Richterrecht, *AcP* 201 (2001), 1–47 (zit. Ohly, *AcP* 201 (2010), 1 ff.)
- : *Volenti non fit iniuria*, Die Einwilligung im Privatrecht, 2002 Tübingen (zit. Ohly).
- Ogorek, Regina: Alte Römer und neue Sittlichkeiten – Rechtsvergleichendes zur Gültigkeit von Telefonsexverträgen, in: Bucher Eugen, Canaris Claus-Wilhelm, Honsell Heinrich, Koller Thomas (Hrsg.), Norm und Wirkung. Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historische Perspektive. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, 573 ff. (zit. Ogorek, *FS Wiegand* 2005).
- Okino, Masami 沖野 眞巳: *Keiyaku teiketsu katei no kiritsu to ishi hyôji riron* 契約締結過程の規律と意思表示理論 [Regeln des Vertragsschlusses und Theorie der Willenserklärungen] *NBL Nr.* 54 Bessatsu [Sonderband], 1999, 23 ff.
- Ôkubo, Kunihiro 大久保邦彦: *Seimei – Shintai no shobun to shiteki jichi* 生命-身体の処分と私的自治 [Die Entscheidung über Leben und Tod und Privatautonomie], *Kôbe gakuin hôgaku Bd.* 27 (1997), Nr. 3, 2 ff. (zit. Ôkubo).
- Ôkubo, Shiro 大久保史郎/Shelley, Louise: Human Security, Transnational Crime and Human Trafficking: Asian and Western Perspectives, New York 2011 (zit. Okubô/Shelley).
- Ômura, Atsushi 大村 敦志: *Kazuku-hô* 家族民 [Das Familienrecht], 3. Aufl., Tokyo 2010. (zit. Ômura, *Kazoku*).
- : *Kihon Minpô I, Sôsoku-Bukken Sôron* 基本民法 1 - 総則・物権総論 [Grundsätze des Zivilrechts I, Allgemeiner Teil und Prinzipien des Sachenrechts] 3. Aufl., Tokyo 2007 (zit. Ômura, *Minpô*).

- : *Mô hitotsu no kihon Minpô* もうひとつの基本民法 une autre voie [Noch ein anderes grundlegendes Zivilgesetzbuch], Tokyo 2005 (zit. Ômura, une autre voie).
- : *Kôjô ryôzoku to keiyaku seigi – Keiyaku hô kenkyû I* 公序良俗と契約正義-契約法研究 1 [«Sittenwidrigkeit» und Vertragsgerechtigkeit, Abhandlungen zum Vertragsrecht I] 4. Aufl., Tokyo 2006 (1. Aufl. 1995) (zit. Ômura).
- : *Tenkei keiyaku to seishitsu kettei, keiyaku-hô kenkyû II* 典型契約と性質決定, 契約法研究 II [Die Vertragstypen und die Bestimmung derer Eigenschaften] Tokyo 1997 (zit. Ômura, Keiyaku).
- Ono, Hiroshi 小野浩: Divorce in Japan: Why it happens and why not, EISJ Working papers series Nr. 201, 2006 (zit. Ono, EISJ Nr. 201, 2006).
- Oppler, Alfred: Legal Reform in Occupied Japan, Princeton University Press 1976 (zit. Oppler).
- : The Reform of Japan's Legal and Judicial System Under Allied Occupation, Washington Law Review 24 (1949), 192 ff. (zit. Oppler, Reform of Japan's Legal and Judicial System).
- Örücü, Esin: The Enigma of Comparative Law, Variations on a Theme for the Twenty-First Century, Leiden/Boston 2004 (Örücü, Enigma).
- : Unde Venit, Quo Tendit Comparative Law?, in: Harding, Andrew/Örücü, Esin (Hrsg.), Comparative law in the 21st century, London 2002, 1 ff. (zit. Örücü, Unde Venit).
- Oser, Hugo/Schönenberger: Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht, 1. Halbband (Art. 1–183), 2. Aufl., Zürich 1929 (zit. ZK-Oser/Schönenberger, Art. 19 oder 20 OR N XX).
- Osterhammel, Jürgen: Transferanalyse und Vergleich im Fernverhältnis, in: Kaelble, Hartmut/Schiewer, Jürgen (Hrsg.), Vergleich und Transfer, Komparatistik in den Sozial-, Geschichts- und Kulturwissenschaften, Frankfurt am Main 2003, 440 ff. (zit. Osterhammel, Fernverhältnis).
- : Zivilgeschichte im Zivilisationsvergleich, in: Geschichte und Gesellschaft, 22. Jg. Nr. 2 (1996), 143 ff.
- Palmer, Michael: On Galloping Horses and Picking Flowers: China, Chinese Law and the «Asian Legal Tradition», in: Foster, Nicholas H.D. (Hrsg.), A Fresh Start for Comparative Legal Studies? A Collective Review of Patrick Glenn's Legal Traditions of the World, 2nd Edition, JCL 1:1 (2005), 165 ff.
- Palmer, Vernon: Mixed Jurisdictions Worldwide, The Third Legal Family, 2. Aufl., Cambridge 2014.
- Pande, Amrita: Commercial Surrogacy in India: Nine Month of Labor?, Massachusettes, 2010 (zit. Pande).
- Pateman, Carole: On Critics and Contract, in: Pateman, Carole/Mills, Charles Wade: Contract & Domination, Cambridge 2007 (zit. Pateman).
- /Mills, Charles Wade: Contract & Domination, Cambridge 2007 (zit. Pateman/Mills).
- Peters, Anne/Schwenke, Heiner: Comparative Law beyond Post-Modernism, International and Comparative Law Quarterly 49 (2000) 4, 800 ff. (zit. Peters/Schwenke).
- Phillips, Anne: Free to decide for oneself, in: O'Neill, Daniel I./Shanley, Mary Lyndon/Young, Iris Marion (Hrsg.), Illusion of consent, Pennsylvania 2008, 99 ff. (zit. Phillips, Free to decide for oneself).
- : Consent, Autonomy and Coercion: forced marriage, public policy and the courts, in: *idem*, Gender and Culture, Cambridge 2010, 124 ff. (zit. Phillips, Gender and Culture).

- Pichler, Bernhard: Sex als Arbeit. Prostitution als Tätigkeit im Sinne des Arbeitsrechts, Hamburg 2013 (zit. Pichler).
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf: Grundrechte: Staatsrecht II, 31. Aufl., München 2015 (zit. Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher).
- Piotet, Denis : La sanction de l'engagement excessif selon l'art. 27 al. 2 CC, in : Guillod Olivier/Müller Christoph (Hrsg.), Mélanges Pierre Wessner, Basel 2011, 505 ff. (zit. Piotet).
- Piper, Nicola: Labor Migration, Trafficking and International Marriage: Female Crossborder Movement in Japan, Asian Journal of Women's Studies 5.2 (1999).
- Pohlmann, Roger: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 1, Basel 1971, in: Ritter, Joachim (Hrsg.), (zit. Pohlmann).
- Posner, Richard A.: Sex and Reason, Cambridge/London 1994 (zit. Posner, Sex and Reason).
–: The Regulation of the Market in Adoptions, Boston University Law Review 67 (1987) 57 ff. (zit. Posner, BULR 67 (1987)).
- Probst, Thomas: Art. 16 OR 2020, in: Huguenin, Claire/Hilty, Reto M., Schweizerisches Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zürich 2013 (zit. Probst, Art. 16 OR 2020 N).
- Pulver, Bernhard: Kommentar Einleitung PartG, in: Geiser, Thomas/Gremper, Philipp (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zürich 2007 (zit. Pulver, Einl. PartG N XX).
- Püttner, Günther/Röhl, Klaus: Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung, JZ 41 (1986), 529 ff.
- Qui, Ren-Zong: Sociocultural dimension of infertility and assisted reproduction in the Far East, in: WHO-Bericht 2002, 75 ff.
- Radbruch, Gustav: Über die Methode der Rechtsvergleichung, 1905/06, 422-425, in: Zweigert Konrad/Puttfarken Hans-Jürgen, 52 ff.
- Rahn, Guntram: Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan, München 1991 (zit. Rahn).
- Raiser, Ludwig: Vertragsfreiheit, JZ 1958, 1 ff.
–: Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschrift 100 Jahre Deutscher Juristentag, 1960.
- Raiser, Thomas: Grundlagen der Rechtssoziologie, 4. Aufl. der «Das lebende Recht», Tübingen 2007 (zit. Raiser).
- Ramseyer, Mark: Indentured Prostitution in Imperial Japan: Credible Commitments in the Commercial Sex Industry, Journal of Law, Economics & Organization 7 (1991) 1, 89 ff.
–: Liability for Defective Products: Comparative Hypotheses and Evidence from Japan, AJCL 61 (2013), 617 ff.
–: Odd Markets in Japanese History: Law and Economic Growth, Cambridge 1996 (zit. Ramseyer, Odd Markets).
–: The Market for Children: Evidence from Early Modern Japan, Journal of Law, Economics & Organization 7 (1995) 3, 127 ff.
–/Nakazato, Minoru: Japanese Law. An Economic Approach, Chicago 1999 (zit. Ramseyer/Nakazato).

- /Rasmusen, Eric B.: Judicial Independence in a Civil Law Regime, The Evidence from Japan, *The Journal of Law and Economics and Organization* 13 (1997) 2, 259 ff. (zit. Ramseyer/Rasmusen).
- Rehberg, Jörg: Revision des Strafrechts, *AJP* 1 (1993), S. 16 ff. (zit. Rehberg, *AJP* 1993).
- Reimann, Mathias: Comparative Law and Privat Law, in: Zimmermann, Reinhard/Reimann, Mathias (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 1363 ff. (zit. Reimann, *Oxford Handbook*).
- : Stepping out of the European Shadow: Why Comparative Law in the United States Must Develop Its Own Agenda, *AJCL* 46 (1998), 637 ff.
- Remien, Oliver: Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Tübingen 2003 (zit. Remien).
- Repgen, Tilman: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, Tübingen 2001 (zit. Repgen).
- : Kein Abschied von der Privatautonomie, Die Funktion zwingenden Rechts in der Verbrauchsgüterkauflinie, Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Paderborn 2001 (zit. Repgen, *Privatautonomie*).
- Reuter, Dieter: Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, *AcP* 189 (1989), 199 ff.
- Riles, Annelise: Comparative Law and Socio-legal Studies, in: Zimmermann, Reinhard/Reimann, Mathias (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, 775 ff. (zit. Riles, *Comparative Law*).
- : Collateral Knowledge: Legal Reasoning In The Global Financial Markets, Chicago 2011.
- : *Minpô kaisei: keiyaku no ruru ga hyakunenburi ni kawaru* [Civil Code Reform: The Rules of Contract Change After 100 Long Years]. Transparency, Expertise, and the Public. Review of Takashi Uchida, the Reform of the Civil Code: Changes to the Rules of Contract After 100 Years. *Social Science Japan Journal* 17 (1) (2014), 122 ff. (zit. Riles, *Minpô kaisei*).
- Ringdal, Nils Johann: Die neue Weltgeschichte der Prostitution, München/Zürich, 2006 (zit. Ringdal).
- Rippe, Klaus Peter/Schwarzenegger, Christian/Bosshard, Georg/Kiesewetter, Martin: Urteilsfähigkeit von Menschen mit psychischen Störungen und Suizidbeihilfe, *SJZ* 101 (2005) 3, 53 ff.
- Rohner, Christoph: Art. 9 BV, in: Ehrenzeller, Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. Rohner, Art. 9 BV).
- Rorty, Richard: Postmodernist Bourgeois Liberalism, in: Menand, Louis (Hrsg.), *Pragmatism: A Reader*, New York 1997, 329 ff. (zit. Rorty, *Liberalism*).
- Roth, Andreas: § 1353 BGB, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, Bd. 7, Familienrecht I (§§ 1297–1588, LPartG, GewSchG, VersAuslG), 6. Aufl., München 2012 (zit. MüKo-Roth, § 1353 BGB Rn. XX).
- Roth, Gerhard: Persönlichkeit, Entscheidung und Verhalten, 6. Aufl., Stuttgart 2011 (zit. Roth).
- Roth, Günter H./Schubert, Claudia: § 242 BGB, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil §§ 241–432, 7. Aufl., München 2015 (zit. MüKo-Roth/Schubert, § 242 BGB Rn. XX).

- Röthel, Anne (Hrsg.): Verträge in der Unternehmerfamilie, Tübingen 2014, 9–77 (zit. Röthel).
- : Institution und Intimität: Die Ehe, ihre Leitbilder und ihr Recht, Röthel, Anne/Löhnig, Martin/Helms, Tobias (Hrsg.), Ehe – Familie – Abstammung, Blicke in die Zukunft, Frankfurt am Main 2010, 9 ff. (zit. Röthel, Institution und Intimität).
- Rother, Werner: Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung, AcP 172 (1972), 498 ff.
- Rudolf, Beate: Menschenrechtliche Massstäbe für die Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen, 2/2014 STREIT, 50 ff.
- Rückert, Joachim: vor § 1 (Prinzipien), in: Schmoekel et al. (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1: Allgemeiner Teil §§ 1–240, Tübingen 2003 (zit. HKK-Rückert vor § 1 (Prinzipien) N XX).
- Ruffert, Matthias: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001 (zit. Ruffert).
- Rumo-Jungo, Alexandra: Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, FamPra 4 (2014), 838 ff. (zit. Rumo-Jungo, FamPra 4 (2014) 838 ff.).
- Rupp, Marina: Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, Köln 2009 (zit. Rupp).
- Rusch, Martina: Rechtliche Elternschaft: Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz, Diss. Universität Zürich (= Schriftenreihe zum Familienrecht, Bd. 13), Bern 2009 (zit. Rusch).
- Ruskola, Temmu: Legal Orientalism, Michigan Law Review 101 (2002) 1, 179 ff.
- : Legal Orientalism, China, the United States, and Modern Law, Harvard 2013 (zit. Ruskola, Legal Orientalism).
- : The East-Asian legal tradition, in: Bussani, Mauro/Mattei, Ugo, The Cambridge Companion to Comparative Law, 257 ff. (zit. Ruskola, Comparative Law).
- Rütsche, Bernhard: Recht von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich/St. Gallen 2009 (zit. Rütsche).
- Ryang, Sonia: Chrysanthemum's Strange Life: Ruth Benedict in Postwar Japan, Japan Policy Research Institut Occasional Paper No. 32, July 2004 (zit. als JPRI).
- : Love in Modern Japan, London/New York 2006 (zit. Ryang).
- Ryūhoku, Narushima 成島柳北: Ryūkyō shinshi 柳橋新誌, Buch 1, 1860 Edo, üb. auf Deutsch: Geisha, Vom Leben Jenseits der Weidebrücke, Michael Stein, Frankfurt am Main 1998 (zit. Ryūhoku).
- Sacco, Rodolfo: Einführung in die Rechtsvereinheitlichung, Baden-Baden 2011 (zit. Sacco, Einführung).
- Sack, Rolf: § 138 BGB, in: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Staudinger BGB – Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 134–163 (Allgemeiner Teil 4), 11. Aufl., Berlin 2003 (zit. Staudinger/Sack, § 138 BGB Rn. XX (2003)).
- : Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktor der guten Sitten, NJW (1985) 14, 761 ff.
- Saikaku, Ihara 井原西鶴: The Consequences of Adultery: «The Eavesdropper Whose Ears Were Burned» (1686), in: Vaporis, Constantine Nomikos, Voices of Early Modern Japan,

- Contemporary Accounts of Daily Life During the Age of the Shogun, Oxford 2014 (zit. Ihara, The Consequences of Adultery).
- : Courtesans and the Sex Trade: The Life of an Amorous Man (*Kôshoku ichidai otoko*) 1682, in: Vapori, Constantine Nomikos, Voices of Early Modern Japan, Contemporary Accounts of Daily Life During the Age of the Shogun, Westview Press 2014 (zit. Ihara, Courtesans and the Sex Trade).
- Sakuma, Takeshi 佐久間 毅: *Minpô no kiso, Sôsoku* 民法の基礎 – 総則 [Grundlagen des Zivilrechts, Allgemeiner Teil], 2. Aufl., Tokyo 2005 (zit. Sakuma).
- Sandel, Michael J.: Liberalism and the limits of Justice, 2. Aufl., Cambridge 2010 (zit. Sandel).
- Sanders, Anne: Statischer Vertrag und dynamische Beziehung, Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen, Bielefeld 2008 (zit. Sanders).
- Sasakura, Hideo 笹倉秀夫: Das Recht auf Selbstbestimmung, Zum Stand der Diskussion in Japan, in: Leipold (Hrsg.), Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft. Aus deutscher und japanischer Sicht, Heidelberg 1997, 3 ff. (zit. Sasakura).
- Savigny, Carl Friedrich von: System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I–VIII 1840–1849 (zit. Savigny Bd. X).
- Schaber, Peter: Instrumentalisierung und Würde, Paderborn 2010 (zit. Schaber).
- Schad-Seifert, Annette: Coping with Low Fertility? Japan's Government Measures for a Gender Equal Society, Working paper 06/4, German Institute for Japanese Studies, Tokyo 2006 (zit. Schad-Seifert).
- : Womenonimcis, in: IP – Die Zeitschrift, März-Juni 2015, 20 ff. (zit. Schad-Seifert, Womenonimcis).
- Schefer, Markus: Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001 (zit. Schefer).
- Schlesinger, Rudolf/Baade, Hans/Herzog, Peter/Wise, Edward: Comparative Law, 6. Aufl., New York 1998 (zit. Schlesinger et al.).
- Schlüter, Wilfried: BGB – Familienrecht, 14. Aufl., Heidelberg 2012 (zit. Schlüter).
- Schmid, Hans Bernhard: Moralische Integrität, Kritik eines Konstrukts, Berlin 2011 (zit. Schmid, Moralische Integrität).
- Schmidt, Helmut: Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte, Berlin 1973 (zit. Schmidt, Sitten).
- Schmidt, Jürgen: Kommentar zu § 242 BGB, in: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung, Berlin 1995 (zit. Staudinger/Schmidt, § 242 BGB Rn. XX).
- : Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform, Überlegungen zur Rechtfertigung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit bei Schuldverträgen, Berlin 1985 (zit. Schmidt).
- Schmoeckel, Mattias: Der massgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der «Sittenwidrigkeit» nach § 138 I BGB, AcP 197 (1997), 1 ff.
- Schmolke, Klaus Ulrich: Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht: Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomie im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, Tübingen 2014 (zit. Schmolke).
- Schneider, A./Fick, Fritz (Hrsg.): Das Schweizerische Obligationenrecht betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinen Erläuterungen, Zürich 1881 (zit. Schneider/Fick, Art. 17 aOR N XX).

- Schöbi, Felix: Was können Verträge?, in Jusletter vom 6. Oktober 2003.
- Schoeps, Miriam: Die rechtliche Beurteilung kommerzialisierten Sexualverhaltens anhand ausserrechtlicher Massstäbe, Hamburg 2003.
- Schollmeyer, Mario: Selbstverantwortung und Geschäftsgrundlage, Tübingen 2014 (zit. Schollmeyer).
- Schoppa, Leonard: Demographics and the State. In: Coulmas, Florian/Conrad, Harald/Schad-Seiffert, Annette/Vogt, GabrieleThe Demographic Challenge. A Handbook about Japan., Leiden 2008, 639 ff. (zit. Schoppa).
- Schricker, Gerhard: Gesetzesverletzung und Sittenverstoss: Rechtsvergleichende Untersuchung zur wettbewerbsrechtlichen Haftung bei Verletzung ausserwettbewerbsrechtlicher Normen, München 1970, 61 ff. (zit. Schricker).
- Schriewer, Jürgen: Problemdimensionen sozialwissenschaftlicher Komparatistik, in: Kaelble, Hartmut/Schriewer, Jürgen (Hrsg.), Vergleich und Transfer, Komparatistik in den Sozial-, Geschichts- und Kulturwissenschaften, Frankfurt am Main 2003, 9 ff. (zit. Schriewer).
- Schulte-Nölte, Hans in: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Schulze, Reiner (Schriftleitung), 3. Aufl., Baden-Baden 2003 (zit. Hk-BGB/Schulte-Nölte).
- Schulze, Götz: Datum-Theorie und narrative Norm – Zu einem Privatrecht für die multikulturelle Gesellschaft, in: Jayme, Erik (Hrsg.), Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, Heidelberg 2003, 155 ff.
- Schulze, Reiner in: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, idem (Schriftleitung), 3. Aufl., Baden 2003 (zit. Hk-BGB/Schulze).
- Schuppert, Folke Gunnar/Bumke, Christian: Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, Baden-Baden 2000 (zit. Schuppert/Bumke).
- Schwab, Dieter in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, Familienrecht II, §§ 1589–1921 SGB VIII, Schwab, Dieter (Hrsg.), 6. Aufl., München 2012 (zit. MüKo-Schwab, §§ XX BGB N YY).
- Schwander, Ivo: Kommentar zu Art. 159 ZGB, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–45, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Schwander, Art. 159 ZGB N XX).
- : Kommentar zu Art. 271–307 ZPO, in: Gehri, Myriam A./Jent-Sørensen, Ingrid/Sarbach, Martin (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015 (zit. OF-Schwander, Art. XXX N XX).
- : Eheverträge – zwischen «ewigen» Verträgen und Inhaltskontrolle, AJP (2003) 5, 572 ff.
- Schwartz, Allen/Scott Robert E.: Contract Theory and the Limits of Contract Law, Yale Law Journal 113 (2003), 543 ff. (zit. Schwartz/Scott, Contract Theory).
- Schweizer, Rainer J./Bigler-Eggenberger, Margrith/Kägi-Diener, Regula: Kommentar zu Art. 8 BV, in: Ehrenzeller, Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. SGK-Schweizer/Bigler-Eggenberger/Kägi-Diener, Art. 8 BV N XX).
- Schwenzer, Ingeborg: Art. 252 ZGB, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Schwenzer zu Art. 252 N XX).
- : Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen, FamPra. 6 (2005) 1, 1 ff.
- : Methodological Aspects of the Harmonisation of Family Law, 6 Eur. J.L. Reform (2004), 145 ff. (zit. Schwenzer, Methodological Aspects).

- : Rezeption deutschen Rechtsdenkens im Schweizerischen Obligationenrecht, in: *idem* (Hrsg.), Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Schuldrechtsmodernisierung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium aus Anlass des 65. Geburtstags von Peter Schlechtriem, Tübingen 1999 (zit. Schwenzer, Rezeption).
- : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012 (zit. Schwenzer).
- : Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP 196 (1996), 88 ff.
- Scott, Elizabeth S./Scott, Robert E.: Marriage as Relational Contract, Virginia Law Review 84 (1998) 7, 1225 ff. (zit. Scott/Scott, Marriage as Relational Contract).
- Scott, Robert E.: The Rise and Fall of Article 2, Louisiana Law Review 63 (2002) 4, 1009 ff. (zit. Scott, The Rise and Fall of Article 2).
- : The Uniformity Norm in Commercial Law, A Comparative Analysis of Common Law and Code Methodologies, in: Kraus, Jody S./Walt, Steven D. (Hrsg.), The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law, Oxford 2000, 149 ff. (zit. Scott, Commercial Law).
- /Kraus, Jody S.: Contract Law and Theory, 5. Aufl., New Providence 2013 (zit. Scott/Kraus).
- Sedlmeier, Kathleen: Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag, Studien zum Privatrecht, Bd. 21, Tübingen 2012 (zit. Sedlmeier).
- Senger, Harro von: Japans drei Rechtsrezeptionen, ZfRV 17 (1976), 206 ff. (zit. von Senger)
- Shinomiya, Kazuo 四宮和夫/Nômi, Yoshihisa 能見 善久: *Minpô Sôsoke* [Allgemeiner Teil des Zivilrechts], 7. Aufl., Tokyo 2005 (zit. Shinomiya).
- Shiomi, Yoshio 潮見 佳男: *Fuhô kô-i-hô*, 不法行為法 [Das Recht der unerlaubten Handlung], Tokyo 1999, 3. unveränderter Nachdruck 2004 (zit. Shiomi).
- Simitis, Konstatin: Gute Sitten und Ordre public, Marburg 1960 (zit. Simitis).
- Simoni, Heidi: Sozialwissenschaftliche Grundlagen zur Konzeption Kindeswohl, Familie und Elternschaft im Fortpflanzungsmedizingesetz, Expertise im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, 2012, 1–96 (zit. Simoni).
- Sinclair, Joan: Pink Box, Inside Japan's Sex Clubs, Tokyo 2006.
- Singer, Jana B.: The Privatization of Family Law, Wisconsin Law Review 1992, 1444 ff. (zit. Singer, The Privatization of Family Law).
- Singer, Reinhard: Der verfassungsrechtliche Schutz von Selbstbestimmung und Privatautonomie, in: Ganner Michael, Selbstbestimmung im Alter, Wien/New York 2005, 49 ff. (zit. Singer).
- : Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, Tübingen 1995 (zit. Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz).
- Smith, Stephen A.: Contract Theory, Oxford 2004 (zit. Smith, Contract Theory).
- Spar, Debora L: Free Market, Free Choice? A Market Approach to Reproductive Rights, in: Markets Baby, Bratcher Goodwin Michele (Hrsg.), Cambridge 2010, 177 ff. (zit. Spar).
- : The Baby Business: How Money, Science and Politics drive the Commerce of Conception, Boston/Massachusetts 2006 (zit. Spar, Baby Business).
- Spence, Ann T.: A Contract Reading of Rape Law: Redefining Force to Include Coercion, Columbia Journal of Law and Social Problems 37 (2003) 1, 57 ff.
- Spickhoff, Andreas: Selbstbestimmungsfähigkeiten, in: Becker, Ulrich/Roth, Markus (Hrsg.), Recht der Älteren, Berlin/Boston 2012, 103–125 (zit. Spickhoff).
- Spindler, Gerald: Bürgerliches Recht – Anmerkung, JZ 2002, 408 ff. (zit. Spindler, JZ 2002).

- Spyk, v. Benedikt: Das Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, Zürich/St.Gallen 2011.
- Staehelin, Daniel: Kommentar zu Art. 23 ZGB, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Staehelin, Art. 23 ZGB N XX).
- Stanley, Amy: Selling Women: Prostitution, Markets and the Household in Early Modern Japan, California 2012 (zit. Stanley).
- Starck, Christian: Kommentar zu, Art. XX in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, München 2010 (zit. Starck, Art. 2 Abs. 1 GG N XX).
- Steinauer, Paul-Henri/Fontoulakis, Christiania: Droit des personnes physiques et de la protection d'adulte, Bern 2014 (zit. Steinauer/Fontoulakis).
- Steineck, Christian: Zum Kulturbegriff in der japanischen Bioethik, in: Thomas Eiche et al. (Hrsg.), Kulturübergreifende Bioethik und Kultur, Freiburg/München 2006, 83 ff.
- Stein-Wigger, Matthias: Kommentar Anh. Art. 279 ZPO, in: Schwenzer, Ingeborg (Hrsg.), FamKommentar Scheidung – Bd. II: Anhänge, 2. Aufl., Bern 2011 (zit. FamKomm-Stein-Wigger, Anh. ZPO, Art. 279 ZPO N XX).
- Stern, Klaus/Sachs, Michael: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte, Band III/1, München 1988 (zit. Stern/Sachs).
- Stöcker, Ralf: Menschenwürde und das Paradox der Entwürdigung, in: *idem* (Hrsg.), Menschenwürde Annäherung an einen Begriff, Wien 2003, 133 ff.
- Stoll, Hans: Zur Legitimität und normativen Relevanz rechtsvergleichender Argumente im Zivilrecht, in: Koizol, Helmut et al. (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydliniski, Wien 2002 (zit. Stoll, FS Bydliniski).
- Stumpp, Bettina Eva: Prostitution in der Römischen Antike, Berlin 2001 (zit. Stumpp).
- Sugimoto, Yoshio 杉本 良夫: Introduction to Japanese Society, 3. Aufl., Cambridge 2010 (zit. Sugimoto).
- Sullins, Paul D., Emotional Problems among Children with Same-Sex Parents: Difference by Definition, British Journal of Education, Society & Behavioural Science 7 (2015) 2, 99 ff. (zit. Sullins).
- Sutter-Somm, Thomas/Gut, Nicolas: Kommentar zu Art. 279 ZPO, in: Sutter-Somm, Thomas/Nasenböhler, Franz/Leuenberger, Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich 2013 (zit. ZPOKomm-Sutter-Somm/Gut, Art. 279 ZPO N XX).
- Tachibanaki, Toshiaki 橋本俊詔: Confronting Income Inequality in Japan. A Comparative Analysis of Causes, Consequences, and Reform, MIT Press 2005 (zit. Tachibanaki).
- Tadaki, Makoto 只木誠 /Baum, Harald (Hrsg.): *Saiken-hô kaisei ni kansuru hikaku-hô teki kentô* 債権法改正に関する比較法的検討 [Schuldrechtsmodernisierung in Japan, eine vergleichende Analyse], Tokyo 2014 (zit. Tadaki/ Baum).
- Tadaki, Makoto 只木誠: *Saiken-hô kaisei ni kansuru gairon* 債権法改正に関する概論 [Die Entwicklung der Revision des Obligationenrechts], in: Tadaki/Baum (Hrsg.), 3–14 (zit. Tadaki).
- Takahashi, Kikue 高橋喜久江: *Baibaishun mondai ni torikumu: sei sakushu to Nihon shakai* 売買春問題にとりくむ: 性搾取と日本社会 [Betreffend die Frage der Prostitution: Sexuelle Ausbeutung und Japanische Gesellschaft] Tokyo 2004.

- Takayanagi, Kenzô 高柳 賢三: A Century of Innovation: The Development of Japanese Law, 1868–1961, in «Law in Japan»: The Legal Order in a Changing Society, ed. by A.T. von Mehren, Cambridge 1963 (zit. Takayanagi).
- Tameike, Toshio 溜池: Kokusai Shihô Kogi 国際私法講義 [Vorlesungen zum Internationalen Privatrecht] 3. Aufl., Tokyo 2005 (zit. Tameike).
- Tamotsu, Aoki 青木保: Der Japandiskurs im historischen Wandel, München 1996 (auf Japanisch 1994).
- Tanaka, Hideo 田中英夫: The Japanese Legal System, 9. Aufl., Tokyo 1994 (zit. Tanaka).
- Tanaka, Shigeaki 田中成明: Hôrigaku kôgi 法理学講義 [Vorlesungen zur Rechts-theorie], 5. unveränderter Druck von 1994, Tokyo 1999 (zit. Tanaka Shigeaki).
- Tanaka, Yuki 田中ユキ (Hrsg.): Gendai hô no tenbô, jiko kettei no shosoku 現代法の展望, 自己決定の諸則 [Perspektiven des aktuellen Rechts: Facetten des Selbstbestimmungsrechts] 2. Aufl., Tokyo 2005 (zit. Tanaka Yuki, Jiko kettei).
- : Japan's Comfort Women, Sexual Slavery and Prostitution during World War II and US Occupation, Routledge, London/New York 2002 (zit. Tanaka Yuki).
- Taupitz, Jochen: Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper?, AcP 1991, 201 ff. (zit. Taupitz, AcP 1991).
- Taylor, Charles: Negative Freiheit?: zur Kritik des neuzeitlichen Individualismus, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1999 (zit. Taylor, negative Freiheit).
- : The ethics of authenticity, Cambridge 1991, 11. unveränderter Nachdruck 2003 (zit. Taylor, The ethics of authenticity).
- Taylor, Veronica: «Asian Law through Australian Eyes», Sydney 1997.
- Teubner, Gunther: Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society, in: idem (Hrsg.), Global Law without a State, Aldershot 1997, 3 ff. (zit. Teubner, Global Bukowina).
- : «Legal Irritants»: Good Faith in British Law or How Unifying Law ends up in New Divergences, Modern Law Review 61 (1998), 1, 11 ff. (zit. Teubner, Legal Irritants).
- : Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971 Berlin (zit. Teubner).
- Theben, Martin: Rechtliche Aspekte der (freiwilligen) ausgeübten Prostitution unter besonderer Berücksichtigung gewerberechtlicher Vorschriften und des zivilen Vertragsrechts, Herzogenrath 2004.
- Thomale, Chris: Mietmutterschaft, eine international-privatrechtliche Kritik, Tübingen 2015 (zit. Thomale).
- Thürer, Daniel: Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, ZSR 1987 II, 413 ff. (zit. Thürer, Willkürverbot).
- /Burri, Thomas: Self-Determination, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL), Oxford Public Law, 2008 (zit. Thürer/Burri).
- Tomale, Chris: Mietmutterschaft: Eine international-privatrechtliche Kritik, Tübingen 2015 (zit. Tomale).
- Tomii, Masaakira 富井政章: *Minpô Genrôn I* [= Grundlagen des Zivilrechtes, Bd. I], Tokyo 1903 (zit. Tomii).
- Trebilcock, Michael J.: The Limits of Freedom of Contract, 2. Aufl., Harvard 1997.
- Treibel, Annette: Einführung in soziologische Theorien der Gegenwart, 7. Aufl., Wiesbaden 2006.

- Trimmings, Katarina/Beaumont, Paul (Hrsg.): *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, Oxford 2013, 439 ff. (zit. Trimmings/Beaumont).
- Trimmings, Katarina/Beaumont, Peter: *Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: Is there still a need for global regulation of surrogacy?*, working papers 2015/2, revised by Working Paper No. 2016/4, abrufbar unter: <www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php>, zuletzt besucht am 3.12.2016.
- Tschannen, Pierre: «Öffentliche Sittlichkeit»: Sozialnormen als polizeiliches Schutzgut?, in: Bovay, Benoît/Nguyen, Minh Son (Hrsg.), *Mélanges Pierre Moor, Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire*, Bern 2005, 553 ff. (zit. Tschannen).
- Tschentscher, Axel: *Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparatistik im öffentlichen Recht*, JZ 2007, 807 ff. (zit. Tschentscher).
- Tsuya, Noriko/Bumpass, Larry, in: Tsuya, Noriko/Bumpass, Larry (Hrsg.), *Marriage, Work and Family Life in Comparative Perspective. Japan, South Korea and United States*, Honolulu 2004 (zit. Tsuya/Bumpass).
- Tuor Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jürg/Jungo, Alexandra: *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Aufl., Zürich 2015 (zit. Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo).
- Tushnet, Mark: *Critical Legal Studies: A Political History*, Yale L. J. 100 (1991), 1515 ff.
- Tversky, Amos/Kahneman, Daniel: *Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, Science New Series 211 (1981) 4481, 453 ff. (zit. Tversky/Kahneman, Framing of Decisions).
- : *Rational Choice and the Framing of Decisions*, The Journal of Business 59 (1986) 4, 251 ff. (zit. Tversky/Kahneman, Rational Choice).
- Twining, William: *Glenn on Tradition, An Overview*, in: Foster, Nicholas H.D. (Hrsg.), *A Fresh Start for Comparative Legal Studies? A Collective Review of Patrick Glenn's Legal Traditions of the World*, 2nd Edition, JCL 1:1 (2005), 107–115 (zit. Twining, JCL 1:1).
- : *Globalisation & Legal Theory*, London 2000 (zit. Twining).
- Uchida, Takashi 内田 貴: *Minpô I Sôsoku 民法 I, 総則 [Zivilrecht I: Allgemeiner Teil]*, 4. Aufl., Tokyo 2008 (zit. Uchida).
- : *Minpô IV Shinzoku · Sôzoku 民法 IV, 親族・相続 [Zivilrecht IV Familien- und Erbrecht]*, überarbeitet, Tokyo 2004 (zit. Uchida, Kazoku-ho).
- : *Contract Law Reform in Japan and the Unidroit Principles*, Uniform Law Review 2011, 705 ff. (zit. Uchida, Uniform Law Review).
- : *Gendai keiyakuhô no aratana riron no kenkyu 現代契約法の新たな理論の研究 [Neue Theorie eines zeitgenössischen Vertragsrechts]* 1994 65/5 Horitsu jihô 28 (zit. Uchida, Gendai keiyaku-hô).
- : *Keiyaku no jidai – nihon shakai to keiyaku hô 契約の時代 – 日本社会と契約法 [Zeitalter des Vertragsrechts – Die japanische Gesellschaft und das Vertragsrecht, zit. als Zeitalter des Vertragsrechts]*, Tokyo 2000 (zit. Uchida, Keiyaku no jidai).
- : *Kisei kanwa to Keiyaku-hô 規制緩和と契約法 [«Wiedergeburt» des Vertragsrechts]*, NBL 632 (1998).
- : *Minpô Kaisei 契約の再生 [Revision des Minpô]*, Tokyo 2011 (zit. Uchida, Minpô Kaisei).
- : *Keiyaku no saisei, [«Wiedergeburt» des Vertragsrechts]*, Tokyo Kobundo, 1990 (zit. Uchida, Keiyaku no saisei).

- : Keiyaku puroseshu to hô 契約プロセスと法 [Vertragsprozess und Recht] in: Shakai kagaku no hôhō 社会科学の方法 [Methoden der Sozialwissenschaften,] Tokyo 1993, 193 ff. (zit. Uchida, Keiyaku puroseshu to hô).
- Ueno, Chizuko 上野千鶴子: Interview, in: Buckley, Sandra (Hrsg.), Broken Silence: Voices of Japanese Feminism, Kalifornien 1997, 274 ff. (zit. Ueno, in: Buckley).
- : Kindai Kazoku no seiritsu to shien, 近代 家族 の 成立 と 支援 [Entstehung und Ende der modernen Familie], 17. Aufl., Tokyo 2007 (erstmalig 1994) (zit. Ueno, Kazoku).
- : Ren'ai kekkon no tanjo 愛結婚の誕生 [Das Aufkommen der Liebesheirat], in: Yoshikawa, Hiroyuki, Kekkō 結婚 [Heiraten] Bd. 60, Public Lectures of University of Tokyo, Tokyo 1995, 53 ff. (zit. Ueno, Ren'ai kekkon).
- et al.: Shirizu: henbōsuru kazoku 1, kazoku no shakaishi シリーズ.変貌する家族. [Serie: Familie im Wandel, Bd. 1, Sozialgeschichte der Familie], Tokyo 1991 (zit. Ueno, Geschichte).
- Uhlmann, Felix: Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Bern 2005 (zit. Uhlmann, BV 9, N XX).
- Usui, Chikako 臼井智観子: Japan's Frozen Future: Why Are Women Withholding Investment In Work and Family?, in: McCreedy Thernstrom, Amy (Hrsg.), Japanese Women: Lineage and Legacies, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Asia Program, Washington 2005, 57 ff. (zit. Usui).
- : Demographic Change and the Family in Japan's Aging Society Social Forces, Volume 82, Number 3, March 2004, 1232 ff.
- Vogt, Hans-Ueli: Art. 32 und 33 OR 2020, in: Huguenin, Claire/Hilty, Reto M., Schweizerisches Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zürich 2013 (zit. Vogt, Art. XX OR 2020 N XX).
- Völker, Christian: Die Dogmatik des ordre public, Berlin 1998 (zit. Völker).
- Von Bar, Christian: Vereinheitlichung und Ausgleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union, ZfRV 35 (1994), 221 ff.
- Von Caemmerer, Ernst/Mentschikoff, Soia/Zweigert, Konrad: Ius privatum gentium: Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, Bd. 2, Tübingen 1969 (zit. von Caemmerer/Mentschikoff/Zweigert).
- Von der Crone, Hans Caspar/Wegmann, Paul Felix: Wille und Willensreferenz im Vertragsrecht, Eine Auseinandersetzung mit der Theorieresistenz des Rechts, ZSR 126 (2007) I, 111 ff.
- Von der Pfordten, Dietmar: Normative Ehtik, Berlin/New York 2010 (zit. von der Pfordten).
- Von Gierke, Otto: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889 (zit. Gierke, Soziale Aufgabe).
- : Entwurf für ein Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, 1888 (zit. Gierke, Entwurf).
- Von Tuhr, Andreas/Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit. von Tuhr/Peter).
- /Escher, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Supplement zur 3. Aufl., Zürich 1984 (zit. von Tuhr/Peter/Escher).
- Wagatsum, Sakae, Ariizumi, Tôru, Shimizu, Makoto 我妻榮/有泉亨/清水誠: *Komentaru Minpô sôsoku* コメンタル民法総則 [Kommentar zum Allgemeinen Teil des Zivilrechts] Tokyo 2013 (zit. Wagatsuma/Ariizumi/Shimizu).

Wagatsuma, Sakae 我妻榮: Art. 90 *Minpô*, in: ders. et al. (Hrsg.), *Komentaru Minpô Sôsoku* コメンタル民法総則 [Kommentar zum Allgemeinen Teil des Zivilrechts], 3. Aufl., Tokyo 2002 (zit. Wagatsuma, Art. 90 *Minpô*).

–: Democratization of the Family Relation in Japan, *Washington Law Review* 25 (1950), 405 ff. (zit. Wagatsuma, Democratization of the Family Relation).

–: Hanrei yori mitaru ôyake no chitsujo zenryô no fûzoku 判例より見たる: 公の秩序善良の風俗 [Aus Sicht der Rechtsprechung: Gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung], *Hôgaku kyôkai zasshi* 法学協会雑誌 Bd. 41 (1923) Nr. 904, 46 ff.

–: *Kyû hôreishû* 旧法令集 [Alte Gesetzessammlung] Tokyo 1968 (zit. Wagatsuma, *Kyû hôrei-shu*).

–: *Shin kempô to kihonteki jinken* in: *Minpô Kenkyû* 新憲 憲と基本的人権: 民法研究 [Die neue Verfassung und die Menschenrechte: Gesammelte Schriften zum Zivilrecht] Bd. VIII (ders.), Tokyo 1970 (erstmalig 1948) (zit. Wagatsuma, *Kenpô*).

–: *Shintei Minpô Sôsoku* 新訂-民法総則 [Neuer Allgemeiner Teil des Zivilrechts], 2. Aufl., Tokyo 1965 (zit. Wagatsuma, *Minpô*).

Wagner, Gerhard: Kommentierung von 823 BGB, in: Habersack, Martin (Hrsg.), *Müchener Kommentar*, Bd. 5 Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 705–853, 6. Aufl., München 2013.

–: Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit im Eherecht, Bargaining in the Shadow of Love, in: Röthel, Anne (Hrsg.), *Verträge in der Unternehmerfamilie*, Tübingen 2014, 197 ff. (zit. Wagner, im Schatten der Liebe).

–: Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss des Verfassungsrechts und des Europarechts, Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Blaurock, Uwe/Hager, Günter (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 13 ff. (zit. Wagner, Materialisierung).

Wakao, Noriko 若尾 典子: *Josei no jiko kettei ken – Baibaishun ni okeru seitoki jiko ketteiken wo kangaeu* 女性の自己決定権 – 買売春における性的自己決定権を考える [Selbstbestimmung der Frau – Gedanken zur sexuellen Selbstbestimmung bei Prostitution], in: Tsujimura/Saito/Aoi (Hrsg.), *Sekushuariti to hô* [Sexualität und Recht], (gleichnamiger Tagungsband 2006 des Instituts für Genderrecht) Tôhoku 2006 セクシュアリティと法・辻村/齊藤/青井 東北大学出版会 2006 (zit. Wakao, Baishun).

–: *Josei no karada to jiko kettei – Seigyô rôdô wo megutte* 女性の身体と自己決定権-性業労働を巡って [Körper der Frau und Selbstbestimmung – Im Zusammenhang mit der Arbeit im Sexgewerbe], in: *Gendaa to hô* ジェンダーと法 [Gender und Recht], Tokyo 1997 (zit. Wakao).

–: *Baishunfu to jiko kettei – gendaa ni binkan na kanten kara* 売春婦と自己決定- ジェンダーに敏感な観点から [Die Selbstbestimmung von Prostituierten – aus einem Gender-sensitiven Blickwinkel] *Jurisuto* Nr. 1237 (2003) 184 ff.

Waldmann, Bernhard: Kommentar zu Art. 8 BV, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit. BSK-Waldmann, Art. 8 BV N XX).

Walzer, Michael: Lokale Kritik – globale Standards, Zwei Formen der moralischen Auseinandersetzung, Hamburg 1996 [engl. unter dem Titel «Thick and Thin – Moral Argument at Home and Abroad», 1994] (zit. Walzer).

–: Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit [engl. unter dem Titel «Spheres Of Justice: A Defense of Pluralism and Equality»], Neuauflage, Frankfurt am Main 2006 (zit. Walzer, Sphären).

Wapler, Friederike: *Kindesrechte und Kindeswohl*, Tübingen 2014.

- Watson, Alan: Comparative Law and Legal Change, Cambridge Law Journal 1978, 313 ff. (zit. Watson, Comparative Law).
- : Legal Transplants, An Approach to Comparative Law, 2. Aufl., Athen/Georgia 1993 (zit. Watson, An Approach).
- : Legal Transplants and Law Reform, Law Quarterly Review 1976, 79 ff. (zit. Watson, Legal Transplants).
- : Legal Transplants and European Private law, Belgrad 2006 (zit. Watson, European Private law).
- Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft, 2. verm. Aufl., Tübingen 1925 (zit. Weber).
- Weber, Ralph: Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516 ff. (zit. Weber, AcP (1992)).
- : Erwiderung, AcP 194 (1994), 90 ff. (zit. Weber, Erwiderung, AcP 194 (1994)).
- Weiner, Michael: Female Migration to Japan, in: *idem* (Hrsg.), Race, Ethnicity and Migration in Modern Japan, Oxon/New York 2004.
- Weitzer, Ronald: Legalizing Prostitution, New York 2012 (zit. Weitzer)
- Weller, Marc-Philippe: Die Vertragstreue: Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, Tübingen 2009.
- Wendtland, Holger: § 138 BGB, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 1: §§ 1–610 – CISG, Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), 3. Aufl., München 2012 (zit. Bamberger/Roth/Wendtland, § 138 BGB Rn. XX).
- : BeckOK BGB 138, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), München 2015 (zit. BeckOK-Wendtland, § 138 BGB Rn. XX).
- : BeckOK ProStG § 1, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), München 2015 (zit. BeckOK-Wendtland, § 1 ProStG Rn. XX).
- Werner, Jochen: Kontrolle familienrechtlicher Schuldverträge, in: Röthel Anne (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, Tübingen 2014, 133–178 (zit. Werner).
- Werner, Michael/Zimmermann, Bénédicte: History and Theory 45 (2006) 1, 30 ff. (zit. Werner/Zimmermann, History and Theory).
- West, Mark D.: Law in Everyday Japan, Sex, Sumo, Suicide, and Statutes, Chicago 2005 (zit. West, Everyday Japan).
- : Lovesick Japan, Sex, Marriage, Romance, Law, Ithaca 2011 (zit. West, Lovesick Japan).
- Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte, München 1967 (zit. Wieacker).
- Wienfort, Monika: Verliebt, Verlobt, Verheiratet. Eine Geschichte der Ehe seit der Romantik, München 2014 (zit. Wienfort).
- Wiesemann, Claudia: Vertrauen als moralische Praxis – Bedeutung für Medizin und Ethik, in: *idem*/Steinfath, Holmer, Autonomie und Vertrauen, Schlüsselbegriffe der Modernen Medizin, 2016 (Vortrag vom 26. Mai 2014, ZIF Bielefeld) 69 ff. (zit. Wiesemann, Vertrauen).
- : Patientenautonomie, in: *idem*/Simon, Alfred, Patientenautonomie, Theoretische Grundlagen – Praktische Anwendungen, Münster 2013 (zit. Wiesemann, Patientenautonomie).
- Witzleb, Normann: Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien, 2002 Tübingen (zit. Witzleb).

- Wolf, Ernst: Vertragsfreiheit – Eine Illusion?, in: Forstmoser, Peter/Heini, Anton/Giger, Hans/Schlupe, Walter R.(Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 359 ff.
- Wolf, Manfred: Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970 (zit. Wolf).
- : Selbstbestimmung durch vertragliches Abschlussrecht, JZ 1976, 41 ff.
 - : Willensmängel und sonstige Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit in einem europäischen Vertragsrecht, in: Basedow Jürgen (Hrsg.), Europäische Vertragsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen 2000 (zit. Wolf EU).
 - /Neuner, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 10. Aufl., München 2012 (zit. Wolf/Neuner).
- Wolf, Susan: The Variety of Values: Essays on Morality, Meaning & Love, Oxford, 2015 (zit. Wolf, The Variety of Values).
- : Freedom Within Reason, Oxford, 1993 (zit. Wolf, Freedom Within Reason).
- Wrbka, Stefan: Japan's Civil Code Reform Plan – Seen from a Western Perspective, Legal Research Bulletin Kyūshu University 4 (2014), vom 5. September 2014 (zit. Wrbka, Japan's Civil Code Reform Plan).
- Yamamoto, Keizō 山本敬三: Aufgaben des Privatrechts im Verfassungssystem, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, München 2007 (zit. Yamamoto, FS Canaris).
- : *Jinkaku ken* 人格権 [Das Persönlichkeitsrecht]: *Minpō no Sōten* 民法の争点 [Streipunkte zum Zivilrecht], Uchida Takashi 内田貴/Ōmura Atsushi 大村敦志 (Hrsg.), *Jurisuto Bessatsu* ジュリスト別冊[Sonderausgabe] 2007, Tokyo, 48–51 (zit. Yamamoto, Jinkaku ken).
 - : Keiyaku kankei ni okeru kihon ken no shingai to minji kyūsai no kanō sei 契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性 [Grundrechtsverletzungen und Möglichkeiten der Überwindung des rein Zivilen im Vertragsverhältnis] in: Gendai hō no tenbō, jiko kettei no shosō 現代法の展望、自己決定の諸相 [Perspektiven des aktuellen Rechts: Facetten des Selbstbestimmungsrechts] Tanaka Yuki 田中ユキ (Hrsg.), 2. Aufl., Tokyo 2005 (zit. Yamamoto, Jiko kettei).
 - : Kempō sistemu ni okeru shihō no yakuwari 憲法システムにおける私法の役割 [Das Privatrecht im System des Verfassungsrechts – Die Entwicklung], Hōritsu Jihan Bd. 76 N° 2, 59 ff.
 - : Kōjo ryōzoku ron no saikōsei 公序良俗論の再構成 [Die Lehre der «Ordnungs- und Sittenwidrigkeit» rekonstruiert], 5. Aufl., Tokyo 2005 (zit. Yamamoto, Kōjo Ryōzoku).
 - : Minpō Kōgi I, Sōsoku 民法講義 1 総則 [Lehrbuch zum Zivilrecht I, Allgemeiner Teil], 3. Aufl., Tokyo 2011 (zit. Yamamoto, Minpō I)
 - : Minpō Kōgi IV-1, Sōsoku, [Lehrbuch zum Zivilrecht IV-1, Verträge] Tokyo 2005 (zit. Yamamoto, Keiyaku).
 - : Minpō ni okeru kōjo ryōzoku 民法における公序良俗 [Die Generalklausel «Sitten- und Ordnungswidrigkeit» im Zivilrecht], Minshō hō zasshi 133 (2005) 3, 285–420 (zit. Yamamoto, Minshō-hō Zasshi).
 - : Minpō 90 jō, Minpōten no hyakunen II, 民法第 90 条、民法典の百年 第 2 卷 [Art. 90 Minpō, in: Hundert Jahre Minpō, Bd. II] Hironaka Toshio 広中 俊雄/Hoshino Eiichi 星野 英一 (Hrsg.), Tokyo 1998 (zit. Yamamoto, 100 Jahre Minpō).

- : Torihiki kankei ni okeru ihô kô wo meguru seidokan kyôgô ron-sôkatsu 取引関係における違法行為をめぐる制度間競合論-総括 [Im Geschäftsverkehr auftretende Ansprüche rund um die unerlaubte Handlung – eine Zusammenfassung], in *Jurisuto* (1996) 1097, 116 ff.
- Yamamoto, Yutaka 山本豊: A Morality Based on Trust: Some Reflections on Japanese Morality, *Philosophy East and West* (Understanding Japanese Values), 40 (1990) 4, 451–469.
- Yayoi, Aoki 青木やよひ: Feminism and Imperialism, in: Buckley, Sandra (Hrsg.), *Broken Silence: Voices of Japanese Feminism*, Kalifornien 1997, 17 ff. (zit. Yayoi, *Feminism and Imperialism*, in: Buckley 1997).
- : Interview, in: Buckley, Sandra (Hrsg.), *Broken Silence: Voices of Japanese Feminism*, Kalifornien 1997, 3 ff. (zit. Yayoi, Interview).
- Yokohama, Jun 横山潤 Koksai Shiho- hô 国際私法 [Internationales Privatrecht], Tokyo 2012 (zit. Yokohama).
- Yonekura, Akira 米倉 明: Hôritsu kô – Kôjo ryôzoku ihan no hôritsu kô 法律行為- 公序良俗違反の法律行為[Rechtsgeschäfte: Sittenwidrige Rechtsgeschäfte], *Hôgaku Kyôshitsu 法学教室* No. 54-62 (ein achteiliger Beitrag) 1985 (zit. Yonekura, *Hôgaku Kyôshitsu*).
- Yoshida, Katsumi 吉田克己: [Allgemeine Dogmatik zur Wettbewerbsordnung und Privatrecht], in: Chitsujô to Minpô 秩序と民法 [Symposium der Japanischen Gesellschaft der Zivilrechtler 2007: Wettbewerbsordnung und Privatrecht] NBL Nr. 863 (2007) 39 ff.
- : Gendai shimin shakai to minpô gaku 現代市民社会と民法学 [Die moderne zivile Gesellschaft und die Zivilrechtswissenschaft] Yuhikaku, 1999 (zit. Yoshida).
- : Kôkyo no fukushi, Kenri shijô, Kôjo ryôzoku 公共の福祉、権利市場、公序良俗 [in: Minpô no Sôten 民法の争点 [Streitpunkte zum Zivilrecht], Uchida Takash 内田貴/Ômura Atsushi 大村敦志 (Hrsg.), *Jurisuto Bessatsu* [Sonderausgabe] Sept. 2007, Tokyo, 48–51.
- Yoshida, Kunihiro 吉田邦彦: Minpô kaishaku to yureugoku shôyô ron 民法解釈と揺れ動く所有論 [Zivilrechtliche Auslegung und die Änderung der Theorie zum Grundstücksrecht], Yuhikaku 2000 (zit. Yoshida Kunihiro).
- : Fusei na kyosô ni kansuru ichi kanken 不正な競争に関する一管見 [Ein Mittel gegen den unlauteren Wettbewerb], *Jurisuto* (1996) 1088, 42 ff.
- Yoshida, Yutaka 吉田豊: Minpô Sôsoku Kôgi 民法総則講義 [Vorlesungen zum Zivilrecht, Allgemeiner Teil], Tokyo 2000 (zit. Yoshida, Minpô)
- Yoshinaga, Kazuyuki 吉永一行: Inhaltskontrolle im japanischen Recht – auf Grundlage neuerer Rechtsprechung, in: Riesenhuber Karl/Nishitani Yuko 西谷祐子 (Hrsg.), *Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?*, Berlin 2007, 217 ff.
- Ziegert, Klaus A.: Soziologische Rechtsvergleichung als Vermittlung zwischen normativer und empirischer Rechtswissenschaft, in: Becchi, Paolo/Graber, Christoph Beat/Luminati, Michele (Hrsg.), *Interdisziplinäre Wege in der juristischen Grundlagenforschung*, Zürich 2007, 31 ff. (zit. Ziegert, Soziologische Rechtsvergleichung).
- Zimmermann, Reinhard: *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996 (zit. Zimmermann).
- : Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge, Berlin 1979 (zit. Zimmermann, Moderationsrecht).
- Zippelius, Reihold: *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl., München 2012 (zit. Zippelius).

Zöllner, Wolfgang: Kontrahierungszwang und Vertragsfreiheit: Negation oder Immanenz?, in: Koziol, Helmut/Rummel, Peter (Hrsg.), Im Dienst der Gerechtigkeit. Festschrift Franz Bydlinski, Wien 2002, 517 ff. (zit. Zöllner, FS Bydlinski).

–: Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), 1 ff. (zit. Zöllner, AcP 196 (1996)).

Zufferrey-Werro, Jean-Baptiste: Le Contrat contraire aux bonnes moeurs, Freiburg 1988 (zit. Zufferrey-Werro).

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996 (zit. Zweigert/Kötz).

Einleitung

Beim Mittagsmenü offeriert eine Fluggesellschaft ihren Gästen etwa folgende Varianten zur Wahl: *Moslem, Koscher, Hindu, Natriumlos, Diabetes, Glutenfrei, Babynahrung, Kindernahrung und Lactovegan* – wobei mehrfache Ankreuzungen möglich sind. Das zeigt, wie vielfältig und kompliziert die Essgewohnheiten der Kunden sind und wie differenziert sie berücksichtigt werden. Ähnlich detailliert werden die Wünsche und Vereinbarungen in der personalisierten Medizin wahrgenommen.

Ebenso ernst und differenziert sollten die Wünsche der Menschen hinsichtlich ihrer gesamten Privat- und Intimsphäre wahrgenommen werden können. – In Japan existieren beispielsweise nicht zufällig ebenso benannte *«Menulisten»*, die den Interessierten von Sexdienstleistungen ausserhalb einer Stätte auf der Strasse die angebotenen Leistungen samt Preisen im Detail erläutern. – Viele Tabus sind beseitigt und das Spektrum der Auswahl ist breiter geworden. Die Angebote zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung sind heute – zumindest in reichen und hochentwickelten Ländern wie der Schweiz, Deutschland und Japan – mindestens so vielfältig wie die Auswahlmöglichkeiten zu Nahrung und Gesundheit. Und sie werden nicht nur rege genutzt, sondern auch *rechtsgeschäftlich verhandelt*, womit eine vertragsrechtliche Auseinandersetzung sich geradezu aufdrängt.

Erwachsene Personen sollen heute grundsätzlich in der Lage sein, Vereinbarungen über höchstpersönliche Lebensangelegenheiten wie «Liebe», Sex und Fortpflanzung möglichst selbstbestimmt zu treffen. Auch wenn solche Verträge teils auf Ablehnung stossen, müssen sie deswegen nicht generell gegen «das Anstandsgefühl des recht und billig denkenden Menschen verstossen» – dies insbesondere nicht in unserer Zeit der Pluralisierung. Gefragt ist also eine *gewisse Entmoralisierung* in diesen rechtlichen Fragen.

Das Zeitalter der Individualisierung und Ökonomisierung hat jedoch auch Schattenseiten. An die Stelle der herkömmlichen Sex- und Familienmoral sind zum Teil das Diktat der wirtschaftlichen Effizienz und die Vorstellung der «unbeschränkten Machbarkeit» getreten. Das zunehmend aggressive Marktverhalten und der wachsende Umfang an Kleingedrucktem in den Verträgen beschieren den Gerichten und der Vertragslehre trotz neuer Schutzvorschriften im Vertragsrecht (z.B. AGB und Verbraucherschutzvorschriften) viel Arbeit. Hinzu kommt, dass Kampagnen zu Gesundheit und Fitness (gegen Rauchen, Übergewicht usw.) sowie zu Leistungsidealen zu neuen, im Interesse der Öffentlichkeit teils erforderlichen Einschränkungen der Selbstbestimmung geführt haben. Nicht alles sollte total ökonomisiert und perfektioniert werden. Gefragt ist also auch eine *gewisse Re-Moralisierung*, z.B. in Form des Verbrauchervertrags- oder des Datenschutzrechts; erforderlich sind aber auch internationale Regelungen, die etwa den Fortpflanzungstourismus in Schranken halten.

Das Vertragsrecht, das heisst der Vertrag, vermag grundsätzlich beides zu erfüllen: Der Vertrag ist sowohl wirkungsmächtiges Instrument der Selbstbestimmung als auch ein Garant für Verantwortung und Schutz.

Diese Arbeit geht mit der Frage der Selbstbestimmung einem Thema des Vertragsrechts nach, das sowohl klassisch wie auch aktuell ist: Welche Bedeutung und Trag-

weite hat vertragliche Selbstbestimmung und wo findet sie ihre Grenzen? Die Frage wird in dieser Arbeit vertieft diskutiert, wenn es um sehr persönliche Angelegenheiten des Lebens geht, wie die «Liebe», Sexualität und Fortpflanzung. Dürfen erwachsene Personen sich verpflichten, sexuelle Handlungen gegen Entgelt anzubieten oder schwanger zu werden und einen Embryo für eine andere Frau oder ein anderes Paar auszutragen? Und wie verhält es sich, wenn Parteien im Namen der «Liebe» Verträge schliessen bzw. sich auf Dauer binden wollen? Exakter formuliert: Wann wird welchen privatrechtlichen Verträgen im Resultat die Gültigkeit abgesprochen in diesen intimen und/oder körperlichen Angelegenheiten des Lebensalltags, sei dies aufgrund der flexiblen Generalklausel der «guten Sitten», die in diesen Bereichen traditionell eine grosse Rolle spielt, oder sei dies aufgrund anderer (neuerer) spezialgesetzlicher Verbote. Diese Grenzen der vertraglichen Selbstbestimmungen werden je nach untersuchter Privatrechtsordnung dogmatisch etwas anders festgelegt. Sie werden aber auch je nach Vertragstypus anders gelegt: Während Vertragsabschlüsse über Sex traditionell nicht selten an der Hürde der «guten Sitten» scheitern, spielen bei Vereinbarungen zur Fortpflanzung in der Tendenz eher spezialgesetzliche Schranken eine Rolle, wobei die japanische Rechtsordnung eine Ausnahme darstellt. Noch wenig diskutiert sind Verträge im Namen der «Liebe» (hier konkret zum Ehe(schliessungs)-vertrag bzw. zu einem einheitlichen Vertrag für alle Lebensgemeinschaften bzw. Partnerschaften *de lege ferenda*, Kap. 9). Einzig der ehgüterrechtliche Vertrag, der als Teil-Ehevertrag verstanden werden kann, hat in der deutschen Rechtsprechung eine gewisse Tradition, wenn es um die Grenze der «guten Sitten» geht. In einem übergeordneten Sinn lassen sich diese Grenzen als soziokulturelle Schranken der Selbstbestimmung im Vertragsrecht in intimen/körperlichen Angelegenheiten verstehen.

Die Arbeit vereint *dogmatische, vergleichende und theoretische Perspektiven*. Da die Rechtsordnungen der Schweiz, von Deutschland und von Japan miteinander verglichen werden, spielt auch die *historische Perspektive* eine wichtige Rolle. Durch die Berücksichtigung dieser verschiedenen Perspektiven soll bewusst ein *möglichst facettenreicher Beitrag zu dieser Thematik* geleistet werden. Die Herangehensweise «Wer vieles bringt, wird manchem etwas bringen» (so das Zitat eines Gutachters) mag zugegebenermassen auch Gefahren bergen. Es liegt auf der Hand, dass nicht alle Facetten gleichermaßen vertieft analysiert oder umschrieben werden können, sonst hätte diese breit angelegte Arbeit nicht abgeschlossen werden können. Dies trifft etwa für die Überlegungen zu einem künftigen einheitlichen Lebensgemeinschafts- oder Partnerschaftsvertrag (Kap. 9) zu, die im Vergleich zu den Gestaltungsvorschlägen zu einem Prostitutions- und einem Leihmutterchaftsvertrag weniger konkret ausfallen müssen. Öfters wurde auch zugunsten der Ausgewogenheit zwischen den drei Rechtsordnungen (Schweiz, Deutschland und Japan) und den gewählten Perspektiven auch rigoros gekürzt (beispielsweise die Teile zu den rechtsvergleichenden Methoden oder zu den Fakten, Kap. 1 und 2). Der gemeinsame Nenner oder der Schnittpunkt, an dem ich u.a. die Antworten von Befragten, die Aussagen aus Texten und Theorien zur Differenzierung und Stärkung der Selbstbestimmung und die Alternativen zur klassisch-dogmatischen Grenze der «guten Sitten» zusammenführe, ist die Frage nach der vertraglichen Selbstbestimmung, unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung.

Das *Ziel der Arbeit* bleibt klar: ein zeitgemässes Verständnis von vertraglicher Selbstbestimmung zu höchstpersönlichen intimen/körperlichen Angelegenheiten nach dem einschlägigen schweizerischen Recht zu entwickeln. Dies geschieht anhand dreier Vertragsbeispiele, die rechtlich unterschiedlich behandelt werden. Das zeigt sich in den Ergebnissen – den Gestaltungsvorschlägen *de lege ferenda* zum Prostitutions-, Leihmutterchafts- und Partnerschaftsvertrag, je am Ende der Kapitel 7–9. Es zeigt sich aber auch an der theoretischen Perspektive, aus der ein *kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung* hergeleitet wird, das besonders für Verträge zu Intimität, Körperlichkeit und zu Familie gelten könnte (Kapitel 11). Der Zweck bleibt stets der gleiche, nämlich zu zeigen, dass in diesen höchstpersönlichen Angelegenheiten der Selbstbestimmung besonderes Gewicht beizumessen ist und Schranken der vertraglichen Selbstbestimmung nur zurückhaltend formuliert werden sollten.

Diese Untersuchung fällt in eine Zeit, in der eine *Modernisierung sowohl der Schuldrechte wie auch der Familienrechte in vielen Rechtsordnungen im Gange* ist. Damit ist jetzt der richtige Zeitpunkt gekommen, sich zu überlegen, wie die betroffenen, teils verunsicherten Personen durch selbstbestimmte differenzierte Vertragslösungen nicht nur zu mehr Selbstbestimmung in Sachen «Liebe», Sex und Fortpflanzung finden können, sondern auch zu mehr Rechtssicherheit. Es ist also an der Zeit, sich weiterführende Überlegungen zur vertraglichen Selbstbestimmung (und zur dogmatischen Grenze der «guten Sitten») zu machen und sich mit den sich allenfalls verschiebenden Regelungsbereichen innerhalb des Familien- und Vertragsrechts auseinanderzusetzen, wenn es um die Normierung von intimen/körperlichen Lebensangelegenheiten geht.

Die Arbeit gliedert sich thematisch in vier Teile:

Der *erste Teil* ist den *Untersuchungsgegenständen und der Herangehensweise* der Arbeit gewidmet. Am Anfang steht die methodische Herangehensweise (Kapitel 1), danach folgen vielfältige kurze Vertragsgeschichten zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung und einige Zahlen (Kapitel 2), die der Anschauung der Vertragskontexte und der Untersuchungsgegenstände dienen. Es handelt sich dabei allerdings nicht um eine repräsentative rechtstatsächliche Untersuchung. Kapitel 3 leitet in die eigentliche Arbeit ein und erläutert die verschiedenen einschlägigen Rechtsgrundlagen im Verfassungs- und Privatrecht (Schweiz, Deutschland und Japan). Die skizzierten Untersuchungsgegenstände werden anschliessend im Vertragsrecht verortet und es werden die Bezüge zum Personen-, Familien- und Verfassungsrecht dargestellt, sodass sich die Leserin und der Leser über die Spannbreite des 2. Teils der Arbeit (den *begrifflich-dogmatischen* Grundlagen der Selbstbestimmung und der Grenze der «der guten Sitten») bis zum Kernstück der Arbeit, dem 3. Teil, besser orientieren können: Die unterschiedlichen Verträge im Namen der «Liebe», zu Sexualität und Fortpflanzung müssen heute vor dem Hintergrund diskutiert werden, dass Persönlichkeitsrechte generell verfügbarer (kommerzialisierbar) geworden sind und dass gleichzeitig die rechtlich zu schützenden Lebens- und Sexualgemeinschaften vielfältiger geworden sind. Wie kann also die vertragliche Selbstbestimmung gestärkt und zugleich geschützt werden? Zentral für die Beantwortung dieser Frage ist ein Verständnis von den «guten Sitten» nicht als einer «objektiven Sozialmoral», sondern als einem individuell notwendigen (persönlichkeits)rechtlichen Schutz («Remoralisierung»).

Der *zweite Teil* der Arbeit setzt sich begrifflich-dogmatisch vertieft mit der Selbstbestimmung im Vertragsrecht (Kapitel 4) und mit der Generalklausel «der guten Sitten» (Kapitel 5) auseinander, welche in diesen besonders zu untersuchenden Vertragskontexten traditionell eine zentrale Rolle spielen. Neben historischen und ideengeschichtlichen Grundlagen soll die Dogmatik der beiden Begriffe dargestellt werden. Dass aber zwei grundlegende Rechtsfiguren, die zumindest im Fall der «guten Sitten» im Vertragsrecht über einen über hundertjährigen Kommentierungs- und Fussnotenapparat verfügen, nicht umfassend abgehandelt werden können, liegt auf der Hand. – Dies gilt erst recht für eine vergleichende Untersuchung, die sich mit den Rechtsordnungen der Schweiz, Deutschlands und Japans und deren kulturellen Kontexten beschäftigt.

Im deutschen Sprachgebrauch lässt sich weder den «guten Sitten»¹ noch der «Selbstbestimmung» eine einheitliche Bedeutung beimessen. Vielmehr werden die beiden Begriffe im Zusammenhang mit heteronomen Problemen in verschiedenen Rechtsbereichen wie dem Vertrags- und Persönlichkeitsrecht, aber auch dem Verfassungs- oder Völkerrecht verwendet. Daher lohnt es sich, diese beiden Begriffe vertieft zu klären. Weitere Ausführungen zur Selbstbestimmung bzw. zur Autonomie und zu deren Grenzen aus theoretischer Sicht sowie zu deren möglichen Konsequenzen für das Vertragsrecht erfolgen hingegen erst später im vierten theoretischen Teil dieser Arbeit (Kap. 10–11).

Eine *Generalklausel der «guten Sitten»* kann Richterinnen und Richtern anlässlich ihrer Rechtsprechung auch den Weg zu «fremdem» Recht sowie disziplinfremden Überlegungen öffnen.² In dieser Untersuchung ist etwa von Interesse, wie und inwieweit mittels einer Generalklausel auch kulturelle Eigenheiten miteinbezogen bzw. berücksichtigt werden könnten. Würde die Generalklausel beispielsweise vermehrt eingesetzt, könnte möglicherweise auch sparsamer mit Verboten (Prohibition oder Abolition der Prostitution resp. des Verbots der Leihmutterchaft) umgegangen werden.

Diese Fragen werden auch in der jeweils eigenen Kultur kontrovers diskutiert. Zeitlich-politische, bildungsmässige und religiöse Hintergründe der Diskutierenden spielen dabei eine grosse Rolle: Während sich Feministinnen der 1970er und 1980er-Jahre Parallelen zwischen Prostitutionsvertrag und Ehevertrag vorgestellt haben (worauf junge, gebildete schweizerische Frauen aus Zürich heute *empört* reagieren), so treten sie (aus durchaus idealistischen Motivationen) heute in der Schweiz und Deutschland teils für die Bestrafung von Freiern und damit für einen langfristigen Paradigmenwechsel und eine kurzfristige Vertragsungültigkeit eines Prostitutionsvertrags ein.

Schliesslich stellen sich Fragen nach dem Sinn, dem Inhalt und dem Umfang der Generalklausel der «guten Sitten». Wer kann und soll wem in welcher pluralisierten Gesellschaft noch mit der «Keule der guten Sitten», verstanden als objektive Sozialmoral, drohen können? Wann ist dieser gesellschaftliche Schutz heute noch nötig? Wie soll er gewährleistet werden? – In diesem Teil der Arbeit wird insbesondere auch

¹ Mayer-Maly, AcP 194 (1994), 105 ff., 138.

² Auer, 137.

aktuellen Tendenzen im Schuldrecht in den verschiedenen Rechtsordnungen nachgegangen, und am Schluss des 2. Teils wird in Kapitel 6 die Frage aufgeworfen, ob eine Generalklausel der «guten Sitten» im Vertragsrecht noch zeitgemäss ist.

Der *dritte Teil* der Arbeit diskutiert das Thema Selbstbestimmung im Vertragsrecht und deren Grenzen anhand von drei Vertragsbeispielen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung. *Die ausgewählten Vertragsbeispiele betreffen den sog. «Prostitutionsvertrag», den «Leihmutterchaftsvertrag» und den «Ehevertrag».* – Der Terminus «Ehevertrag» wird in dieser Arbeit als Eheschliessungsakt verstanden, der den güterrechtlichen Ehevertrag als einen Teil-Ehevertrag umfasst. Damit soll als Ausgangslage die vertragliche Natur der Ehe betont werden.

Die Selbstbestimmung gewinnt in kontinentaleuropäischen Verhältnissen zunehmend an Bedeutung und es existieren Verträge, welche die eigene Persönlichkeit betreffen. Zudem gehören heutzutage unterschiedliche Formen der einst verpönten Kommerzialisierung der Persönlichkeit zur Lebenswirklichkeit. Es besteht daher sowohl ein praktisches als auch ein theoretisches Bedürfnis, sich mit Verträgen auseinanderzusetzen, welche höchstpersönliche, intime und körperliche Inhalte wie Ehe, Fortpflanzung und Sexualität aufweisen. Eine Frage könnte dabei pointiert lauten: Wie lässt sich begründen, dass der Kauf eines Autos dogmatisch nicht gleich behandelt werden kann wie die Vereinbarung über entgeltlichen Sex? Es geht es also auch darum *zu begründen*, warum ein Autokauf juristisch nicht gleichbehandelt werden kann wie der entgeltliche Erwerb von Sexleistungen, das Angebot, ein Kind auszutragen, oder der Abschluss eines Eheschliessungsvertrages.

Wichtig ist dabei die Frage nach dem *erforderlichen Mass an Schutz* (bzw. der Stärkung) der Selbstbestimmung. Eine Schranke für privatautonome Vereinbarungen im Sinne einer Gültigkeitsschranke ist dann nötig, wenn in erhöhtem Umfang schutzpflichtige Vertragsinhalte und -situationen betroffen sind. Schutz ist traditionell dann nötig, wenn Hinweise dafür bestehen, dass eine Person nicht selbstbestimmt handelt oder nicht selbstbestimmt handeln kann. Ein weniger weit gehender, z.B. punktueller rechtlicher Schutz (z.B. durch gewisse zwingende Vertragsregeln) kann aber unter Umständen ausreichend sein, gerade weil im Grundsatz anerkannt wird, dass Personen ihre höchstpersönlichen Angelegenheiten möglichst selbstbestimmt regeln können sollen. Die Gestaltungsvorschläge – *de lege ferenda* – zu den drei Verträgen (Kap. 7 Ziff. V/VI, Kap. 8. Ziff. IV, Kap 9. Ziff. V) sollen das aufzeigen: Wird die Selbstbestimmung durch mehr Dispositionsbefugnisse gestärkt, kann auch der individuelle Schutz verbessert werden. Das will aber nicht heissen, dass vollständig auf Schutzbestimmungen verzichtet werden soll. Selbstbestimmung und Schutz schliessen sich mit anderen Worten nicht aus. Es ist vielmehr das Selbstbestimmungsrecht selbst bzw. ein *kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung* (Kap. 11), welches bestimmt, wann der vertraglichen Selbstbestimmung Grenzen gesetzt werden sollen.

Diese Untersuchung wählt also den *Blickwinkel der Selbstbestimmung*, ohne den Schutz auszuschliessen. Sie fragt nach der Zulässigkeit von Beschränkungen der privatautonomen Vereinbarungen im Lichte der heutigen rechtlichen Ausgestaltung des Rechts auf Selbstbestimmung: Inwiefern können und sollen privatautonome Vereinbarungen über höchstpersönliche Belange wie die Intim- und Privatsphäre der

Selbstbestimmung und damit auch der rechtsgeschäftlichen Dispositionsbefugnis entzogen werden? Wann und wie sind in einer pluralistischen und globalen Gesellschaft in zentralen persönlichen Fragen des Lebens gesellschaftliche Schranken (noch) akzeptabel? Muss die einzelne Person nicht ihre eigenen Vorstellungen leben und umsetzen können, solange andere Personen dabei nicht in ihren Selbstbestimmungsrechten verletzt werden? Wie können einigermassen wertungskonsistente rechtliche Trennlinien gezogen werden zwischen Leistungen, die vertraglich verfügbar sein sollen, und solchen, die es nicht sein sollen? – Diesen Fragen soll im Bewusstsein, dass Vorstellungen und Regelungsbedürfnisse in Sachen Familie, Fortpflanzung und Sexualität im Fluss bleiben, nachgegangen werden.

Der *vierte Teil* der Arbeit behandelt das Thema Selbstbestimmung im Vertragsrecht schliesslich noch aus einer (rechts)theoretischen Perspektive. Könnte die Selbstbestimmung im Vertragsrecht auch kontextualisiert gedacht werden? Wie sähe dann eine Inhaltskontrolle im Vertragsrecht jenseits der Rechtswidrigkeit aus (Kapitel 11)? Die Untersuchung geht hierfür zuerst den wichtigsten Kritikpunkten am Konzept der Selbstbestimmung bzw. am Konzept der Autonomie nach und wirft dann die Frage auf, welche Vorteile und Nachteile es hätte, wenn die *Autonomie der Vertragsparteien relational gedacht würde* (Kapitel 10).

Wenige praktische Hinweise:

Sie finden ein kleines *Glossar* mit den wichtigsten Begriffen und Links im Anhang I. Japanische Begriffe, die in der deutschen Sprache nicht lexikalisiert sind, werden klein geschrieben. Japanische Namen werden wie bei uns zuerst mit Vor-, dann Nachnamen geschrieben. Alle Übersetzungen sind von der Autorin, wenn nicht anders gekennzeichnet.

Leserinnen oder Leser, die sich über die wichtigsten Ergebnisse der Untersuchung eine Übersicht verschaffen möchten, können auch die Schlussbetrachtungen lesen.

Teil 1

Gang der Untersuchung und Untersuchungs- gegenstände

Kapitel 1

Gang der Untersuchung

I. Interdisziplinäre Herangehensweise

Diese Untersuchung geht in einigen Belangen über die klassisch-zivilrechtlichen und die rechtsvergleichenden Betrachtungen hinaus:

1.) In dieser Arbeit wird beispielsweise der *sozial- und der rechtshistorische* Hintergrund der Prostitution oder der Leihmutterschaft angesprochen und es werden anhand von Zahlen- und Interviewmaterial knapp Vertragsgeschichten erzählt. Immer wieder wird den Rechtsrealitäten rund um die Verträge in Umfeld von Familie, Fortpflanzung und Sex bewusst möglichst viel Raum gelassen.

2.) Es mögen der Leserin und dem Leser auch einige *Facetten des Gesamtbildes oder Details* (z.B. Exkurs zum japanischen Familienrecht) auffallen, deren Relevanz für die vorliegende Arbeit nicht direkt ersichtlich ist. Diese sind jedoch bewusst an den Stellen anzutreffen, die sich mit uns weniger vertrauten Aspekten (wie dem japanische Recht und der japanische Kultur und/oder der jeweils «anderen» Disziplin [z.B. Care Ethik von Carol Gilligan, Framing Effect von Kaheman]) befassen, die in dieser Arbeit zusammengeführt werden.

3.) Ebenfalls über das Zivilrecht hinaus gehen die Ausführungen zur Selbstbestimmung und der Kritik am Konzept der Autonomie, die in der Philosophie, der Medizinethik und in den feministischen Wissenschaften verständlicherweise bereits umfassender behandelt werden als im Vertragsrecht.

4.) Schliesslich reichen die rechtlichen und ethischen Probleme rund um die ausgewählten drei Vertragsbeispiele zwischen Selbstbestimmung und deren Grenzen (Leihmutterschaftsvertrag, Prostitutionsvertrag, Ehevertrag) tatsächlich und rechtlich weit über das Vertragsrecht hinaus. Auch wenn sich diese Untersuchung aufgrund der gewählten Schwerpunkte in manchen Teilen auf die vertragsrechtliche Problematik beschränken muss, soll aufgrund der Komplexität der ausgewählten Phänomene keine vollständige Reduktion auf die *vertragsrechtliche und rechtsvergleichende Perspektive* erfolgen. Immer wieder wird deshalb die Balance zwischen vertragsrechtlichen und grundlagenorientierten Ausführungen gesucht. Das zeigt sich beispielsweise am Aufbau der Kapitel 7–9: In diesen Kapiteln werden zu Beginn die wichtigsten Fragestellungen in den einzelnen Rechtsgebieten aufgegriffen, um das Problemfeld abzustecken. Dann wird auf das Vertragsrecht eingegangen. Unter dem Titel der rechtsvergleichenden Würdigung werden (bewusst erst zu diesem Zeitpunkt) beispielsweise wieder (neue) historische Aspekte in die Erwägungen aufgenommen, die wohl wichtig sind, aber einen eigenständigen Absatz dennoch nicht gerechtfertigt hätten. – Insoweit muss die Leserin oder der Leser auch darauf vorbereitet sein, dass in dieser Arbeit nicht die klassisch-rechtsvergleichende Methode, sondern vielmehr ein pragmatischer, kultursensitiver Ansatz verfolgt wird (dazu gleich unter Ziff. II.).

5.) Dieser Arbeit liegen schlussendlich *soziale Fragestellungen* zugrunde, die kultur-, akteurs- und perspektivenspezifisch unterschiedlich wahrgenommen werden und zu denen es keine gefestigten empirischen Daten (schon gar nicht länderübergreifende) und keine wissenschaftlichen Theorien gibt. Solche komplexen Probleme können in der Regel nicht allein disziplinbezogen bearbeitet werden.³ Es rechtfertigt sich deshalb der Blick über die Disziplinengrenzen hinaus.

Die einzelnen Teile und Kapitel der Arbeit behandeln die vertragliche Selbstbestimmung und ihre Grenzen deshalb aus unterschiedlichen Perspektiven:

- *Teil 1* illustriert zum Einstieg die Problematik aus der tatsächlichen Perspektive und beinhaltet einige *Vertragsfakten* in Form von kurzen Vertragsgeschichten zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung sowie einige Zahlen. Zudem wird der Gang der Untersuchung erklärt.
- *Teil 2* setzt sich mit der Selbstbestimmung im Vertragsrecht und der traditionell wichtigen Grenze der «guten Sitten» aus der *begrifflich-dogmatischen Perspektive auseinander*.
- *Teil 3* konkretisiert und vertieft die Analyse aus der Perspektive dreier ausgewählter Vertragstypen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung, welche das Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und der Grenze der «guten Sitten» bzw. der Grenze der vertraglichen Autonomie besonders prägnant zeigen.
- *Teil 2 und 3* bilden zusammen auch die *dogmatische und vergleichende Perspektive*, wie es im Untertitel der Arbeit heisst. Im Gegensatz zu den Vertragsfakten (*Teil 1*) beschäftigen sich die *Teile 2 und 3* mit dem Vertragsrecht. Zur rechtsvergleichenden Perspektive kommt aufgrund der gewählten Rechtsordnungen auch die *historische* Perspektive hinzu.
- In *Teil 4* wird schliesslich die Perspektive gewechselt und die Fragestellung aus *theoretischer Sicht* angegangen. Es wird nach der Bedeutung gefragt, welche die Kritik an der Autonomie bzw. die Kritik an der Selbstbestimmung für das Vertragsrecht haben kann.

Zusammenfassend ist von einer Herangehensweise auszugehen, die *verschiedene Perspektiven – die dogmatische, die vergleichende, die historische und die theoretische – zusammenführt*.⁴ Es wurde mithin ein grundlagenorientierter, rechtsvergleichender, auf interdisziplinäre Aspekte ausgerichteter Ansatz gewählt, der sich dem Thema der Selbstbestimmung im Vertragsrecht und ihren Grenzen annimmt, unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung.

³ Bergmann, Matthias/Jahn, Tobias/Knobloch, Wolfgang/Pohl, Christian et al.: *Methods of Transdisciplinary Research*, Frankfurt am Main 2012.

⁴ Welche sich freilich auch «überschneiden» können; vgl. zur möglichen Bedeutung des Konzepts der Intersektionalität für die Rechtsvergleichung anderenorts: Hotz, JCL 5 (2010), 2, 194 ff.

II. Methode des Rechtsvergleichs

A. A pragmatic cultural approach

Diese Arbeit ist in weiten Teilen einem rechtsvergleichenden Ansatz verpflichtet. Als Rechtsordnungen werden die Schweiz, Deutschland und Japan erfasst. Eine Untersuchung des japanischen Rechts hat sich aufgedrängt, weil zu Beginn die Hypothese bestand, dass intime, körperliche und/oder familiäre Angelegenheiten in Japan einen anderen soziokulturellen Stellenwert haben und deswegen der vertraglichen Selbstbestimmung auch andere Schranken gesetzt werden, als dies im schweizerischen oder deutschen Recht der Fall ist. Aufgrund der spezifischen Rezeptionsgeschichte des japanischen Zivilrechts⁵ ist es sinnvoll, auch das deutsche Nachbarrecht in den Vergleich einzubeziehen. – Das ändert jedoch nichts daran, dass in dieser Arbeit *das schweizerische Recht klar im Vordergrund steht und sich allfällige Vorschläge de lege ferenda nur auf das schweizerische Recht beziehen werden*.

Methodisch folgt diese Arbeit einem – hier so benannten – *pragmatic cultural approach*. Leitgedanke einer solchen Herangehensweise ist, rechtsvergleichende Untersuchungen so oft als möglich auch im jeweiligen kulturellen Kontext sowie im fortwährenden Diskurs mit Vertreterinnen anderer Rechtskulturen durchzuführen.⁶ – Die Eröffnung von neuen Perspektiven soll im Vordergrund stehen. Ziel dieses Vorgehens ist es, den spezifischen Kontexten und den interessanten juristischen Einzelheiten der unterschiedlichen Regelungen und Lösungsansätze mehr Raum zu lassen und ihnen dadurch bestmöglich gerecht zu werden.⁷ Es soll dabei nicht um systematische Gegenüberstellungen von rechtsvergleichenden Betrachtungen gehen, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede als «Bausteine» herauszuschälen oder um mögliche Rechtsfiguren und -elemente herauszuarbeiten, die wieder verwendet werden könnten. Vielmehr sollen die einzelnen Darstellungen konkret für sich wirken können oder direkt miteinander verwoben werden.

⁵ Die japanischen Rezeptionen von europäischem Recht Ende des 19. Jahrhunderts in der Meiji-Zeit (allen voran die Rezeption des ersten Entwurfs zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, welche dieser Arbeit zugrunde liegt) und von amerikanischem Recht seit dem Zweiten Weltkrieg dürften dabei einem breiten Publikum bekannt sein; bereits anderenorts: *Hotz*, 8 ff.; vgl. später unter Kapitel 7–9.

⁶ Z.B. das «ethische Leitprinzip» des Käthe Hamburger Kollegs, *recht als kultur*, <http://www.recht-als-kultur.de/de/kolleg>, besucht am 15. Dezember 2015.

⁷ Für die kulturellen Aspekte sind prominent eingetreten: *Roger Cotterrell* (sein erstes Buch zum Thema hat er bereits in den 1980er-Jahren geschrieben. «Law, Culture and Society» ist im Jahr 2006 erschienen und beschäftigt sich mit vielen hier relevanten Themen wie dem Rechtspluralismus, dem Konzept von Rechtskultur, einem anderen Einbezug des sozialen Kontextes, dem Multikulturalismus) und *Vivian Grosswald Curran*. Hand in Hand damit wurde damals eine Forderung nach einer stärkeren Bedeutung der Soziologie resp. der Rechtssoziologie oder weiterer Disziplinen (z.B. Politologie, Anthropologie oder Ethnologie) gestellt, siehe z.B. *Khebet Ben-da Beckmann*, Einige Bemerkungen über die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung, *Zeitschrift für vergleichende Wissenschaft* 78 (1979) 51 ff. Gegenwärtig wird vor allem unter dem Titel *Legal Culture* die stärkere Berücksichtigung des kulturellen Kontextes im Recht, vorab vom Soziologen und Rechtswissenschaftler *David Nelken* (z.B. *Using Legal Culture: Purposes and Problems*, in: *Using Legal Culture*, *idem* (Hrsg.), London 2012, 1 ff.; *idem*, *Towards a Sociology of Legal Adaptation*, in: *Adapting Legal Cultures*, Nelken, Feest (Hrsg.), 2001, 7 ff.), weiter vorangetrieben, aber auch kritisch diskutiert.

Ein Rechtsvergleich, der den kulturellen Kontext miteinbezieht, ist auf ein Nachdenken über das Verständnis von Recht in den Zivilgesellschaften gerichtet.⁸ Dies kann an einem Vergleich der Rolle der Generalklausel der «guten Sitten» in den verschiedenen Rechtsordnungen gezeigt werden, da sich in ihrer Anwendung zeigt, welche Normen es braucht oder nicht braucht, um das soziale Leben darzustellen. Rechtsordnungen sind keine rationalistischen, unwandelbaren Systeme, sondern sie basieren auf den Erfahrungen und dem historisch gewachsenen Verständnishorizont einer Gesellschaft,⁹ also nichts anderem als der Kultur. Die *Wandelbarkeit und die Offenheit einer Rechtsordnung* können zwar etwa unter den Begriff der «Tradition» (nach Glenn: Legal Traditions of the World) subsumiert werden, trotzdem ist mit einer Klassifizierung z.B. einer ostasiatischen oder asiatischen Rechtstradition nach der hier vertretenen Ansicht nichts gewonnen. Vielmehr kann ein Verzicht auf Klassifizierung und Taxonomie den Verständnis- und Fragehorizont öffnen und dazu beitragen, denjenigen des jeweils anderen zu erkennen.

Eine Methode des Rechtsvergleichs, die den kulturellen Kontext miteinbezieht, sollte ein Verstehen sowohl des Fremden als auch des Selbsts begünstigen. Das bedeutet: 1.) die Erschliessung der juristischen Begriffe und Probleme aufgrund von Untersuchungen und Beobachtungen des lokalen Gesellschaftslebens, 2.) die Bildung von Hypothesen, die im Idealfall anhand von Daten überprüfbar sind und, daraus abgeleitet, 3.) die Gewinnung von Forschungsergebnissen mit einer Bedeutung, die über die nationalen Grenzen hinausgeht. Wird dabei interdisziplinär vorgegangen und (sofern nötig) einem soziologischen Ansatz des Rechtsvergleichs gefolgt, der dem Tatbestand fortschreitender Globalisierung in einer zwischen Kulturen differenzierenden Weise genügend Rechnung trägt und weiter die brennende Frage nicht ausser Acht lässt, inwieweit einer beobachteten Kultur die Bedeutung einer Geltungsquelle von Recht zukommt, so ist den vordringlichsten Forderungen Genüge getan.

Und wie kann im Einzelfall ein Rechtsvergleich ausgestaltet werden, der den kulturellen Kontext in einem noch bewältigbaren Masse umfasst?¹⁰ *Pragmatisch* ist der *cultural approach* dann, wenn er je nach Aufgabe und Ziel des Rechtsvergleichs unterschiedlich ausfallen kann und darf. Das, was wir wissen und erfahren können, soll dem praktischen Umgang mit den Problemen entsprechen.¹¹ – Nicht immer einfach wird die Abgrenzung zu formalistischen oder vereinfachten Herangehensweisen sein.¹²

Die Ermittlung des kulturellen Kontexts kann von unterschiedlicher Tiefe sein, sie hat aber in jedem Fall zu erfolgen. Vorzugehen ist dabei wie folgt: Nach einer ersten

⁸ Frankenberg, Critical Comparisons, 411 ff.; *idem*, Rechtskritik, 112 f.; zur Notwendigkeit der Berücksichtigung des kulturellen Kontexts im japanischen Recht u.a. Bälz, ZJapR 2008, 153 ff.

⁹ So praktisch wörtlich bereits Oliver Wendell: Common Law, Boston 1881, 1. «*The Life of law has not been logic; it has been experience*»; Martin Kriele spricht etwa von den «gespeicherten Erfahrungsweisheiten der Völker».

¹⁰ Vgl. die entsprechende Kritik von Mamlyuk/Mattei, 392 f.

¹¹ Peirce, 39; *idem*, A Definition of Pragmatism (1904), 56; Rorty, Liberalism, 344.

¹² Ralf Michaels, Order from Transfer, der z.B. Riles' Ansatz als einen formalistischen bezeichnet: Riles hat in Tokyo mit einer 10-jährigen Untersuchung von reinen Formularen und dem standardisierten Ausfüllen von Formularen in den Räumlichkeiten von Finanzinstituten die rechtliche Bedeutung von kontextualen Wissens- und Expertensystemen untersucht: sog. *collateral knowledge systems*).

Problemsichtung ist zu entscheiden, unter welchen *Gesichtspunkten* das Rechtsproblem zu untersuchen ist, z.B. aus Sicht des Rechts, des Genders und der Kultur oder aus Sicht des Rechts, der Ökonomie, der Klasse und der Geschichte.

B. Wider einen Legal Orientalism

1. *Legal Orientalism und Self-Orientalism*

Ziel eines *pragmatic cultural approach* soll es u.a. sein, aufzuzeigen, wie rechtsvergleichendes Vorgehen realisierbar ist, *möglichst* ohne in einen *Legal Orientalism*¹³ zu verfallen, und wie etwa mit (immer wieder) völlig überraschenden Aspekten einer Kultur – das heisst einer Rechtskultur wie der japanischen – umgegangen werden soll, die zwar einiges mit unserer Zivilrechtsordnung gemeinsam hat und uns deshalb auch einigermassen vertraut ist, ohne diese auf ihre Andersartigkeit festzuschreiben.

Innerhalb der verschiedenen Forschungsgemeinschaften zu ostasiatischen Ländern-rechten gibt es zunehmend kritische Stimmen, welche die eigene Unvoreingenommenheit bei der Auseinandersetzung mit asiatischen Rechtsordnungen und damit die Loslösung von den eigenen Vorstellungen von Recht hinterfragen: Besonders prominent, aber eben auch besonders offensichtlich, ist das Beispiel des «chinesischen Rechts», bei welchem viele Rechtswissenschaftler sich selbst ernsthaft die Frage stellen, inwiefern mit einem westlichen Verständnis von «Recht» nach dem Systemwechsel zur Marktwirtschaft (unter Beibehaltung eines sozialistischen Systems) überhaupt weiterzukommen sei. Zudem wird in China selbst alles, was mit «modernem Recht» assoziiert wird, bewusst als «westliches» Recht oder an dieses angelehntes Recht bezeichnet.¹⁴ – Dieses Phänomen lässt sich auch unter dem Begriff *Self-Orientalism* fassen,¹⁵ welcher freilich wieder auf den *Legal Orientalism* zurückwirkt.

¹³ Mit dem Terminus *Legal Orientalism* werden unterschiedliche internalisierte westliche (moderne) Rechtsvorstellungen im Umgang mit Rechtsordnungen aus dem arabischen oder asiatischen Raum bezeichnet, wobei der Begriff hier nur auf den asiatischen Raum bezogen wird. Der Begriff «Orientalism» steht für falsch verstandene kulturelle Vorstellungen über den arabischen Raum und ist stark geprägt durch *Edward W. Saïds* «Orientalism» (1978). – Als ein nicht bloss auf den Orient bezogener Terminus wird in dieser Arbeit gleichbedeutend auch der Begriff der (Kultur)Essentialisierung verwendet. – *Ruskola* prägte den Begriff *Legal Orientalism* in: *Michigan Law Review* Vol. 101 (2002) 179 ff., 184 ff., 192 ff.; *idem*, *Legal Orientalism* (2013). Der Begriff ist allerdings bisher kaum rezipiert; eine Ausnahme bildet der *Cambridge Companion to Comparative Law* (2012), 8.

¹⁴ Bereits *Lubman, Stanley C.*: *Bird in a Cage, Legal Reform in China after Mao*, 1999, 2 ff.; *idem*, *Studying Contemporary Chinese Law: Limits, Possibilities, Strategies*, *AJCL* 39 (1991) 2, 293 ff.; *Huang*, viii, xi ff.; s.a. *Ruskola*, *Michigan Law Review* Vol. 101 (2002), 181 m.v.H.

¹⁵ *Ruskola*, *Legal Orientalism*, 35, 222 ff., 227; mit *Self-Orientalism* können (re)konstruierte, klišierte Selbstzuschreibungen von Japanerinnen und Japanern umfasst werden, die dazu dienen sollen, die westlichen Vorstellungen zu bedienen. Ein aktuelles Beispiel: wenn die jap. Wissenschaftlerinnen von «Schuldrechtsmodernisierung» sprechen, bezwecken sie eine Parallele zur einstigen deutschen «Schuldrechtsmodernisierung» (z.B. *Akemitsu*, 177 ff.); und umgekehrt übernehmen dies dann westliche Wissenschaftler umso selbstverständlicher. Ein interessantes Beispiel ausserhalb der Rechtswissenschaften bieten die *shōjō manga* (Manga für junge Frauen, s.a. Fn 1863), die den «westlichen» Lebensstil, die «westlichen» Liebesbeziehung und Sexualität essentialisieren: *Suter, Rebecca*: *Orientalism, Self-Orientalism, and Occidentalism in Visual-Verbal Use of Girls' Comics, Literature & Aesthetics* 22 (2) Dezember 2012, 230, 237 ff.

Die Beispiele für einen *Legal Orientalism* aus dem japanischen Recht mögen weniger offensichtlich sein, dennoch existieren sie: Zu nennen wäre etwa die nunmehr der Vergangenheit angehörende Klassifizierung des japanischen Rechts als eine romano-germanische Rechtsordnung. Weitere Beispiele sind die Debatte um die geringere Anzahl von Gerichtsfällen in Japan und die Gründe hierfür, die nach wie vor nicht restlos geklärt sind, sowie die bis heute anhaltende Beschäftigung mit der *Meiji*-Zeit, in der sich der wissenschaftliche Blick nach Europa richtete, als dem sog. Zeitalter der Modernisierung.

Ob sich ein *Legal Orientalism* immer vermeiden lässt, ist eine andere Frage. Nach der hier vertretenen Ansicht können wir uns *nicht* von unserer rechtlichen Vorbildung lösen (vgl. nachfolgend lit. C.1.), womit es immer nur darum gehen kann, sich der eigenen Schranken beim Vergleichen bewusst zu werden.¹⁶ – Dies ist letztlich ebenfalls Teil eines *pragmatic cultural approach*. Die Schwierigkeiten äussern sich jedoch zugegebenermassen besonders deutlich, wenn es um Aussagen zu Familie, Partnerschaft und die Rolle der Frau in der japanischen Gesellschaft geht. Erschwerend kommt gerade auch in diesen Themenbereichen der *Self-Orientalism* hinzu.

2. Beispiel 1: Klassifizierungen des japanischen Rechts

Als erstes Beispiel für einen *Legal Orientalism* wurde die Klassifizierung des japanischen Rechts genannt: Das japanische Recht wurde in Rechtsgeschichte und -vergleichen entweder zum deutschen resp. zum romanisch-germanischen (*Nobushige*, 1904¹⁷) Rechtskreis oder zu einem fernöstlichen Rechtskreis (*Zweigert/Kötz*, 1996¹⁸, *David/Brierly*, 1968¹⁹) gezählt. Damit werden je wesentliche Aspekte vernachlässigt: Im ersten Fall die gesamte Rechtsgeschichte vor dem 19. Jahrhundert und einige Jahrzehnte danach. Im zweiten Fall bildete sich der «fernöstliche» Rechtskreis u.a. aufgrund einer geografischen Einteilung aus der Perspektive Europas sowie aufgrund eines der zirkulierenden westlichen Rechtsmodelle im Fernen Osten – wiederum aus der Perspektive Europas. Heute wird das japanische Recht nach *Glenn* den asiatischen Rechtstraditionen und nach *Kitagawa* (Oxford Handbook, 2006) oder *Ruskola* (Cambridge Companion, 2012) den ostasiatischen Rechtstraditionen zugeordnet, was wiederum den Eindruck erwecken könnte, das japanische Rechte beruhe hauptsächlich auf konfuzianischem Denken oder das «chinesische Recht» sei besonders zentral. – Eine solche Klassifizierung vermag jedenfalls nichts darüber auszusagen, dass es auch buddhistisches Recht in Asien gibt.²⁰ –

¹⁶ *Ruskola*, Michigan Law Review Vol. 101 (2002) 193 ff.

¹⁷ *Hozumi*, 18 ff.

¹⁸ 292 ff.; so jedoch erst in der dritten Auflage des Grundlagenwerkes: vgl. *Oda*, 3 ff.

¹⁹ Welche jedoch betonen, dass alle diese fernöstlichen Rechtssysteme auf einem europäischen oder sozialistischen System beruhen: 20 f., 450 ff.; vgl. später *David, René/Jauffret-Spinosa, Camille*: Les grands systèmes de droit contemporaines, 11. Aufl., Paris 2002, 22 f.

²⁰ Zur Kritik an *Glenns* «asiatischer» Rechtstradition: *Palmer*, JCL 1:1, 168; *Huxley*, JCL 1:1, 160 ff.; von seinen Kritikern wurden aber auch weiter die grundlegenden Fragen aufgeworfen, was «Traditionen» seien, wie sie sich zueinander verhielten und inwiefern sie von praktischem Nutzen seien (*Twining*, JCL 1:1, 107 ff.). Mittlerweile ist das Buch von Glenn allerdings in der fünften Auflage (2014) erschienen und zu einem der massgebenden Werke der Rechtsvergleichung im englischen Sprachraum avanciert. Zudem ist Glenn auch auf einige Kritikpunkte an seinem Werk eingegangen (5. A., 344 ff., 361 ff.) und möchte die Vielschichtigkeit des Rechts in

Streng genommen dürfen deshalb Bezeichnungen wie «asiatische» oder «ostasiatische» Rechtstraditionen nur in einem räumlichen Sinne verstanden werden. Alles in allem war das Buch von *Glenn* zu den «Rechtstraditionen der Welt» aus dem Jahre 2000 für den asiatischen Raum und die Rechtsvergleichung wichtig, denn es setzt den Fokus neu auf die globale Welt und ist einem interdisziplinären Ansatz verpflichtet. Die Diskussionswelle, die es auslöste, hat auf den asiatischen Raum aufmerksam gemacht.²¹ – Heute ist anerkannt, dass das japanische Recht eine eigenständige Rechtsordnung ist, in der sich verschiedene Elemente der chinesischen, französischen, deutschen und amerikanischen Rechtskultur mischen, die sich selbstständig weiterentwickelt haben.²² Das japanische Recht ist ein Hybrid, das sich keiner der gängigen Klassen zuordnen lässt, womit jeder Versuch einer Klassifizierung nach der hier vertretenen Ansicht aufgrund der unausweichlichen Verdeckung der rechtspluralen Verhältnisse scheitern muss.

Zu diesem Ergebnis gelangt man auch, wenn man die klassisch westlichen Klassifizierungen und Taxonomien in der Rechtsvergleichung,²³ welche die Rechtsordnungen der Welt in Rechtskreise²⁴ oder Rechtsfamilien²⁵ einteilt, generell kritisch hinterfragt. Auch wenn heute neue Rechtsfamilien entstanden sind, beispielsweise diejenige der «mixed jurisdictions» gemäss *Vernon Palmer*²⁶, und differenziertere Vorstellungen, beispielsweise diejenige der «Familienbäume» des Rechts von *Esin Örücü*,²⁷ vertreten werden oder andere Schwerpunkte gesetzt werden, wie die erwähnten «Rechtstraditionen der Welt» nach *H. Patrick Glenn*,²⁸ so ändert das nichts daran, dass es sich letztendlich um vereinfachende Systematisierungen handelt. Über deren Nutzen kann man selbst dann geteilter Meinung sein, wenn die Rechtskreise sich ausdehnen lassen oder die «Familienbäume» wachsen und der Begriff der Rechtstradition – im Gegensatz zum Begriff der «Rechtssysteme» – auf die historische Wandelbarkeit und die Offenheit der Rechtsordnungen hindeuten. Klassifizierungen und Taxonomien haben immer sowohl beschreibende als auch festschreibende Funktion, sodass letztlich durch jede der gewählten Formen «rechtliches Erbe» spezifisch zugeordnet und mit einem Etikett versehen oder auch «zugedeckt» werden kann, während es für das Verständnis und die Anwendung des konkreten Rechts im Kontext hilfreicher wäre, die pluralistischen Rechtsverhältnisse offenzulegen.

Ostasien betont wissen; vgl. hierzu bereits anderenorts: *Hotz*, Private Laws in East Asia, Rn. 809 ff., Fn. 1365.

²¹ *Foster, Nicholas H.D.* (Hrsg.): A Fresh Start for Comparative Legal Studies? A Collective Review of Patrick Glenn's Legal Traditions of the World, 2nd Edition, JCL 1:1 (2005), 100–199, 100 ff.

²² *Baum*, RabelsZ 59 (1995) 258 ff.; *Baum/Bälz*, Rn. 4 ff.; *Anderson/Ryan*, 12 ff.; bereits: *Cho*, 123.

²³ *Heiss*, 133 ff.

²⁴ Selbst *Pierre Legrand* schreibt im Jahr 2008 über «expanding circles», in: *Nicolson and Biddulph*.

²⁵ *Zweigert/Kötz*, 32 ff.

²⁶ Zu diesen zählen etwa die von *Palmer et al.* untersuchten Rechtssysteme in Louisiana, Schottland, Südafrika, Quebec, Philippinen, Botswana, Malta oder Israel: weiterführend *Palmer*, 11 ff.

²⁷ *Örücü*, *Enigma*, 132.

²⁸ *Glenn*, 5.A. (2014).

3. *Beispiel 2: Weshalb interessiert die angebliche Streitaversion der Japanerinnen und Japaner?*

Das zweite Beispiel eines *Legal Orientalism* ist zugleich eine der meist erforschten Fragen zum japanischen Recht:²⁹ In den 1960er-Jahren erklärte der berühmte japanische Rechtssoziologe *Takeyoshi Kawashima*³⁰ die – heute noch – unbestreitbar geringe Zahl von Gerichtsprozessen mit einer allgemeinen Streitaversion und einem Harmoniebedürfnis der Japanerinnen und Japaner. Seither haben aber zahlreiche (westliche) Untersuchungen aufgezeigt, dass diese Erklärungsversuche verkürzt sind und einer Essentialisierung der japanischen Kultur gleichkommen. Stattdessen wurden zu Recht zahlreiche institutionelle und ökonomische Gründe ins Feld geführt, die zu einer geringen Prozessrate führten: die grosse Bedeutung der alternativen Streitbeilegungsmechanismen sowie die zahlreichen gut ausgebildeten beratenden Personen in diesem Bereich oder Gründe wie die hohen Gerichtskosten oder die geringe Anzahl von Rechtsanwälten.³¹ Die Annahme, dass Japanerinnen und Japaner streitavers seien, scheint ein klassisches Beispiel eines *Legal Orientalism* zu sein.³² Dennoch stellen sich zwei kritische Fragen: 1.) Wie kann bewiesen werden, dass die kulturellen Usancen im Umgang mit Konflikten und Konfliktlösungen keine Rolle spielen sollten? 2.) Warum ist ausgerechnet dieses Thema eines der am best untersuchten bei allen namhaften (amerikanischen) Rechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern auf dem Gebiet des japanischen Rechts? Zwei naheliegende Antworten könnten sein: weil *Kawashima* als einer der ersten japanischen Juristen auch auf Englisch publiziert hat³³ und weil die Streit- und Prozessraten in der amerikanischen Rechtskultur eine so grosse Rolle spielen. Somit würde es sich um ein weiteres Beispiel eines *Legal Orientalism* handeln.

C. **Rechtsvergleich gestern, heute und morgen**

1. *Rechtsvergleich ist selbstverständlich*

Der Rechtsvergleich ist trotz aller *Fundamentalkritik*, die gegen ihn geäussert wurde und die vom Vorwurf der Oberflächlichkeit bis hin zur logischen Unmöglichkeit reicht,³⁴ weder wegzudenken noch abzuschaffen. Zunächst ist es *selbstverständlich*,

²⁹ Hotz, Private Laws, Rn. 813, 907.

³⁰ Unterstützt von Yoshiyuki Noda, 159 ff.

³¹ Übersichten zum Thema bieten: Feldman, 58; Ginsburg/Hoetker, Working Papers; zuerst und grundlegend aber: Haley, 1978, 359 ff.; s.a. Baum, RabelsZ 59 (1995) 260; Bälz, Moritz: Wider den Exotizismus. Zur Bedeutung von Kultur für das moderne japanische Recht, ZJapR 25/2010, 153 ff.

³² So z.B. für Oda, 3 f.

³³ Kawashima, Takeyoshi: Dispute Resolution in Contemporary Japan, in: von Mehren/Taylor (Hrsg.), Law in Japan, The Legal Order in a Changing Society, Cambridge, MA 1963, 41-72, 57 ff. – Das Thema wird allerdings auch in den 1980er-Jahren von Japanern aufgegriffen, z.B. vom Rechtssoziologen Kahei Rokumoto: Juristen und zivilrechtliche Streitigkeiten in Japan. Die Problematik der Verkehrsunfälle, 1980, 47 ff.

³⁴ Prominent losgetreten durch den Aufsatz von Günther Frankenberg im Jahre 1985 «Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law», der breite Beachtung fand, zumal die Kritik den Finger auf grundlegende Probleme legte: Insbesondere wies sie bereits auf das persönliche Perspektivenproblem jedes Rechtsvergleichenden hin und trat für eine kritische Dezentrierung, Differenzierung und für eine bewusstere und profundere Verflechtung der rechtsvergleichenden

dass eine Juristin, die zuerst in einer nationalen Rechtsordnung ausgebildet wurde, bei der Beschäftigung mit einer anderen Rechtsordnung vergleicht.³⁵ Zudem gibt es *verschiedene Arten des Vergleichens*, woraus sich schon von Anfang an schliessen lässt, dass nicht jede Vergleichsmethode den gleichen Vorwürfen ausgesetzt sein kann.³⁶ Insgesamt erscheint heute selbst die *klassisch-funktionale Methode* des

Erkenntnisse ein. Vorgeworfen wurde der Rechtsvergleichung ferner die Beschränkung auf das Vergleichen von Gesetzesrecht (*Legrand*, MJ 4 1999, 112 ff.). Damit im Zusammenhang steht die Kritik an der Oberflächlichkeit des Rechtsvergleichs, von welcher es nur noch ein kleiner Schritt ist zur Kritik an der Wissenschaftlichkeit des Rechtsvergleichs: Der seit *Montesquieu* propagierte systematische Zugang zu den verschiedenen Rechtssystemen, verbunden mit Taxonomien, Klassifizierungen und Darstellungen einzelner prägnanter Charakteristiken, wird heute – wie schon erwähnt – zunehmend kritisiert (*Mattei*, AJCL 45, 5 ff.): In Europa und Nordamerika findet seither eine breite Diskussion zur Rechtsvergleichung an sich und zum Wie des Rechtsvergleichens statt. Siehe vor allem die Sammelbände von *Legrand/Munday* (2003), *van Hoeecke* (2004), von *Reimann/Zimmermann* (2006) und von *Nelken* (2012) sowie die Übersichten zur Diskussion bei *Michaels*, *RabelsZ* 66, 97 ff., 107 ff.; *idem*, *Functional Method*; *Sacco*, *Comparative Law*, 1159 ff.; *Mattei/di Robilant*, 1078 ff.; *Peters, Schwenke*, 827; bereits schon: *Schlesinger et al.*, 49; *Constantinesco*, 1974, 86, Fn. 121, 314 und 38, 323. Zu den wichtigsten Exponentinnen und Exponenten der Kritik am Rechtsvergleich innerhalb der rechtswissenschaftlichen Community zählen Vertreterinnen und Vertreter der Rechtstheorie, Rechtsgeschichte oder der Rechtssoziologie (*Cotterrell*, *Comparatist and Sociology*, 131 ff., 151; siehe bereits: *Durkheim*, *Hirsch* oder *Carbonnier*; *Hall*, 13 ff.) resp. der Soziologie oder/und vor allen diejenigen der Critical Legal Studies (*Tushnet*, 1515 ff.) (in alphabetischer Reihenfolge, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend verstanden werden darf): *Roger Cotterrell*, *Comparatist and Sociology*; *idem*, *Comparative Law and Legal Culture*; *Vivian Grosswald Curran*, AJCL 46, 667; *idem*, *Cultural Immersion*, 57; *Patrick H. Glenn*, *Klaus Günther*, *David W. Kennedy*, *Pierre Legrand*, *Annelise Riles* und *Rodolfo Sacco*. Ferner lassen sich auch einige Rechtshistoriker zu diesen zählen: *Lawrence Friedman*, *Alan Watson*, der den Begriff der Legal Transplants prägt, und *Marie-Thérès Fögen* und *Gunther Teubner*, die sich unter dem Titel Rechtstransfer mit dem Thema beschäftigen (RG 7/2005, 38 ff.).

Eine neue Theorie oder eine neue Methode blieben die Kritikerinnen und Kritiker damals schuldig. – *Frankenberg* hat in der Zwischenzeit aber ein schönes Modell, das «IKEA-Modell», entworfen, wie Rechtsnormen und -ideen statt von einem Rechtssystem (A) in ein anderes (B) transferiert werden, heute im Rahmen eines «Gesamtpaketes» von weltweiter Doktrin, Theorie, Rechtsvergleichung und Rechtspraxis übertragen werden, wobei es dem Autor konkret um den Umfang und die Bedeutung des weltweiten Verfassungstransfers geht: *Frankenberg*, *Constitutions as Commodities*, 1 ff., 3, m.w.H., wobei er sein «IKEA-Modell» bereits früher (2003, 2010) entwickelte: Autorität und Intergration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung, Frankfurt a. Main, 2003, 123 ff. und dann: *Constitutional transfer. The IKEA Theory revisited*. *Journal of Constitutional Law* 8/3 (2010), 563 ff.

³⁵ *Legrand*, *Le droit comparé*, 221.

³⁶ Nach dem Verständnis des Historikers *Jürgen Osterhammel* (151 ff.) lassen sich folgende Unterscheidungen treffen: 1.) *Synchroner/diachroner Vergleich*: Ein Rechtsvergleich kann zunächst in zeitlicher Hinsicht synchron oder diachron angelegt sein. Werden beispielsweise die gemeinsamen Ursachen einer «Materialisierung» des Vertragsrechts für das Ende des 19. Jh. untersucht, so liegt ein synchroner Vergleich vor. Wird dagegen versucht, das Thema zeitübergreifend inhaltlich-strukturell darzustellen, so wird sich herausstellen, dass es immer wieder Phasen gab, in denen sich die Rechtswissenschaft mit «Materialisierungen des Vertragsrechts» – wenn auch u.a. Titel – beschäftigte. Es liegt damit auf der Hand, dass ein diachroner Vergleich das Erfassen von weiterführenden historischen Facetten ermöglicht und damit weniger oberflächlich ist. 2.) *Konvergenter/divergenter Vergleich*: Ist der vorliegende Rechtsvergleich auf die Untersuchung der Anwendung von ähnlichen Normen zur Sittenwidrigkeit und Privatautonomie des Vertrags gerichtet, so mag zwar eine konvergente Fragestellung im Vordergrund stehen. Das ist eine, die Gemeinsamkeiten in den Vordergrund rücken möchte. Das Herausheben der unterschiedlichen Falllösungen zeigt – erst im Nachhinein freilich –, dass es sich zugleich um einen durchaus divergenten Vergleich handelt: einer, der die unterschiedlichen (Lö-

Rechtsvergleichs, d.h. die am Rechtsproblem orientierte Methode, sowohl unter kontinentaleuropäischen als auch unter japanischen Fachpersonen nach wie vor vorherrschend zu sein.³⁷ Geändert haben sich aber das Bewusstsein um die vielschichtigeren Prozesse und Risiken des Rechtsvergleichs.

Nach einem *cultural approach* sollten das in den jeweiligen kulturellen Kontexten eingebettete Recht und seine Institutionen so oft als möglich kritisch hinterfragt. Wird der Rechtsvergleich als eine selbstverständliche Herangehensweise (Methode) angesehen und nicht als eine Objektivierung des Rechts oder gar als eine überdotierte Wissenschaft, so trägt man ferner einigen wichtigen Kritikpunkten Rechnung. Der Rechtsvergleich als Methode kann als eine von vielen interkulturellen Methoden der Sozialwissenschaften (der Kulturkontaktforschung, der Kulturtransferforschung, der Interkulturalitätsforschung oder einfach der kulturvergleichenden Forschung usw.) bezeichnet werden. Diesen obliegt die aktuelle und schwierige Aufgabe, für die Untersuchung und den Umgang mit kultureller Vielfalt – in der Schweiz, in Deutschland, in Europa, in Japan oder weltweit – integrative Lösungen zu finden. Der Rechtsvergleich ist selbst eine interkulturelle Methode mit der Aufgabe,³⁸ Vorgehensweisen aufzuzeigen, wie für die kulturelle Vielfalt eine rechtliche Entsprechung gefunden werden kann, indem sie einerseits dafür sorgt, dass im Einzelfall kulturelle Differenzen anerkannt werden, und indem sie andererseits einen transnationalen Raum des Rechts basierend auf dem Gedanken von Gleichbehandlung aufzeigt.

2. *Gegenstand des Rechtsvergleichs im Wandel*

Geändert hat sich zudem der *Gegenstand* dessen, was verglichen wird, und dieser wird sich weiter ändern: Während ein Rechtsvergleich innerhalb ein und derselben Rechtsordnung zu Rechten verschiedener geografischer bzw. politischer Regionen oder zu Rechten in verschiedenen Zeiten denkbar war und ist (z.B. als *Eugen Huber*

sungs)Wege aufzeigt. Ein divergenter Vergleich wird keine Dichotomien verstärken, sondern alternative Pfade herausmodellieren, um die Differenzen und Vielfalt erkennen zu können. 3.) *Symmetrischer/asymmetrischer Vergleich*: Aufgrund der ursprünglichen Ausgangsfrage in der vorliegenden Untersuchung wurde zwar zugegebenermassen auf der Basis eines asymmetrischen Vergleichs gearbeitet, weil die Fragestellung auf einen Erkenntnisgewinn für das nationale schweizerische Familien- und Vertragsrecht ausgerichtet war. Am Ende der Untersuchung war dieser Anspruch zunehmend nebensächlich. Die japanische rechtliche und kulturelle Perspektive zur Selbstbestimmung ist mindestens ebenso interessant, und die allgemeine Problematik der Generalklausel der «guten Sitten» ist über die staatlichen Grenzen hinaus relevant. Letztere wurde mit der Diskussion um ein transnationales dogmatisches Modell gänzlich aufgegeben. Somit kann hinsichtlich dieser Untersuchung auch von einem symmetrischen Vergleich ausgegangen werden. 4.) *Struktureller Vergleich/Vergleich von Beziehungen*: Durch den Einbezug von Rechtsakteuren und des Rezeptionsprozesses insbesondere bei der Revision des japanischen Familienrechts nach dem Zweiten Weltkrieg wird aus einem tendenziell strukturellen Rechtsvergleich schliesslich auch eine vergleichende Untersuchung von Beziehungen im Sinne der Terminologie von *Osterhammel*. Erst in ihrem kulturellen Kontext sind gewisse familien- und erbrechtliche Bestimmungen zu verstehen, wobei selbstverständlich auch gesellschaftsrechtliche Sachverhalte kulturelle Fragen aufwerfen können; sei es, dass eine rechtsgültige Unterschrift in Japan nicht handschriftlich, sondern per Stempel erfolgt, oder sei es, dass eine Firmenübergabe an die eigene Tochter aufgrund traditioneller Geschlechtervorstellungen nicht vollzogen werden konnte.

³⁷ *Richers*, ZaöRV 67, 510 ff. spricht denn auch von einer akademischen Diskussion.

³⁸ *Halter*, Kulturtheorie des Rechts; *idem*, Recht als kulturelle Existenz, 5 ff.

bei der Kodifikation des ZGB die kantonalen Rechte studierte),³⁹ ist der Gegenstand vielschichtiger geworden: Es geht heute regelmässig um lokales und globales Recht zugleich sowie um *Soft Laws*.⁴⁰ Auch der Kreis und die Methoden der Rechtsvergleichung haben sich erweitert: So konnten etwa früher weniger Menschen japanische Rechtsquellen lesen und der Stamm der *Adat*⁴¹ und die japanischen Finanzinstitute oder Teehäuser waren längst nicht so zugänglich wie heute oder es gab sie noch gar nicht (z.B. japanische Verbraucherschutzorganisationen und -institutionen oder die japanischen Quasi-Laiengerichte). Zeitgenössische Untersuchungen zu japanischen Akteuren und Institutionen leben von diesen neuen Möglichkeiten. Namentlich zu erwähnen sind zum japanischen Recht der wissenschaftliche Ansatz von *Annalise Riles* (Cornell), der auf anthropologischen Methoden beruht, und derjenige von Verfassungsrechtler *Tom Ginsburg* (Chicago), der auf politologischen Methoden beruht.⁴² Ferner gibt es wichtige Untersuchungen zum japanischen Recht von *Eric A. Feldman* (Pennsylvania) und von *J. Mark Ramseyer* (Harvard), die das japanische Recht mittels weiterer interdisziplinärer Methoden untersuchen und bewusst ausserrechtliche Faktoren mitberücksichtigen: *Ramseyer* hat zahlreiche Untersuchungen zur japanischen Streit- und Gerichtskultur durchgeführt, wobei er auf quantitative Methoden zurückgreift und der ökonomischen Analyse des Rechts verpflichtet ist.⁴³ Im Jahre 2013 hat *Ramseyer* beispielsweise eine grössere Arbeit publiziert,⁴⁴ in der die ungleich viel höhere Anzahl von Produkthaftpflichtfällen in den Vereinigten Staaten (ca. 80'000 pro Jahr) mit derjenigen Japans (ca. 100–300 pro Jahr) ausführlich diskutiert wird.⁴⁵ – *Feldman* hat in seiner bedeutenden Arbeit aus dem Jahre 2002 u.a. durch die Befragung von Patienten und Patientinnen die Patientenrechte in Japan untersucht.⁴⁶

Die Wichtigkeit internationalen Rechts oder neuer Formen des Rechts und deren lokalen Ausprägungen ist heute weitgehend anerkannt. – Auch wird gegenwärtig zunehmend jenseits des Mainstreams zu Rechtsfragen wie beispielsweise zu Sex oder

³⁹ Vgl. zum Ganzen *Donahue*, 3 ff., der historisch die Entstehung der Rechtsvergleichung am Ende des 16. Jahrhunderts ansiedelt, als die französischen Juristen die Konflikte zwischen lokalen Gewohnheitsrechten unter sich regelten und sich mit dem römischen und kanonischen Recht beschäftigten. *Kötz*, JZ 1992, 20 ff.; *Constantinesco*, II, 54 f., unterscheidet noch dezidiert zwischen einem Vergleich zwischen Rechtsordnungen (Rechtsvergleichung) und einem Vergleich zwischen gegenwärtigem Rechtsinstitut und seinen Quellen (Rechtsgeschichte); vgl. zu den Nachbardisziplinen in jüngere Zeit: *Müller-Chen/Müller/Widmer-Lüchinger*, Rn. 15–18.

⁴⁰ Da diese Vielschichtigkeit von Recht in Japan heute weitgehend anerkannt ist, hat das Werk von *Masaji Chiba*, der in den 1980er-Jahren einige Verbesserungsvorschläge mit seinem Modells des «Three Level Structure of Law» vorgeschlagen hat, historischen Wert. Dieser Ansatz ist – soweit ersichtlich – der einzig konstruktive und umfassende im Schrifttum, der einen direkten Bezug zu einem Rechtsvergleich mit dem japanischen Recht hat; vgl. neuerdings zu einer Theorie des transnationalen Rechts: *Senn, Myriam*: Transnationalität als Herausforderung, ZSR 134 (2015) I Heft 5, 493 ff., 509 f.

⁴¹ Z.B. die Untersuchung von *Franz und Keebet Benda-Beckmann*, 1991.

⁴² *Ginsburg*, Comparative Constitutional Design, Chicago 2012.

⁴³ *Ramseyer/Rasmusen* (2010); *Ramseyer/Nakazato* (1999).

⁴⁴ *Ramseyer*, AJCL 61, 617 ff.

⁴⁵ Diese Arbeit ist im Nachgang zu einer breiten Untersuchung von *Mathias Reimann* publiziert, der die Hypothese aufgestellt hatte, dass die Unterschiede weniger im materiellen (Produkte)Haftpflichtrecht liegen, sondern eher im Prozessrecht, dass Opfern in den Vereinigten Staaten völlig falsche Anreize setze.

⁴⁶ Z.B. *Feldman*.

Sumo geschrieben.⁴⁷ Insbesondere gibt es in Japan (und anderswo) immer mehr internationale Rechtsfälle, die zunehmend auch von nicht institutionalisierten professionellen Schiedsgerichten⁴⁸ entschieden werden.

3. Bedeutung des Rechtsvergleichs ist unterschiedlich

Nicht aus den Augen zu verlieren ist schliesslich noch, dass die Methode des Rechtsvergleichs bzw. der Rechtsvergleichung in Europa und Japan nicht den gleichen Stellenwert hat: In *Europa* setzte sich die vergleichende Methode zunächst in der Anatomie und in der Botanik durch, bis sie an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert schliesslich auch in den Geisteswissenschaften – zuerst in den Literaturwissenschaften – Anwendung fand.⁴⁹ Nach *Emile Durkheim* ist die vergleichende Methode bekanntlich «die einzige, welche der Soziologie entspricht».⁵⁰ – Unter dem *Einfluss der Soziologie* sollte denn auch der erste internationale Weltkongress der Rechtsvergleichung von 1900 in Paris stehen.⁵¹ So wird der Beginn des rechtswissenschaftlichen Vergleichens auch oft mit diesem Datum in Verbindung gesetzt, da der Kongress die allgemeine Theorie und Methode der Rechtsvergleichung zum Thema hatte.⁵² Bezeichnend für das beginnende 20. Jahrhundert war jedoch die Etablierung des Rechtsvergleichs als Methode, die den Zugang zu fremden Rechtssystemen öffnete,⁵³ und ferner das Bemühen um die Entstehung einer eigenen Disziplin – der Rechtsvergleichung –, die mit der Forderung und der Gründung von entsprechenden Lehrstühlen und Zeitschriften einherging. Dieses Ansinnen war getragen von einer stark idealistischen Überzeugung, dass ein wissenschaftlicher Neuanfang kreiert werden müsse und dass die Rechtswissenschaft mit der Rechtsvergleichung über das nationale und «provinzielle» Terrain hinaus wachsen würde.⁵⁴ Entsprechend galt die Rechtsvergleichung damals als «Blüte der [...] Rechtswissenschaft»⁵⁵ und wird bisweilen noch bis in die Gegenwart als «Königdisziplin» bezeichnet.⁵⁶ – Einmal halbwegs etabliert,

⁴⁷ Vgl. die Werke von *Mark West*, der seine Untersuchungen zwar als solche zum japanischen Alltag bezeichnet; was aber wohl gerade nicht zutreffend ist, denn diese Freizeitbereiche (Lovesick Japan: Sex/Marriage/Romance/Law 2011; Law in Everyday Japan: Sex, Sumo, Suicide and Statutes 2005), die er untersucht hat, sind zwar wichtig im Leben und insbesondere in der Freizeit, aber gerade *nicht* alltäglich.

⁴⁸ *Hotz*, Private Laws in East-Asia, Rn. 825.

⁴⁹ *Schriewer*, 9 ff., 11; *Glenn*, Legal Families and Traditions, 424.

⁵⁰ *Durkheim*, 205.

⁵¹ Nach *Cotterrell* haben die «frühen» Rechtsvergleicher und Soziologen wie *Durkheim* nicht zwischen Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie unterschieden, sondern sahen die Rechtsvergleichung als einen Teil der Sozialwissenschaften: *Cotterrell*, Comparatists and Sociology, 133, 136 f.; *idem*, Law, Culture and Society, 132 ff.; *Heldrich, Andreas*, Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung, *RabelsZ* 34 (1970) 427 ff.; heute scheint man sich eher wieder auch von der aufwendigen empirischen Herangehensweise distanzieren zu wollen: z.B. *Müller-Chen/Müller/Widmer-Lüchinger*, Rn. 7-8.

⁵² *Michaels*, *RabelsZ* 66, 98; *Zweigert/Kötz*, 10 ff.; *Hug*, 128.

⁵³ Z.B.: *Réne David*, *Bernhard Grossfeld* oder *Harold Cooke Gutteridge*, *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Cambridge 1949.

⁵⁴ *Kötz*, Rechtsvergleichung und Dogmatik, in: *Schmidt Karsten*, *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, *Hamburger Ringvorlesung*, Berlin 1990, 76 ff., 76; wobei gemeinhin Dogmatik und Rechtsvergleichung nicht unbedingt gleichgesetzt werden: s.a. *Basedow Jürgen*, in: *Reinhard Zimmermann et al.* (Hrsg.) *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, 82 f.

⁵⁵ *Kohler*, 273 ff., abgedruckt in: *Zweigert/Puttfarcken*, 109 ff., 128.

⁵⁶ So etwa: *Grossfeld*, *Kernfragen der Rechtsvergleichung*.

stellte sich jedoch aufgrund des Territorialitätsprinzips die Frage nach der Legitimität einer eventuellen Übernahme vergleichender Erkenntnisse in die inländische Rechtsanwendung.⁵⁷ Weil es aber Ziel der Auslegung und Rechtsfortbildung ist, Wertungswidersprüche inner- und ausserhalb der Rechtsordnung zu vermeiden, wird es etwa von der schweizerischen Lehre als gerechtfertigt angesehen, dass Gerichte aller Ebenen nach Art. 1 Abs. 2 ZGB rechtsvergleichend argumentieren. – Heute ist die Rechtsvergleichung in der Schweizer Praxis in der Gesetzgebung, der Rechtsanwendung und der Rechtsfortbildung grundsätzlich anerkannt: Das Schweizerische Bundesgericht hat schon immer in hohem Masse rechtsvergleichend argumentiert, manchmal ausdrücklich gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB, und zwar sowohl im Rahmen der Lückenfüllung als auch als Interpretationshilfe bei der Auslegung.⁵⁸

In Japan spielt der Rechtsvergleich als Methode seit langer Zeit eine bedeutende Rolle, und zwar in der Gesetzgebung wie auch in der Gerichtspraxis: Für die berühmten Rezeptionsphasen europäischen Rechts im 19. Jahrhundert und des amerikanischen Rechts in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg lässt sich dies problemlos nachweisen. Doch höchstwahrscheinlich war eine rechtsvergleichende Tätigkeit in Japan bereits viel früher verbreitet, nämlich seit Mitte des 7. Jahrhunderts während der *Taika*-Reformen des Kaisers *Kōtoku*, auch wenn dies nicht exakt belegbar ist.⁵⁹ – Nach

⁵⁷ Bydliński, Methodenlehre, 380, 385 f.; Radbruch, Gustav: Über die Methode der Rechtsvergleichung, 1905/06, 422ff., in: Zweigert/Puttfarcken, 52 ff.

Stoll, FS Bydliński, 429 ff., 434, spricht von einem «methodischen Grundfehler», wenn rechtsvergleichende Erkenntnisse *telquel* ins nationale Recht übertragen werden. Nach Stoll, *ibid.*, 440, geht es um das Füllen dieses «Zwischenbereichs» zwischen Gesetzeswortlaut und Falllösung mit Wertungen des inländischen und ausländischen Rechts, wobei die des ausländischen Rechts dann herangezogen werden dürfen, wenn sie den gleichen Zweck verfolgen wie das auszulegende oder fortzubildende inländische Recht; Kramer, Methodenlehre, 265 ff.

⁵⁸ Zurückgehend auf Meier-Hayoz ergibt sich die Legitimität der rechtsvergleichenden Argumentation etwa im schweizerischen Recht aufgrund des Wortlauts von Art. 1 Abs. 2 ZGB («nach der Regel entscheiden, die es [das Gericht] als Gesetzgeber aufstellen würde») bereits aus der Tatsache, dass die Gesetzesverfasser (und Gesetzgeber) bereits vor der Entstehung der auszulegenden Rechtsnorm ausführliche Rechtsstudien betrieben haben; Kramer, Methodenlehre, 266 m.w.H.: bereits die Untersuchung von Gerber, Alexandra, Osmose zwischen Rechtsordnungen: Berichte des Kolloquiums anlässlich des zehnjährigen Bestehens des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Zürich 1992, zeigte, wie das Schweizerische Bundesgericht in hohem Masse verglich und zwar in 90% aller Fälle mit deutschem Recht; Thomas Kadner Graziano, Entwicklungstendenzen im schweizerischen ausservertraglichen Haftungs- und Schadensrecht, in: Jung, Peter, Aktuelle Tendenzen im schweizerischen Haftpflichtrecht, Zürich 2007 stellt im Jahre 2007, fest, dass jeder vierte Haftpflichtfall in der Schweiz rechtsvergleichende Erwägungen enthält und Axel Tschentscher, Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht, JZ 17/2007, 807 ff., 808 f. stellt ebenfalls eine «Rechtsvergleichungsdichte» für das schweizerische öffentliche Recht fest; zur weitverbreiteten Theorienrezeption des deutschen Privatrechts in das schweizerische siehe nur Kramer, AcP 200 (2000), 1 ff.; zu dem, was die Rechtsvergleichung ist und nicht ist, in jüngerer Zeit: Müller-Chen/Müller/Widmer-Lüchinger, Rn. 1 ff., zum Zweck (Rn. 59 ff.) und zu den Methoden (Rn. 138 ff.).

⁵⁹ Nach aktueller, noch unpublizierter Arbeit des Rechtshistorikers Hideo Sasakura m.w.H.; *idem*, Kap. 6 zur japanischen Rechtsgeschichte der Auslegung im Recht zur Taika-Zeit im Allgemeinen: Damals fand die sog. erste Phase der Rechtsrezeption in Japan statt. Im Zuge der innenpolitischen Zentralisation wurde in Japan chinesisches Recht rezipiert. Das Taihō-Gesetz von 701 (wie auch das Yōro-Gesetz von 718) wurde nach dem chinesischen Vorbild der Tang-Dynastie verfasst. Es enthielt vor allem straf- und verwaltungsrechtliche Bestimmungen, nebst einigen wenigen zivilrechtlichen Regelungen, und begründete ein staatliches Verwaltungssystem. Diese

von Senger war Japan das erste Land, das im 7. Jahrhundert Studenten zwecks Aneignung fremden Kulturwissens ins Ausland (konkret nach China) sandte.⁶⁰ Wird davon ausgegangen, dass letztendlich keine freiwilligen Rechtsrezeptionen und -transfers ohne vorgängiges Studium des «aufzunehmenden» Rechts erfolgten (es handelte sich hierbei um eine sog. freiwillige Rezeption des chinesischen Rechts), so bedeutet dies, dass die japanische Rechtsvergleichung schon im 7. Jahrhundert einsetzte. Was die späteren japanischen Verfasser der Kodifikationen des 19. Jahrhunderts betrifft, ist gut belegt, wie sie von ihren profunden rechtsvergleichenden Kenntnissen Gebrauch machten: beispielsweise *Nobushige Hozumi*, der zu den Verfassern des Zivilgesetzbuches zählte.⁶¹ Bis in die 1920er-Jahre hinein war die rechtsvergleichende Argumentation die wichtigste, um nicht zu sagen die einzige anerkannte methodische Herangehensweise der japanischen Richter an die Falllösung (hingegen verzichteten sie auf die ausführliche Wiedergabe des Sachverhalts).⁶² Erst später – gegenläufig zur europäischen Genese der Rechtsvergleichung – entwickelte sich in Japan eine Falllösungsmethodik, die vornehmlich auf das eigene Recht, das heisst auf die eigenen Präjudizien, baute.⁶³

In einem berühmten Urteil des *Saikôsei* aus dem Jahre 1986 zur Zulässigkeit einer Scheidungsklage findet sich die nachfolgende Passage an die Adresse der «schuldigen» Partei:⁶⁴ *«To begin with, in interpretation and enforcement of divorce law, we cannot disregard the social system of the country, especially the institution of family, economic regime, legal system, religion, climate and the national character, whereas I have doubt on whether our morality or sense of justice is generous for a responsible spouse who has created the cause for divorce.»*

Die grosse Bedeutung, die der rechtsvergleichenden Methode in der japanischen Rechtswissenschaft heute noch zukommt, spiegelt sich nicht zuletzt auch darin, dass die «Rechtsvergleichung» in Japan im Curriculum vieler juristischer Fakultäten als solche gar nicht existiert⁶⁵ – was aber nicht bedeutet, dass diese keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielte. Im Gegenteil, die rechtsvergleichende Argumentation und Lehre gelten dort als selbstverständlich und sind in den Rechtsunterricht integriert. So wurde z.B. unter dem Titel «Zivilrecht IV» an der Universität Kyoto eine Pflichtveranstaltung angeboten, die das Institut Vertrag rechtsvergleichend behandelt.⁶⁶ Daneben werden auch Wahlpflichtveranstaltungen zum chinesischen, amerikanischen, deutschen, französischen oder europäischen Recht angeboten. – Ein der-

Hinweise spiegeln sich in der Tatsache, dass per Ômi-Erlass von 668 die erste japanische Universität gegründet wurde, während die erste juristische Fakultät auf das Jahr 860 datiert wird.

⁶⁰ Von Senger, 208.

⁶¹ *Hôzumi*, s.a. zu *Hôzumi* und seiner Bedeutung als Rechtsvergleicher und Anthropologe: *Aoki*, *Japanese Soil*, 149 f.

⁶² *Ziegert*, *Soziologische Rechtsvergleichung*, 33.

⁶³ Begründet u.a. in dem Ruf nach soziologischen Methoden und einer stärkeren Berücksichtigung von rechtlichen Werturteilen: weiterführend zu dieser Entwicklung: *Rahn*, 202 ff.

⁶⁴ 1986/Nr. 260, Urteil vom 2.9.1987, für den *Saikôsei* übersetzt vom Lehrstuhl *Sir Ernest Satow*, University College, University of London.

⁶⁵ Es wurden nur die Curricula der je zehn wichtigsten Universitäten durchgesehen. Ähnliches lässt sich an einigen chinesischen Fakultäten und der renommierten NSU in Singapore beobachten.

⁶⁶ Dies vor über 10 Jahren: Bulletin der Kyoto Graduate School of Law des akademischen Jahres 2006/2007 (unter http://kyodai.jp/english/e_top.htm l).

art breites Angebot findet sich kaum an einer der grossen juristischen Fakultäten in Europa. An renommierten Rechtsfakultäten von amerikanischen Universitäten kann es sogar vorkommen, dass jegliche Veranstaltung zur «Rechtsvergleichung» fehlt und auch innerhalb der Vorlesungen keine rechtsvergleichenden Bezüge hergestellt werden.

Wiederum anders (wenn überhaupt) als kontinentaleuropäische oder japanische Rechtsvergleicherinnen und –vergleichere treten Juristinnen und Juristen in Nordamerika heute⁶⁷ an Fragen der Methode des Rechtsvergleichs heran.⁶⁸ Amerikanische Richterinnen und Richter gehen in der Tendenz zurückhaltender mit rechtsvergleichenden Argumenten um als ihre schweizerischen Berufskolleginnen und -kollegen. Daher wirken die bekannten Worte der beiden *Supreme Court*-Richter Kennedy und Scalia zur Zulassung von rechtsvergleichenden Argumenten⁶⁹ und zum Legitimationsproblem der Rechtsvergleichung für kontinentaleuropäische Juristinnen und Juristen wenig brisant.⁷⁰ Ein Legitimitätsproblem hat der Rechtsvergleich als Methode heute weder im schweizerischen noch im deutschen oder japanischen Recht: Im Schrifttum vertritt höchstens eine kleine Minderheit die Ansicht, dass rechtsvergleichende Überlegungen in der Auslegung keine Rolle spielen dürften. Allerdings wird der Rechtsvergleich auch (noch) nicht offiziell als eigenständige Auslegungsmethode anerkannt,⁷¹ wie dies zum Beispiel in Japan der Fall ist.

⁶⁷ Historisch betrachtet, war dies anders: «Comparative Law was an element of the first order in building America.»

⁶⁸ So legt *Mathias W. Reimann* in einem Beitrag aus dem Jahr 1997 dar, wie die Ziele der europäischen Rechtsvergleichung kaum mit der amerikanischen Denkweise kompatibel sind. *Reimann*, AJCL 46, 643 ff.

⁶⁹ *Clarke*, 178 ff., 209 m.w.H.

⁷⁰ Justice Kennedy, *Lawrence v. Texas* 539 US 558 (2003); in *Lawrence v. Texas* 539 US 558 (2003) ging es um die Frage, ob ein texanisches Gesetz, das die Homosexualität per Analverkehr (= im Engl. «sodomy») verbietet, verfassungswidrig sei. Dabei wird auf den Entscheid *Bowers vs. Harwick* von 1986 Bezug genommen, der die Frage auf einen konkreten Fall bezogen verneinte. Der Entscheid war massgeblich für die Bereitschaft des Supreme Court, ausländische Rechtsnormen resp. die Rechtsprechung des EGMR und die Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 sowie den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (ICCPR-International Covenant on Civil and Political Rights) vom 16. Dezember 1966 –, in der Schweiz UNO-Pakt II genannt – zu beachten: vgl. *Amann, Diane Marie*: Raise the Flag and Let it Talk, On the Use of External Norms in Constitutional Decision Making, 2 INT'L J. Constitutional Law (2004), 597 ff., 597, 598; Kirby, 327 ff. Justice Kennedy, *Ropers v. Simmons* 125 sect. 1183, at 1200 (2005) und Justice Scalia, *Ropers v. Simmons* 125 sect. 1183, at 1216 dissenting (2005).

⁷¹ Als Beispiel vgl. *Rütsche*, 53 f. zur Rechtsvergleichung im Verfassungsrecht: «Die Rechtsvergleichung sowie die Bezugnahme auf die Rechtswissenschaft und künftiges Recht verleihen der Grundrechtskonkretisierung Abstützung und Sicherheit. Mit Hilfe dieser Instrumente können Gerichte Lösungen finden, die in der Öffentlichkeit voraussichtlich auf Akzeptanz stossen. Rechtsvergleichung, Rechtswissenschaft und künftiges Recht sind gewissermassen Indikatoren für die Begründbarkeit und Konsensfähigkeit rechtsfortbildender Grundrechtskonkretisierungen» – und dann in der Fussnote hierzu: «Damit ist zugleich gesagt, dass die Rechtsvergleichung keine eigene Auslegungsmethode ist.» – Insofern erscheint die Abgrenzung zwischen der Rechtsvergleichung als Interpretationshilfe resp. als Auslegungsmethode zumindest unscharf.

Kapitel 2

Untersuchungsgegenstände: Kurze Vertragsgeschichten zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung

I. (K)eine rechtstatsächliche Untersuchung

A. Vielfalt der Vertragskontexte und -geschichten

Eine Rechtsvergleichung, die kulturelle Aspekte miteinbeziehen will, räumt auch den Rechtstatsachen und den Vertragskontexten Raum ein.

Am Anfang dieser Untersuchung stand deshalb die Frage: Lohnt sich eine rechtsvergleichende Studie zu Verträgen, die gegen die «guten Sitten» verstossen und insbesondere die Themenbereiche «Liebe», Sex und Fortpflanzung betreffen? Damit in Zusammenhang stellten sich folgende Fragen: Wie bedeutungsvoll ist das Recht in diesen Belangen in den verschiedenen Rechtsordnungen? Und wie lassen sich die Vertragsfakten der hier interessierenden Verträge quantitativ oder qualitativ untersuchen? Ausgangspunkt bildete mit anderen Worten die Offenheit gegenüber den Sozialnormen des Rechtssystems.

Eine quantitative Untersuchung der Vertragsfakten war im Rahmen dieser Arbeit nicht vorgesehen. Geplant war jedoch in Bezug auf den Prostitutionsvertrag eine *Auswahl von qualitativen Interviews im Sinne von case studies zu den Fragen, wie der Vertrag zustande kam und ob die mögliche Ungültigkeit (= Unwirksamkeit) des Vertrages (v.a. aufgrund der «guten Sitten») in der Praxis überhaupt eine Rolle spielen würde*. In diesem Zusammenhang wurden einzelne qualitative Interviews mit Betroffenen in der Schweiz und in Japan durchgeführt: zum einen mit dem Ziel, etwas über den Kontext, d.h. die Motivationen der Vertragsparteien und die Beziehung zwischen ihnen sowie über die konkreten Umstände des Abschlusses eines Ehevertrags herauszufinden, und zum anderen, um Vertragsfakten zum globalisierten Leihmuttermarkt zu sammeln und eine Vorstellung von den in diesem Markt verwendeten – zulässigen oder unzulässigen – Verträgen zu bekommen.

Die kurzen Vertragsgeschichten zum *rechtsgeschäftlichen Handeln in Sachen Sex* (Ziff. II/lit. B) beruhen auf persönlichen qualitativen Interviews, die in den Jahren 2007–2009 mit Betroffenen aus der deutschsprachigen Schweiz und aus Japan geführt wurden, sowie auf einem Interview aus dem Jahr 2014 mit einer Person aus Berlin. Des Weiteren wurden *Expertinnen* aus der Schweiz, Deutschland und Japan sowie zwei spezialisierte Rechtsanwältinnen, Mitarbeiterinnen des Fraueninformationszentrums Zürich (FIZ) und der Maria Magdalena Stiftung (St. Gallen) sowie eine Journalistin zu den diversen Themenkreisen befragt. Zudem wurden weitere Interviews mit folgenden Betroffenen geführt: mit einer Tänzerin, einem Clubbesitzer und zwei bei ihm im Club tätigen Frauen, mit der Betreiberin eines Escortservices, einer Einzelunternehmerin im SM-Gewerbe sowie dem Betreiber eines kleinen Etablissements und seinen drei Sexarbeiterinnen. Um entsprechende Einblicke in die fakti-

schen Verhältnisse in Japan zu erlangen, wurden im Herbst 2008/2009 ebenfalls Expertinnengespräche⁷² und Interviews mit dortigen Sexworkern geführt, darunter mit einer Sexarbeiterin, einer *Geisha* und der Betreiberin eines sog. Teehauses, alle aus dem Raum Kyoto/Osaka.

Die Interviews wurden jeweils nach dem gleichen *halbstrukturierten Leitfaden* geführt (vgl. Anhang II) und dauerten durchschnittlich zwei Stunden. Da es sich beim Prostitutionsvertrag um einen Vertragstyp im *Grenzbereich zur Illegalität bzw. zur gesellschaftlichen Stigmatisierung* handelt – der jedoch eng verknüpft ist mit den alltäglichen ökonomischen Bedürfnissen einer Person, erwies sich dieses Vorhaben erwartungsgemäss als nicht einfach. Während sich in der Schweiz sämtliche Frauenhilfsorganisationen sehr kooperativ zeigten, war es in Japan viel schwieriger und daher auch zeitintensiver, überhaupt auskunftswillige Interviewpartnerinnen ausfindig zu machen. Bei fünf von insgesamt sechs in Japan (2007 und 2009) durchgeführten, qualitativen Interviews wurde ich *von Mittelpersonen begleitet*, die als «Dank» dafür, dass mit mir gesprochen wurde, von sich aus «Geschenke» überreichten. Manchmal wurde ich zudem das Gefühl nicht los, dass mir die Frauen vor allem das erzählten, von dem sie dachten, es würde mich interessieren.⁷³ Meine Fragen an die *Geisha* sowie an die «Betreiberin des Teehauses» nach der «Höhe des Entgelts» für die Dienste einer *Geisha* wurden geflissentlich elegant überhört und blieben somit unbeantwortet. Über Geld spricht man in Japan nur unter bestimmten Umständen, etwa wenn es um Honorare ehrenwerter Personen geht.⁷⁴ – Generell ist anzumerken, dass man meinem Unterfangen mit Misstrauen begegnete.⁷⁵

Ergänzend sei hinsichtlich der faktischen Verhältnisse im Zusammenhang mit Prostitution in der Schweiz auf die breit angelegte, soziologische Untersuchung von *Milena Chimienti*, Prostitution et migration (Zürich 2009), verwiesen. Die Forscherin untersuchte anhand von 55 Betroffeneninterviews und weiteren (insgesamt über 100) Befragungen anderer Beteiligten, ob vor einem migrationsrechtlichen Hintergrund von Prostitution überhaupt von einer «Selbstbestimmung» die Rede sein könne. Sie kam zum Schluss, dass die meisten Frauen mit Migrationshintergrund sich nicht freiwillig prostituieren würden. Eine Neuenburger Studie aus dem Jahr 2010 trägt sodann mit zehn unterschiedlichen Porträts zu einer differenzierten Betrachtung des Prostitutionsgewerbes bei.⁷⁶ – Hinzuweisen ist ferner auf zwei laufende ethnografische Studien: *Rebecca Moergen* (Erziehungswissenschaften, Universität Zürich) führt im Raum Zürich unter dem Titel «Im Un-Gewissen Zwischen: Soziale Praktiken und die körperleiblichen Dimensionen sozialpädagogischer Beziehungen im Feld der Sexar-

⁷² Chieko Ueno, em., Universität Tokio, bekannte Soziologin und Genderwissenschaftlerin; Ilse Lenz, Universität Bochum, die sich seit vielen Jahren mit der Thematik «Frau und Arbeit» in Japan beschäftigt.

⁷³ Ähnlich die Anthropologin Hendry, 4.

⁷⁴ Kürzlich wurde mir folgende Geschichte zugetragen: Ein Kollege gab japanische Gutachten in Auftrag, wartete aber vergeblich auf die Honorarnote.

⁷⁵ So waren denn einige der angefragten Personen der Ansicht, «Westlerinnen» hätten ohnehin nur Vorurteile und falsche Vorstellungen. So hätten ihre Erfahrungen sie gelehrt, dass ihre Positionen doch nicht adäquat vertreten würden – weshalb sie gar nicht erst mit mir reden wollten. Auch japanische Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, die ich anfragte, zeigten mir und meinem Vorhaben gegenüber zunächst oft eine negative, belehrende Reaktion.

⁷⁶ Lieber, Marylène/Dahinden, Janine/Hertz, Ellen: *Cachez ce travail que je ne saurais voir*, Ethnographies du travail du sexe, édition Antipode, Lausanne 2000.

beit» eine Studie durch, die sich der Rolle der Soziarbeitenden zwischen Schutz und Stärkung der Selbstbestimmung in den unterschiedlichen Feldern der Sexarbeit annimmt. *Myra Fey* (Politikwissenschaften, Institute for Advanced International Studies, Universität Genf) leitet derzeit eine Untersuchung zum informellen und formellen Schutz gemäss Genfer Prostitutionsgesetz in der Stadt Genf.

Was den *Ehevertrag* im güterrechtlichen Sinne und (in geringerem Masse) auch den *Leihmutterschaftsvertrag* betrifft, präsentieren sich die Fakten aus der juristischen Literatur und Judikatur hingegen bereits reichhaltiger und damit grundlegend anders. Fall- beziehungsweise Vertragsgeschichten können hier auch aus der Judikatur gewonnen werden. Freilich kann es sich hierbei nicht um vertiefte Sachverhaltsschilderungen handeln, denn in den meisten Urteilen wird der Vertragskontext nicht oder nur knapp beschrieben.

Im Resultat präsentiert sich nachfolgend daher ein heterogenes Bild von kurzen Vertragsgeschichten, die auf sehr unterschiedlichen Quellen beruhen. Da zum Leihmutterschafts- und Ehevertrag keine Interviews geführt worden sind, sind die Vertragsgeschichten kürzer und weniger vielseitig gefallen. An dieser Stelle – zu Beginn der Arbeit – sei es jedoch erlaubt, bewusst die Vielfalt der Vertragskontexte und den (tiefgreifenden) tatsächlichen Wandel in diesen Belangen in den Vordergrund zu stellen. Schlussendlich soll auch die Tatsache betont werden, dass in sehr vielen Rechtsordnungen ähnliche Vertragsgeschichten vorkommen, sodass mitunter über die japanische, deutsche und schweizerische Rechtsordnung hinaus Beispiele aufgezählt werden.

Hinzu kommt, dass zu jedem Thema einige weitere Fakten wie Zahlenmaterial zusammengetragen wurden. Dies geschah nicht, um die einzelnen Problematiken zu quantifizieren (die Dunkelziffern sind hoch), sondern vielmehr um gewisse gesellschaftlichen Entwicklungen darlegen zu können.

B. Auswahl der kurzen Vertragsgeschichten und der drei Vertragsbeispiele (Teil 3)

Eine Auseinandersetzung mit den tatsächlichen Situationen und den Vertragskontexten erforderte um der Praktikabilität willen eine Vorauswahl der zu untersuchenden Beispiele. Damit stellen sich unweigerlich die Frage nach den Gründen für die Auswahl der hier wiederzugebenden anekdotischen Vertragsgeschichten. – Diese dienen primär der Illustration der Vielfalt und des Wandels der Vertragsinhalte (Ziff. II) und bilden sekundär die Grundlage für die Auswahl der vertieft zu analysierenden Vertragsbeispiele (in Teil 3):

1.) Die Gestaltung von Sexual-, Liebes- und Familienbeziehungen oder von Familienformen, Kinderwünschen und Sexualleben gehört zu den intimsten und privatesten Angelegenheiten, von der eine Person betroffen ist. Deswegen sollten die betroffenen Personen diese höchstpersönlichen Angelegenheiten grundsätzlich selbstbestimmt, das heisst mittels Vertrag regeln können und dürfen.

2.) Diese intimen Angelegenheiten sprechen aber auch den Staat in seiner Schutzfunktion an. Der Schutz und die Sicherheit der beteiligten Akteure sowie die demografische Entwicklung im Allgemeinen und von Familienformen im Besonderen (Kinderwunsch, Lebensgemeinschaft) sind gesamtgesellschaftliche Aufgaben. Ziel muss es sein, möglichst vielen Bürgerinnen und Bürgern diesbezüglich gleichberechtigt zu einer zufriedenstellenden Lösung zu verhelfen. – Der unerfüllte Kinderwunsch ist beispielsweise eine reale Belastung – und zwar für jedes Paar. Früher oder später wird meistens die «Schuldfrage» aufgeworfen, was zur Belastungsprobe für die Beziehung werden kann.⁷⁷ Die Kinderlosigkeit hat indes unterschiedliche Ursachen. Häufig sind sie physischer Natur und betreffen Männer und Frauen gleichermaßen. Die künstlichen Fortpflanzungsmethoden (z.B. die IVF) können heute in vielen Fällen weiterhelfen, wobei die *Leihmutterschaft wie auch die Eizellenspende* in Europa in vielen Staaten verboten sind, um die Trennung von biologischer und rechtlicher Mutterschaft zu vermeiden. Generell verboten ist Leihmutterschaft in Deutschland und in der Schweiz,⁷⁸ während die kommerzielle Leihmutterschaft etwa in der Ukraine oder der Tschechoslowakei erlaubt ist. Dennoch belegt die Rechtswirklichkeit, dass immer mehr Schweizer Paare ins Ausland reisen, um sich den Wunsch nach dem eigenen Kind zu erfüllen.⁷⁹ Auf dem asiatischen Kontinent sieht die Rechtslage anders aus: In Indien beispielsweise ist die kommerzielle Leihmutterschaft *bis dato* erlaubt (dazu gleich nachfolgend). In Thailand erfuhr sie erst vor Kurzem eine Regelung,⁸⁰ wobei sich dieses Land geradezu zur «Boom-Destination» für die Leihmutterschaft entwickelt hatte.⁸¹ In Kambodscha, Vietnam und in der Republik Korea (nachfolgend Südkorea) ist sie ebenfalls erlaubt. In China ist die Leihmutterschaft zwar verboten, aber offenbar florieren die damit verbundenen Geschäfte dort dennoch.⁸² – In Japan besteht *bis dato* keine gesetzliche Regelung (Kap. 8 Ziff. III.B).

3.) Es gehört zu den Aufgaben der Rechtswissenschaft, sich diesen neuen Bedürfnissen und den damit verbundenen Regelungsmodellen zwischen traditionellen Aufgaben des Familienrechts (Regelung der Abstammung und Sozialschutz) und des Vertragsrechts (Regelung der Vermögensrechte und Eigentumsrechte) anzunehmen und die heute infrage kommenden Verträge zu reflektieren und dogmatisch zu durchdringen.

4.) Den Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung ist gemein, dass sie sich gleichermaßen gut dazu eignen, Sinn, Zweck und Grenzen der Selbstbestimmung zu diskutieren und auszuloten. Traditionell werden die «guten Sitten» zur Festlegung der Grenze der vertraglichen Selbstbestimmung in intimen Belangen des Lebens herangezogen: Es kann sich dabei sowohl um Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit

⁷⁷ Alder/Urech, *ibid.*, 26.

⁷⁸ Vgl. den Rechtsvergleich im Bericht zur Leihmutterschaft des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulats 12.3917 von Nationalrätin Jacqueline Fehr (fortan Bericht zur Leihmutterschaft).

⁷⁹ Bertschi, 72.

⁸⁰ Vgl. Gesetz zum Schutz von Kindern, die durch künstliche Reproduktionsmethoden geboren sind; Gesetz vom 19. Februar 2015; in Thai: http://www.senate.go.th/bill/bk_data/73-3.pdf, zuletzt besucht am 20. Dezember 2015.

⁸¹ Golombok, XVI.

⁸² Vgl. zur globalen Problematik von Leihmutterschaft: Freeman, Michael/Hawkes, Sarah/Bennett, Belinda (Hrsg.): *Law and Global Health*, Bd. 16., Oxford 2014, 221 f.

der Prostitution (nach schweizerischem oder deutschem Recht) oder zum güterrechtlichen Ehevertrag (nach deutschem Recht) handeln als auch um solche zum Leihmutterchaftsvertrag (nach japanischem Recht). In neuerer Zeit kommen freilich andere Grenzen wie die spezialgesetzlichen Verbote hinzu (z.B. zum schweizerischen und deutschen Leihmutterchaftsvertrag). Gemeinsam ist den «guten Sitten» und den spezialgesetzlichen Verboten, dass es sich um soziokulturelle und rechtliche Grenzen der vertraglichen Selbstbestimmung handelt.

5.) Ein selbstbestimmter Vertragsschluss kann auf unterschiedliche Weise in einen fremdbestimmten übergehen, wobei die Grenzen oft unscharf bleiben: Die Fremdbestimmung überwiegt, wenn die Gegenpartei bewusst einen übermässigen manipulativen Einfluss ausübt – daran lässt das Recht keinen Zweifel (z.B. Art. 28 OR). Auch wenn sich das subjektive Täuschungselement nicht erhärten lässt, kann eine unethische und/oder unrechtmässige Fremdbeeinflussung durch die Gegenpartei vorliegen. Das sind Fälle, in denen die Schranke der Generalklausel der «guten Sitten» allenfalls zur Anwendung gelangt.⁸³ Ferner ist von einer überwiegenden Fremdbestimmung auszugehen, wenn für den Vertragsschluss der «soziale Druck» – d.h. der Einfluss von Drittpersonen wie Familienangehörigen und anderen Bezugspersonen (z.B. *Peers, Nachbarn, Arbeitskolleginnen*) – massgeblich war. Das lässt sich jedoch weder durch die Judikatur noch durch die Doktrin so leicht belegen. Die Grenzen der Selbstbestimmung, und damit die Fremdbestimmung manifestieren sich jedoch auch darin, dass eine Gesellschaft vorgibt, ob bzw. wann ein bestimmtes Rechtsgeschäft inhaltlich als unethisch und damit als untragbar bzw. als ungültig zu betrachten ist (gesetzlich geregelte Beispiele sind etwa das Verbot der Entgeltlichkeit von Transplantations- oder Samenspendeverträgen oder zeitlich übermässige Konkurrenzverbote). Vertragliche Vereinbarungen in Sachen Ehe, Fortpflanzung und Sexualität sind dazu prädestiniert, eingeschränkt zu werden, da die meisten Gesellschaften bestimmte Moralvorstellungen davon haben, wie eine Ehe sich gestalten soll und wie Fragen der Fortpflanzung und Sexualität zu handhaben sind. Da die drei Vertragstypen je nach Rechtsordnung, Kultur und Genderverständnis unterschiedlich betrachtet und behandelt werden, eignen sie sich in besonderem Mass für eine exemplarische rechtsvergleichende Untersuchung von Verträgen am Übergang von Selbst- zu Fremdbestimmung.

Durch die Wiedergabe der Vertragsgeschichten erfahren die Leserin und der Leser mehr über *die Vielgestaltigkeit und Kontexte solcher Verträge*. Dazu zählen die subjektive Sicht der Vertragsparteien, ihre Beziehungen zueinander und die konkreten Umstände des Vertragsschlusses. Diese sollen hier wenigstens punktuell in die Untersuchung miteinbezogen werden.⁸⁴ Oft haben nämlich die in eine Ehe oder ein künstliches Fortpflanzungsverfahren bzw. in die Prostitution involvierten Personen gegenüber bestimmten Interessengruppen aus dem Bereich Politik oder Wirtschaft bzw. gegenüber den Interessen Dritter das Nachsehen. Aus der Gender-Perspektive betrachtet, interessiert die *Sichtweise der Betroffenen*, deren Stimmen und Interessen.

⁸³ Gauch, FG Schnyder, 249 ff.

⁸⁴ Das ist eine wichtige Forderung der rechtlichen Geschlechterstudien, statt vieler zur häuslichen Gewalt: Hague, Gill/Mullender, Audrey: Listening to Woman's voices, the participation of domestic violence survivors in services, in: Skinner et al. (Hrsg.), *Researching Gender Violence*, Cullompton/Portland 2005, 146 ff.

6.) Der Einführung in Form von kurzen Geschichten liegt die Hypothese zugrunde, dass Richterinnen und Richter möglicherweise mittels der Generalklausel der «guten Sitten» eine Vertragskontrolle ausüben, ohne dabei die jeweiligen, sehr unterschiedlichen Kontexte der Selbstbestimmung der Parteien eingehender zu berücksichtigen. Das könnte dazu führen, dass die Selbstbestimmung im Vertragsrecht von Bereich zu Bereich zum einen wertungsinkonsistent gehandhabt und zum anderen geschlechtsspezifisch eingeschränkt wird. Ferner liegt der Hypothese zugrunde, dass sich aus rechtsvergleichender Sicht Unterschiede manifestieren dürften, aufgrund derer vielleicht aus westlicher, kontinentaleuropäischer Sicht gewisse Werthaltungen – insbesondere im internationalen Vertragsrecht – überdacht werden müssen.

II. Kurze Vertragsgeschichten

Wenige kurze Vertragsgeschichten sollen die Problemfelder und die Spannbreite des Themas abstecken. Diese anekdotisch erzählten Geschichten können in Teil 3 allerdings nur zum Teil vertieft zum Zwecke der juristischen Analyse wieder aufgenommen werden.

A. Vertragsgeschichten zu «Liebe» und Ehe

1. *In Vorfreude*

Als das Paar sich anfreundete, war er 31 Jahre alt und ausgebildeter Arzt. Sie war eine 35-jährige Hauswirtschaftslehrerin und hatte bereits drei Kinder aus erster Ehe. Als sie im Oktober des Folgejahres merkte, dass sie schwanger war, erklärte er ihr, dass er sie nicht heiraten werde – es sei denn, sie würden eine klare Vereinbarung treffen. Darauf entwarf sein Rechtsanwalt eine Vereinbarung, die sie auf Anraten eines lokalen Beraters nicht unterzeichnete. Zwei Monate später, am letzten Tag des Jahres, traf sich das Paar zusammen mit dem besagten Rechtsanwalt in einem Restaurant, begab sich danach direkt zur Bank und unterzeichnete in Gegenwart eines Notars eine voreheliche Vereinbarung folgenden Inhalts: Sie beschlossen die eheliche Gütertrennung und verzichteten auf jegliche nachehelichen Unterhaltsansprüche. Zusätzlich wurde festgehalten, dass sie ein Vermögen von rund USD 100'000.– und er ein solches von USD 900'000.– besitze, ferner, dass sein monatliches Einkommen ungefähr USD 6500.– betrage und ihres ca. USD 1600.–. Nach 10-jähriger Ehe und zwei weiteren gemeinsamen Kindern kam es zur Scheidung. Das Gericht sprach ihr einen Wertanteil an ihren Investitionen am ehelichen Haus zu, einen Beitrag zum Kindesunterhalt und ein Vermögen von rund USD 100'000.– (wie vor der Ehe). Ferner verpflichtete es den Ehemann, seine Lebensversicherung beizubehalten und diese zugunsten der Frau und aller Kinder zu modifizieren.⁸⁵

⁸⁵ Der Sachverhalt liegt dem berühmten Urteil des Berufungsgerichts Massachusetts Biliouris vs. Biliouris, 67 Mass. App. Circuit 149, vom 11. April und 17. August 2006 zugrunde. Im Resultat erkannte das US-Gericht in diesem Fall die voreheliche Vereinbarung für gültig mit der Begründung, es sei «not an unconscionable agreement».

2. In Erwartung der Krise

Das Ehepaar Maier, beide Mitte 40, trennt sich nach 10-jähriger Ehe, weil die Ehefrau neuerdings einen Freund hat. Bisher haben beide gemeinsam ein Restaurant geführt, das ihnen gemeinsam gehört. Er führt die Küche und sie leitet den Betrieb sowie zwei weitere Gastronomiebetriebe. Beide vereinbaren, dass sie sich in der Nähe eine Wohnung sucht, und falls sie sich im nächsten Jahr oder auch etwas später endgültig trennen würden, werde sie ihm ihren Anteil am Restaurant übertragen. Im Übrigen habe er jedoch nichts von ihr zu erwarten, mithin verzichte er auf einen Unterhalt oder einen Vorsorgeausgleich. Die studierende Tochter wohnt noch beim Vater.⁸⁶

3. Clean-break-Prinzip

Das Ehepaar *Mariko* und *Maki Fuji* heiratete anfangs der 1980er-Jahre. Die Heirat war zwar von den Familien arrangiert, beide waren aber einverstanden. Sie hatten inzwischen zwei erwachsene Kinder, die beide nicht mehr zu Hause lebten. Die Mutter von *Mariko* lebte seit Beginn der Ehe mit der Familie; das Haus, in dem sie wohnten, gehörte nämlich der alten Dame. *Mariko* kümmerte sich um den Haushalt und um ihre Mutter, *Maki* arbeitete täglich von 9 Uhr bis spätabends um 23 Uhr. Seit Ende der 1990er-Jahre wohnte die Ehefrau im oberen und ihr Mann im unteren Stockwerk. Am Wochenende ging er segeln oder spielte mit Arbeitskollegen Golf. Als *Mariko* im Jahre 2003 zwei Tage die Woche im Sekretariat einer Handelsfirma eine Arbeit annahm, zeigte er sich darüber sehr verärgert, denn schliesslich war es seine Aufgabe, für den Unterhalt der Familie aufzukommen. Wenig später kam er nicht mehr nach Hause, sondern zog in sein Elternhaus, wo seine demente Mutter mit seiner Schwester lebte. Mittlerweile hatte er auch eine Geliebte. So lebten *Mariko* und *Maki* einige Jahre getrennt, bis er schliesslich nach der Heirat ihrer gemeinsamen Tochter die Scheidung einreichte. Das lokale Gericht liess die Scheidung zu, obschon er für «schuldig» befunden wurde; dies mit der Begründung, das Ehepaar habe genügend lange getrennt gelebt, die Kinder bräuchten keine Unterstützung mehr und die Ehefrau stehe nicht völlig mittellos da. Das Ehepaar *Fuji* vereinbarte, dass *Mariko* eine einmalige Abfindungssumme von ca. 5'000'000.– Yen (CHF 50'000.–) erhalten sollte. – Sie wusste dabei weder, was ihr Exmann verdiente, noch wie viel Vermögen er hatte.⁸⁷

⁸⁶ Mit Beschluss vom 15. März 2017 (Az. XII ZB 109/16) sowie mit Beschluss vom 29. Februar 2014 hatte der BGH Gelegenheit, seine Rechtsprechung zur Wirksamkeitskontrolle von Eheverträgen zu bestätigen und zu präzisieren (BGH, FamRZ 2014, 629 ff., 633; Anm. *Brudermüller, Gerd*, NJW (44) 2014, 3205). Auch wenn die ökonomische Impartität für sich genommen noch kein Sittenwidrigkeit darstellte, hat der Ehemann im besonderen Nahverhältnis zu einem individuell besonderen Zeitpunkt (nach der Geburt) seine wirtschaftliche und soziale Überlegenheit ausgenutzt und damit die Ehefrau in ihrer Selbstbestimmung beim Vertragsschluss beeinträchtigt. Damit legt der BGH im Beschluss vom 15. März 2017 besonderes Gewicht auf den Kontext des Vertrages, namentlich die Art und Weise des Vertragsschlusses.

⁸⁷ Diese Vertragsgeschichte ist dem Scheidungsurteil des Saikōsai vom 18.11.2004 nachgebildet (1881 Hanrei Jihō 9). In Japan ist der güterrechtliche Ehevertrag zwar vom Gesetz vorgesehen (Art. 755 f. Minpō), aber de facto werden keine Eheverträge geschlossen (vgl. dazu unter Kap. 9).

B. Vertragsgeschichten zum Sex

1. *Anna tanzt in der Schweiz und Japan*

Anna (A.) aus Russland fand die ihr vorab schriftlich zugestellten Fragen offensichtlich akzeptabel, denn sie war bereit, sich mit der Autorin zu treffen. A. ist gross, brünett und sehr lebhaft. Sie spricht kein Deutsch und so unterhalten wir uns in gebrochenem Englisch. Es ist Winter 2009 und A. studiert seit einem Jahr in der Schweiz. Sie hat einen festen Freund und mag sich nicht gerne an ihre Zeit als Cabaret-Tänzerin erinnern.

A. arbeitete als Tänzerin und Stripperin, ursprünglich in Japan und später auch in der Schweiz. Ihr Aufenthalt in Zürich war an eine sog. L-Bewilligung – eine Kurzaufenthaltsbewilligung für Personen aus Drittstaaten – geknüpft, da sie aus einem nicht EU/EFTA-Land stammte. Sie war über 20 Jahre alt und durfte nur für maximal acht Monate eine Arbeit als Cabaret-Tänzerin ausüben. Ferner musste sie bei der Einreise in die Schweiz einen «Arbeitsvertrag» als Cabaret-Tänzerin für insgesamt mindestens vier Monate vorweisen. Die Erteilung dieser Bewilligung ist Sache des Kantons. In anderen Kantonen wie Bern, St. Gallen, Zug, Thurgau und Wallis gibt es keine L-Bewilligungen (mehr) für Angehörige von Drittstaaten.

Der schriftlich vereinbarte monatliche Grundlohn von A. betrug damals CHF 2300.- Hinzu kam, dass monatlich mündlich abgemacht werden sollte, wie viel Umsatz sie als Tänzerin mit dem Champagnerkonsum der Kundschaft zu erzielen hatte. Dabei sollte A. folgendermassen vorgehen: War eine Flasche (für die ein Kunde ca. CHF 700.- bezahlte) leer, müsse A. versuchen, dem betreffenden Kunden wiederum eine Flasche aufzuschwatzen. Ihre Kunden wollten aber meist auch Sex.

Wurden sie von A. abgewiesen, reagierten sie oft aggressiv. A. hatte jedoch Glück: Da sie eine sehr erfolgreiche und beliebte Stripperin war, akzeptierten ihr Chef und die Kundschaft, dass es nicht zu weitergehenden sexuellen Leistungen kam. Die Zwangsprostitution – die nach A. in den *Séparées* des Cabarets sehr wohl existierte – blieb ihr also erspart.⁸⁸

Besonders interessant an A.'s Geschichte ist, dass sie bereits vor ihrem Leben in der Schweiz als Tänzerin in Japan tätig war. Auch damals hatte sie – bevor sie ihre Tätigkeit dort aufnehmen konnte – zuerst ein Prozedere mit einer Agentur zu durchlaufen, die Frauen als Tänzerinnen nach Japan vermittelte.

Ausländerinnen, die als Tänzerinnen in einem japanischen Club arbeiten wollen, brauchen auch nach dem dortigen Recht ein sog. «Entertainment-Visum», das in der Regel zunächst für die Dauer von drei Monaten ausgestellt wird und um weitere drei Monate verlängert werden kann, wobei die maximale Dauer bei einem Jahr liegt. Voraussetzungen sind nebst den üblichen Formalien ein unterschriebener Arbeitsver-

⁸⁸ Es gibt indes auch andere Frauen, welche die negativen Folgen vermehrter Polizeipräsenz in den Cabarets beklagen. Vor Ergreifung dieser Massnahme hätten sie mehr «*Séparées machen können*» und bei Letzteren hätten sie schliesslich am meisten verdient; in: *Spindler, Charlotte/Schertenleib, Marianne, Fraueninformationszentrum für Frauen aus Afrika, Asien, Lateinamerika und Osteuropa* (Hrsg.): *Champagner, Plüsch und prekäre Arbeit, Arbeits- und Lebensbedingungen von Cabaret-Tänzerinnen in der Schweiz*, Zürich 2006, 68.

trag, eine Einladung (des Arbeitgebers) aus Japan und eine Bürgschaftserklärung des Vermittlers bzw. der Agentur. Ausserdem muss die betreffende Agentur den Nachweis erbringen, dass sie in Japan registriert ist und die Steuerpflicht erfüllt hat. Zudem muss die Antragstellerin ein Mindestalter von 18 Jahren aufweisen, denn sonst könnte es sich um einen Fall von Kinderprostitution handeln. In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass die Volljährigkeit in Japan erst mit 20 Jahren erlangt wird. – A. las also das Zeitungsinserat der Agentur. Beim Treffen wurde nach ihren Tanzerfahrungen gefragt. Ein entsprechender Nachweis wird jeweils nötigenfalls auch von den Agenturen erbracht. Der Vertrag zwischen A. und ihrer Agentur lautete auf die Berufsbezeichnung «Tänzerin» und war in einer ihr verständlichen Sprache verfasst. Er wurde für die Dauer von drei Monaten ausgestellt und nannte den Namen und die Lokalität, wo A. arbeiten sollte. Als monatliches Entgelt waren JPY 200'000.– (ca. CHF 1840.–) vorgesehen. Der Vertrag wurde von beiden Parteien unterzeichnet und der japanischen Botschaft zusammen mit dem Visumantrag vorgelegt. A. wurde dieser Vertrag indes nie ausgehändigt. Sie war schon beim Interview darüber aufgeklärt worden, dass der fragliche Vertrag keine Geltung haben würde. Die Agentur schloss nämlich einen zweiten schriftlichen Vertrag mit A., der ihr ein viel geringeres monatliches Entgelt zusprach: Nämlich JPY 40'000.– (ca. CHF 370.–, Stand Nov. 2016).⁸⁹ Ergänzend wurde sie darüber informiert, dass sie den Betrag für die voraussichtlich sechs Monate lange Tätigkeit erst vor ihrer Rückreise von der Agentur erhalten würde. Die Agentur übernahm ferner die Flugkosten von A. In dem kleinen Etablissement, das sich in einer ländlichen Region im Nordosten von Japan befand, war der Inhaber zugleich auch der Manager und für die unmittelbare Betreuung der Frauen und Kunden zuständig. Die Frauen sind je nach Umsatz, Schönheit und Anciennität durchnummeriert und geniessen entsprechend unterschiedliche Rechte. A. erhielt von ihrem Etablissementbesitzer ein Taschengeld von JPY 30'000.– (CHF 270.–/Stand Nov. 2016) pro Monat sowie Kost und Logis, wobei sie zu dritt in einer Zweizimmerwohnung mit eigener Küche und Dusche wohnte. A. musste primär abends von ca. 19:00 oder 20:00 Uhr bis 01:00 oder ca. 03:00 Uhr (also 5–8 Std.) Kunden unterhalten, d.h. mit ihnen schwatzen, scherzen, flirten, tanzen, singen – in einem Wort: «spielen». Dem japanischen Ausdruck für spielen «*asobu*» kommt eine wichtige, umfassende Bedeutung zu. In der japanischen Gesellschaft wird nämlich jede private Verabredung und jede Freizeitaktivität mit diesem Verb umschrieben (z.B. «Wollen wir uns verabreden?» würde wörtlich übersetzt heissen: «Wollen wir nicht spielen gehen?»). In der Literatur wird daher auch die Ansicht vertreten, dass «das Spiel» wichtiger sei als der eigentliche «Sex». – Ausserdem erhielt A. diverse «Boni» für Leistungen, die der Kunde im Etablissement verlangte: Für eine bestimmte Anzahl bestellter Getränke, z.B. für 100 Bestellungen JPY 5000.– (ca. CHF 46.–), wobei im Etablissement von A. sämtliche Getränke mitgerechnet wurden. Zudem wurde auch jede Essensbestellung honoriert, wobei mit 10–30 Tellerchen pro Abend zu rechnen war. Eine bestimmte Anzahl von «*shimei*» («namentliches an-den-Tisch-rufen»), konkret: 30 Mal pro Monat ergab einen Bonus

⁸⁹ Alle, die in Japan arbeiten, ob Ausländerinnen oder nicht, ob illegal oder nicht, fallen unter die japanischen Arbeitsgesetze. Es besteht eine Regelung für einen Mindestlohn (Art. 5 sog. *minimal wages law*). Konkret werden die Mindestlöhne jedoch regional und branchenintern festgelegt; damals lag der Mindestlohn bei JPY 719.– pro Stunde, was bei einer 40-Stundenwoche rund JPY 152'000.– ergibt.

von JPY 10'000 bis 50'000.– (ca. CHF 92.– bis 460.–) extra. Einen Tag die Woche hatte A. frei. Eine Unfall- oder sonstige Arbeitsausfallversicherung hatte sie bei Vertragsschluss nicht abgeschlossen. Bei kleineren Krankheiten zeigte sich der Betreiber des Etablissements jedoch verständnisvoll und hilfsbereit. Von den Kunden bekam A. zudem je ein «Trinkgeld», wenn sie einen speziellen Tanz aufführte, z.B. «Oben-ohne», oder einen Striptease, oder wenn sie sich kostümierte oder mit den Kunden Karaoke-Lieder sang. Ferner wurden in dem Etablissement Brettspiele durchgeführt, bei denen dem Gewinner entweder Küsse bzw. Berührungen oder eben Geld (JPY 1000 bis 5000.–, CHF 9.20.– bis 46.–) zustanden. Manchmal wurden auch illegale Glücksspiele durchgeführt. Jedoch bestand für A. keine Pflicht, sexuelle Dienste anzubieten und sie wurde auch nie dazu gedrängt.

Japanische Kunden waren gemäss A. in der Regel höflich und nett, selbst wenn sie betrunken waren, was regelmässig der Fall gewesen sei. Die japanische Kundschaft werde leicht sentimental und wolle primär Gesellschaft. Viele japanische Kunden suchten einen Ort zum Entspannen oder auch nur zum Schlafen. Wünschten die japanischen Kunden Sex und habe A. dies abgelehnt, wurde eine andere Frau gefragt. In der Regel suchte dieser Typ von Kunde aber einfach einen andere Art von Club auf (z.B. «*Imêgi-curabu*», «*Sôpu-randu*») statt eine Tänzerinnen- oder Hostessen-Bar. Allerdings begleitete A. in ihrer Freizeit gewisse Kunden auf kurzen Wochenendreisen und erhielt dabei für ihre u.a. sexuellen Dienste jeweils Pauschalen zwischen JPY 100'000.– und 2'000'000.– (CHF 920.– und 18'200.–). Den Etablissementbetreiber von A. störte das nicht, denn die betreffenden Kunden kamen danach weiterhin vorbei.

2. Clubinhaber

Das Bürozimmer des Inhabers (I.) liegt hinter der massiven Rezeption des Clubs aus Holz, die von zwei Bodybuildern bedient wird. An den Wänden des Büros hängen freundliche Kinderzeichnungen. B. selber ist ebenfalls von imposanter Statur, wirkt jedoch wenig zugänglich. Er nennt die 30–40 Frauen, die in diesem Club teilzeitbeschäftigt sind, «Meitli» oder auch «Girls» (wobei sich diese selbst untereinander auch so nennen).

Für I. ist klar, dass die Motivation, Sexarbeiterin zu werden, das gute Monatseinkommen ist: Anstatt sich mit einem Monatslohn von CHF 3000.– bis 5000.– begnügen zu müssen, würden die Frauen bei ihm eben lieber CHF 15'000.– bis 20'000.– im Monat verdienen. Die Anwärterinnen gelangen oft über Mund-zu-Mund-Werbung zu ihm; wobei aber auch ein Kontaktendienst zwischengeschaltet wird, der eine erste Selektion hinsichtlich Alter, Arbeitsbewilligung und Aussehen durchführt. Die im Club anwesenden Frauen sehen alle ähnlich aus.

Manche Frauen arbeiten zwei bis drei Wochen, pausieren dann und machen Ferien. I. bestätigt, es sei für die Frauen kein leicht verdientes Geld, sondern eine mit einer grossen psychischen Anstrengung verbundene Arbeit. Wenn ihnen das Geld ausgehe, würden sich die Frauen wieder bei B. melden. Manche kämen nur gelegentlich, neben ihrer «ordentlichen» Berufstätigkeit. Viele stammen aus der Berufsgruppe «medizinisches Personal». Einige «arbeiten» – nachdem sie eine Familie gegründet haben –

weiterhin bei ihm, dann allerdings meist im Geheimen. Auch die Kunden würden ihren Familien nicht sagen, dass sie zu ihm in den Club kämen. Nicht einmal I. selbst weiss – darauf angesprochen –, ob die Mutter seiner Tochter dieser gegenüber ihren tatsächlichen Beruf verraten würde. Dass ein Dritter «abkassiere», sei für seine Frauen kein Thema mehr. I. verlangt von den Kunden in den Club einen fixen Eintrittspreis von CHF 90.–. Dafür steht den Gästen eine umfassende Infrastruktur zur Verfügung: thematisch ausgestattete Stockwerke, Bars, Restaurants, Sauna, Schwimmbad, Liegebereiche, Dachterrasse, Tanzbühne, Sexkino mit Sofas. Hinzu kommt die Möglichkeit, die Frauen auf ein Einzelzimmer einzuladen. Der Club bietet einen Schutz-, Putz- und Waschservice sowohl für den Gemeinschaftsbereich wie auch für die Einzelzimmer. Zudem existiert eine Hausordnung, die gewisse Verhaltens- und Hygienevorschriften festhält. Ferner gibt es eine Checkliste für die Benutzung und Kontrolle der Zimmer sowie für die Wäsche.

Über den Vertragsinhalt des eigentlichen Sexgeschäfts zwischen seinen Kunden und den Frauen seines Clubs will I. nicht genau Bescheid wissen. Der Verhandlungsspielraum der Parteien sei beliebig gross, wobei «der Markt spiele» (spezielle Praktiken sind teurer). Wegen der Pflicht zur Mehrwertsteuerabrechnung hat I. allerdings einen Richtpreis von CHF 120.– pro ½ Stunde festgelegt. Der gelte auch für den Eintritt in das Sexkino. Der Kunde bezahle teils vorher und teils nachher. Falls nicht bezahlt wird, mischt sich I. ein. Schriftliche Verträge gibt es in seinem Club nicht: weder zwischen I. und den Frauen noch zwischen diesen und ihren Kunden.

I. und die «Meitli» haben ferner eine mündliche Vereinbarung getroffen, dass sie gegenseitig respektvoll miteinander umgehen werden (sog. «Ehrenkodex»). Ferner treffen sie sich wöchentlich zu einer Sitzung. Ein gültiger Vertrag wäre nach B. für «seine Frauen» allgemein vorteilhaft, denn dann könnten sie im Notfall ihr Geld auch eintreiben. Die meisten Kunden des Clubs seien jedoch Stammkunden, sodass es selten zu Schwierigkeiten komme.

Wenn sich eine Frau einmal nicht an eine Vereinbarung halte, weil sie beispielsweise aufgrund des schönen Wetters lieber etwas anderes unternehmen möchte, so werde sie ihm (I.) gegenüber «schadenersatzpflichtig». Will die Frau ihr Engagement im Club aufgeben, so lässt I. sie aber jederzeit ziehen. Oft liessen sich Frauen auch einfach krankschreiben.

I. würde einen Standardvertrag für die Frauen seines Clubs befürworten. (Man müsste sich allerdings gut überlegen, wie ein solcher Vertrag auszugestalten wäre; ein eigentlicher Arbeitsvertrag könnte es wohl kaum sein.) Nur weniger als 50% der Frauen würden mittels einer Versicherung für sich selbst vorsorgen.

I. kennt allerdings vor allem die Situation von Frauen aus Osteuropa. Sie kämen aus eigenem Antrieb in die Schweiz und wüssten, was sie erwarte. Sexuelle Handlungen seien für sie nichts Neues; in den ehemals kommunistischen Ländern hätten sie sich oft für «ein Brot» dazu bereit erklärt. Asiatinnen bemühen sich gemäss I. noch mehr, eine «gute Dienstleistung» zu erbringen. Religionsbezogene Unterschiede zwischen den Frauen sieht I. indes keine, insbesondere nicht hinsichtlich der Doppelmoral. I. selbst meint, es sei zwar «eine Sünde», dass er sein Geld damit verdiene, dass Frauen

sich prostituieren. Er ist aber der Meinung, so wie er es mache, sei es «vor dem Jüngsten Gericht» noch vertretbar.

3. *Die Geschichte des unscheinbaren Kunden C.*

Der Schweizer Kunde C. ist 55 Jahre alt und berufstätiger Ingenieur. Das Etablissement von D., das C. «gelegentlich» aufsucht, befindet sich unweit seines Wohnorts in einer kleinen schweizerischen Stadt. Es «arbeiten» dort drei Personen, immer zwei Sexworker zur gleichen Zeit nach einem Arbeitsplan, der einen Monat zuvor bekannt gegeben wird. Sie offerieren unterschiedliche Leistungen: Eine Person ist Transvestit, die zweite repräsentiert einen «mütterlichen Typ» und die dritte bietet SM-Leistungen an. Dementsprechend sind auch die Zimmer in einem anderen Stil eingerichtet. Gearbeitet wird in zwei Arbeitsschichten: Von 9:00-17:00 Uhr und von 17:00-23:00 Uhr, wobei mit bis zu acht Kunden pro Schicht zu rechnen ist. Die meisten Kunden bezahlen bar. D. hat die Leitung des Etablissements seit über zehn Jahren inne. Er führt mit C. in der Gemeinschaftsküche ein Gespräch. Dem Etablissementbetreiber werden am Ende des Abends 40% der Einkünfte abgegeben; damit ist die Zimmer- und Küchenbenützung abgegolten, die Organisation sowie die Putz- und Waschiedienste sind inbegriffen. Zudem garantiert D. seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern einen monatlichen Verdienst von CHF 15'000.–, was indes regelmässig noch kein genügendes Einkommen sei, denn die meisten Sexworker seien hoch verschuldet. Unfall- oder Sozialversicherungen schliesst D. für seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht ab. Der Kunde C. vereinbart mit ihm immer zuerst die Leistungen, die er haben möchte, und bezahlt, nachdem diese erfolgt sind. Ist C. zufrieden, gibt es zusätzlich ein Trinkgeld.

4. *Eine Geschichte aus fast vergangener Zeit*

Frau E. ist über 70 Jahre alt und führt mit ihrem Ehemann ein kleines ruhiges Restaurant in Tokyo. Wir treffen uns in einer luxuriösen und anonymen Hotellobby; sie sitzt – in klassisch-japanischer Manier in einen Kimono gekleidet – mit dem Rücken zur Halle. Sie fällt durch ihr gewinnendes Lächeln und ihre eleganten Gesichtszüge auf. Zunächst tauschen wir die obligaten Geschenke aus. Dann erzählt sie von sich aus, wie sie als junges Mädchen von 12 Jahren vom Land in ein Tokyoter *Geishahaus* kam. Ihre Eltern waren arme Bauern und sie hatte vier Geschwister; damals fand sie es schlimm, ihre Familie verlassen zu müssen.

E. wurde im *Geishahaus* mit drei anderen jungen Frauen und Mädchen systematisch in Gesang, Tanz, Instrumentalunterricht sowie in Literatur, Poesie und Politik geschult. Kamen Kunden ins Haus, mussten sie und ihre Kolleginnen auf Wunsch ihre Darbietungen präsentieren. Während mehrerer Jahre trat sie in Begleitung ihrer älteren Kolleginnen auf; so baute sie mit der Zeit ihre eigene Stammkundschaft auf. Über 40 Jahre lang war sie in der japanischen Hauptstadt als *Geisha* tätig. E. wurde – wie sie auf eine entsprechende Frage hin offenlegte – über all die Jahre nie dazu genötigt, sexuelle Leistungen zu erbringen; vielmehr durfte und konnte sie unerwünschte Kunden stets ablehnen. Die Frage zu ihren Einkünften ignorierte sie höflich.

5. Tina aus Berlin

Nie mehr draussen in der Kälte stehen und warten müssen. T. sucht und findet ihre Kunden per Internet. Dies verdankt sie mehreren neuen IT-Applikationen wie z.B. *Peppr*, mit der ein Kunde per Karte die (von ihm aus) am nächsten «stationierte» Prostituierte suchen und diese inklusive Bild-, Preis- und vielen weiteren Detailangaben auch finden kann.

Darauf hat der Kunde die Möglichkeit, vor einem Treffen Fragen zu stellen und Wünsche zu artikulieren. T. kann ihrerseits Erkundigungen einholen, beispielsweise nachsehen, ob eventuell interne Warnungen oder Empfehlungen über die betreffende Person abgegeben wurden oder auch Fragen zum Hintergrund und der Gesundheit des potenziellen Kunden stellen. Die Vermittlungsgebühr kostet 5 bis 10.– EUR.

C. Vertragsgeschichten zur Fortpflanzung

1. Baby Manji – ein international viel beachteter Fall

Im Fall von *Manji Yamada* geht es um ein japanisches Ehepaar, das kein Kind bekam, weil die Ehefrau unfruchtbar war. Das Paar *Ikufumi* und *Yuki Yamada* veranlasste deshalb Ende 2007, in *Gujarat* im Nordwesten von Indien eine künstliche Befruchtung der Eizelle einer anonymen Spenderin mit Spermien des Mannes.⁹⁰ – In Japan ist die Leihmutterschaft zurzeit zwar nicht gesetzlich verboten, wird aber als ethisch nicht akzeptiert (vgl. dazu später § 8 lit. III.B)⁹¹ – Daraufhin vermittelte die dortige Fertilitätsklinik den Vertrag zwischen einer indischen Leihmutter und dem Paar. Als *Manji* Ende Juli 2008 in Indien zur Welt kam, hatten sich ihre «Eltern» bereits getrennt und liessen sich danach scheiden. Die Ex-Gattin von *Manjis* Vater interessierte sich nicht mehr für das Kind. In der Folge war unklar, wer nun rechtlich die Mutter von *Manji* sei – die Eizellenspenderin, die Leihmutter, die Ex-Gattin ihres «Vaters» oder gar die Amme, die sie zwischenzeitlich stillte? Ferner bestand Unklarheit über die Nationalität von *Manji*. Nach dem japanischen (wie nach dem schweizerischen) Zivilrecht ist grundsätzlich die leibliche Mutter auch die rechtliche. Dabei

⁹⁰ Die Akanksha Fertility Clinic, an welcher der Eingriff vorgenommen wurde, ist nur eine von rund 3000 Kliniken dieser Art in Indien. Sie wurde von Nayna Patel in Anand Gujarat im Jahre 2003 aufgebaut und geleitet. Berühmt wurde sie – und mit ihr die gesamte Region – im Jahre 2004, weil Rhadha Patel dort für ihre in Grossbritannien wohnhafte Tochter als Leihmutter erfolgreich Zwillinge zur Welt brachte: *Bailey*, Globalization and Transnational Surrogacy in India, 25.

⁹¹ Der japanische nationale Wissenschaftsrat (2008) und die japanische Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (2003) haben etwa Leitlinien publiziert, die von der Leihmutterschaft abrateten: s. Richtlinien JP Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe 2003, Japanese Institution for Standardizing Assisted Reproductive Technology (JISART) (<http://www.jisart.jp/>); s.a. Bericht des Wissenschaftsrates: Assisted Reproductive Technologies Review Committee, April 2008, <http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-20-t56-1e.pdf>, zuletzt besucht am 20. Dezember 2015. Ein Leihmutterschaftsvertrag wäre demnach laut dem japanischen Zivilgesetzbuch (Art. 90 *Minpō*) zumindest sittenwidrig; vgl. Urteil des höchsten Gerichtes von Japan vom 23. Juli 2007 (*Minshū* 61-2); *Satoko Tatsui, Seimei rinri-hō no sōan to sōten*, *Juristo* Nr. 1359 [Entwurf und Streitpunkte zu einem Bioethikgesetz] (2008), 58 ff.

gilt der Rechtsgrundsatz *mater semper certa est*.⁹² Nach indischem Recht ist ein Mann nicht befugt, eine Einzeladoption zu beantragen – obschon dieser Mann im vorliegenden Fall der biologische Vater war.⁹³ *Manji* war also infolge der modernen Reproduktionsmedizin rechtlich elternlos geworden. Der biologische Vater musste u.a. aus Visagründen zurück nach Japan reisen; in der Folge sorgte sich *Manjis* japanische Grossmutter *Emiko Yamada* um die Kleine. Es war denn auch die Grossmutter, die um das Recht focht, mit *Manji* aus Indien aus- bzw. in Japan einzureisen. Das höchste indische Gericht ermöglichte ihr dies schliesslich ein Jahr später.⁹⁴

⁹² Art. 252 Abs. 1 ZGB; Art. 772 *Minpô* geht stillschweigend von diesem Grundsatz aus, da nur das Kindesverhältnis zum Vater in der Ehe geregelt wird.

⁹³ Das könnte sich indes in Zukunft ändern: Im Urteil vom 8. Februar 2013 des Supreme Court of India *Stephanie Joan Becker vs. State & Ors* wurde einer 53-jährigen, alleinstehenden Mutter erlaubt, ein indisches Waisenkind von 10 Jahren zu adoptieren, da dies zum Kindeswohl geschehe. Im Urteil vom 19. Februar 2014 des Supreme Court *Shabnam Hashmi vs. Union of India & Ors*, 2014 (4 SCC 1), hat das oberste Gericht das Adoptionsrecht jüngst (wieder) als Grundrecht anerkannt.

⁹⁴ Urteil des Supreme Court of India vom 29. September 2008, *Baby Manji Yamada vs. Union India & Anr.* Writ (Petition) No. 369 of 2008, <<http://judis.nic.in/supremecourt/chejudis.asp>>, zuletzt besucht am 20. Dezember 2015; vgl. *Twine, France Winddance*: Outsourcing the Womb: Race, Class and Gestational Surrogacy in a Global Market, Routledge Oxfordshire 2011, 45 ff.; *Points, Kari*: Commercial Surrogacy and Fertility Tourism in India, The Case of Baby Manji in: Kenan Institute for Ethics at Duke University (Hrsg.), *Case Studies in Ethics*, <http://kenan.ethics.duke.edu/wp-content/uploads/2012/08/BabyManji_Case2015.pdf>.

Obwohl dieser Fall auch in Indien hohe Wellen schlug, gibt es *bis dato* kein indisches Gesetz, welches die Leihmutterschaft regelt. Allerdings bestehen entsprechende Bemühungen und es existieren *nationale Guidelines* zur Akkreditierung von Fertilitätskliniken. Zudem erliess das indische Innenministerium am 9. Juli 2012 Weisungen hinsichtlich einer Visumpflicht für ausländische heterosexuelle Paare, die eine Leihmutterschaft beanspruchen wollen. Des Weiteren verlangt es, dass ein solches Paar mindestens zwei Jahre verheiratet sein müsse: *Hochschild, Arlie*: *Childbirth at the Global Crossroad*, in: Garey, Anita Ilta/Hansen, Karen V. (Hrsg.), *At the Heart of Work and Family*, 2011, 262 ff., 264; als Beispiel für eine Zeitungsmeldung: *Dhananjay Mahapatra*: *Baby Manji's case throws up need for law on surrogacy*, *The Times of India*, 25.8.2008; die im Nachgang entworfene «*Artificial Reproduction Technology Bill*» 2013 wurde noch nicht verabschiedet. Seit dem Frühling 2014 werden nun weitere rigorose Änderungen an diesem Gesetz diskutiert, wie beispielsweise, dass die künstlichen Reproduktionsmöglichkeiten künftig ausschliesslich indischen Paaren zustehen sollen; krit. der spezialisierte Rechtsanwalt *Anil Mahotra*: *Ending Discrimination in Surrogacy law*, *The Hindu*, 3. Mai 2014, <<http://www.thehindu.com/todays-paper/tp-opinion/ending-discrimi>

[nation-in-surrogacy-laws/article5971774.ece](http://www.thehindu.com/todays-paper/tp-opinion/ending-discrimi)>, zuletzt besucht am 26. Oktober 2014). In einer Einzelinitiative hat zudem der Parlamentarier *Kirit Premjibhai Solanki*, Arzt aus Gujarat, am 8. August 2014 dem Parlament einen Gesetzesvorschlag (*Lok Sabha*) eingereicht: «The Bill No. 61 of 2014 The Surrogacy (Regulation) Bill, 2014»; s.a. Bericht zur Leihmutterschaft, 11 f., 14 f.; weiterführend *Bertschi*, 2013. – Das zögerliche Tempo in der Regulierung mag zum einen die ökonomisch-politische Realität dieses Landes spiegeln, sie zeigt aber auch, dass Indien rechtliche Rahmenbedingungen sucht. Dies wirft ausserdem die Frage auf, in welchen anderen Ländern die Nachfrage nach Leihmutterschaften ggf. befriedigt wird (*Golombok*, IX ff., XVI f.) Juristisch interessant ist der Fall von *Manji* auch deswegen, weil es der indischen NGO *Satya* gelang, sich als dritte Partei in das Verfahren einzumischen und grundsätzliche ethische Bedenken ins Feld zu führen. Die NGO hatte sich für den Verbleib von *Manji* in Indien ausgesprochen. Damit stellt sich auch die grundlegende Frage nach der paritätischen Zulassung von Interessenvertretern im Bereich Fortpflanzung.

2. Einige Aspekte des Entgelts von «Leihmüttern»

Die *Leihmutter Nr. 1* erzählt, dass sie pro Tag USD 1,2.– für die Arbeit auf dem Felde mit ihrem Ehemann verdient. Als Leihmutter hat sie dagegen USD 5500.– verdient, womit sie sich ein Haus kaufen und die Ausbildung der Kinder finanzieren konnte. Die *Leihmutter Nr. 2* verdient USD 25.– im Monat, indem sie Glas stampft. Sie hat einen Alkoholiker zum Ehemann und muss für die Aussteuer der Töchter arbeiten. Als Leihmutter verdient sie USD 4500.–. Sie ist der Ansicht, das sei keine Ausnützung; ein Verdienst von monatlich USD 25.– für das Stampfen von Glas während 15 Stunden pro Tag sei aber eine Zumutung. Ihre «Auftraggeber» würden ihren Töchtern eine Chance auf eine gute Heirat verschaffen, was sie im Moment am allermeisten entlaste. Die *Leihmutter Nr. 3* betet jeden Tag, dass es «ihrem Kind» gut gehen möge.⁹⁵ Im Fall *Manji* hatte Dr. Patel als Leihmutter *Pritiben Mehta* vermittelt, eine verheiratete Mutter zweier Kinder. Patel meint, sie merke, wenn eine Frau nicht Leihmutter sein wolle,⁹⁶ und findet, alle Parteien würden von diesem Arrangement profitieren: Die indischen Frauen verdienten durch die Leihmutterschaft mehr als sie sonst ihr ganzes Leben lang bei ihrer angestammten Tätigkeit verdienen würden; zudem könnten sie diese Aufgabe im Bewusstsein ausüben, jemandem «etwas Gutes» zu tun.⁹⁷

3. Mutter oder Vater mit Kinderwunsch

Der genetische Vater V. von Baby B. und seine Ehefrau, eine Kaderfrau aus Deutschland, waren nicht in der Lage, ein Kind auf natürliche Weise zu haben. Als Arzt ist V. mit den Methoden der künstlichen Fortpflanzung vertraut. Das Paar versuchte es zunächst mit vier *In-Vitro-Fertilisationen*, aber alle Versuche blieben erfolglos. Die Kosten dafür beliefen sich auf rund EUR 60'000.–, was in ihrem Fall jedoch keine grosse Rolle spielte. Die Ehefrau empfand allerdings die damit einhergehende Prozedur als anstrengend und entwürdigend, ja als psychisch unerträglich, sodass sie nach dem vierten Misserfolg nicht mehr bereit war, weitere Versuche über sich ergehen zu lassen. – Im Rahmen der Grundprüfung nach deutschem Adoptionsrecht waren zudem beide als zu alt erachtet worden, um noch ein Kleinkind adoptieren zu können.⁹⁸ Nach heftigen Diskussionen mit ihrem Mann stimmte die Frau schliesslich einer mit einer Eizellenspende kombinierten Leihmutterschaft in der Ukraine zu. Dabei verlangte sie jedoch von ihrem Mann eine schriftliche Bestätigung, dass er im Falle einer Trennung das alleinige Sorgerecht für das Kind übernehmen werde. Als B. im Jahre 2012 geboren wurde, fühlt sich die Frau, die gerade einen neuen Job in Amerika angetreten hatte, weder als biologische oder genetische noch als soziale oder rechtliche Mutter des Kleinkindes und weigerte sich, das neugeborene, ihr von der Leihmutter übergebene Kind anzunehmen.

⁹⁵ Bailey, *Globalization and Transnational Surrogacy in India*, 26.

⁹⁶ Bailey, *ibid.*, 25.

⁹⁷ Dunbar, *Polly: Wombs to Rent: Childless British couples pay Indian women to carry their babies*, Daily Mail, 8. Dezember 2007, <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-500601/Wombs-rent-Childless-British-couples-pay-Indian-women-carry-babies.html>>.

⁹⁸ Es gibt zwar keine ausdrückliche Altershöchstgrenze zur Adoption nach §§ 1741 BGB, der Altersunterschied ist aber regelmässig Gegenstand der Grundprüfung für die präsuntive Kind-Eltern-Beziehung: BT-Drs. 7/5087, 5).

4. *Kinderwünsche homosexueller Paare*

A. und sein Partner B. lernen sich über einen gemeinsamen Freund in Zürich kennen. Sie werden rasch ein Liebespaar. Der eine ist im Finanzgeschäft tätig, der andere ist selbstständiger Künstler. Nach einem Jahr ziehen sie zusammen. Sie gehören zu den ersten stolzen Paaren, die ihre Partnerschaft nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes in der Schweiz (anno 2006) eintragen lassen, und sind sehr zufrieden. Nachdem sie wieder einmal die Nichten und Neffen von A. gehütet hatten, sprachen sie erstmals über ihren eigenen Kinderwunsch. Dabei thematisierten sie alle Möglichkeiten und Lebensentwürfe. Auch eine Adoption erwogen sie. B. verwarf diesen Gedanken jedoch bald, denn er wollte nicht das Risiko eingehen, dass es sich um ein zu altes Kind oder das Kind einer drogensüchtigen Mutter handeln könnte. Er träumte bereits vom Kleinkind, das er in den Armen halten konnte.⁹⁹

T. wurde mithilfe einer Eizelle einer anonymen Spenderin und dem Sperma von A. gezeugt und danach von der Leihmutter C., wohnhaft in Kalifornien, USA, ausgetragen. A. und sein eingetragener Partner B. schlossen vor der Prozedur mit der Leihmutter C. und deren Ehemann einen Leihmutterschaftsvertrag ab. Auf der Grundlage der Erklärungen von A. und B. sowie von C. und ihrem Ehemann wurde eine Vereinbarung zu einem gerichtlichen Urteil verfasst (mit Antrag auf Feststellung der Vaterschaft), aufgrund welcher der *Superior Court of the State of California for the County of X. (USA)* in seinem *Judgment of Paternity* (Vaterschaftsurteil) festhielt, dass A. der genetische und biologische Vater des noch ungeborenen Kindes sei, und B. der vermutete, zweite leibliche Vater. Ferner wurde explizit festgehalten, dass die Leihmutter nicht die biologische Mutter und ihr Ehemann nicht der biologische – oder anders ausgedrückt – nicht der gesetzlich anerkannte Vater des noch ungeborenen Kindes sei. Das volle und alleinige Sorgerecht sowie die finanzielle Verantwortung für das noch ungeborene Kind werde nach der Entbindung an A. und B. übertragen; in die Geburtsurkunde seien deren gesetzlichen Namen sowie die entsprechenden Personalien einzutragen.¹⁰⁰

5. *Altersgrenze*

Eine 47-jährige Bekannte kam im März 2013 in eine deutsche Anwaltskanzlei und fragte, ob sie wohl noch geeignet sei für ein Leihmutterschaftsverfahren. Sie stelle sich eine Leihmutterschaft mit einer Eizellenspende und dem Sperma ihres Ehemannes vor. Sie wollte weiter wissen, was für sie in Deutschland getan werden könne. Da die Vermittlung von Leihmutterschaften in Deutschland verboten ist, konnte die angefragte Anwältin ihr aber nicht mehr als unverbindlich einige Anschriften von be-

⁹⁹ Der Engländer *Richard Westoby*, 2014, 6, beschreibt in seiner eigenen Leihmutterschaftsgeschichte, wie er und sein Partner zum Kinderwunsch kamen: «Den einen Tag war ich überglücklich, mein Leben mit meinem Partner zu teilen und am nächsten fühlten wir, dass unser Leben nicht vollkommen war und dass wir etwas dagegen tun müssen. Ich kann kein genaues Anzeichen nennen, warum wir uns dazu entschieden, nur, dass wir fühlten, dass es der richtige Zeitpunkt war.».

¹⁰⁰ Inzwischen haben sowohl das Schweizerische Bundesgericht als auch der Deutsche Bundesgerichtshof über die Rechtmässigkeit der Vaterschaft von zwei Männern eines in den USA von einer Leihmutter ausgetragenen Kindes entschieden – mit unterschiedlichen Ergebnissen (dazu unter Kap. 8 lit. III/A/2).

kannten Informationsseiten und Vermittlungsfirmen angeben. Da alle Formen der Leihmutterschaft verboten sind in Deutschland, stellte sich für diese Anwältin die Frage des Alters und der Form der Leihmutterschaft nicht.

6. *Das Glück der einen als Glück der anderen?*

Claudia (C.) und ihr Ehemann entscheiden sich für eine künstliche Befruchtung. C. werden mehr Eizellen entnommen, als für einen Versuch notwendig sind, damit sie – sollte es nicht sofort klappen – nicht die gesamte Prozedur der Hormoneinnahme und Eizellenentnahme noch einmal auf sich nehmen muss. C. wird jedoch schon beim zweiten Versuch schwanger, sodass die überzähligen befruchteten Eizellen übrig bleiben. – Der Arzt fragt sie, was nun mit diesen befruchteten Eizellen geschehen soll. C. ist etwas überfordert, so plötzlich vor diese Entscheidung gestellt zu werden, denn das hatte sie sich zuvor nicht überlegt. Da sie überglücklich ist, endlich schwanger zu sein, entscheidet sie sich kurzum, andere Paare, die den gleichen Leidensweg gegangen sind wie sie, an ihrem Glück teilhaben zu lassen. Statt also ihre befruchteten Eizellen «wegzuwerfen», wendet sich C. zusammen mit ihrem Ehemann an den Vermittler Netzwerk Embryonenspende, der für seine Dienste ca. 150.– EUR verlangt. Auf diesem Wege finden sie das Ehepaar D., welches das «Embryonenbaby» sehr gerne übernimmt und den beiden verspricht, gut für das Kind, das sich daraus entwickeln wird, zu sorgen.¹⁰¹

7. *Amerikanischer Agent in Zürich*

Ein amerikanischer Leiter einer grossen etablierten Leihmuttervermittlungsfirma aus Kalifornien befindet sich in Zürich zum Mittagessen. Er kommt mit seinem Partner, mit dem er einen gemeinsamen Sohn aufzieht. Sie sind – wie es dem kalifornischen Recht entspricht – die rechtmässigen Eltern des Kindes.

Sie wissen bereits, dass sie aufpassen müssen, was sie sagen, denn auch die Vermittlung von Leihmutterschaft ist strafbar in der Schweiz. Wir unterhalten uns deshalb vor allem über gleichgeschlechtliche Partnerschaften und den Wunsch von homosexuellen Paaren nach Kindern. Als Vermittler schauen sie, dass alle zu ihren Kindern kommen, die bezahlen können, und zwar für die Abklärungs- und Auswahlgespräche und den Gesundheitscheck der Leihmutter, die Versicherungen für Leihmutter und Neugeborenes, die Anwaltskosten, die Gerichtskosten. Kostenpunkt insgesamt: rund USD 150'000.–. Am besten geeignet sind ihrer Ansicht nach Frauen, die schon geboren haben und sich keinen eigenen Kinderwunsch mehr erfüllen wollen. – Am Abend wollen sie sich dann mit verschiedenen schweizerischen gleichgeschlechtlichen Paaren treffen; Mund-zu-Mund-Propaganda ist das Beste.

¹⁰¹ In Deutschland hat man eine Gesetzeslücke entdeckt, denn das deutsche Embryonengesetz verbietet die Embryonenspende nicht ausdrücklich, während die Eizellenspende klar untersagt ist.¹⁰¹ In der Schweiz ist dies anders: Hier sind nicht nur die Spende und der Empfang von Eizellen verboten, sondern ausdrücklich auch die Vermittlung von entwicklungsfähigen Zellen. Trotzdem lässt sich nicht ausschliessen, dass auch in der Schweiz solche Embryonenkinder leben.

III. Einige Zahlen zur Umrahmung der Vertragsgeschichten

A. Steigende Anzahl von «Wahl-Singles»

Heirat und Ehe werden von japanischen Frauen und Männern vermehrt als nicht wünschenswert empfunden – Tendenz steigend. Meist müssen die Frauen mit der Heirat nämlich die Wahl zwischen Familienarbeit und ihrer guten beruflichen Anstellung treffen; spätestens dann, wenn das erste Kind unterwegs ist. Und die Männer landen unweigerlich in der Karrierespirale, die ihnen nicht selten einen 20-Stunden-Arbeitstag abverlangt. Obschon das japanische *Minpō* (Zivilgesetzbuch) in der Theorie etwa güterrechtliche Eheverträge vorsieht, existieren solche in der Praxis kaum, was ein Anzeichen für die eingefahrene Rollenverteilung ist (s. Kap. 9 Ehevertrag). Ein sog. «Wahl-Single» zu sein ist jedoch heute auch in Japan einfacher geworden, als dies noch vor 20 Jahren der Fall war. Daraus lässt sich aber noch nicht der Schluss ziehen, dass das Ideal der Ehe und der Wunsch nach Hochzeit heute weniger häufig vorkämen. Tatsache ist jedoch, dass diese Faktoren insgesamt dazu führen, dass die Zahl der alleinstehenden Personen in Japan heute bei ca. 60% liegt und das Land weltweit eine der tiefsten Geburtenraten aufweist.¹⁰² Demografischen Prognosen zufolge wird die japanische Population von zurzeit 127 Millionen Menschen bis 2060 um rund einen Drittel zurückgehen.¹⁰³ Zum allgemeinen Geburtenrückgang kommt hinzu,¹⁰⁴ dass die Anzahl älterer Menschen global und somit auch in Japan zunimmt. Daher besteht ein gesellschaftliches Interesse daran, in Ländern wie der Schweiz, Deutschland oder Japan die Geburtenzahlen zu erhöhen und die weltweite Migration zu fördern.¹⁰⁵

Ab dem vierzigsten Altersjahr nimmt die Geburtenrate ab, auch in der Schweiz und in Deutschland: Während anlässlich einer Studie des Bundeslandes Rheinland-Pfalz über 40% der Frauen als Hauptgrund für ihren nicht realisierten Kinderwunsch die Kollision mit ihren beruflichen Interessen angaben, begründeten über 30% der Männer ihren unerfüllten Kinderwunsch primär damit, dass sie (noch) nicht die richtige Partnerin gefunden hätten.¹⁰⁶ Ebenso steht es um die demografische Entwicklung:

¹⁰² S. die Geburtenraten weltweit für das Jahr 2012, unter <<http://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.TFRT.IN>>, zuletzt besucht am 13. November 2016: Japan: 1.4 Millionen; Deutschland: 1.4 Millionen, Schweiz: 1.5 Millionen; während die Geburtenzahl in Japan im Jahr 1973 noch bei 2,09 Millionen lag, betrug sie im Jahre 2010 rund die Hälfte davon: 1,07 Millionen; vgl. National Institute of Population and Social Security Research 2011-2060 vom Januar 2012 (fortan: NIPSS), <http://www.ipss.go.jp/site-ad/index_english/esuikei/ppfj2012.pdf>, zuletzt besucht am 14. November 2015.

¹⁰³ NIPSS 2012.

¹⁰⁴ *Haberkern et al.*, OECD-Familienzukunftsbild 2012, 189 ff.

¹⁰⁵ Zum einen steigt die Lebenserwartung der hochaltrigen Menschen in der Schweiz (ab 80 Jahren) und zum anderen nimmt der Anteil der 65-79-jährigen Personen bis ins Jahr 2030 deutlich zu, weil die Menschen insgesamt gesünder leben und weil die geburtenstarken Jahrgänge in dieses Alter kommen: BFS Statistik der Schweiz Neuchâtel 2015, Szenarien zur Bevölkerungsentwicklung der Schweiz 2015–2045, u.a. werde sich die Anzahl der 80-Jährigen von 2005–2045 verdreifachen, sprich von 4% auf 12% ansteigen. –

¹⁰⁶ Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, TNS emnid, 2005; Initiative *Kinderwunsch Rheinland-Pfalz* <[Kinderwunsch-rlp.de](http://www.kinderwunsch-rlp.de)>, zuletzt besucht am 8.2.2018.

1961 fielen auf 1000 Einwohner noch 19 Geburten, 2011 auf 10'000 Einwohner nur noch deren acht.¹⁰⁷

B. Lukratives Gewerbe

In der Schweiz wird bei einer Gesamtbevölkerung von rund acht Millionen Menschen von 13'000–20'000 Personen ausgegangen, die im Sexgewerbe tätig sind.¹⁰⁸ Statistisch erfasst sind allerdings nur die zirka 1000 ausländischen Tänzerinnen, die dafür ein entsprechendes Visum brauchen.¹⁰⁹ Insgesamt wird damit gerechnet, dass daraus ein Geschäftsvolumen von rund drei Milliarden Schweizer Franken pro Jahr resultiert.¹¹⁰ In der allgemeinen Tendenz nimmt das Gewerbe immer noch zu.¹¹¹ In Deutschland rechnet das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BFSFJ), gestützt auf eine empirische Untersuchung der Beratungsstelle Hydra e.V., bei einer Bevölkerung von 81,1 Millionen Menschen mit bis zu 400'000 Sexarbeiterinnen.¹¹² Das deutsche Bundesamt für Statistik geht zudem von einem jährlichen Umsatz von 14–15 Milliarden Euro aus.¹¹³ Was Japan mit einer Bevölkerung von rund 127 Millionen Personen betrifft, lassen sich *keine* offiziellen Angaben zur Anzahl der Prostituierten finden. Das entsprechende Geschäftsvolumen wird allerdings auf 24 Milliarden US-Dollar geschätzt.¹¹⁴ Einzig die Anzahl der ausländischen Prostituierten liess sich ermitteln; sie soll bei 150'000 liegen. – Würde man also grosszügig mit einer Million Prostituierten in Japan rechnen, so läge die Anzahl der Prostituierten im Verhältnis zu den Einwohnern nur geringfügig höher (1:130) als in Deutschland (1:200), während das entsprechende Verhältnis in der Schweiz (1:400) tiefer zu liegen scheint.

C. Steigende Anzahl der Leihmutterchaften und Internationalisierung

Die Zahl der vertraglich vereinbarten Schwangerschaften hat weltweit trotz nationaler Gesetze und Verbotsnormen, die in gewissen Ländern nach der ersten Welle von Urteilen erlassen worden sind, zugenommen. Immer mehr Menschen aus der Schweiz, Deutschland und Japan nutzen seit Beginn dieses Jahrhunderts die diesbezüglich offeneren Rechtslagen in anderen Ländern. Das Phänomen der vertraglich vereinbarten Schwangerschaften sorgt also auch nach 30 Jahren noch für Diskussio-

¹⁰⁷ Alder, Judith/Urech, Corinne: Psychotherapie in der Frauenheilkunde, Göttingen 2014, 25 ff.

¹⁰⁸ Zum «Schweizerischen Sexmarkt»: Bugnon et al., v.a. Teil 3, 6 ff.

¹⁰⁹ Dies ist derzeit noch in sieben Kantonen der Fall.

¹¹⁰ Bericht Hilber 2014, 12.

¹¹¹ Bericht Hilber 2014; nach Angaben des Bundesamtes für Statistik war die Anzahl der Strafverfahren und Opferberatungen infolge von Menschenhandel und Prostitution von 2012 auf 2013 stark zunehmend (Stand 30.6.2014).

¹¹² Dies im Jahre 2010: <<http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=131998.html#fragment>>, zuletzt besucht am 15.3.2015; s.a. Protokoll des Bundestags vom 6. Juni 2013, 30791 ff.

¹¹³ Das Statistische Bundesamt rechnet die Prostitution in die volkswirtschaftliche Gesamtrechnung, d.h. ins BIP, mit ein.

¹¹⁴ In Japan seit Ende der 1980er-Jahre kontinuierlich ansteigend: <Havocscope.com>, (Global Black Market Information, Stand Mai 2014), zuletzt besucht am 15.3.2016; Kokado, J. Japan. L. No. 40 (2015) 212.; Kinjō, 143 ff., 146K; West, Everyday Japan, 108.

nen, die über die Schweiz, Deutschland und Japan hinausreichen. Diese Internationalisierung der Leihmutterschaft hat *vermehrt Fragen der Anerkennung von Kind-Eltern-Verhältnissen aus ausländischen Leihmutterschaften* aufgeworfen und regt zugleich zum Überdenken der geltenden nationalen Lösungen¹¹⁵ an.

Bereits im Jahr 2011 berichtete die *Haager Konferenz für Internationales Privatrecht* über das zunehmend florierende internationale Geschäft der Leihmutterschaft,¹¹⁶ worauf die im Jahre 2014 publizierte Studie entstanden ist (fortan: Studie HccH 2014) und die das Projekt «*Parentage/Surrogacy*» der *Haager Konferenz für Internationales Privatrecht* offiziell ins Leben gerufen hat.¹¹⁷ Ziel des Projektes ist es, durch die Haager Konferenz eine Expertengruppe zu ernennen, die damit beauftragt werden soll, einen multilateralen Staatsvertrag zu verfassen (vgl. Sec. V der Studie HccH 2014). Obschon die Studie HccH 2014 auf einer umfassenden Länderbefragung zum Thema basiert, *lässt sich die Anzahl der vertraglich vereinbarten Schwangerschaften im Ausland kaum bestimmen*: Aufgrund der nationalen Verbote oder der grösseren Hürden für eine Leihmutterschaft¹¹⁸ werden die betroffenen Eltern in die Illegalität abgedrängt und die Frauen, welche die Kinder austragen, müssen ausserhalb einer Institution gebären.

Ein anderer Weg, Verbote zu umgehen, besteht darin, dass die intentionalen Eltern, sofern es sich um ein heterosexuelles Paar handelt, ins Ausland reisen und nach einer «Auslandgeburt» ihres in Auftrag gegebenen Kindes u.U. unbesehen wieder in ihr Wohnsitzland einreisen und dieses Kind ins Geburtsregister eintragen lassen, sodass eine Leihmutterschaft gar niemandem auffällt bzw. auffallen muss (die Sensibilisierung bei den Behörden hat diesbezüglich allerdings zugenommen). Oder die intentionalen Eltern unterlassen es, das im Ausland geborene Kind im eigenen Land eintragen zu lassen. Laut der Studie HccH (2014) sind die Dunkelziffern in Ländern mit permissiver Rechtslage (z.B. Australien) nach wie vor hoch. In den Vereinigten Staaten von Amerika, wo die Leihmutterschaft in einigen Gliedstaaten zugelassen ist, hat beispielsweise ein in der Sache engagierter Rechtsanwalt von 2008 bis 2014 eine Verdopplung der internationalen Leihmutterschaften von 100 auf 200 angegeben.

¹¹⁵ In Indien ist bis anhin immer noch kein Gesetz zur umfassenden Regulierung der Leihmutterschaft verabschiedet worden: s. Fn 94; *Trimmings/Beaumont*, 444 ff.; *Bertschi*, 157 ff., 163 ff.; *Pande*, 206 ff.

¹¹⁶ HccH, Permanent Bureau, «Private International Law Issues surrounding the Status of Children, including Issues arising from International Surrogacy Arrangements», Preliminary Document N° 11 of March 2011 for the attention of the Council of April 2011 on General Affairs and Policy of the Conference, abrufbar unter: <www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>, zuletzt besucht am 13. März 2015.

¹¹⁷ HccH, «*A Study on Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*», Preliminary Document N° 3C of March 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference (fortan: Studie HccH 2014, inkl. Annex 1 zur Terminologie), abrufbar unter: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03c_en.pdf>, zuletzt besucht am 13. März 2015; es existiert ferner die rechtsvergleichende Studie: Studie EU 2013, PE 474.403, bei der die Schwierigkeiten, zu akkuratem Zahlenmaterial zu gelangen, noch grösser waren.

¹¹⁸ Vgl. zur heteronomen Rechtslage Ziff. 4.

Für das Jahr 2013 wurde auch mit mehreren Tausend Kindern aus Indien gerechnet, die durch eine vertraglich vereinbarte Leihmutterschaft entstanden sind.¹¹⁹

Wie viele schweizerische, deutsche oder japanische intentionale Eltern insgesamt pro Jahr eine vertraglich vereinbarte Schwangerschaft im Ausland in Anspruch nehmen, lässt sich also nicht genau in Erfahrung bringen:¹²⁰ In Bern wurden beispielsweise laut einem Zeitungsbericht vom Sommer 2014 seit dem Aufkommen des Phänomens vor 2–3 Jahren um die 15 Verdachtsfälle gemeldet,¹²¹ während in Zürich keine bekannt geworden sind und in Luzern überhaupt keine Statistik dazu geführt wird. Gemäss der Studie des HccH (2014) berichteten hingegen Ärzte und Ärztinnen aus der Ukraine allein von 80 schweizerischen Wunscheltern.¹²² Von einer schweizerischen Expertin stammt die Auskunft (2015), es seien ihr über 50 Fälle mit einem Konnex zur Schweiz bekannt, wobei die Anfragen spürbar zunehmen würden. – Eine weitere Auskunft aus dem Jahre 2017 bei der gleichen Person bestätigt, dies. Die Schätzungen im Leihmutterschaftsbericht des Bundesrats vom 29. November 2013, die von zehn Fällen pro Jahr ausgegangen sind,¹²³ können jedenfalls mit gutem Grund als zu tief gegriffen angesehen werden kann.¹²⁴

Es ist davon auszugehen, dass die Anzahl internationaler Leihmutterschaften in den letzten 5–6 Jahren weltweit stark zugenommen hat und jedes Jahr mehrere Tausend Kinder von Leihmüttern ausgetragen werden. Der grosse Babyboom findet in den Ländern statt, in denen die Leihmutterschaft zu einem legalen Geschäft geworden ist: vor allem in den 18 von 50 Bundesstaaten der USA, in denen die Leihmutterschaft legal ist, ferner in Indien, Thailand (wo jetzt allerdings ein Verbot in Erwägung gezogen wird) sowie zunehmend auch in China, der Ukraine und Georgien.

¹¹⁹ Für 500-1000 Schweizerinnen bzw. Paare pro Jahr bleibt indes der Weg zur Eizellenspende im Ausland der viel häufigere Schritt zur Erfüllung ihres Kinderwunsches. Dabei reisen Schweizerinnen vor allem nach Spanien, Belgien und Tschechien; s.w. Fn 1523.

¹²⁰ So auch die Länderberichte auf Fragen der Haager Konferenz: s. Studie HccH 2014, 56.

¹²¹ *Michel, Meret*: Leihmutterschaft in der Schweiz: Ein Kind mit Geld-Zurück-Garantie kaufen, Die Wochenzeitung (WOZ) 35 (2014) vom 28. August 2014, abrufbar unter: <<https://www.woz.ch/-5369>>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2015.

¹²² Studie HccH 2014, 56, insb. Fn. 515.

¹²³ Bericht des Bundesrates zur Leihmutterschaft vom 29. November 2013, 38 f.

¹²⁴ Experten gehen von Hunderten von Paaren aus. vgl. auch: Tages-Anzeiger Online vom 23. September 2014 «Leihmutter für 25'000 Franken», abrufbar unter <<http://www.tagesanzeiger.ch/leben/gesellschaft/Leihmutter-fuer-25000Franken/story/11679351>>, zuletzt besucht am 13. März 2015: Für 500-1000 Schweizerinnen bzw. Paare pro Jahr bleibt indes der Weg zur Eizellenspende im Ausland der viel häufigere Schritt zur Erfüllung ihres Kinderwunsches. Dabei reisen Schweizerinnen vor allem nach Spanien, Belgien und Tschechien.

Kapitel 3

Rechtliche Grundlagen und dogmatische Verortung

I. Über das Vertragsrecht hinaus

Die anekdotisch geschilderten Vertragsgeschichten repräsentieren unterschiedliche Facetten von Realitäten, an denen sich unsere Rechte messen lassen sollten. Die Probleme, die unter den Titeln Selbstbestimmung und der Grenze der «guten Sitten» behandelt werden, sind heteronomer Natur und berühren verschiedene Rechtsbereiche. Es lohnt sich daher, die in den vorstehenden Vertragsgeschichten veranschaulichten Untersuchungsgegenstände, welche letztlich über das Vertragsrecht hinausgehen, schon zu Beginn in allgemeiner Weise dogmatisch zu verorten.

Oftinger schrieb im Jahre 1948 noch:¹²⁵ *«Das Vertragsrecht ist ein beherrschendes Institut eines jeden Privatrechts vom Zuschnitt des schweizerischen. Seine Regelung oder Anwendung findet es im ganzen Privatrecht: am wenigsten im Personenrecht (wo immerhin – man denke an die Handlungsfähigkeit – wichtige Voraussetzungen des Vertragsschlusses geordnet sind), am meisten im Obligationenrecht, das überwiegend Vertragsrecht ist.»* Das heisst zunächst nichts anderes, als dass die Wirkungen des Vertragsrechts über dieses hinausgehen und für das ganze Privatrecht Geltung haben. Damit verhält es sich heute nicht anders. Die der Selbstbestimmung durch die Generalklausel der «guten Sitten» gesetzten Grenzen stehen nun aber – entgegen *Oftingers* Ansicht – heute in direktem Verhältnis zur Selbstbestimmung im Personenrecht. Es lassen sich u.a. sämtliche Begriffe – also sowohl «Selbstbestimmung» und «Autonomie» als auch die hier interessierenden Grenzen der «guten Sitten» und der «gültigen rechtfertigenden Einwilligung» in eine Persönlichkeitsverletzung – auf das Autonomiekonzept von *Kant* zurückführen.

Es findet deshalb in diesem Kapitel eine erste dogmatische Verortung der Untersuchungsgegenstände statt: Im Vertragsrecht (Ziff. III/A), zwischen Vertrags- und Persönlichkeitsrecht (Ziff. III/B), zwischen Vertrags- und Familienrecht (Ziff. III/C) sowie zwischen Vertrags- und Verfassungsrecht (Ziff. III/D). Zu beginnen ist dabei mit einer knappen Erläuterung der massgeblichen Rechtsgrundlagen zur «Selbstbestimmung» und den «guten Sitten» in der schweizerischen, deutschen und japanischen Rechtsordnung (Ziff. II). Auf die begrifflich-dogmatischen Grundlagen der Selbstbestimmung und der «guten Sitten» wird in den Kap. 4-5, auf die den Vertragsgeschichten zugrunde liegenden Verträge wird in den Kap. 7-9 ausführlich eingegangen.

¹²⁵ Vertragsfreiheit in: *Oftinger*, 46 ff.

II. Rechtsgrundlagen der Selbstbestimmung und der Generalklausel der «guten Sitten»

A. Verfassungsrecht und internationales Recht

In einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft steht es einer Person nicht nur zu, ihren Willen frei zu bilden und zu äussern, sondern sie hat auch das Recht, nach diesem zu handeln. Die schweizerische, deutsche und japanische Rechtsordnung gründen auf der Vorstellung des freien, auf Selbstbestimmung angelegten Individuums und schreiben den volljährigen Personen grundsätzlich die Fähigkeit zur Selbstbestimmung und Selbstbindung zu.¹²⁶

1. Rechtsgrundlagen der Selbstbestimmung

Das *Recht auf Selbstbestimmung* leitet sich verfassungsrechtlich aus den gleichen Grundrechten wie die Privatautonomie (und die Vertragsautonomie) ab: Dem Recht auf Freiheit der Person bzw. der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV oder Art. 2 Abs. 1 GG), dem Recht auf Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 2 Abs. 1 GG) und der Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV, Art. 1 Abs. 1 GG)¹²⁷. Die Selbstbestimmung ist Teil der Menschenwürde. – Einziger Unterschied im Hinblick auf die Rechtsgrundlagen ist, dass die Privatautonomie (und die Vertragsautonomie) sich üblicherweise auch aus der Wirtschaftsfreiheit bzw. der Freiheit der Berufsausübung ableiten (Art. 27 BV, Art. 12 GG), während die Selbstbestimmung von diesen Bestimmungen weniger angesprochen wird. – Es ist indes nicht einzusehen, wieso die Selbstbestimmung im Vertragsrecht sich nicht auch aus der Wirtschaftsfreiheit ableiten lassen soll, dies zumal die Autonomie, rechtsgeschäftliche Vereinbarungen zu treffen, gerade auf der Freiheit zur Selbstbindung basiert. Das Selbstbestimmungsrecht ergibt sich freilich auch aus dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (dazu lit. B).

In der *schweizerischen Rechtsordnung* bezieht sich die *Privatautonomie* auch auf die Kompetenz und die Fähigkeit einer Person, ihre privaten Verhältnisse – insbesondere diejenigen rechtlicher Natur – nach eigenem Willen zu regeln.¹²⁸ Die «Privatautonomie» ist als allgemeine Willens- und Entscheidungsfreiheit ein Teil des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts (Art. 10 BV) sowie des geschützten Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV) und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV i.V.m. Art. 35 Abs. 3 BV). Die Wirtschaftsfreiheit beinhaltet allgemein die staatlich ungestörte, gewerbsmässige Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit.¹²⁹

¹²⁶ Von Hippel, 57 ff., 99; Bydlinky, Privatautonomie, 114 ff.; Larenz, Richtiges Recht, 57 ff., 63; Oftinger, 315 ff.; Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 6 f.; s. zu Begriff und Struktur der Vertragsfreiheit: Heinrich, 43 ff.; bereits ausführlich Kitagawa, Use an Non-Use of Contracts, 1996, 145 ff., 155 f., 164; Ishida, Kyoto Gakuen hogaku 1996/1, 1 f.; jüngeren Datums Akemitsu, 179 ff., weiterführend in Kap. 4.

¹²⁷ BBl 2006 7001, 7012.

¹²⁸ BGE 129 III 35 ff., 42; BGE 127 III 449 ff., 451.

¹²⁹ BSK-Uhlmann, BV 27 N 10 ff., 12 mit Hinweis darauf, dass die Vertragsfreiheit nur dann zum Zuge komme, wenn es um Vermögensrechte gehe; BSK-Tschentscher, BV 10 N 21 ff., 38; Baumann, 47.

Im *deutschen Grundgesetz* sind die Privatautonomie und die Selbstbestimmung in der allgemeinen Entfaltungs- und Handlungsfreiheit, im Persönlichkeitsschutz nach Art. 2 Abs. 1 GG sowie zusätzlich in der Berufswahlfreiheit nach Art. 12 GG und der Testierfähigkeit nach Art. 14 GG verankert.¹³⁰

Zusätzlich werden die Privatautonomie und das Selbstbestimmungsrecht als wesentliche Teile des Grundrechts auf persönliche Freiheit in beiden Rechtsordnungen durch den *Schutz der Menschenwürde* (Art. 7 BV, Art. 1 Abs. 1 GG)¹³¹ verstärkt und konkretisiert.¹³² – Die Bürgerinnen und Bürger sollen ihren Lebenswandel frei gestalten sowie ihren Beruf bzw. ihre privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit frei ausüben können. Darüber hinaus ist die Privatautonomie ein wichtiges Prinzip des europäischen Rechts, vorab der Rechtsprechung zu den Art. 2, 3 und 8 EMRK.¹³³

Das *japanische Verfassungsrecht* garantiert durch seine Freiheits- und Grundrechte ebenso die Selbstbestimmung der Bürgerinnen und Bürger. Zu diesen Rechten zählen die Gewissensfreiheit (Art. 19 *Kenpô*), die Religionsfreiheit (Art. 20 *Kenpô*), die Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit (Art. 21 *Kenpô*), die Berufsfreiheit und die Freizügigkeit (Art. 22 *Kenpô*) und das Streben nach dem eigenen Glück (Art. 13 *Kenpô*, sog. *Kôfuku-tsuikyû-ken* «*pursuit of happiness*»¹³⁴). Die Privatautonomie fließt aus Art. 13 *Kenpô* (rechtlichen Achtung aller Bürger als Individuen und Recht auf «Streben nach Glück») und ist Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit, Art. 29 *Kenpô*.

Der Begriff der «Privatautonomie» findet sich im japanischen Recht allerdings erst seit der Zeit der Meiji-Restauration. Es handelt sich dabei demnach um *einen der klassischen rezipierten Begriffe*.¹³⁵

Die Ausübung dieser Grundrechte muss dort ihre Grenzen finden, wo sie die Rechtsordnung, die Rechte der anderen oder «das Sittengesetz»¹³⁶ verletzt. Die Privatautonomie liegt also zunächst im Schutz der eigenen Grundrechte, d.h. der klassischen «Freiheit vom Staat» begründet, denn ohne einen Schutz der Grundrechte ist Selbstbestimmung gar nicht möglich. Der japanische Staat hat seit den 1980er-Jahren wichtige Rechtsbereiche der Privatautonomie den Bürgerinnen und Bürgern überlassen, so z.B. die Bestimmung über das eigene Geschlecht, über die Zeugung des eige-

¹³⁰ Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 49 ff.; Stern/Sachs, Staatsrecht III/1, 1554; Di Fabio, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 147, 173, 200 in: Maunz/Dürig.

¹³¹ Spickhoff, 105; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Rn. 137 ff.

¹³² BGER 6C.1/2008 vom 9. Mai 2008, E. 4.

¹³³ Urteil des EGMR *Pretty gegen Vereinigtes Königreich* vom 29. Juli 2002, Recueil CourEDH 2002-III, S. 35 § 62; Urteil des EGMR *K.A. and A.D. gegen Belgien* (Nr. 42758/98 und 45558/99) vom 17. Februar 2005, § 84 betr. Sexualität.

¹³⁴ Art. 13 *Kenpô* lautet in offizieller englischer Übersetzung: «All the people shall be respected as individuals. The right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs». Die geltende japanische Verfassung entstand im Jahre 1946 nach der amerikanischen Besatzung im 2. WK. Sie wird auch die «McArthur-Verfassung» genannt, denn sie steht unter starkem Einfluss des amerikanischen Verfassungsrechts – der «Declaration of Independence», 1776, die ebenfalls ein Recht auf «pursuit of happiness» statuiert – und des damaligen amerikanischen Befehlshaber Donald McArthur.

¹³⁵ Marutschke, 161 ff.

¹³⁶ Sasakura, 3.

nen Kindes oder über das Zusammenleben ohne Trauschein¹³⁷ (vgl. aber zu den *pièces de résistance* im Familienrecht, Kap. 9 Ziff. II.A.3d).

Allgemein kann also gesagt werden, dass die verfassungs- und persönlichkeitsrechtlich abgesicherte Privatautonomie einerseits staatlichen Schutz bietet und andererseits die Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der Bürgerinnen und Bürger gewährleistet.¹³⁸ Das in Art. 13 BV verankerte Recht auf Schutz der Privatsphäre begründet – wie Art. 8 EMRK – eine staatliche Verpflichtung zum positiven Schutz des Privatlebens.¹³⁹ Die Rolle des Staates bzw. des staatlichen Schutzes ist bei der Diskussion um die Privatautonomie zentral:¹⁴⁰ So kann es sein, dass eine privatrechtliche Selbstbestimmung erst durch die Intervention des Staates ermöglicht wird (z.B. durch Sozialrecht: Arbeits-, Miet- und Verbraucherschutz bzw. Konsumrecht) oder dass die Privatautonomie durch die staatliche Intervention eingeschränkt wird (z.B. im Sexgewerbe).

Die moderne «Schutzgebotsfunktion der Grundrechte» ist heute sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland von der Lehre¹⁴¹ und der Rechtsprechung¹⁴² anerkannt. In Japan ist es dagegen umstritten, ob solche staatlichen Schutzpflichten überhaupt bestehen:¹⁴³ Einerseits ist jüngst auch in Japan eine entsprechende «Schutzpflichtenlehre» aufgekommen,¹⁴⁴ andererseits stehen die meisten japanischen Verfassungsrechtler der *Idee der objektiv-rechtlichen Seite der Grundrechte* eher skeptisch gegenüber. Sie befürchten, dass die Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte durch diese Idee insofern leicht relativiert werden könnten, als der Staat die Bedürfnisse nach Schutz der Grundrechte als Vorwand zum Eingriff in die ande-

¹³⁷ Sasakura, 4.

¹³⁸ Vgl. etwa zur Selbstbestimmung des Patienten: BGE 115 Ib 175, 181 E. 2b 127 IV 154, 158 E. 3a, 133 I 58, 67 E. 6.1 und BGER 2C.9/2010 vom 12. April 2010, E. 2.1.

¹³⁹ Baumann, 96.

¹⁴⁰ Arnet, 40 ff. m.w.H.; s. schon Camprubi, Madeleine, Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35: ein Verstoß gegen die Wirtschaftsfreiheit Zugleich ein Beitrag zur Diskussion über die Grundrechtsbindung von öffentlichen Unternehmen, AJP 4 (2004) 384 ff., 389.

¹⁴¹ Canaris, AcP 184 (1984) 225 ff.; zur genaueren Diskussionslage über die Schutzgebotsfunktion im Zusammenhang mit dem Privatrecht siehe Ruffert, 141 ff.

¹⁴² Vgl. insb. BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreterentscheidung), BVerfGE 89, 214 (Bürgschaftsentscheidung) und BVerfGE 103, 89 (Ehevertragsentscheidung).

¹⁴³ Zum Ganzen Yamamoto, FS Canaris: Anders als im deutschen Art. 1 Abs. 1 GG («zu schützen») ist in der japanischen Verfassung die staatliche Pflicht, die Grundrechte zu schützen, nicht ausdrücklich festgehalten. Sie können aber aus der ursprünglichen Notwendigkeit des Staates abgeleitet werden: Sollten sich nämlich die Grundrechte wirklich in der «Freiheit vom Staat» erschöpfen, so müsste der Staat untätig zusehen, wenn die Grundrechte eines Bürgers von einem anderen – beispielsweise durch Mord oder Diebstahl, durch Vergewaltigung oder Brandschatzung – verletzt würden.

¹⁴⁴ Grundlegend Gô Koyoma 小山剛, *Kihonken-hogo no hôri* 基本権保護の法理 (Rechtstheorie zum Schutz der Grundrechte), 1998; Kôji Tonami 戸波江二, *Kuni no Kihon ken-hogo gimu to Jiko-kettei no hazama de* 国の基本権保護義務と自己決定のはざまで (_ 私人間効力論の新たな展開) (Zwischen staatlicher Schutzpflicht der Grundrechte und Selbstbestimmung), *Hôritsu Jihô* 法律時報 Bd. 68 (1996), Nr. 6, 126.

21 *Kihonken-hogo no hôri* (Rechtstheorie zum Schutz der Grundrechte), 1998; Kôji Tonami, *Kuni no Kihonken-hogo-gimu to Jiko-kettei no hazama de* (Zwischen staatlicher Schutzpflicht der Grundrechte und Selbstbestimmung), *Hôritsu Jihô* Bd. 68 (1996), Nr. 6, 126.

ren Grundrechte ausnützen könnte.¹⁴⁵ Vom japanischen Staat werden stattdessen positive Massnahmen verlangt, welche es ermöglichen, dass sich die Selbstbestimmung im Rahmen der Grundrechte der einzelnen Personen besser verwirklichen lässt. Der Staat soll hierzu die nötigen Leistungen und Institute anbieten; in Japan spricht man diesbezüglich von einer sog. «Unterstützung der Grundrechte».¹⁴⁶ Im schweizerischen Privatrecht werden sowohl das Selbstbestimmungsrecht für sich allein genommen wie auch die Vertragsfreiheit im Personen- bzw. Obligationenrecht festgeschrieben (dazu *lit. B*). Im japanischen *Minpô* und im deutschen *Bürgerlichen Gesetzbuch* hingegen sind weder die *Vertragsfreiheit* noch das *Selbstbestimmungsrecht* für sich genommen nicht ausdrücklich garantiert. Vielmehr leiten sie sich aus der Verfassungsrechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitschutz nach Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ab. Die Vertragsfreiheit wird auch in Art. 311 Abs. 1 BGB, der Regelungsnorm für die rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse, die seit 2002 in Kraft ist (Schuldrechtsmodernisierung), unausgesprochen vorausgesetzt.¹⁴⁷

2. Rechtsgrundlagen der «guten Sitten»

a) Vorbemerkungen

Auch die Rechtsgrundlagen der «guten Sitten» finden sich nicht nur im Vertragsrecht, sondern auch im übrigen Zivil- und Sonderprivatrecht, im Verfassungsrecht sowie in einigen internationalen Staatsverträgen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, werden im Folgenden die wichtigsten gesetzlichen Vorschriften aus den unterschiedlichen Fachbereichen genannt, welche die «guten Sitten» heranziehen. Diese Übersichten sollen vor allem zwei Dinge darstellen: Erstens wird die Häufigkeit der Referenz auf die Generalklausel gezeigt. Zweitens kann mittels den Rechtsvorschriften jüngeren Datums belegt werden, dass auch in der Gegenwart an der Anwendung sog. sittlicher Massstäbe festgehalten wird.

Zwei Beispiele aus jüngeren Staatsverträgen:

1.) Zwischen der Schweiz und Japan besteht ein Abkommen jüngeren Datums zur Zusammenarbeit im elektronischen Handel, das u.a. festhält, dass sich die Vertragsparteien um Informations- und Erfahrungsaustausch bemühen, «einschliesslich zu Gesetzen, Vorschriften und guten Praktiken im Bereich des elektronischen Handels

¹⁴⁵ Nobuyoshi Ashibe 芦部 信喜: *Jinken-ron 50 nen wo kaisô shite* 人権論 50 年を回想して (Ein Rückblick auf 50 Jahre Menschenrechtslehre in Japan), *Kôhō Kenkyū* 公法研究 58 (1996), 76 ff.; Hiroshi Nishihara 西原博史: *Kokka ni yoru Jinken-hogo no konwaku* 国家による人権保護の困惑 (Streit über einen «staatlichen Schutz der Grundrechte»), *Hôritsu Jihô* 法律時報 Bd. 75 (2003), Nr. 3, S. 81 ff.

¹⁴⁶ Yamamoto K., *Jurisuto* Nr. 1126, 264 f. Inhaltlich findet sich dieser Aspekt im schweizerischen und deutschen Recht teils in der objektiv-rechtlichen Seite der Grundrechte, teils in der Institutsgarantie und teils im Sozialstaatsprinzip. Es ist nach Yamamoto also von Bedeutung, diese Aspekte einheitlich als «Unterstützung», vielleicht besser als «Unterstützungshandlungen» der Grundrechte zusammenzufassen.

¹⁴⁷ Sie ist in einigen Landesverfassungen statuiert: Art. 151 BayVerf, Art. 52 RheinlPfvf, Art. 44 SaarlVerf.

in Zusammenhang unter anderem mit: [...] den «*guten Sitten, insbesondere der Moral junger Generationen*» (Art. 82 Ziff. 2 lit. g).¹⁴⁸

2.) Ein anderes Staatsvertragsbeispiel betrifft das Handelsverhältnis der Schweiz zu Lettland, in dem festgeschrieben ist, dass «die Aktien- oder anderen Gesellschaften, die nach den Gesetzen des einen der vertragsschliessenden Teile in gültiger Weise errichtet sind oder werden und ihren Sitz in seinem Gebiet haben, [...] im anderen Staate gesetzlich anerkannt [werden], sofern sie nicht einen unerlaubten oder *den «guten Sitten» zuwiderlaufenden Zweck verfolgen*».¹⁴⁹

b) Verfassungsrecht

Im *deutschen Grundgesetz* wird ausdrücklich auf das Sittengesetz hingewiesen (zum Verhältnis des Sittengesetzes zu den «guten Sitten» siehe Kap. 5 Ziff. I/B/3):

Art. 2 GG: «(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst. (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.»

In der *schweizerischen Verfassung* wird hingegen *nicht* ausdrücklich auf die «guten Sitten», die «Sittlichkeit» oder das «Sittengesetz» Bezug genommen.¹⁵⁰

Im schweizerischen Schrifttum findet sich jedoch die Referenz auf ein Handeln gegen die «guten Sitten» dann, wenn es gegen Treu und Glauben und die allgemeinen Gerechtigkeitspostulate verstösst.¹⁵¹ Damit ist zunächst zu klären, ob das verfassungsrechtliche Willkürverbot und das Gebot von Treu und Glauben nach Art. 9 BV auch als Rechtsgrundlagen des Verstosses gegen die «guten Sitten» im Vertragsrecht verstanden werden können. Das verfassungsrechtlich geschützte Willkürverbot nach Art. 9 BV¹⁵² umfasst insbesondere Verstösse gegen «den Gerechtigkeitsgedanken»,¹⁵³ der sich nicht einfach an einem subjektiven Rechtsgefühl misst, sondern sich an sachlichen Gründen orientiert – insbesondere an allgemein verbindlichen Massstäben wie z.B. den allgemeinen Verfassungsprinzipien und -regelungen (öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit oder der Rechtssicherheit).¹⁵⁴ Willkür bedeutet dabei

¹⁴⁸ Abkommen vom 19. Februar 2009 über Freihandel und wirtschaftliche Partnerschaft zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Japan (SR 0.946.294.632), in Kraft getreten am 1. September 2009.

¹⁴⁹ Handelsübereinkunft vom 4. Dezember 1924 zwischen der Schweiz und Lettland (SR 0.946.297.726), in Kraft getreten 1. Mai 1925, i.d.F. 11. Juli 2006.

¹⁵⁰ Auf kantonaler Ebene ist in jüngerer Zeit etwa die Unterrichtsfreiheit im Kt. Genf festgeschrieben worden, dies unter ausdrücklichem Vorbehalt der Schranken der «guten Sitten»: Art. 10 KV-GE (Verfassung der Republik und des Kantons Genf vom 14. Oktober 2012, i.d.F. vom 20. März 2014 [SR.131.234]).

¹⁵¹ Allerdings ist die Norm von geringer praktischer Relevanz, s. *Honsell/Isenring/Kessler*, 71.

¹⁵² Art. 9 BV: «Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.»

¹⁵³ *Uhlmann*, N 39 ff.

¹⁵⁴ Vgl. *Müller*, Art. 4 aBV, N 56; *Thürer*, Willkürverbot, 428, 474; *Moor, Pierre*: De la place de la prohibition de l'arbitraire dans l'ordre juridique – Réflexions sur le droit et la justice, in: *Ehrenzeller, Bernhard/Mastronardi, Philippe/Schaffhauser, René/Schweizer, Rainer J./Vallender*,

eine *krasse Verletzung* solcher Leitgrundsätze oder ist «allgemeiner Ausdruck des Fehlens rechtlich-ethisch verbindlicher Massstäbe überhaupt».¹⁵⁵ Das Willkürverbot ist nur subsidiär, als sogenannte «letzter Rettungsanker» anwendbar. Nichtsdestotrotz kommt dem Willkürverbot grosse Bedeutung zu,¹⁵⁶ insbesondere als «flexibles Korrektiv gegen grobes Unrecht»¹⁵⁷. Aus dem Willkürverbot kann indes keine positiv formulierte Gerechtigkeitskonzeption abgeleitet werden.¹⁵⁸ Das wäre im Lichte des stetigen Wandels von Gerechtigkeitsvorstellungen im Laufe der Zeit nicht sinnvoll und kann bei einer breit angelegten Gerechtigkeitsidee zudem auch nicht erwünscht sein. Im Vordergrund steht vielmehr seit jeher die Gewährleistung minimaler Rechtmässigkeit.¹⁵⁹ Dem entspricht, dass das Willkürverbot ideengeschichtlich im naturrechtlichen Widerstandsrecht verwurzelt ist.¹⁶⁰ Das Willkürverbot ist ein Abwehrrecht der Bürgerinnen und Bürger gegen den Staat. Denkbar ist indes eine indirekte Drittwirkung im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung von Privatrechtsnormen, etwa dort, wo Berührungspunkte mit Art. 2 ZGB bestehen.¹⁶¹

Aus dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 9 BV, Art. 5 Abs. 3 BV, Art. 2 ZGB) leitet sich für die gesamte Rechtsordnung das Gebot ab, anderen mit einem Minimum an Loyalität und Vertrauen zu begegnen, wobei auch ein individueller Anspruch gegenüber dem Gemeinwesen besteht, nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Gemäss Lehre und Rechtsprechung ergeben sich daraus vor allem ein Verbot des Rechtsmissbrauchs und ein Anspruch auf Vertrauensschutz.¹⁶² Ein positiver Anspruch auf ein «sittliches Verhalten» der Staatsorgane und Behörden gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern lässt sich daraus aber *nicht* direkt ableiten, womit das Willkürverbot und das Gebot von Treu und Glauben als Rechtsgrundlage für einen Normverstoss gegen die «guten Sitten» deshalb nur sehr beschränkt taugen. –Indes wird später unter dem Thema Abgrenzung zur Sittenklausel (Kap. 4 Ziff. IV) auf den Anwendungsbereich von Treu und Glauben im Privatrecht noch einzugehen sein.¹⁶³

In der *japanischen Verfassung* wird auch kein Bezug auf die «guten Sitten» genommen. Die Verfassung legt aber, wie bereits unter lit. A.1 erwähnt, die Rechtsgrundlagen für den Persönlichkeitsschutz und die Selbstbestimmung im Vertrag fest.

Klaus A. (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift für Yvo Hängartner, St. Gallen/Lachen 1998, 605 ff.

¹⁵⁵ Rohner, Art. 9 BV, N 11.

¹⁵⁶ JP Müller, Rn. 645; Müller/Schefer, 16 f.; Kiener/Kälin, 399; Uhlmann, N 39 ff.

¹⁵⁷ Rohner, Art. 9 BV, N 16 m.w.H.

¹⁵⁸ BGE 123 I 7 E. 6a; 104 Ia 295 E. 5b.

¹⁵⁹ BGE 10 I 331.

¹⁶⁰ Thürer, Willkürverbot, 430.

¹⁶¹ Müller, Art. 4 aBV, N 22.

¹⁶² Müller/Schefer, 5 ff.

¹⁶³ Zeller, Ernst: *Auslegung von Gesetz und Vertrag*, Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich 1989, 256.

B. Privatrecht

1. Schweizerische Rechtsgrundlagen

a) Obligationenrecht

Im schweizerischen Zivilrecht finden sich sowohl im Obligationen- als auch im Personenrecht diverse Bestimmungen, welche auf die «Selbstbestimmung» und «guten Sitten» resp. die «Sittlichkeit» Bezug nehmen.

Die wichtigsten Bestimmungen sind in Art. 19 f. OR, welche zum einen die *Vertragsfreiheit* statuieren und zum anderen deren Schranken allgemein wie folgt festlegen:

Art. 19 OR: «Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranke des Gesetzes beliebig festgestellt werden. Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst.»

Art. 20 OR: «Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig. Betrifft aber der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.»

Des Weiteren findet sich im Arbeitsvertragsrecht eine besondere Bestimmung, welche eine Pflicht des Arbeitgebers zur «Wahrung der Sittlichkeit» von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer statuiert.¹⁶⁴ Ausserhalb des Vertragsrechts findet sich sodann namentlich im Deliktsrecht nach Art. 41 OR die folgende Rechtsgrundlage: «Wer einem andern widerrechtlichen Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet. Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt.»¹⁶⁵

b) Personenrecht

Im schweizerischen Personenrecht werden mit Art. 27 ZGB ebenfalls weitere Vertragsschranken zur Selbstbestimmung ausformuliert:

Art. 27 ZGB: «Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten. Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.»

¹⁶⁴ Art. 328 OR lautet: «Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.»

¹⁶⁵ Vgl. zur Rezeption des deutschen § 826 BGB bei der Verfassung dieser Bestimmung: BBl 1905 II 1, 14 ff., *Schwenzer*, Rezeption, 64 ff.

Ferner bestimmt Art. 28h ZGB,¹⁶⁶ dass «[d]ie Gegendarstellung [...] verweigert werden kann, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder wenn sie gegen das Recht oder die guten Sitten» verstösst.» Schliesslich liegt unlauterer Wettbewerb beispielsweise vor, wenn eine Werbung für Arzneimittel gegen die «guten Sitten» verstösst.¹⁶⁷

c) Immaterialgüterrecht

Relativ häufig sind sodann Bestimmungen und Entscheide zum Verstoss gegen die «guten Sitten» im nationalen¹⁶⁸ wie auch im internationalen¹⁶⁹ Immaterialgüterrecht. So enthält z.B. das Patentrecht Bestimmungen, die den gewerblichen Rechtsschutz verweigern für den Fall, dass die Erfindung gegen die «guten Sitten» verstossen würde. Im Markenschutzrecht werden unter Bildern und Zeichen, die nach Art. 2 lit. d des schweizerischen Markenschutzgesetzes¹⁷⁰ gegen die «guten Sitten» verstossen, u.a. solche aufgefasst, die rassistisch oder religionsfeindlich sind, die religiöse Gefühl-

¹⁶⁶ In Kraft seit 1. Juli 1985 (AS 1984 778; BBl 1982 II 636).

¹⁶⁷ Art. 32 Abs. 1 lit. a des Heilmittelgesetzes (Bundesgesetz vom 15. Dezember über Arzneimittel und Medizinprodukte [HMG], i.d.F. vom 1. Oktober 2010, SR 812.21).

¹⁶⁸ Der nationale Patentschutz nach Art. 2 des schweizerischen Patentgesetz (Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente, SR 232.14) schliesst sämtliche Erfindungen von der Patentierung aus, «deren Verwertung die Menschenwürde verletzen oder die Würde der Kreatur missachten oder auf andere Weise gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstossen würde.» Es folgt dabei eine beispielhafte gesetzliche Aufzählung, die u.a. das Verwenden von menschlichen Embryonen zu nicht medizinischen Zwecken oder das Klonen erwähnt. Diese nationalen Regelungen entsprechen denjenigen der internationalen Markenregistrierung gemäss der Pariser Übereinkunft vom 20. März 1883 zum Schutz des gewerblichen Eigentums, rev. in Stockholm am 14. Juli 1967 (Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken [PVUe], revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967, SR 0.232.112.3) und dem Protokoll von 27. Juni 1989 zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken (SR 0.232.112.4): In internationalen Fällen wird eine Marke eines Ursprungslandes nicht in einem anderen Land registriert, weil sie allenfalls nach Art. 6^{quinquies} lit. b Ziff. 3 PVUe gegen die «guten Sitten» verstösst: BGer 4A_205/2009 vom 12. Oktober 2009 E. 2.2.3.

¹⁶⁹ So wird etwa der internationale Patentschutz gemäss Art. 53 Bst. a des Europäischen Patentübereinkommens Patenten [EPÜ] verweigert, die gegen die «guten Sitten» und die öffentliche Ordnung verstossen: s.a. Art. 2 lit. a Übereinkommen vom 27. November 1963 zur Vereinheitlichung gewisser Begriffe des materiellen Rechts der Erfindungspatente, am 1. August 1980 für die Schweiz in Kraft getreten, i.d.F. vom 1. Juli 2006 (SR 0.232.142.1). Mit Bericht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes von August 1993, «Biotechnologie und Patentrecht» und in BBl 1995 III 1333 hat der Bundesrat schon mehr als einmal betont, dass er keine schrankenlose Patentierbarkeit befürwortet. Er anerkennt aber auch, dass die Gentechnologie nützliche und sinnvolle Anwendungen bieten kann, deren Ergebnisse Patentschutz verdienen. Es muss daher vermehrt eine Güterabwägung der involvierten Interessen vorgenommen werden, unter Berücksichtigung des bereits bestehenden Patentierungsausschlussgrunds für Erfindungen, deren Verwertung gegen die «guten Sitten» oder die öffentliche Ordnung verstossen würde (Art. 2 Bst. a PatG, 53 Bst. a EPÜ). Wird anlässlich einer solchen Güterabwägung festgestellt, dass die Verwertung einer Erfindung gegen tragende Grundsätze unserer Gesellschaftsordnung verstösst, so wird das Patent entweder nicht erteilt, oder aber es kann nachträglich durch die Gerichte für nichtig erklärt werden. Dieser Ansatz der Güterabwägung wird auch vom EPA angewendet und entspricht der vom Bundesrat verfolgten Haltung in der Patentierungsfrage.

¹⁷⁰ Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (MSchG), SR 232.11; ein entsprechender Registrierungsschutz ist auch für Designs nach schweizerischem Designgesetz vorgesehen: Art. 4 lit. e (Bundesgesetz vom 5. Oktober 2001 über den Schutz von Design, SR 232.12).

le verletzen oder von schockierendem sexuellen Inhalte sind.¹⁷¹ In zwei schweizerischen Entscheiden jüngerer Datums verweigerten sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht gestützt auf den Verstoss gegen die «guten Sitten» die Registrierung einer Marke: Die Bezeichnung *Madonna* gehöre in der italienischsprachigen Schweiz wegen ihrer Rolle in der Religionsausübung der Katholiken zu denjenigen Zeichen, die unabhängig von der beanspruchten Ware geeignet seien, die religiösen Gefühle der katholischen Christen zu verletzen. Bereits die Tatsache, dass ein religiöser Inhalt zu einem gewerblichen Zweck benutzt werde, könne für die Betroffenen schockierend sein.¹⁷² Ebenso könne die Verwendung des Zeichens *Buddha* für eine Bar die religiösen Gefühle von buddhistisch-gläubigen Personen verletzen.¹⁷³

2. Deutsche Rechtsgrundlagen

Im BGB finden sich sowohl im *Allgemeinen Teil* zu den Rechtsgeschäften als auch im *Schuldrecht* diverse Bestimmungen, die auf die «guten Sitten» resp. auf die «Sittlichkeit» Bezug nehmen. Die zentrale Bestimmung ist jedoch § 138 BGB zum sittenwidrigen Rechtsgeschäft und zum Wucher, welche die Vertragsautonomie und deren Schranken wie folgt festlegt:

§ 138 BGB: «(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.»

Die Vertragsfreiheit wird dabei wie bei § 311 Abs. 1 BGB vorausgesetzt.

Namentlich zu erwähnen sind ferner die deutschen Regelungen zum Verstoss gegen die «guten Sitten» aus dem *Bereicherungs-* und aus dem *Deliktsrecht*. In Letzterem ist bei sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigungen eine eigenständige Bestimmung zur Schadenersatzpflicht vorgesehen.

§ 817 BGB: «War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet [...]»

§ 819 BGB: «(1) Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt er ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Heraus-

¹⁷¹ Noth, Michael, Art. 2 MSchG N 24 in: Noth, Michael G./Bühler, Gregor/Thouvenin, Florent (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Bern 2009; Berger, Mathis, Sittenwidrige Zeichen sind nicht schutzfähig, in: sic! Sondernr. (2005) 125 Jahre Markenhinterlegung, 41, 43.

¹⁷² BGE 136 III 474 E. 3 m.w.H.; bespr. von Noth, Michael, Gedanken zur Sittenwidrigkeit von Madonna – BGE 4A_302/2010, in: sic! 2 (2011) 89 ff.; Dessementet, François, Propriété intellectuelle, Aperçu de jurisprudence, extraits et résumés d'arrêts du Tribunal fédéral, JdT 2012 II 331, 342 ff.

¹⁷³ Marbach, Eugen/Mühlstein, Michel, Weitere Entscheidungen in markenrechtlichen Eintrags- und Widerspruchsverfahren / Autres arrêts en matière d'enregistrement ou d'opposition à des enregistrements de marques, in: sic! 4 (2011) 245.

gabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre. (2) Verstösst der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist er von dem Empfang der Leistung an in der gleichen Weise verpflichtet.»

§ 826 BGB: «Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.»

Die Regelung einer Leistung aufgrund einer sittlichen Pflicht findet sich in rund 20 Bestimmungen im BGB: beispielsweise unter § 814 BGB bei Kenntnis der Nichtschuld im Rahmen der ungerechtfertigten Bereicherung oder unter § 1804 BGB für ein Vertretungsverbot des Vormunds für Schenkungen des Vertretenen oder unter § 2113 BGB für Schenkungen aufgrund einer sittlichen Pflicht, die von erbrechtlichen Einschränkungen ausgenommen sind.

3. Japanische Rechtsgrundlagen

a) Allgemeiner Teil des Zivilgesetzbuches (*Minpô*)

Im japanischen Zivilgesetzbuch (*Minpô*)¹⁷⁴ finden sich sowohl im *Allgemeinen Teil* des Zivilgesetzbuches, der Rechtsgeschäftslehre, als auch im *internationalen Privatrecht* je eine Bestimmung, die sowohl auf die «guten Sitten» als auch die «öffentliche Ordnung» Bezug nehmen (zur Begrifflichkeit und geschichtlichen Entwicklung der beiden Klauseln nachfolgend ausführlich in Teil 2 Kap. 5, v.a. unter Ziff. III/A.)

Die zentrale Bestimmung für die vorliegende Arbeit ist diejenige im *Allgemeinen Teil* des japanischen Zivilgesetzbuchs – des *Minpô* –, die der Selbstbestimmung im Vertrag wie folgt Grenzen setzt:

Art. 90 *Minpô* lautet wörtlich übersetzt: «Ein Rechtsgeschäft, das gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstösst, ist nichtig.»

«公の秩序又は善良の風俗に反する事項と目的とする法律行為は、無効とする

Ôyake no chitsujô mata wa zenryô no fûzoku ni han suru jikô to mokuteki to suru hôritsu kôî wa mukô to suru.»

Darüber hinaus wird aber der Verstoss gegen die «öffentliche Ordnung» mit der gleich anschliessenden Bestimmung eingeschränkt. Art. 91 *Minpô* lautet wie folgt:

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

¹⁷⁴ Das *Minpô* 民法 stammt von 4.27.1896 (Nr. 89) und von 6.21.1898 (Nr. 9); seit einer rein sprachlichen Revision des Jahres 2004 ist es nur noch unter dem Gesetz Nr. 89/1896 angeführt.

b) Internationales Privatrecht und entsprechende internationale Rechtsgrundlagen

Zudem kommen die identischen Generalklauseln im japanischen Gesetz zum internationalen Privatrecht vor; wörtlich dem sog. japanischen Gesetz über die allgemeinen Regeln betreffend Anwendung von Gesetzen (dazu unter Kap. 5 Ziff. IV/B/2d).¹⁷⁵

Art. 42 lautet wörtlich übersetzt wie folgt:

«Betreffend die Fälle, in denen ausländisches Recht zur Anwendung gelangen soll, gilt, dass die Regelungen nicht angewendet werden, wenn sie gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstossen.»

«外国法によるべき場合において、その規定の適用が公の秩序又は善良の風俗に反するときは、これを適用しない。

Gaikoku-hô ni yorubeki baai ni oite, sono kitei no tekiyô ga ôyake no chitsujo mata wa zenryô no fûzoku ni han suru toki wa, kore o tekiyô shinai.»

Eine dieser allgemeinen «Ordre public»-Regelungen entsprechende Generalklausel kennen ferner auch die folgenden japanischen Regelungswerke: Das Abkommen betreffend Rechtshilfe in ausländischen Insolvenzverfahren vom 29. November 2000 versagt die Rechtshilfe in Fällen, in denen die Anordnungen gegen die öffentliche Ordnung oder die «guten Sitten» in Japan verstossen würde (Art. 21 Abs. 3).¹⁷⁶ Das japanische Schiedsgerichtsgesetz legt fest, dass die Parteien die Unwirksamkeit eines Schiedsgerichtsurteils fordern können, sofern es gegen die öffentliche Ordnung oder die «guten Sitten» verstösst (Art. 44 Abs. 3 Ziff. 8).¹⁷⁷ Zudem kommen die beiden Generalklauseln in älteren Einzelgesetzen zum Schiffstransport und der Zulassung von Medikamentenwerbung vor und setzen dort entsprechende rechtsgeschäftliche Grenzen.¹⁷⁸

III. Dogmatische Verortung

A. Im Vertragsrecht

1. «Gute Sitten» als Schranke der Vertragsfreiheit

Vertragliche Vereinbarungen, wie sie die Vertragsgeschichten fragmentarisch illustrieren, fallen selbstverständlich in erster Linie unter die Regelungen des Vertrags-

¹⁷⁵ Hô no tekiyô ni kansuru tsûsoku-hô 法の適用に関する通則法, Nr. 78/2006.

¹⁷⁶ Gaikoku tôsan shori tetsuzuki no shônin enjo ni kansuru hôritsu 外国倒産処理手続の承認援助に関する法律, Nr. 129/2000.

¹⁷⁷ Chûsai-hô 仲裁法, [Schiedsgerichtsgesetz], vom 1. 8. 2003, Nr. 138/2003.

¹⁷⁸ Art. 20 Abs. 1 Kaijô unsô-hô 海上運送法, vom 1.6.1949, Nr./1949; Art. 1-9-3 Iryô-hô shikô kisoku 医療法施行規則, vom 5.11.1948, Nr. 50/1948. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Generalklausel des Weiteren in zwei Gesetzen zur Anwendbarkeit von Regelungen bei Rückgabe der Inseln von Okinawa und Amami vorkommt.

rechts. Die «guten Sitten» gehören zu den grundlegenden Bestimmungen des Vertragsrechts bzw. zu den allgemeinen Bestimmungen der Rechtsgeschäftslehre.

In allen drei Rechtsordnungen findet sich die hier interessierende Generalklausel der «guten Sitten» inhaltlich unter den allgemeinen Bestimmungen, im BGB und im *Minpô* also jeweils im «Allgemeinen Teil» (§ 138 BGB und Art. 90 *Minpô*). Der Zielsetzung des «Allgemeinen Teils» entsprechend, welcher dem Recht der vier weiteren Bücher (Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht) vorgezogen ist, ist die Generalklausel für alle Regelungsbereiche des BGB oder des *Minpô* anwendbar. Sie ist Teil der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre¹⁷⁹ und auf das Vertragsrecht, wie auch auf die anderen Rechtsgebiete anwendbar.

Da es im schweizerischen Zivilrecht (ZGB und OR) kein Erstes Buch bzw. keinen formellen «Allgemeinen Teil» gibt, findet sich die Generalklausel der «guten Sitten» im Unterschied zum deutschen und japanischen Recht unter den Bestimmungen zum Vertragsschluss in den «Allgemeinen Bestimmungen» zum Obligationenrecht.¹⁸⁰ – Dieser gesetzessystematische Unterschied mag *ein* Grund dafür sein, dass *Eugen Huber* in seinem Persönlichkeitsschutzrecht die «guten Sitten» noch einmal explizit aufnahm (Art. 27 ZGB).¹⁸¹ Das Fehlen einer Art. 27 vergleichbaren Bestimmung im deutschen und japanischen Recht mag aber ganz einfach auch darauf zurückzuführen sein, dass der Persönlichkeitsschutz in diesen Rechtsordnungen nicht kodifiziert ist. – Zumindest für das BGB kann festgehalten werden, dass eine Referenz auf die «guten Sitten» öfters vorkommt.

Als Schranke der Selbstbestimmung und Privatautonomie sind die «guten Sitten» im Vertragsrecht als *zwingendes Recht* anzusehen. Inwiefern das im Rahmen übermässig freiheitsbeschränkender Verträge im Erwerbsleben (Art. 27 ZGB i.V.m. Art. 19 f. OR) gelten kann, ist Gegenstand jüngerer Rechtsprechung und Lehre in der Schweiz (vgl. lit. B/4). Als *leges speciales* gehen die gesetzlichen Regelungen zu den besonderen Vertragstypen des BGB, des *Minpô* und des OR sodann vor,¹⁸² z.B. Art. 340a OR.

2. «Gute Sitten» als Schutznorm

Im Vertragsrechtssystem steht mit der Generalklausel der «guten Sitten» primär die rechtliche Kontrolle des Inhalts und des Zwecks eines Vertrags im Lichte der «Sittlichkeit» zur Debatte. Bekanntlich sind die Grenzen zwischen den individuellen Fähigkeiten und Unfähigkeiten der Parteien oder zwischen individuellen Motiven und Drucksituationen, die auf den Willensbildungsprozess beim Vertragsschluss wirken können und ebenfalls als «sittenwidrig» angesehen werden, jedoch fließend. Das wird sich später in der rechtsvergleichenden Diskussion der drei Vertragsbeispiele

¹⁷⁹ MüKo-Säcker, Einl. §§ 1–240 BGB, Rn. 23–53, 29.

¹⁸⁰ Weder gibt es im schweizerischen Zivilrecht (ZGB und OR) allerdings offiziell einen solchen allgemeinen Teil, noch stünde die Generalklausel systematisch dem ZGB und dem OR gemeinsam vor. Deren Anwendbarkeit auf das ZGB ergibt sich aber Kraft Art. 7 ZGB.

¹⁸¹ Das aOR von 1883 regelte in Art. 17 aOR die Sittenwidrigkeit im Sinne des heutigen Art. 19 f. OR, BBl 1905 II 1, 82.

¹⁸² Vgl. zum Verhältnis und den Begriffen «Allgemeines Schuldrecht» und «Besonderes Schuldrecht» im deutschen Recht: MüKo-Ernst, Einl. §§ 241–432 BGB, Rn. 3 ff.

(Kap. 7–9) zeigen. So etwa dann, wenn die Lebensumstände oder ein besonderes Angebot eine Prostituierte «zwingt», einen Vertrag einzugehen und die «Gesellschaft» diesen Vertragsschluss als ethisch stossend empfindet.¹⁸³ Oder dann, wenn eine Person, die «*hilflos den Geldmenschen preisgegeben ist, durch die Gesetzgebung irgendeinen Schutz erfahren muss*»,¹⁸⁴ – Die «guten Sitten» dienen im Vertragsrecht zweifellos dem Schutz einer benachteiligten Person: zur Abwehr von Fremdbestimmung wie auch zur Abwehr von schweren Äquivalenzstörungen (§ 138 Abs. 2 BGB regelt z.B. den Wucher explizit) und von *de lege lata* verwerflichen Geschäften und Gesinnungen. Die Generalklausel kann demnach sowohl bei fremdbestimmten Rechtsgeschäften greifen als auch dann, wenn ein Rechtsgeschäft selbstbestimmt gefällt wurde. In letzterem Fall beschränkt sie dann direkt die Selbstbestimmung im Vertragsrecht.

Bei den «guten Sitten» handelt es sich um die umfassendste Form der Begrenzung der Selbstbestimmung im Vertragsrecht, abgesehen von den expliziten «Verbotsnormen»,¹⁸⁵ das heisst der Rechtswidrigkeit.¹⁸⁶ Diese an die laufenden Entwicklungen des Markt- und Geschäftsverhaltens anpassungsfähige Schranke¹⁸⁷ bedarf deshalb innerhalb des Vertragsrechtssystems – d.h. im Gefüge von Privatautonomie und den anderen Schranken zum Schutz der Vertragsparteien¹⁸⁸ – guter Begründung und Abstimmung. Das bedeutet aber nicht, dass die Privatautonomie und die ihr entgegenstehenden zwingenden Normen nicht auch einmal angepasst werden können, falls dies im Lichte der Selbstbestimmung nötig erscheint.¹⁸⁹ Dies muss besonders für diejenigen Fälle gelten, in welchen ein Vertrag selbstbestimmt zustande gekommen ist. – In der jüngeren schweizerischen Rechtsprechung und Lehre wurde beispielsweise die *Per-se*-Nichtigkeit von übermässig freiheitsbeschränkenden Verträgen, die nicht den Kernbereich der Persönlichkeit betreffen, verneint; solche Verträge sollen fortan nur noch auf einseitiges Begehren des Verletzten für unverbindlich erklärt werden können (vgl. lit. B.4).¹⁹⁰

Das zugrunde liegende Spannungsverhältnis von Selbstbestimmung und Schutz ist dem Vertragsrecht seit jeher eigen. Je nach Verständnis der Normen überwiegt die Betonung des einen oder des anderen Pols. Auflösen wird sich das Spannungs-

¹⁸³ Zu den «individuellen Schranken», d.h. zum Zwang und zur Drohung, vgl. v.a. *Gutmann*; nach dieser Untersuchung mit zahlreichen Diskussionen von theoretischen Möglichkeiten des Zwangscharakters ist etwa die Gleichsetzung von Zwang mit Anreiz bzw. Ausbeutung grundsätzlich verfehlt; es gibt nach *Gutmann* keine Angebote mit Zwangswirkung (149 ff., 203); dazu später im theoretischen Teil (Kap. 10–11).

¹⁸⁴ Zur Entstehungsgeschichte von § 138 Abs. 2 BG: aus den Beratungen des deutschen Wuchergesetzes (1880), zit. bei *Benöhr*, 96.

¹⁸⁵ Der Terminus ist regelmässig gesetzlich Verbotsnormen wie § 134 BGB vorbehalten (vgl. dazu Kap 5 Ziff. IV), krit. zum Begriff generell: *Flume*, AT BGB, 343.

¹⁸⁶ Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB, § 241 BGB, im jap. Recht nicht statuiert) dient ebenfalls der Angemessenheit, der Richtigkeitsgewähr.

¹⁸⁷ *Mayer-Maly*, FS Wilburg, 243 ff.; zum Wettlauf zwischen Gesetzgeber und den zunehmend aggressiven Geschäftstätigkeiten: *MüKo-Ernst*, Einl. §§ 241–432 BGB, Rn. 52.

¹⁸⁸ Z.B. Geschäftsfähigkeit, Willensmängel, Rechtswidrigkeit.

¹⁸⁹ *Singer*, 44; *Repgen*, Privatautonomie, der darlegt, dass neue zwingende Bestimmungen nicht gegen die Privatautonomie sprechen müssen.

¹⁹⁰ Vgl. zu diesem Beispiel: *Repgen*, Privatautonomie, 13; generell weist der Autor aber darauf hin, dass zwingendes Recht nicht zum Verlust von Privatautonomie führen muss, weil es präventiv die freie Willensbildung stärken könne.

verhältnis nicht,¹⁹¹ es muss vielmehr ausgehalten werden. Neben einer sorgfältigen Ausbalancierung der gegenläufigen Interessen kann man auch versuchen, die Begriffe «Schutz» und «Selbstbestimmung» zu differenzieren, beispielsweise indem «Selbstbestimmung» *kontextbezogener* gedacht und der Schutz einer Person als Stärkung ihrer Selbstbestimmung verstanden wird (vgl. dazu Kap. 10–11).

B. Zwischen Vertrags- und Persönlichkeitsrecht

1. *Selbstbestimmung und «gute Sitten» im Schnittpunkt von Vertrags- und Persönlichkeitsrecht*

Eine Untersuchung, die sich mit der Selbstbestimmung im Vertrag und deren Grenzen durch die Generalklausel der «guten Sitten» beschäftigt, liegt auch am Schnittpunkt von Vertrags- und Persönlichkeitsrecht.¹⁹² Es lässt sich jedenfalls guten Grundes behaupten, dass die Begriffe der Selbstbestimmung oder der Autonomie direkt auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht verweisen. Die Selbstbestimmung und die Autonomie – als Grundprinzipien der Rechtsordnung verstanden – können zudem als *Ursprung der Idee der Persönlichkeitsrechte sowie der Privatautonomie* angesehen werden (vgl. nachfolgend zur Terminologie und zu den Autonomiebegriffen von Kant insb. Kap. 4 lit. B/1).¹⁹³ – Es sei hier als Randbemerkung angefügt, dass, historisch betrachtet, der bereits erwähnte § 826 BGB mit seiner Generalklausel der «guten Sitten» ursprünglich einmal als rechtliche Grundlage des Persönlichkeitsschutzes gedacht war. Der Gedanke hat sich zwar nicht durchsetzen können;¹⁹⁴ er hat aber den Wertungszusammenhang zwischen «guten Sitten» und Persönlichkeitsschutz direkt hergestellt. Und umgekehrt ist Art. 27 ZGB nach *Eugen Bucher* eine Norm des Vertragsrechts, welcher Eigenständigkeit innerhalb des Persönlichkeitsrechts beigemessen werden soll.¹⁹⁵

Verträge im Kontext von «Liebe», Sex und Fortpflanzung, welche die Intim- und Privatsphäre einer Person betreffen, liegen zweifelsohne am Schnittpunkt von Vertrags- und Persönlichkeitsrecht, denn solche Verträge können gegen das Persönlichkeitsrecht verstossen. Sie umfassen personale Belange und den Bereich der höchstpersönlichen Rechte. Hinzu kommt, dass sie teilweise mit *nahen Bezugspersonen* (auch Nahbereichspersonen genannt) geschlossen werden, was ein zusätzlicher wichtiger personaler Aspekt dieser Verträge sein kann. Ferner kommt, wo zutreffend, auch der langen Dauer der Verträge (z.B. Eheverträge) eine besondere Bedeutung zu.

¹⁹¹ Bydlinski, System, 158 ff., Anm. 167; *idem*, AcP 204 (2004) 309 ff., 366; *idem*; Formale Freiheitsethik und andere Ethiken, 114; Auer, 11 ff.; schon Gierke sah, dass die Vertragsfreiheit eine «Waffe» in der Hand des Starken, aber ein «stumpfes Werkzeug» in der Hand des Schwachen sein kann und trat u.a. deshalb beispielsweise für die Nichtigkeit von freiheitsbeschränkenden Vereinbarungen ein: Gierke, Soziale Aufgabe, 29 f.; Wieacker, 482 f.; Repgen, 53 ff.

¹⁹² Verstanden als diejenigen Bestimmungen, die dem Schutz des Persönlichkeits dienen und die in der Schweiz im sog. Personenrecht des ZGB geregelt sind.

¹⁹³ Götting, 5; BK-Bucher, Art. 27 ZGB N 4.

¹⁹⁴ Obschon es eine reiche Judikatur zu § 826 BGB gibt, die den Persönlichkeitsschutz betrifft, s. Anm. Coing, Helmut zu BGHZ 13, 334 = NJW 1954, 1404 = JZ 1954, 698, 700 f.; Balthasar, 112 ff.; Helle, 5 m.w.H.

¹⁹⁵ BK-Bucher, Art. 27 ZGB N 6 ff., nach dem Vorwort (1993) nahm er deshalb bewusst eine eigene Kommentierung vor.

Allgemein stellt sich die Frage, ob und wie sich die Grenzen privatautonomer Vereinbarungen, die durch die «guten Sitten» gesetzt werden, im Hinblick auf Persönlichkeits- und Vermögensbelange unterscheiden. Wie viele Rechtsgeschäfte gibt es tatsächlich, die gegen die «allgemeine herkömmliche Sittenordnung» (angenommen, es gibt eine solche) verstossen, ohne gleichzeitig die Persönlichkeit der betroffenen Person zu verletzen?¹⁹⁶ – Oder umgekehrt gefragt: Wann könnte statt auf die Grenze der «guten Sitten» auf den individuellen Persönlichkeitsschutz, der auch im Rechtsverkehrsverkehr gilt, zurückgegriffen werden?

2. Persönlichkeitsrechte als Vertragsgegenstände

a) Persönlichkeitsrechte versus Vertragsrechte?

Von ihrem ursprünglichen Konzept her sind Persönlichkeitsrechte *ideelle Rechte*, die dem Menschen aufgrund seines Daseins mit Beginn seiner Rechtsfähigkeit zustehen. Ihr Schutz betrifft auch die ideellen Werte einer Person wie beispielsweise die Ehre oder den Ruf. Als persönliche Rechte sind Persönlichkeitsrechte untrennbar mit einer Person verbunden, woraus folgt, dass es sich bei den Persönlichkeitsrechten grundsätzlich um *unverzichtbare und unveräusserliche Rechte* handelt, und damit auch um *unübertragbare und unvererbliche Rechte*.¹⁹⁷ Demgegenüber sind nach gängigem Verständnis Vertragsrechte *Vermögensrechte*, welche die Übertragung eines Gutes, eines Rechts oder die Erbringung einer geldwerten Leistung zum Inhalt haben. Die Übertragung eines Vermögensrechts setzt zwar die Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit der betroffenen Personen voraus; ansonsten sind aber Einschränkungen der Übertragbarkeit nur in sehr beschränktem Masse zulässig (im Rahmen der Rechts- und Sittenwidrigkeit).

Eine Trennlinie zwischen Persönlichkeits- und Vermögensrechten kann aber nicht immer klar gezogen werden, was sich insbesondere schon früh bei den Urheberrechten gezeigt hat.¹⁹⁸ – Heute ist denn auch in der Schweiz, in Deutschland und in Japan anerkannt, dass Urheber- und Firmenrechte vermögens- und persönlichkeitsrechtliche Komponenten haben.¹⁹⁹

¹⁹⁶ BGH 12. Juli 1985 – V ZR 171/84, Zur Abwehrfähigkeit von ideellen Immissionen, JZ 1986, 145 ff., Anm. *Marian Paschke*, 146: In diesem Entscheid wurde etwa der Persönlichkeitsschutz verneint, weil die betroffenen Personen von dem Bordell des Nachbargrundstücks nicht individuell-ideell gestört seien; diese Frage ist aber nach Meinung des Gerichtes zu unterscheiden von der Frage des Verstosses gegen die «Sittenordnung».

¹⁹⁷ *Hausheer/Aebi-Müller*, Rn. 10.22 ff.; für das deutsche Recht: §§ 398, 413 BGB; differenziert *Helle*, 51 f.; *Götting*, 7 ff., 134 ff.; bereits krit. *Hubmann*, 132 f. und v.a. *Gierke*, Entwurf, 82 f., 83: «So gut wie die Kategorien der Sachenrechte und der Forderungsrechte für sehr verschiedenartige Gebilde Raum haben, so dass höchst persönliche und übertragbare, unvererbliche und vererbliche, gesetzlich begründete oder individuell erworbene Rechte darunter zusammengefasst werden, bietet auch der gedankliche Rahmen der Persönlichkeitsrechte für die Gestaltung ungleichartiger Typen Raum. Insbesondere werden die Rechte dieser Gattung durch die Aufnahme und Entwicklung eines vermögensrechtlichen Gehaltes zwar mannigfach umgestaltet, jedoch auch hierdurch niemals ihres in der Persönlichkeit wurzelnden Kernes beraubt.» *Hubmann*, 133; *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, § 11 Rn. 21 f.

¹⁹⁸ Zum deutschen Recht: § 11 UrhG (geprägt von ideellen und materiellen Aspekten), § 28 I UrhG (vererbbar) § 31 UrhG (Einräumen von Nutzungsrechten) s.a. *Götting*, 4; zum schweizerischen Recht: nach Art. 2 URG (individueller Charakter) und Art. 9 URG (persönlich ausschliess-

Einfacher ist und bleibt die Abgrenzung zwischen Vertrag und Persönlichkeit im Hinblick auf den *Schutzzweck*: Persönlichkeitsrechte bezwecken den Schutz des Individuums, d.h. des Rechtssubjekts, wobei es heute auch die wirtschaftliche Persönlichkeit gibt, während vertragsrechtliche Bestimmungen den Schutz des Geschäftsverkehrs bezwecken.²⁰⁰

b) Entwicklung der Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten

Die Persönlichkeitsrechte haben sich im Zuge der *Individualisierung und der Technologisierung* in den vergangenen 30 Jahren stark entwickelt.²⁰¹ Die Vermarktung von Persönlichkeitsrechten ist zunehmend eine *gesellschaftliche Realität* geworden,²⁰² sodass der Grundsatz der Unverzichtbarkeit und Unübertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten gelockert wurde: Ideelle Persönlichkeitsrechte haben sich teilweise umgewandelt in materielle Vermögensrechte und sind kommerzialisiert worden;²⁰³ jedenfalls sind unabhängig von der dogmatischen Einordnung materielle Aspekte anerkannt.²⁰⁴

Man hatte beispielsweise schon früh Wege gefunden, um das Recht auf den Namen (Art. 29 ZGB, § 12 BGB)²⁰⁵ oder die Firmen- sowie Markenrechte unter bestimmten Voraussetzungen – namentlich der rechtsgültigen Einwilligung – zu übertragen und materiell zu nutzen.²⁰⁶ Aus der Anerkennung eines *Rechts auf das eigene Bild* folgte – nicht weiter erstaunlich – das Bedürfnis nach dessen Vermarktung,²⁰⁷ zumal aus ei-

liche Nutzungsrechte) sind Urheberrechte übertragbar und vererbbar (s. *Hilty, Reto*: Urheberrecht, Bern 2010, 227 ff.); zum japanischen Recht: *Ganea*, Urheberrecht, Rn. 35, 74.

²⁰⁰ *Hausheer/Aebi-Müller*, Rn. 01.03 f.

²⁰¹ Zum schweizerischen Recht: *Guillod*, 51-164; zum deutschen Recht s. *Götting*, 12 ff. zur Entwicklung der kommerziellen Persönlichkeitsrechte.

²⁰² Vgl. bereits *Taupitz*, AcP 1991, 201 ff., 204 ff. m.w.H. zum neuen Problembewusstsein betreffend Kommerzialisierung von eigenen Körpersubstanzen in den 1980er-Jahren; *Büchler*, FS Rey, 177 ff.; *Büchler*, AcP (206) 2006, 301 ff.; *Ehara, Jikko kettei*, 3 ff. mit Beispielen zur Selbstbestimmung v.a. im 21. Jahrhundert im Zusammenhang mit den bioethischen Entwicklungen: das japanische Organtransplantationsgesetz stammt aus Jahr 1997 und hat die Diskussion im Land um die Selbstbestimmung massgeblich vorangetrieben (das japanische Organtransplantationsrecht lässt den betroffenen Personen die Wahl zwischen Hirn- oder Herztod).

²⁰³ Zur Terminologie «Umwandlung in» resp. «Abspaltung von» Persönlichkeitsrechten vgl. *Helle*, JZ 9/62 2007, 444, 445.

²⁰⁴ Übersicht über die Strömungen bei *Götting*, in: *Götting/Schertz/Seitz* § 10 Rn. 7 ff.

²⁰⁵ Im japanischen Recht ist das Recht auf den eigenen Namen nicht besonders geregelt, sondern leitet sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsschutz nach Art. 709 f. *Minpō* ab.

²⁰⁶ Was zum Schutz vor Namensanmassung führte: BGH, 29. September 1993, in: NJW 1993, 918; ein professioneller Fussballer wird heute gegenüber seinem Club bereits per Musterarbeitsvertrag der Kommerzialisierung seines Namens, seiner Stimme, seiner Unterschrift und seines Bildes zustimmen und dies meist als ausschliessliches Recht; ferner ist heute auch der Spitzname Gegensatz des Schutzes (LG München vom 8. März 2007, NJW-RR 2007, 921)

²⁰⁷ Zum deutschen Recht: BGHZ 143, 214, JZ 2001, 1056 erwähnt explizit das Recht an Bild und Namen sowie sonstigen Merkmalen wie etwa die Stimme, eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des *Rechts am eigenen Bild* findet sich indes einzig im deutschen Recht: § 22 KUG, bei Eingriffen in die Intimsphäre ist nach deutschem Recht das Fotografieren explizit verboten: § 201a StGB; s. bereits *Helle, Jürgen*: Die Einwilligung beim Recht am eigenen Bild, AfP 1971, 67 f.; *idem*, JZ 2007, 444 ff.; zum schweizerischen Recht: *Büchler*, AJP 2003, 3 ff.; *Emmenegger, Susan*: Marlene und die «Ich-AG». Geburt einer neuen Rechtsfigur?, in: Gauch, Peter/Pichonnaz, Pascal (Hrsg.), *Figures juridiques, Rechtsfiguren. Mélanges dissociés pour Pierre Tercier*, K(1)leine Festschrift für Pierre Tercier, Zürich/Basel/Genf 2003, 209 ff.

ner unberechtigten Nutzung die betroffene Person weniger in ihrer Ehre als mehr in ihrer *wirtschaftlichen Persönlichkeit* verletzt wird.²⁰⁸

Heute sind verschiedene Verträge mit persönlichem Informationsgehalt geläufig (*sui generis*):²⁰⁹ Personenmerchandising- und Werbeverträge zur Übertragung des Rechts auf Nutzung des eigenen Namens oder Bildes zu kommerziellen Zwecken sind in der Praxis die häufigsten.²¹⁰ Es gibt viele Agenturen, die auf die professionelle Vermarktung von Personen und Persönlichkeitsrechten spezialisiert sind.²¹¹ – Eine Gefahr stellt das Phänomen der sog. *Zwangskommerzialisierung* dar, gegen welches die betroffene Person wiederum geschützt werden muss.²¹²

Ende der 1980er-Jahre ist ein Bewusstsein aufgekommen, dass auch Körpersubstanzen (wie beispielsweise Blut oder Zellen) kommerziell genutzt werden können.²¹³ Der Handel mit solchen wurde in der Zwischenzeit durch zahlreiche nationale Kommerzialisierungsverbote, u.a. auch mit der europäischen Bioethikkonvention von 1999, unterbunden (s. dazu Ziff. 3.c).

Hinzu kommt seit den 1990er-Jahren die Entwicklung und Diskussion eines postmortalen Persönlichkeitsschutzes,²¹⁴ der sich in jüngerer Zeit auf die schwierigen Fragen des Schutzes von Daten Verstorbener im Internet ausgeweitet hat. – Auch in diesen Fällen sind finanzielle Interessen im Spiel.²¹⁵

Diese Entwicklung, die mit den laufend neuen Tätigkeitsfeldern der Menschen zu tun hat, ist nicht abgeschlossen. – Die Kommerzialisierung laufend neuer Leistungen steht mitunter auch im Zusammenhang mit der Entlohnung einer Leistung, von der angenommen wird, dass sie normalerweise nicht unentgeltlich erfolgen würde. Mit *Rixecker* kann die Kommerzialisierung auch schlicht als Ausfluss des *Respekts vor Arbeit und Leistung* betrachtet werden.²¹⁶

Es kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die strenge Dichotomie zwischen Persönlichkeits- und Vertragsrechten nicht aufrechterhalten werden kann. Es ist durchaus alltäglich geworden, dass Persönlichkeitsrechte Vertragsgegenstand sind, denn die Kommerzialisierbarkeit von Persönlichkeitsrechten ist fortgeschritten. Es ist ferner anerkannt, dass Persönlichkeitsrechte vermögenswerte Bestandteile haben und zugleich dem Schutz solcher dienen: Ein rechtswidriger Eingriff in Persön-

²⁰⁸ BGHZ 50, 133; das BGH Urteil stammt vom 20. März 1968.

²⁰⁹ *Bezenberger*, in: Götting/Schertz/Seitz, § 46 Rn. 20.

²¹⁰ *Schertz*, in: Götting/Schertz/Seitz, §§ 43, 44.

²¹¹ *Götting*, in: Götting/Schertz/Seitz § 45 Rn. 3.

²¹² BGHZ 26, 349 ff. (Herrenreiterfall); *Helle*, JZ 9/62 2007, 444 ff, zur Lizenzanalogie als einzige Lösung; *Götting*, in: *Götting/Schertz/Seitz Handbuch*, §45 Rn. 15.

²¹³ *Taupitz*, AcP 1991, 201 ff., 204 ff. m.w.H. zum neuen Problembewusstsein der Kommerzialisierung von eigenen Körpersubstanzen in den 1980er-Jahren; *Müller/Schefer*, 19 ff.

²¹⁴ Dieser ist in Deutschland anerkannt, während er in der Schweiz und in Japan nicht als anerkannt angesehen werden kann: BGE 129 I 173; indes sind gewisse Nachwirkungen anerkannt: s. nur KuKo ZGB-Hotz, Art. 11 ZGB N 9; auch kommt es zur Anerkennung von Rechtsansprüchen des Erblassers, die bereits zu seinen Lebzeiten geltend gemacht worden sind: *Büchler*, AJP 2003, 3 ff., 7.

²¹⁵ *Martini, Mario*: Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet, JZ 2012, 1145.

²¹⁶ *MüKo-Rixecker*, Anhang § 12 BGB (= Allg. PersönlR) Rn. 12, 35 ff., 40.

lichkeitsrechte kann etwa Schadenersatzpflichten auslösen,²¹⁷ zum Anspruch auf Ersatz eines immateriellen Schadens führen²¹⁸ und weiter auch auf Gewinnabschöpfungen hinauslaufen. Eine Person ist ferner vor Zwangskommerzialisierungen zu schützen, denn es liegt im Wesen des Selbstbestimmungsrechts einer Person, über ihre ideellen Persönlichkeitsrechte zu bestimmen und diese ggf. selbstbestimmt zu vermarkten.²¹⁹ Es ist aber *de lege lata* unzulässig, auf ideelle Persönlichkeitsrechte vollständig zu verzichten und diese kommerziell zu nutzen, wenn die fragliche Tätigkeit (z.B. Leihmutterchaft) oder das fragliche Produkt (z.B. harte Pornografie) verboten sind.²²⁰

Ungeklärt sind demgegenüber die Fragen, wann ein Persönlichkeitsrecht allgemein vererbbar ist und inwiefern ideelle Persönlichkeitsrechte generell kommerziell genutzt werden können, wenn eine Tätigkeit Persönlichkeitsgüter betrifft, aber *nicht verboten* ist. Es ist und bleibt damit offen, ob und inwieweit die berechnigte Person unter Berufung auf die «guten Sitten» an einer rechtsgeschäftlichen Tätigkeit gehindert werden kann,²²¹ auch wenn sich die Grenzen zugunsten der Kommerzialisierbarkeit ihrer Persönlichkeitsrechte bereits (beträchtlich) verschoben haben. Aus Sicht der betroffenen Person und ihres Selbstbestimmungsrechts kann es jedenfalls auch nicht einfach Sache des «*Marktes*»²²² oder eines «*Erbenschutzes*» sein, zu bestimmen, welche Persönlichkeitsrechte eine Person kommerzialisieren darf und welche nicht. Es sind vielmehr grundsätzliche Überlegungen zu einer legitimen Einschränkung der vertraglichen Selbstbestimmung notwendig.

c) Vertrag und Einwilligung in die Verletzung von Persönlichkeitsrechten

aa) Zum Verhältnis von Vertragserklärung und Einwilligung

Dogmatisch relevant für den vorliegend zu untersuchenden Schnittbereich von Vertrags- und Persönlichkeitsrecht ist auch das Verhältnis zwischen Vertragserklärung(en) und Einwilligung. – Im Medizinrecht bekannter und präziser, betrifft dies die sog. informierte Einwilligung (*Informed-Consent*). – Unabhängig davon, ob ein Vertragsverhältnis besteht, setzt jede gültige Einwilligung in einen persönlichkeitsrelevanten Eingriff voraus, dass die Einwilligung wissend erfolgt ist. Die Einwilligung

²¹⁷ § 823 BGB, Art. 709 *Minpô*, Art. 28a ZGB.

²¹⁸ Vgl. Art. 47/49 OR; indes ist gerade der Anspruch auf Ersatz für eine «*perte d'une chance*» oder einen Frustrationsschaden, die beide auf dem Persönlichkeitsrecht (*Unversehrtheit der Gefühle*) beruhen, nicht anerkannt von der h.L. und Rechtsprechung in der Schweiz (BGE 133 III 462 E.3-4), ausgenommen Urteil des Zürcher Obergerichts vom 13.11.1980 zu einem Reiseveranstaltervertrag (SJZ 1981 S. 79 Nr. 17).

²¹⁹ *Helle*, JZ 9/62 2007, 444 ff., 446, 450 – allerdings betrifft die dort geführte Diskussion einen etwas anderen Kontext: es geht um ein Entgelt und die Rechtsform bei fehlender Vermarktungsbereitschaft des Betroffenen.

²²⁰ BSK ZGB I-*Huguenin/Reitze*, Art. 27 N 2; *Büchler*, AcP 206 (2006), 330 ff.

²²¹ *Helle*, 121 m.w.H. sieht zumindest einen Wertungswiderspruch darin, dass einerseits pornographischen Bildern Urheberrechtsschutz gewährleistet werde und andererseits aber die Verträge zu deren Herstellung nach § 138 BGB als sittenwidrig resp. die Einwilligung der betroffenen Person für ungültig angesehen werden; OLG Stuttgart AfP 1987, 693 = NJW-RR 1987, 1434 tendiert zur Annahme, dass keine Sittenwidrigkeit vorliegt; BVerfGE 120, 274, 312 hält etwa am Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrecht, unabhängig vom Informationsgehalt, fest.

²²² *Helle*, JZ 9/62 2007, 450 ff.

dient seit alters als Rechtfertigungsgrund in Eingriffe in die persönliche und körperliche Integrität: *volenti non fit iniuria*.²²³ Eine Person, die vertraglich über Persönlichkeitsrechte verfügt, muss also immer auch die Einwilligung, d.h. die «Erlaubnis» zu einem Eingriff in ihre Persönlichkeit erteilen. Während der gesamten Dauer eines medizinischen Behandlungsvertrags etwa muss deshalb – nur theoretisch – für jeden neuen Eingriff einzeln eine Einwilligung erteilt werden. Daraus ergeben sich hinsichtlich der Grenzen der «guten Sitten» v.a. Fragen der Wertekongruenz zwischen rechtlicher Behandlung von Einwilligung und Vertrag(serklärungen).

Vertragserklärung und Einwilligung können auch *uno actu* erfolgen. Dies ist beispielsweise in der Regel bei einem Prostitutionsvertrag (Teil 3, § 6) der Fall: Die Vertragserklärung wird regelmässig zugleich die rechtfertigende Einwilligung für den nachfolgenden Körperkontakt und die sexuellen Handlungen darstellen. Einwilligungsakt und Vertragserklärung können auch bei einer medizinischen Behandlung zusammenfallen,²²⁴ z.B. wenn ein gebrochener Arm auf der Notfallstation des Krankenhauses eingegipst wird. Ferner kommt es auch vor, dass die Einwilligung explizit Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung ist. Dies ist etwa bei Lizenzverträgen, oder allgemeiner formuliert, bei den sog. Gestattungsverträgen der Fall.²²⁵ Dieses Neben- resp. Miteinander der zu unterscheidenden rechtlich relevanten Akte erscheint aus Sicht der selbstbestimmenden handelnden Person bisher nur selten genau untersucht worden. – Meist wird je nach Rechtsbereich, aus dem die Autorinnen oder Autoren stammen, entweder die Einwilligungsthematik (u.a. Medizinethik, Medizinrecht, Personenrecht, Strafrecht²²⁶, Verfassungsrecht) oder dann die Aufklärungs- resp. Haftungsproblematik (Vertragsrecht, Deliktsrecht) relevant und behandelt.²²⁷ Das führt im ersten Fall dazu, dass das eben auch meistens zugrunde liegende Vertragsverhältnis bei der Diskussion ausgeblendet wird und beispielsweise nur der fehlende Realitätsbezug der Selbstbestimmung eines Patienten diskutiert wird. Über Fragen des Konsenses und/oder des gegenseitigen Vertrauens, wird dabei regelmässig keine Rechenschaft abgelegt (dazu Kap. 10–11), obschon diese notwendige Bestandteile jedes mandatsähnlichen Vertragsverhältnisses sind. Es wäre zumindest beim medizinischen Behandlungsvertrag zu bedenken, dass das Einholen der Einwilligung einer Patientin in einen Eingriff in die körperliche Integrität eine Vertragspflicht des medizinischen Behandlungsvertrags ist,²²⁸ doch das ergibt sich meist nur implizit. Klarer dürfte hingegen sein, dass die medizinische Aufklärungspflicht sowohl Vertragspflicht als auch Voraussetzung für die gültige Einwilligung ist.²²⁹

²²³ Vgl. zum Ganzen nur *Ohly*.

²²⁴ *Weidenkaff/Palandt*, Art. 603d BGB Rn.1.

²²⁵ *Büchler*, FS Rey, 181 ff., 184; *Götting*, 145; s. zum schweizerischen Recht bereits BGE 55 II 276.

²²⁶ Jüngst ausführlich *Magnus, Dorothea*: Patientenautonomie im Strafrecht, Tübingen 2015, die zum Schluss kommt, dass die Einwilligung (verstanden als *Surrogat der Selbstbestimmung*) zu wenig differenziert betrachtet werde.

²²⁷ Abgesehen vom Prinzip der absoluten Aufklärungspflicht, das besagt, dass jeder medizinische Eingriff ohne Aufklärung/Einwilligung rechtswidrig ist.

²²⁸ BT-Drucks. 17/10488 vom 15. August 2012, 23.

²²⁹ Was m.E. in § 630a Abs. 1 BGB noch etwas klarer hätte zum Ausdruck kommen dürfen. – Im schweizerischen und japanischen Recht ist der medizinische Behandlungsvertrag indes nicht geregelt, sondern folgt allgemeinem Mandatsvertragsrecht.

Umgekehrt ist im Vertragsrecht der Schutz der Persönlichkeit, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich noch unreflektierter, auch wenn eine Entwicklung stattgefunden hat (lit.b). Die meisten Monografien und Kommentare bringen den/die gleichen Hinweis(e): Das Rechtsgut Leben oder die körperliche Unversehrtheit (Abschneiden eines Fingers)²³⁰ stünden nicht zur vertraglichen Disposition. – Dabei wären eben auch im Vertragsrecht der Persönlichkeitsschutz und alle bestehenden Grenzen der Einwilligung (zu diesen gleich anschliessend) zu bedenken, da es aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes (Art. 10 BV, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 13 *Kenpô*) und des Prinzips der Menschenwürde (Art. 7 BV, Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 13 *Kenpô*) fraglich sei, *inwieweit einer Person überhaupt die Entscheidungsbefugnis über sich entzogen werden darf in diesen höchstpersönlichen Belangen*. – In Bezug auf diesen allgemeinen rechtlichen Rahmen sei bereits erlaubt, anzumerken, dass eine Selbsttötung (ohne fremde Beihilfe) in allen drei Rechtsordnungen nicht strafbar ist.²³¹

Dogmatisch könnte aus einer bewussteren Berücksichtigung des Nebeneinanders von Einwilligung und Vertragserklärung das Folgende resultieren, bezogen auf das schweizerische Recht und die jüngere Rechtsprechung zu Art. 27 ZGB (dazu Kap. 5 Ziff. IV.A.3.b):

1.) In den Bereichen, in denen eine erteilte rechtfertigende Einwilligung den Kernbereich der Persönlichkeit betrifft, muss diese als sittenwidrig angesehen werden, da ein Vertrag dann ebenfalls nichtig im Sinne von Art. 19 f. OR ist.

2.) Umgekehrt ist aus der Tatsache, dass ein Vertrag in allen anderen persönlichkeitsrelevanten Fällen, die nur noch zur einseitigen Anfechtung – oder Kündbarkeit – führen, zu schliessen, dass in diesem Rahmen eine Einwilligung rechtlich gültig ist. Anderenfalls beschneidet man das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person im Vertragsrecht.

bb) Grenzen der Einwilligung

Die Einwilligung in die eigene Persönlichkeitsverletzung ist in allen drei Rechtsordnungen nicht unbeschränkt möglich:

Im *schweizerischen Privatrecht* entzieht der Persönlichkeitsschutz nach Art. 27 ZGB die Dispositionsbefugnis für übermässige, sog. sittenwidrige Einschränkungen der Einwilligungen explizit: Das bedeutet, dass sowohl eine Generaleinwilligung als auch eine unklare, zeitlich oder sachlich übermässige oder eine unwiderrufliche oder unin-

²³⁰ Hausheer/Aebi-Müller, Rn. 12.22.

²³¹ Es gibt in allen drei Rechtsordnungen keine gesetzlichen Regelungen zum Suizid, also ist dieser erlaubt, sofern keine Tötungsform vorliegt; im schweizerischen Recht ist ferner geregelt, dass die Beihilfe zum Suizid aus selbstsüchtigen Motiven strafbar ist (Art. 115 StGB), im deutschen Recht ist seit Ende 2015 (BGBl. I S. 2177) nach § 217 StGB die geschäftsmässige Förderung der Selbsttötung strafrechtlich sanktioniert, und im japanischen Recht ist jede Beihilfe zum Suizid (Art. 202 jap. Strafgesetzbuch) strafbar. – Im Gegensatz zu kontinentaleuropäisch-christlich geprägten Gesellschaften gilt in Japan Selbstmord allgemein nicht als etwas ethisch Verwerfliches, so leisten beispielsweise Lebensversicherungen auch bei Suizid an die Hinterbliebenen *Yokomori*, *Chikanobu*: The Relationship between Suicide and the Insured in Japan, *Journal of Insurance Medicine*, Vol. 22 No. 4, 1990.

formierte Einwilligung wirkungslos sind.²³² – Es ist jedoch der Einzelfall massgebend, der von der Schwere der Verletzung und dem Rechtsgut abhängt, wobei nach herrschender Ansicht das Rechtsgut Leben von Anfang an der Disposition entzogen ist.²³³

Das *deutsche* Strafrecht (§ 228 StGB) schränkt die rechtfertigende Einwilligung ausdrücklich ein: eine Körperverletzung bleibt auch mit einer Einwilligung rechtswidrig, wenn «*die Tat mit Einwilligung gegen die guten Sitten*» verstösst. Allerdings ist gemäss dem Bundesstraengericht beim Begriff der Sittenwidrigkeit «grundsätzlich auf Art und Gewicht des Körperverletzungserfolgs und den Grad der möglichen Lebensgefahr abzustellen, weil generalpräventivfürsorgliche Eingriffe des Staates in die Dispositionsbefugnis des Rechtsgutsinhabers nur im Bereich gravierender Verletzungen zu legitimieren sind»²³⁴ – Die Begründung dieser Beschränkung der Selbstbestimmung basiert, verkürzt formuliert, auf einem legitimen «langfristigen staatlichen Schutz des Lebens einer betroffenen Person gegenüber deren eigenen kurzfristigen Interessen».²³⁵ Einwilligungsakte in die Verletzung der eigenen körperlichen Unversehrtheit werden aber auch im deutschen Privatrecht der Dispositionsbefugnis entzogen und für «sittenwidrig» erklärt, weil sie ansonsten die eigenen persönlichen Interessen ungebührlich beeinträchtigen würden.²³⁶ Im deutschen Privatrecht ist die Einwilligung in die Verletzung der Rechte am eigenen Bild geregelt (§ 22 KUG 1. Satz); allgemein leitet sich die Notwendigkeit der rechtfertigenden Einwilligung wiederum aus der Privatautonomie selbst sowie dem Grundsatz von *volenti non fit iniuria* ab.²³⁷

Für das *japanische Recht* gilt generell, dass der *Informed-Consent* zwar als Begriff gebräuchlich ist, aber unklar bleibt, was seine Anforderungen sind. Medizinische Fachpersonen in Japan haben jedenfalls keine gesetzliche Pflicht, Patientinnen und Patienten über eine Diagnose zu informieren. Nach Ansicht einiger Autorinnen und Autoren besteht auch ein Mangel an Verständnis für die zugrunde liegenden ethischen Prinzipien unter den Vertreterinnen und Vertretern der japanischen Gesundheitsberufe.²³⁸

²³² Meier/de Luze, Rn. 663 ff., 675 f.; Hausheer/Aebi-Müller, Rn. 12.16 ff., 12.22, 11.13.

²³³ BGE 101 II 177 ff. E. 6a, 197 m.w.H. (Leben in Abgrenzung zum toten Körper).

²³⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 26. Mai 2004 (2 StR 505/03), wenn Fesselspiele im sexuellen Bereich von der gestorbenen Partei verlangt waren, diese aber Würgemechanismen mit einem Metallrohr inkludierten, *so sei die Einwilligung unsittlich, da die Akte objektiv für alle erkennbar lebensgefährdend waren*; zudem hält der Entscheid fest, dass Sadomasopraktiken nicht ohne Weiteres die Sittenwidrigkeit der Einwilligung zur Folge haben, *da über solche Praktiken kein Wertekonsens in der Gesellschaft herrsche*; s.a. BGH, Beschluss vom 20. Februar 2013 (1 StR 585/12) Rn. 12, wenn Fusstritte und Faustschläge vereinbart waren bei einer Prügelei zwischen zwei Gruppen, *so ist die «Einwilligung» nach Rechtsprechung des Bundesstraengerichtshofs sittenwidrig, wenn objektiv betrachtet, d.h. unter Würdigung aller Umstände, eine Todesgefahr für die einwilligenden Personen bestand*.

²³⁵ Die staatlich angeordnete Beschränkung der Selbstbestimmung bezüglich Einwilligung in die eigene Körperverletzung und eigene Tötung ist freilich *umstritten*, statt vieler *Seelmann, Kurt: Paternalismus und Solidarität bei der Forschung am Menschen*, in: Brudermüller, Gerd et al. (Hrsg.), *Forschung am Menschen. Ethische Grenzen des Machbaren*, Würzburg 2005, 107 f. m.w.H.

²³⁶ Bereits schon *Hubmann*, 172; *MüKo-Wagner*, § 823 Rn. 66 f., 731; *Hausheer/Aebi-Müller*, Rn. 12.22, 11.13.

²³⁷ *Götting*, 142 ff., 143.

²³⁸ *Masaki/Ishimoto/Asai*, *BMC Medical Ethics* 2014, 15:8; Übersicht bei *Feldman*, 35 ff.

Daraus ergeben sich verschiedene Fragen: Erstens stellt sich die Frage, ob für Einwilligungsakte im Privatrecht der gleiche Bewertungsmassstab der «guten Sitten» angelegt wird wie für die Grenzen der Selbstbestimmung im Vertrag. Zweitens ist fraglich, auf welcher Rechtsgrundlage die «Sittenwidrigkeit» einer übermässigen Einwilligung basieren soll: auf der Sittenwidrigkeit oder Rechtswidrigkeit des *Allgemeinen Teils* (§ 138, 134 BGB bzw. Art. 90 *Minpô*) resp. des Persönlichkeitsrechts (Art. 27 ZGB) oder – nach deutschem und japanischem Recht – auf unerlaubter Handlung (§ 823 BGB, Art. 709 *Minpô*) oder allenfalls direkt auf dem Strafrecht (§ 228 StGB)? Dieser Frage liegt die dogmatische Einordnung der Einwilligung zugrunde, die umstritten ist: Ernst Zitelmann behandelte die Einwilligung ursprünglich als eine Form von Rechtsgeschäft.²³⁹ In der frühen Rechtsprechung des BGH (und des Reichsgerichts) wurde die Einwilligung ebenfalls noch als einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung²⁴⁰ erfasst und die rechtsgeschäftlichen Regeln wurden sinngemäss auch auf die Einwilligung angewendet.²⁴¹ Zwischenzeitlich gilt die «Rechtsgeschäftstheorie» indes mehrheitlich als überholt und die Einwilligung wird als eine «geschäftähnliche Handlung» angesehen, der eine *Zwitterstellung zwischen Rechtsgeschäft und Realakt* zukommt.²⁴² – Der entscheidende Vorteil dieser Lesart ist, dass sich nach deutschem Recht die Einwilligung dadurch nicht nach den §§ 104 ff. BGB zu richten braucht, womit sich die Einwilligungsfähigkeit von geschäftsunfähigen Personen konstruieren lässt.²⁴³ Letzteres dürfte auch der Hauptgrund dafür sein, dass diese dogmatische Frage in der Schweiz weniger kontrovers behandelt wird, zumal die Legaldefinition der Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB) und die besonderen Bestimmungen zu den höchstpersönlichen Rechten gemäss Art. 19 ff. ZGB schon von Gesetzes wegen eine flexiblere Handhabung ermöglichen:²⁴⁴ Eine urteilsfähige minderjährige Person wird ohne Zustimmung der Eltern sowohl einen Verlagsvertrag über ihre eigenen Tagebücher abschliessen können (in Anlehnung an das alte Beispiel von *Hubmann*, 171) als auch über eine medizinisch indizierte Operation eine Einwilligung erteilen sowie einen Behandlungsvertrag schliessen können, denn es handelt sich in allen Fällen um *höchstpersönliche Gegenstände nach Art. 19c ZGB*; ferner wird eine medizinisch indizierte Behandlung regelmässig von den Krankenkassen gedeckt sein, sodass keine nennenswerten vermögensmässigen Nachteile und Risiken entstehen können.²⁴⁵

²³⁹ Zitelmann, Ernst: Ausschluss der Widerrechtlichkeit, in: AcP 99 (1906) 1-130, 48 ff., 72 ff.

²⁴⁰ BGHZ 2, 159 ff., 161.

²⁴¹ Ohly, 35 ff., 38 ff., 40 m.w.H.; von Tuhr/Peter, 467 ff. vgl. so noch: BGH, Urteil vom 18. März 1980 (VI ZR 155/78), NJW 1980, 1903.

²⁴² Statt vieler zum Meinungsspektrum betreffend Rechtsnatur vgl. Ohly, 35 ff., 45, Übersicht (59) und zur Entwicklung betr. Einwilligung und Sittenwidrigkeit (398 ff.); a.A. Balthasar, 122 m.w.H.; nach Götting, Handbuch § 2 Rn. 29 bleibt die Frage umstritten.

²⁴³ Hubmann, 171.

²⁴⁴ Im Resultat wird damit auch im deutschen Recht auf die Einsichtsfähigkeit einer Person abgestellt, und nicht auf ein fixes Alter.

²⁴⁵ Weiterführend: Gleixner-Eberle, Elisabeth: Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, MedR Schriftenreihe Medizinrecht, Andreas, Spickhoff (Hrsg.), Berlin 2014, 298 ff.; s.a. Rezension zum gleichnamigen Werk von Heinrich Honsell, MedR 3 (2014) 32:204 f., der betont, dass (deswegen) ein Behandlungsvertrag über eine Schönheitsoperation eines urteilsfähigen Minderjährigen sicher anders beurteilt werden müsste.

Als Zwischenresultat kann festgehalten werden, dass die Einwilligung im persönlichkeitsrechtlichen Bereich sowohl nach schweizerischem als auch nach deutschem Recht *regelmässig* an den Schranken der «guten Sitten» gemessen wird (nach Art. 19 f. OR bzw. Art. 27 ZGB oder nach § 138 BGB), und zwar selbst von *Heinrich Hubmann*, für den die Einwilligung dogmatisch keine Willenserklärung war.²⁴⁶ Damit kommt einer dogmatischen Differenzierung zwischen Einwilligung und Vertragserklärung insoweit keine praktische Bedeutung zu. Das ändert aber nichts an den grundsätzlichen Unterschieden, die unter lit. aa herausgearbeitet wurden. – Auf die fehlende Referenz auf das gegenseitige Vertrauen, das einer vertragsrechtlichen Beziehung zu Grunde liegt, wird bei der Kritik am Konzept der relationalen Selbstbestimmung noch einmal zurückzukommen sein (Teil 4, Kap. 10, lit. III.D).

3. *Rechtliche Differenzierung als Bestandteil des Persönlichkeitsrechts*

Die rechtliche Differenzierung zwischen den Interessen der involvierten Personen ist ein fester Bestandteil des Persönlichkeitsrechts. Dies zeigt sich sowohl in den verbreiteten *Stufenkonzepten* wie auch in den *ausgeprägten Interessenabwägungen*, die möglichst auf den Einzelfall ausgerichtet sind.²⁴⁷

a) *Interessenabwägung*

Die Interessenabwägung im Persönlichkeitsrecht spielt bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit einer Persönlichkeitsverletzung und der sie allenfalls rechtfertigenden Einwilligungen eine massgebliche Rolle. Das Resultat und damit die Rechtsfolgen hängen weitgehend davon ab, welche Rechtsgüter betroffen sind und welche Interessen einander gegenüberstehen;²⁴⁸ Die Güter- und Interessenabwägung ist fester Bestandteil des Persönlichkeitsrechts. – Das war mit einer der Gründe, warum in Deutschland eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes bestand.²⁴⁹

b) *Stufenkonzepte*

In Zusammenhang mit der Entwicklung der kommerziellen Persönlichkeitsrechte steht die *Unterscheidung zwischen den Schutzgütern*: Wo es um geldwerte und nicht um ideelle Persönlichkeitsgüter geht, braucht der Schutz nicht gleichermassen hoch zu sein.²⁵⁰

Sowohl im schweizerischen wie auch im deutschen Recht werden seit Langem drei verschiedene Sphären der Persönlichkeit unterschieden, die nicht den gleich starken

²⁴⁶ *Hubmann*, 171.

²⁴⁷ So verlangte *Huber* eine Abwägung der Interessen im Einzelfall nach der Schwere des Rechtsverzichts (Art. 27 ZGB) und den Interessen der Gegenpartei bez. Gesellschaft: *Huber, Eugen*: Zehn Vorträge über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts, Bern 1911, 17 f.; vgl. hierzu auch *Hofer*, recht (2008) 2, 471 ff.

²⁴⁸ *Jäggi*, 213 ff.; *Grossen, Jacques-Michel*: Das Recht der Einzelpersonen, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. 2 Einleitung und Personenrecht, Gutzwiller Max (Hrsg.), Bern 1967, 359.

²⁴⁹ Zur historischen Entwicklung vgl. *MüKo-Rixecker*, Anhang § 12 BGB Rn. 10 ff.; *Götting*, Handbuch § 10 Rn. 1–9.

²⁵⁰ *Götting*, 136 m.w.H.

Schutz beanspruchen:²⁵¹ die *Geheim- bzw. Intim-, die Privat- und die Sozialsphäre*. Zur *Intimsphäre* zählt das, was üblicherweise vertrauliche Angelegenheiten sind, die der Geheimhaltung unterliegen: Gefühle, Gedanken (z.B. Tagebücher, Briefe), Sexuelles sowie der Gesundheitszustand.²⁵² Das ist der absolut geschützte Kernbereich privater Lebensgestaltung und zugleich der *höchstpersönliche Kernbereich der Persönlichkeit*. Zur *Privatsphäre* zählt das, was im privaten Alltagsleben, also im Freundes- und Familienkreise, erlebt wird. Schliesslich schützt die *Sozialsphäre* (auch Individualsphäre genannt) die Selbstbestimmung der Person im Hinblick auf ihre Beziehungen zur Umwelt: Sie umfasst die individuellen beruflichen, wirtschaftlichen und öffentlichen Tätigkeiten einer Person. Der Schutz der Person wird je nach Sphäre abgestuft. In ihrer Sozialsphäre geniesst die betroffene Person am wenigsten Schutz gegenüber anderen Personen.²⁵³ – Es stellt sich die Frage, ob die Sphärentheorie nicht auch Einfluss auf das Vertragsrecht haben kann oder sogar haben muss, vorausgesetzt, man gelangt zum Schluss, dass Persönlichkeitsrechte Gegenstand eines Vertrags sein können. Entsprechend liesse sich aus Sicht des Persönlichkeitsschutzes argumentieren, dass für Verträge zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung (Teil 3) oder zur eigenen medizinische Behandlung, welche alle die Intimsphäre betreffen, nicht der gleiche Massstab gelten könne wie für andere Verträge, welche ebenfalls Persönlichkeitsrechte betreffen: z.B. einen rein güterrechtlichen (Teil)Ehevertrag, der die Begründung, den Wechsel oder die Modifikation des Güterstands und damit die Regelung der Auswirkungen der Ehe auf das Vermögen der Ehegatten zum Inhalt hat. Dagegen zählten die Inhalte des *Eheschliessungsvertrag und jedes anderen Partnerschaftsvertrag auf Dauer wiederum zur Intimsphäre*, da die partnerschaftlichen Beistandspflichten im Namen der Liebe die Gefühlsebene betrifft und Fortpflanzung und Sexualität Teil der Lebensgemeinschaft bilden können. Etwas anderes müsste deshalb auch für einen ordentlichen Arbeitsvertrag gelten, bei dem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer ebenfalls einen Teil ihrer oder seiner eigenen Handlungsfreiheit selbstbestimmt aufgibt (Präsenzpflicht, Weisungsgebundenheit).²⁵⁴

Das Persönlichkeitsrecht kennt noch weitere Stufenkonzepte. Ein ausdrücklich geregeltes Beispiel bietet etwa das deutsche Recht für das *Recht am Bild* gemäss § 22 KUG: *Erstens* ist davon auszugehen, dass Eingriffe mit Einwilligung des Betroffenen erlaubt sind (§ 22 KUG). Fehlt die Einwilligung, ist *zweitens* zuerst zu klä-

²⁵¹ Geht u.a. auf *Hubmann* zurück, der von sog. «Schutzkreisen» spricht: 268 ff. vgl. BVerfGE 34, 238, 245 und BVerfGE 54, 148, 154; s. für das schweizerische Recht *Jäggi, Peter*: Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 II (1960) 226 ff., der zwischen Geheim-, Privat- und Gemeinbereich unterscheidet; *Hausherr/Aebi-Müller*, Rn. 12.115, BGE 130 II 28; wobei berechtigte Kritik an der Tauglichkeit der Abgrenzungskriterien gerade in Zusammenhang mit dem Internet besteht: *Aebi-Müller*, 519 ff.; *Hausherr/Aebi-Müller* Rn. 12.121; die neuere Lehre unterscheidet drei oder vier Bereiche der Persönlichkeit: den physischen (Rn. 12.43 ff.), den emotionalen/affektiven (Rn. 12.64 ff., 12.66), zu dem z.B. Ehe/Familie, physischer Schmerz, Drohung oder Pietätgefühl, Schamgefühl zählen, den sozialen (v.a. die Ehre) und den wirtschaftlichen, zu dem z.B. Teilnahme am Markt, d.h. Boykottschutz und Zwangskommerzialisierung gehören.

²⁵² Das, was der «Natur nach» der Geheimhaltung unterliegt: *Palandt/Sprau*, § 823 BGB Rn. 87.

²⁵³ *Hausherr/Aebi-Müller*, Rn. 12.121; s. für das deutsche Recht: *Götting*, 136; *Palandt/Sprau* § 823 BGB Rn. 87 f.

²⁵⁴ Art. 328 OR verpflichtet den Arbeitgeber, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen, und Art. 362 OR verpflichtet diesen zu Schutzmassnahmen für den Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers.

ren, inwiefern ein öffentliches Interesse an der betroffenen Person besteht (§ 23 KUG). Besteht ein solches, ist *drittens* zu prüfen, ob der Abgebildete ein Entgelt erhielt, womit die Einwilligung angenommen werden kann (§ 22 KUG 2. Satz). Stufenkonzepte im Sinne von Kaskadenordnungen für die Einwilligungs- und Vertretungspraxis kennen sowohl die deutsche wie auch die schweizerische Rechtsordnung hinsichtlich medizinischer Entscheide und des Betreuungsrechts (§ BGB/ Art. 378 ZGB).

c) Rechtliche Differenzierungen hinsichtlich des menschlichen Körpers

Zu den Stufenkonzepten und Interessenabwägungen des Persönlichkeitsrechts gehört auch die Tatsache, dass alle drei Rechtsordnungen zunehmend Spezialgesetze aufweisen, die differenzierte Regelungen über den menschlichen Körper – auch über das Persönlichkeitsrecht hinaus – aufweisen. Es gibt heute zahlreiche bioethische Sondergesetze – wie die *Transplantationsgesetze*, um ein Beispiel von vielen zu nennen –, die den rechtlichen Umgang mit dem eigenen Körper differenziert festschreiben: Nicht jedes Körperteil, nicht jede Körpersubstanz oder -zelle und nicht jedes Organ wird rechtlich gleichermassen geschützt und beispielsweise durch Verbote dem Rechtsgeschäftsverkehr entzogen. Ausserdem gelten meist je nach involvierter Person auch unterschiedlich hohe Anforderungen für den *Informed-Consent*. Gemeinsam ist allen drei Rechtsordnungen dabei etwa das Kommerzialisierungsverbot bei Transplantationen.²⁵⁵

4. Unterschiedliche Rechtswirkungen

Es spielt eine Rolle, ob das Vertragsrecht oder das Persönlichkeitsrecht zur Anwendung gelangt: Während die Vertragsrechte und -pflichten *relativ* sind und grundsätzlich nur zwischen den beteiligten Personen wirken, sind Persönlichkeitsrechte nach schweizerischem und deutschem Recht *absoluter* Natur.²⁵⁶ Das bedeutet, dass die rechtlichen Wirkungen über eine rechtsgeschäftliche Parteiendisposition hinausgehen. – Im japanischen Recht ist dieser Absolutheitsanspruch von Persönlichkeitsrechten *weniger eindeutig herausgebildet*: Insbesondere ist der Unterlassungsanspruch aufgrund von Persönlichkeitsverletzungen umstritten.²⁵⁷ Damit sind im schweizerischen und deutschen Recht die Wirkungen des Vertragsrechts im Grund-

²⁵⁵ Vier Beispiele: 1.) Art. 13 Transplantationsgesetz (Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, SR 810.21) regelt, dass Urteilsunfähigen oder Minderjährigen keine Organe, Zellen und Gewebe entnommen werden dürfen, regenerierbares Zellmaterial aber schon; 2.) Art. 1a Nr. 1 definiert die Organe, wobei differenziert wird zwischen vermittlungspflichtigen Nr. 2 und nicht regenerierungsfähigen Nr. 3 und Nr. 4 definiert die Gewebe sehr weitreichend nach deutschem Transplantationsgesetz vom 5. November 1997 (BGBl. I S. 2631), i.d.F. vom 4. September 2007 (mit Inkrafttreten des Gewebegesetzes vom 27. Juli 2007, BGBl. I S. 1574), zuletzt geändert 17. Juli 2017/BGBl. 2757; 3.); nach jap. Recht: *Zoki no ishoku ni kansuru hōritsu* 臓器の移植にかんする法律 vom 17. Juli 2009 (Nr. 83/1999), in Kraft getreten am 17. Juli 2010 (ersetzt das Gesetz von 1997), bleibt die Lebendorganspende ungeregelt; 4.) Auch die internationale Bioethikkonvention des Europarates statuiert ein generelles Kommerzialisierungsverbot für den menschlichen Körper und Teile davon auf (Art. 21), wobei diese Bestimmung beispielsweise, die nur für die Schweiz (1. November 2008) anwendbar ist, das Blut explizit einschliesst.

²⁵⁶ Frank, Richard: Persönlichkeitschutz heute, Zürich 1983, 170 ff.

²⁵⁷ Dillmann, 206 ff. m.w.H.

satz begrenzter oder mit anderen Worten: Das Persönlichkeitsrecht geht dem Vertragsrecht vor. Das Vertragsrecht darf das Persönlichkeitsrecht einer Person beispielsweise nicht beschränken. Das ist etwa explizit in Art. 19 OR geregelt, denn der Inhalt eines Vertrages muss innerhalb der Schranken des Gesetzes, des Persönlichkeitssschutzes und der «guten Sitten» liegen. Da in dieser Untersuchung indes, wie erwähnt, die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung, die aufgrund der Höchstpersönlichkeit grundsätzlich ebenfalls nur *inter partes* wirken kann, im Vordergrund steht, fällt dieser Unterschied weniger ins Gewicht. – Allerdings wird dieser Grundsatz auch teilweise durchbrochen, sodass faktisch eine «absolute» Wirkung entsteht.²⁵⁸

Von Interesse sind – je nach Rechtsordnung – die unterschiedlichen Rechtsfolgen einer Persönlichkeitsverletzung und eines Verstosses gegen die «guten Sitten» im Vertragsrecht:

Im *schweizerischen Recht* ist ein Vertrag, der gegen Art. 19 OR oder Art. 27 ZGB verstösst, grundsätzlich ungültig im Sinne von Art. 20 OR. Die jüngere Rechtsprechung und die h.L. unterscheiden heute mit *Eugen Bucher*²⁵⁹ zwischen der Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit *ab initio* als Folge einer Sittenwidrigkeit nach Vertragsrecht (Art. 19 f. OR) oder einer Sittenwidrigkeit aus Persönlichkeitssschutz, die auf die Verletzung des *höchstpersönlichen Kernbereichs der Persönlichkeit* beschränkt wird (Art. 27 Abs. 1 ZGB), und der blossen Anfechtbarkeit- resp. Kündbarkeit bei einer Verletzung des Übermassverbotes (Art. 27 Abs. 2 ZGB). Begründet wird die Unterscheidung damit, dass zum einen der Gesetzeswortlaut von Art. 19 Abs. 2 OR zwischen Verstoß gegen die «guten Sitten» und Persönlichkeitsverletzung unterscheidet und dass zum anderen nur die einseitige Vertragsauflösung dem Schutzgedanken gegenüber zeitlich langen Verträgen im Geschäftsverkehr gerecht werde.²⁶⁰ – Der privatautonomen Dispositionsbefugnis entzogen sein sollen nur diejenigen Inhalte, die nicht Gegenstand eines Vertrags «sein können», wie z.B. die eigene physische Freiheit, die Intim- und Privatsphäre wie die höchstpersönliche religiöse Lebensgestaltung, die sexuelle Verhütungspraxis oder Verpflichtungen zum Erbvertrag oder eine Vereinbarung zu einer Berufszugehörigkeit.²⁶¹

Im *deutschen Recht* ist bei einem Verstoß gegen die «guten Sitten» die Nichtigkeit oder die Teilnichtigkeit eines Vertrages vorgesehen (§ 139 BGB). Die einseitige Anfechtbarkeit ist bei Sittenwidrigkeit eines Vertrags – etwa einer Vermarktung des Persönlichkeitsrechts – nicht vorgesehen.

²⁵⁸ BGH vom 14. November 1986 – VI ZR 10/86 in GRUR 1987, 128 f. = NJW-RR 1987, 231: der Begünstigte (Einwilligungsempfänger) durfte aus eigenem Recht gegen denjenigen vorgehen, der ohne entsprechende Erlaubnis ein Persönlichkeitsrecht kommerziell nutzte.

²⁵⁹ BK-Bucher, Art. 27 N 6 ff., 114 ff., 127; zur Konzeption der Bestimmung von *Eugen Huber* und der Entstehungsgeschichte von Art. 27 ZGB s. *Hofer*, recht (2008) 2, 58 ff., 59 ff.

²⁶⁰ BGE 129 III 209 E. 3.3; *Hausheer/Aebi-Müller*, Rn. 11.28 ff., insb. 11.40-42; BK-Bucher, Art. 27 ZGB N 117 ff., 126 ff.; BK-Kramer, Art. 19 OR N 208 ff., 212 ff.; etwas anders in der Argumentation, im Resultat aber vergleichbar: *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, § 11 Rn. 28 f.; *Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger*, N 687; BSK ZGB I-Huguenin/Reitze, Art. 27 N 18 ff. tritt für eine flexible/modulare Nichtigkeit ein.

²⁶¹ BK-Bucher, Art. 27 N 117 ff., allerdings mit älteren Hinweisen auf RGZ 57, 250 und *Flume*, AT Bd. 1 § 7 N 2; BK-Kramer, Art. 19 OR N 212 ff.

Im *japanischen* Recht ist die Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit nach Art. 90 *Minpō* ebenfalls die Ungültigkeit; für Persönlichkeitsverletzungen ist keine andere Rechtsfolge vorgesehen.

C. Zwischen Vertrags- und Familienrecht

Bei den in dieser Untersuchung ausgewählten Vertragsgeschichten und den besonders zu behandelnden Vertragstypen handelt es sich auch um solche, die im Schnittpunkt von Familien- und Vertragsrecht angesiedelt werden können: Partnerschaft und Ehe im Namen der «Liebe», Sex und Fortpflanzung (Teil 3) sind, wenn auch nicht ausschliesslich und manchmal indirekt, regelmässig Regelungsgegenstände des Familienrechts. Das Abstammungsrecht ist zugleich ein klassisches und zugleich höchst aktuelles Rechtsgebiet des Familienrechts.

Im Gegensatz zum Personenrecht (das es in dieser Terminologie und als Teildisziplin nur in der schweizerischen Rechtsordnung gibt) regeln die Familienrechte in allen drei Rechtsordnungen *einige Verträge zwischen Familienangehörigen und/oder zu familienrechtlichen Besonderheiten* explizit, namentlich den hier interessierenden seit Langem bekannten güterrechtlichen Ehevertrag (Kap. 9) und den Erbvertrag. Die Tatsache, dass unter Familienmitgliedern Verträge mit besonderem familienrechtlichem Bezug und generell privatautonome Regelungen möglich sind, ist zunächst als Fortschritt zu betrachten,²⁶² denn bis vor nicht allzu langer Zeit durften Frauen, namentlich auch Ehefrauen, keine Rechtsgeschäfte für sich oder für die Familie schliessen. Die Tendenzen verliefen in allen drei Familienrechtsordnungen hin zu mehr Selbstbestimmung und zu mehr privatautonomen Vereinbarungen. Dazu zählen namentlich die Stärkung der Selbstbestimmung unter Ehegatten im *Scheidungsrecht* durch die Abschaffung des Verschuldensprinzips, die Einführung der Scheidung auf gemeinsames Begehren, der Ausbau der Mediationsmöglichkeiten im Trennungs- und Scheidungsverfahren und die Regelungen zum Vorsorgeausgleich. Diese Entwicklung kann noch nicht abgeschlossen angesehen werden, das zeigt etwa das in jüngerer Zeit revidierte Vorsorgeausgleichsrecht in der Schweiz, das die Selbstbestimmung der Paare bei einvernehmlichen Lösungen ausgedehnt (Art. 124b Abs. 1 ZGB, in Kraft seit 1.1.2017). Zukunftsweisend erscheint ferner das Urteil der 12. Abteilung des Deutschen Bundesgerichtshofs vom 23. September 2015 (ZR 99/4, Rz. 5), das einen wichtigen Schritt in Richtung sog. intentionaler Elternschaft getan hat: Es hat die «Übernahme der Elternschaft kraft Willensakts» erkannt. Es hat, genauer, in der Vereinbarung zweier unverheirateter Personen zur heterologen Insemination Drittperson einen «von familienrechtlichen Besonderheiten geprägten Vertrags» erkannt und den nicht genetischen Vater und Lebenspartner der Mutter zu Unterhaltsleistungen an das gestützt auf die Vereinbarung geborenen Kindes verpflichtet. In eine ähnliche Richtung tendiert die fortentwickelte schuldrechtlich-dogmatische Konstruktion für die Elternschaft, das sog. «Treuhandverhältnis», das keine Vermögensrechte beinhalten muss.²⁶³ Neuere gesetzliche Regelungen zu Verträgen oder Vollmachten zur Betreuungsvorsorge sind sodann auch von besonderer

²⁶² Zur Geschichte *Hofer/Schwab/Heinrich*, 3 ff.

²⁶³ *Preisner, Mareike*: Das gesetzliche mittreuhänderische Schuldverhältnis kraft gemeinsamer Elternschaft, *Studien zum Privatrecht* Bd. 35, Tübingen 2014, 253 ff., 264 ff.

familienrechtlicher Bedeutung (Art. 360 ff. ZGB, § 1896 BGB). – Auch über die Eheschliessung selbst bzw. die Begründung einer Partnerschaft, kann und wird vermehrt als Vertragslösung diskutiert und zu diskutieren sein (dazu später ausführlicher unter Kap. 9).²⁶⁴ – Letzteres ist eine Entwicklung, die in Japan bereits vor langer Zeit stattgefunden hat.

Interessant ist für den vorliegenden Zusammenhang ist ferner, dass innerhalb des familienrechtlichen Privatbereichs der nachehelichen Vereinbarungen auch rechtliche Abstufungen vorgenommen werden: So kennt die deutsche Rechtsprechung einen Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts, über den sich nicht disponieren lässt. Ein Ehevertrag über den Ausschluss des nachehelichen Betreuungsunterhalts für gemeinsame Kinder oder über den nachehelichen Unterhalt wegen Alter, Krankheit und Gebrechen könnte jede Person sehr empfindlich treffen und verstösst daher gegen den nachehelichen Individual- und Sozialschutz.²⁶⁵

Auch ist im deutschen und schweizerischen Familienrecht in der Vergangenheit immer wieder einmal über die Rolle der Privatautonomie in besonderen familienrechtlichen Beziehungen nachgedacht worden. Aber *bis dato* wurden diese Verträge, die im von familienrechtlicher Bedeutung sind und teils im Familienrecht geregelt sind, nicht explizit aus dem Gesamtgefüge des allgemeinen Vertragsrechts gelöst. Vor Kurzem sind einige neue Beiträge publiziert worden, welche die Vermutung zulassen, dass sich ein sog. *relationales Denken in familialen Belangen und Verträgen* künftig auch auf dem europäischen Kontinent weiterentwickeln wird; konkrete Vorschläge, wie dies geschehen sollte, lassen indes noch auf sich warten (Kap. 7, Kap. 10–11).²⁶⁶

D. Zwischen Vertrags- und Verfassungsrecht

1. Mittelbare Drittwirkung der Verfassungs- und Grundrechte

Von Verträgen, die den Intim- und Privatbereich, die Persönlichkeits- und Familienrechte von Personen betreffen und vertragsrechtlich der Grenze der «gute Sitten» (oder anderen spezialgesetzlichen Schranken) unterliegen können, kann nichts anderes erwartet werden als dass sie auch verschiedene Grundrechte der betroffenen Parteien berühren: Im Vordergrund stehen in allen Rechtsordnungen das *Grundprinzip der Selbstbestimmung und das Grundrecht der persönlichen Freiheit* einer Person (dazu anschliessend lit. b und Kap. 9). Berührt sind bei Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung auch das Recht auf Achtung des *Privat- und Familienlebens* nach Art. 8 EMRK bzw. einer Reihe von Grundrechten (Art. 13f. BV bzw. Art. 1 I, Art. 6, Art. 10 GG) sowie der *allgemeine Nichtdiskriminierungsgrundsatz* nach Art. 14 EMRK (auch Art. 1 CEDAW, UNO-Pakt II) bzw. der Grundrechte Art. 8 BV und Art. 3 GG. In Frage kommt etwa auch das Grundrecht der Menschenwürde, namentlich dann, wenn noch keine Grundrechtsträgerinnen und –träger leben (z.B. Föten, Embryonen, zu denken ist etwa an einen Vertrag zugunsten Dritter). Für das Vertrags-

²⁶⁴ Bächler, FamPra 15 (2014) 4, 797 ff.

²⁶⁵ Vgl. § 9.

²⁶⁶ Röthel, 9 ff., 70 ff. und im gleichen Sammelband die Beiträge von Wagner (197 ff.) und von Gabriele Britz (241 ff.).

recht stellt sich daher auch die Frage, ob und mit welchen Rechtswirkungen Verträge geschlossen werden können, die den grundrechtlichen Wertungen widersprechen. In dieser Untersuchung interessiert deshalb auch, wie die grundrechtlichen Wertungen in die Anwendung der «gute Sitten» einfließen. Umgekehrt muss man sich im Privatrecht die Frage gefallen lassen, welche Bedeutung die «guten Sitten» noch haben können, wenn weitgehende Einigkeit darüber besteht, dass im Verfassungsrecht bzw. im Bereich der Grundrechte neben der öffentlichen Ordnung ein «Sittengesetz» keine Berechtigung mehr habe (dazu unter Kap. 4–5).²⁶⁷

Die Zuordnung der Selbstbestimmung und der Vertragsfreiheit zum Bereich der Verfassungs- und Grundrechte ist für alle Rechtsordnungen anerkannt. Die deutsche und schweizerische Rechtsordnung kennen zudem die mittelbare Drittwirkung der Verfassungs- und Grundrechte,²⁶⁸ während die unmittelbare Drittwirkung, also die Verbindlichkeit im Verhältnis zwischen Privaten, nicht mehrheitlich anerkannt ist (mit Ausnahme von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV). – Das bedeutet freilich mit *Canaris* nicht, dass Verfassungs- und Grundrechte im Privatrecht gar keine Geltung hätten. Grundrechte haben nicht nur eine Abwehr-, sondern auch eine Schutznormfunktion.²⁶⁹ Da bei einem Streitfall im Rahmen der «guten Sitten» die Gerichte – also staatliche Organe, die ermächtigt sind, das Recht fortzubilden und Recht zu sprechen – involviert sind, müssen rechtsethische, d.h. insbesondere die grundrechtlichen Wertungen miteinbezogen werden (vgl. zu den Grundformeln Kap. 5 Ziff. II.B.1).

2. «Gute Sitten» und Verfassungs- und Grundrechte

Verkennt also etwa ein deutsches Gericht, welches eine privatrechtliche Streitigkeit entscheidet, in grundsätzlicher Weise den Schutzgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, verletzt es dadurch das Grundrecht des Bürgers in seiner Funktion als Schutznorm.²⁷⁰ Das Bundesverfassungsgericht argumentiert in den Entscheiden zum güterrechtlichen Ehevertrag und zu den Bürgschaftsentscheidungen zur Sittenwidrigkeit, dass allen Vertragsparteien das Grundrecht auf Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG zusteht.²⁷¹ Hat in einem Vertragsverhältnis eine Partei ein solches Gewicht, dass sie den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, so ist es «Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen der beteiligten Parteien hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt».²⁷² Dieses Recht entfaltet auch im Privatrecht seine Wirkungen und beeinflusst die Anwendung der privatrechtlichen Vorschrift. Sofern es sich aber um Fragen der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung im Rahmen beruflicher Betätigung handelt, stützt man sich auf die speziellere Norm von Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit).²⁷³ – Die Freiheit zu wirtschaftlicher Betätigung ist ein Grundrecht (s.a. Art. 29 Abs. 1 *Kenpô*, Art. 27 BV) und die Vertragsfreiheit wird als

²⁶⁷ *Di Fabio*, Art. 1 GG Rn. 13, in: Maunz/Dürig.

²⁶⁸ *Soergel/Hefermehl*, § 138 Rn. 10 f. m.w.H.

²⁶⁹ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 33 ff., 35 m.w.H. zu anderen Ansichten.

²⁷⁰ Betr. Selbstbestimmung über Gesundheitsdaten: BVerfGE 84, 192; BVerfGE 65, 1.

²⁷¹ BVerfGE 74, 129; BVerfGE 65, 196.

²⁷² BVerfGE 114, 1; BVerfGE 103, 89; BVerfGE 9, 353.

²⁷³ BVerfGE 116, 202; BVerfGE 95, 173; BVerfGE 77, 84; BVerfGE 68, 193; vgl. zum Verhältnis von Art. 2 und 12 GG, Beschluss 23. November 2013 (1 BvR 1842/11).

Ausdruck dieser wirtschaftlichen Grund- und Freiheitsrechte angesehen. Dies lässt sich damit erklären, dass die dem Vertragsrecht primär zugrundeliegenden Forderungsrechte (vgl. lit. B.2) vermögenswerte Rechte sind, die letztlich erst durch das verfassungsmässige Eigentumsrecht garantiert sind. Darüber hinaus bezieht sich der im Vertrag oder im Rechtsgeschäft zu achtende Wille der Parteien auf das Selbstbestimmungsrecht, das nach der herrschenden Lehre in Japan aus dem in Art. 13 *Ken-pô* gewährleisteten Recht auf «*pursuit of happiness*» abgeleitet werden kann (s.a. Kap. 5 Ziff. II.B.2.cc).

Es lässt sich damit festhalten: Ohne verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmung und Vertragsfreiheit gibt es diese Rechtsinstitute auch im Privatrecht nicht. Ohne Vertragsfreiheit können Privatrechtssubjekte ihre Selbstbestimmung und ihre Vorhaben nicht realisieren. Das bedeutet weiterführend, dass es eine Institutsgarantie für den Vertrag braucht.²⁷⁴ Das heisst zwar für sich genommen immer noch nicht, dass alles selbstbestimmt vertraglich Vereinbarte für sich genommen zulässig ist (gesetzliche Verbote vorbehalten). Sofern es sich aber um die alltäglichen Verträge zur Existenzsicherung von Personen handelt und zudem noch die Persönlichkeitsrechte der betreffenden Subjekte tangiert sind (z.B. Entgelt einer Prostituierten, Entgelt einer Leihmutter, vermögensrechtliche Absicherung einer Ehefrau), stehen sich verfassungsrechtlich gleichwertig geschützte Interessen gegenüber.

Wie die privatrechtliche Generalklausel der «guten Sitten» grundrechtskonform ausgelegt werden soll, ist demnach zweifelsohne auch eine Frage des Privatrechts.

3. *Potenzielle Verletzung der Verfassungs- und Grundrechte von vulnerablen Personen*

Wird etwa ein Prostitutions-, ein Leihmutterschafts- oder ein Ehevertrag für sitten- oder rechtswidrig erklärt, liesse sich zumindest für die ersten beiden Vertragstypen auch argumentieren, dass auf diese Weise faktisch gewisse Personen – wie vulnerable Personen, Migrantinnen und/oder Frauen – von der Erwerbstätigkeit und dem Rechtsverkehr ausgeschlossen werden. Damit wären ferner *diskriminierende Aspekte* zu prüfen: als Grundrechtsverletzungen (in allen drei Rechtsordnungen) sowie als ein Verstoß gegen das deutsche Antidiskriminierungsrecht.

²⁷⁴ Arnold, 207.

Teil 2

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

Kapitel 4

Selbstbestimmung im Vertragsrecht

I. Begriff, Konzept und Entwicklung der Selbstbestimmung

A. Ziele einer begrifflichen Annäherung

Die Konzepte der Selbstbestimmung und der «guten Sitten» werden in den beiden nachfolgenden Kapiteln (4–5) historisch und über die Rechtswissenschaften hinaus vertieft analysiert und der aktuelle Stand der Dogmatik wird dargelegt. Es sind beides keine einfach verständlichen Begriffe und unumstrittenen Konzepte. Es folgt in Kapitel 6 eine rechtsvergleichende Untersuchung der aktuellsten Strömungen zu der Grenze der «guten Sitten», die wiederum in sich abgeschlossen und damit für sich genommen lesbar sein soll.

Aus der Sicht von *Werner Flume*, erscheint die Umschreibung der Selbstbestimmung etwa unproblematisch: «Soweit die Selbstbestimmung reicht, gibt es keine Fremdbestimmung. Die willentliche Entscheidung einer Person gilt, weil sie gewollt wird und der Wille als solcher respektiert wird.»²⁷⁵ Auch der Philosoph *Volker Gerhardt* hält den Begriff der Selbstbestimmung zunächst für «unauffällig» und ohne Weiteres verständlich.²⁷⁶ Er entwickelte unter dem Titel «Selbstbestimmung» (1999)²⁷⁷ die Grundprinzipien einer auf die eigene Einsicht gestützten, menschlichen Lebensführung, die den Menschen als ein kulturelles Wesen begreift. Massgebend für die individuelle Selbsterfahrung sei es, dass der Mensch unter den bereits bestehenden und den zugleich – durch den Menschen selber – sich verändernden Bedingungen der Umwelt zu leben und zu handeln habe.²⁷⁸ Nach dem Soziologen *Uwe Krähnke* ist Selbstbestimmung hingegen ein umfassendes kulturelles Phänomen, das alle gesellschaftlichen Ebenen betrifft²⁷⁹ und sich deshalb in äusserst vielfältigen Themenbereichen manifestiert: von der Sterbehilfe oder der Behinderung über den Feminismus und das Völkerrecht bis hin zur Medizin-, Tier- oder zur Datenschutzethik.²⁸⁰ Und wenn die Soziologin *Anne Waldschmidt*, die sich in einer Monografie zur Selbstbestimmung vor allem mit der Situation behinderter Menschen befasst hat, zum Schluss kommt, dass es sich bei der Selbstbestimmung schlicht um eine Konstruktion handelt, so vermag dies nicht wirklich zu erstaunen. Schlussendlich bleibt auch das «Selbst» philosophisch umstritten: «Wer ist es, der bestimmt?». So wird sich auch

²⁷⁵ *Singer*, 141; allerdings weist sein Begriff nach der hier vertretenen Ansicht nur formale Kriterien auf (s. *Singer*, 8; *Wolf*, 114).

²⁷⁶ *Gerhardt*, 343.

²⁷⁷ *Gerhardt*, 155 ff.

²⁷⁸ *Gerhardt* äusserte in seinen späteren Werken mehrfach auch Zweifel an der Tragfähigkeit des Konzepts der Selbstbestimmung und stellte andere Werte wie Humanität (2002), Würde (2003) und Partizipation zunehmend in den Vordergrund.

²⁷⁹ *Krähnke, Uwe*: Selbstbestimmung. Zur gesellschaftlichen Konstruktion einer normativen Leitidee, Göttingen 2006.

²⁸⁰ Nach den Soziologen *Kotsch* und *Hitzler* ist ein Konsens bezüglich der Bedeutung des Begriffs Selbstbestimmung nicht möglich: *Kotsch/Hitzler*, 69 ff.

für die Selbstbestimmung im Vertragsrecht die Frage stellen, ob es ausreichend sei, wenn eine Person einen «freien Willen» oder ein «eigenen Wunsch» hatte, um von einer selbstbestimmter Handlung ausgehen zu können (vgl. Kap. 10).

Es soll in diesem Kapitel auch versucht werden, das Verhältnis der Selbstbestimmung im Vertragsrecht zur Autonomie und Freiheit im Vertrag auszuloten (Ziff. II.). Die Philosophin *Marilyn Friedman* schreibt auf den ersten Seiten ihres Werkes «*Autonomy, Gender and Politics*» (Oxford 2003): «Autonomy is, of course, self-determination. Personal autonomy is self-determination by an individual self, a person.»²⁸¹ – Stimmt das? Da im Vertragsrecht vor allem die Begriffe *Privatautonomie* und *Vertragsfreiheit* geläufig sind, drängt sich eine begriffliche Annäherung besonders auf. Von Selbstbestimmung hingegen ist vor allem im Alltagssprachegebrauch und des öftern auch im Verfassungsrecht, im Persönlichkeitsrecht und aktuell vor allem in der Medizinethik sowie im Medizinrecht die Rede. Dies trifft jedenfalls auf das schweizerische und das japanische Recht zu, auf das deutsche hingegen in geringerem Ausmass. Die Selbstbestimmung im Vertragsrecht hat im deutschen Schuldrecht dagegen einen gefestigten Platz. Deshalb ist vorab zu klären, wie sich die Begriffe Selbstbestimmung, Autonomie und Freiheit²⁸² im Recht zueinander verhalten; ferner, ob sie bezüglich des Vertragsrechts als deckungsgleich verwendet werden können bzw. wann ggf. nicht und warum.

Allerdings ist an dieser Stelle einschränkend anzukündigen, dass es sich hierbei nicht um die Suche nach *dem* Autonomie-, Freiheits- oder Selbstbestimmungsbegriff handeln kann, zumal dies zu weit führen würde. Vielmehr geht es in diesem ersten Abschnitt um eine begriffliche und konzeptionelle Situierung der *Selbstbestimmung* im Geflecht von Autonomie und Freiheit und damit letztlich auch um einen Bezug zur Gerechtigkeit: *Reinhard Singer* stellte etwa fest, dass das Verhältnis von Selbstbestimmung zur Vertragsfreiheit und zur Vertragsgerechtigkeit nicht einfach darzulegen sei. Er selbst, sieht in der «formalen Selbstbestimmungsfreiheit» die Grundlage der gerechten Ordnung.²⁸³

B. Begriff, Konzept und Entwicklung der Selbstbestimmung

1. Begriffs- und Ideengeschichte

Wortkombinationen mit «selbst» – wie z.B. der «Selbstand» – kamen nach *Gerhardt* vor allem im 16. Jahrhundert vor.²⁸⁴ Der Begriff der Selbstbestimmung wurde aber erst im 18. Jahrhundert verwendet, und zwar vereinzelt von *Kant* im Zusammenhang mit Autonomie. Nach *Kant* ist Selbstbestimmung zum einen Ausdruck von Freiheit und zum anderen teilweise deckungsgleich mit Autonomie. Entsprechend der Bedeu-

²⁸¹ Ebenso setzen etwa *Dworkin* (*Theory and Practice*, 9–12) oder *Pohlmann*, in seinem deutschen Beitrag zur Autonomie im historischen Philosophielexikon (*Pohlmann*, 700 ff.), die beiden Begriffe als Erstes ohne weitere Erklärung gleich.

²⁸² In den gleichen Begriffskanon werden ausserhalb der Rechtswissenschaften etwa auch der «normative Individualismus» resp. die «Individualität», der «Subjektivismus» oder der «Liberalismus» gestellt: vgl. *von der Pfordten*, 30 ff., insb. Fn. 22.

²⁸³ *Singer*, 8 ff.

²⁸⁴ *Gerhardt*, «Selbstbestimmung», 336–346; *idem*, 343.

tung, die im zweiten Wortteil anklingt («Bestimmung»), verwendet *Kant* den Begriff im Sinne von: der eigenen inneren Bestimmung folgend, die freilich vernunftgesteuert sein soll.²⁸⁵ In der *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (1785) kommt der Begriff der Selbstbestimmung ebenfalls vor: Das, was dem Willen einer Person aus «objektivem Grunde» als Selbstbestimmung zugeschrieben werden kann, ist nach *Kant* der Zweck, den sich ein vernunftbegabtes Wesen selbst setzt.²⁸⁶ Bei der Selbstbestimmung handelt es sich mit anderen Worten um den (ur)eigenen Antrieb, der jedoch bereits begründet und einsichtig erfolgt. Dabei ist ferner zu beachten, dass jede getroffene Entscheidung wiederum zur (Selbst-)Bestimmung beiträgt.²⁸⁷ Nach *Gerhardt* lässt sich die Selbstbestimmung als *Topos* in diesem genannten Sinne bis weit in die Antike zurückverfolgen und gipfelt in den Vorstellungen von *Baruch de Spinozas* «*res libera*» als etwas, das um seiner Bestimmung willen handelt.²⁸⁸ Der Begriff der Selbstbestimmung wird daran anschliessend auch in der Literatur rezipiert. Er findet etwa bei *Friedrich Schiller* Beachtung als die praktische Vernunft und als reiner Wille *per se*.²⁸⁹ *Johann Gottlieb Fichte* (Die Bestimmung des Menschen, 1800) erweitert den Begriff um das folgende wichtige Gedankenelement: Selbstbestimmung könne sich erst in Relation zu anderen Personen vervollständigen. Seither ist laut *Gerhardt* der Begriff Selbstbestimmung nicht mehr aus der Philosophie wegzudenken.

Rechtshistorisch betrachtet, lässt sich nicht klar feststellen, wann der Terminus Selbstbestimmung erstmals aufgetreten ist. Der Begriff des «selbst» ist jedoch älter und wird auf Art. 204 des *Edictum Rothari* aus dem Jahr 643 zurückgeführt; konkret auf den Terminus «selmundia», übersetzt mit «selbstmündig». Das germanische Stammesrecht des Langobardenkönigs *Rothari* galt bloss für Männer, während Frauen, Kinder, Sklaven und Leibeigene unter deren Hausgewalt und dem Schutz des Hausherrn, der «*munt*»,²⁹⁰ standen und somit keine Rechtssubjekte waren. Frauen konnten nach Art. 204 des *Edictum Rothari* niemals «selbstmündig» werden.²⁹¹ Der Problemkreis der Mündigkeit und der Schutzgewalt kann damit als ein möglicher historischer Anwendungsbereich von (fehlendem) Selbstbestimmungsrecht angesehen werden, obschon es nicht als solches betitelt wird.²⁹²

Das Konzept der Selbstbestimmung in der Rechtswissenschaft ist indes jünger. Es geht nach *Thürer* und *Burri* auf die «*Declaration of Independence of the United States of America of 4 July 1776*» zurück²⁹³ und wurde im 18. und 19. Jahrhundert im Kontext der Politik verwendet,²⁹⁴ bevor schliesslich anfangs des 20. Jahrhunderts das

²⁸⁵ Dies in seiner Anthropologievorlesung: *Gerhardt*, «Selbstbestimmung», 336 f.

²⁸⁶ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1785, in: *Kant's Gesammelte Schriften, Werke*, Bd. 4, Preussische Akademie, Berlin 1911, 427.

²⁸⁷ *Gerhardt*, «Selbstbestimmung», 338 mit Referenz auf die aristotelische Ethik.

²⁸⁸ *Gerhardt*, «Selbstbestimmung», 340.

²⁸⁹ *Hollerbach*, 6 f. m.w.H., und zwar nach *Gerhardt*, «Selbstbestimmung», 341 erklärtermassen als ein Begriff von Kant, s.a. *Pohlmann* zum Begriff «Autonomie»: *Pohlmann*, 702-719.

²⁹⁰ Germanisch *mundo* und lateinisch *manus*: Hand: *Kluge, Friedrich*: *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, Bd. LXIX, bearb. von *Elmar Seebold*, 25. Aufl., Berlin 2011; entsprechend war früher der «Muntherr» ein Vormund.

²⁹¹ *Kroeschell*, 20 m.w.H. auch zur Relativierung dieser Ansicht.

²⁹² *Kroeschell*, 20.

²⁹³ *Thürer/Burri*, Rn. 1; *Fisch*, 12 ff.

²⁹⁴ *Gerhardt*, «Selbstbestimmung», 344; *Thürer/Burri*, Rn. 4.

«Selbstbestimmungsrecht der Völker» erörtert wurde. Dieser Begriff fand u.a. Eingang in Art. 2 der Verfassung des Deutschen Reiches von 1919. Er beinhaltete, dass gemäss dem Selbstbestimmungsrecht der Bevölkerung allenfalls andere Völker über das bereits bestehende Reichsgebiet hinaus aufgenommen werden könnten.²⁹⁵ Dies lässt sich wiederum auf die 14 Friedenspunkte des amerikanischen Präsidenten *Woodrow Wilson* (1918) zurückführen, welche die Selbstbestimmung eines Volkes zu einem verpflichtenden Grundsatz erklärten. Folglich dürfte der Begriff der Selbstbestimmung in der juristischen Terminologie ursprünglich aus dem Englischen «*self-determination of peoples*» stammen.²⁹⁶ Das Selbstbestimmungsrecht bedeutete demnach anfänglich die Loslösung von der Fremdbestimmung zugunsten von mehr Freiheit der Völker.²⁹⁷ Das Selbstbestimmungsrecht der Völker wurde 1945 in Art. 1 der UN-Charta als allgemeiner Grundsatz verankert und ist mittlerweile vielfach völkerrechtlich geschützt.²⁹⁸ Demnach handelt eine *Gesellschaft dann selbstbestimmt, wenn sie ihre Gesetze und Normen eigenverantwortlich erlässt*.²⁹⁹

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts folgte eine Phase, in welcher *individuelle Rechte von einzelnen Gruppen* als Selbstbestimmungsrechte geltend gemacht wurden, wie beispielsweise das Selbstbestimmungsrecht von Religions- oder Sprachgemeinschaften.³⁰⁰ Der klare *terminologische* Bezug zum *individuellen Selbstbestimmungsrecht* manifestierte sich in den Rechtswissenschaften jedoch erst später, mit dem Aufkommen der Persönlichkeitsrechte Ende der 1960er-Jahre.³⁰¹

2. Anerkennung individueller Selbstbestimmungsrechte

a) Einzelne Selbstbestimmungsrechte in ihrer Entwicklung – eine Übersicht

Über die Eigenstaatlichkeit hinaus wird der Begriff der Selbstbestimmung im Sinne einer individuellen Befähigung, d.h. eines individuellen Selbstbestimmungsrechts, heute in unterschiedlichen rechtlichen Bereichen verwendet – so u.a. im Verfassungs- und Persönlichkeitsrecht, im Medizinrecht und in der Medizinethik, aber auch, wie bereits erwähnt, im Kontext der Behindertenrechte oder des Feminismus.³⁰²

²⁹⁵ *Anschütz, Gerhard*: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., Berlin 1933, 42 ff.: Nach Anschütz handelte es sich dabei noch nicht um einen positiven Rechtssatz, wohl aber um einen im Werden begriffenen.

²⁹⁶ *Kroeschell*, 19 ff.; *Hollerbach*, 8.

²⁹⁷ *Hollerbach*, 6, 15 ff., 18.

²⁹⁸ «Die Vereinten Nationen setzen sich folgende Ziele: [...] Ziff. 2 freundschaftliche, auf der Achtung vor dem Grundsatz der Gleichberechtigung und Selbstbestimmung der Völker beruhende Beziehungen zwischen den Nationen zu entwickeln und andere geeignete Massnahmen zur Festigung des Weltfriedens zu treffen», (Charta der Vereinten Nationen abgeschlossen in San Francisco am 26. Juni 1945, seit 10. September 2002 für die Schweiz in Kraft getreten, (AS 2003 866)); s. zum Ganzen *Fisch*.

²⁹⁹ *Fisch*, 25.

³⁰⁰ *Hollerbach*, 8.

³⁰¹ *Gerhardt*, 12 ff.; das ZGB (1907) ist freilich viel früher entstanden, aber damals schien der Terminus für *Eugen Huber* auch noch nicht wichtig (dies ergab eine entsprechende Suche durch die elektronischen Materialien).

³⁰² Nach den Soziologen *Kotsch und Hitzler* ist deshalb ein Konsens über die Bedeutung des Begriffs der Selbstbestimmung nicht möglich: *Kotsch/Hitzler*, 69 ff.

Als ein *verfassungsmässiges Recht* des Menschen ist das Selbstbestimmungsrecht in allen drei Rechtsordnungen verankert (Kap. 3 Ziff. II). In einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft steht es jeder Person zu, nicht nur einen freien Willen zu haben, sondern diesen auch frei bilden und äussern sowie danach handeln zu können. Die in Japan, Deutschland und der Schweiz geltenden Rechtsordnungen gründen, wie bereits ausgeführt, auf der Vorstellung eines freien, auf Selbstbestimmung angelegten Individuums und schreiben den volljährigen Menschen grundsätzlich die Fähigkeit zur Selbstbestimmung und Selbstbindung zu.³⁰³

Oft wird das Selbstbestimmungsrecht als ein *Grundprinzip* der Rechtsordnungen bezeichnet. Diesem Prinzip kommt jedoch nebst der Anerkennung seiner Verfassungs- und Grundrechtsqualität keine eigenständige Bedeutung mehr zu.³⁰⁴ Ausserdem setzt es sich aus *vielen einzelnen Rechten* zusammen; dazu zählen u.a. die Selbstbestimmung über das eigene Leben, die eigene Lebensführung, die sexuelle oder die reproduktive Selbstbestimmung, die sich über die Zeit entwickelt haben bzw. die über die Zeit einzeln anerkannt worden sind.

Die nachfolgende Übersicht über die Entwicklung der individuellen Selbstbestimmungsrechte erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern soll einen Einblick in die historisch vergleichende Dimension der erfolgreichen Anerkennung einzelner Selbstbestimmungsrechte als Teilbereiche des Persönlichkeitsrechts gewähren.³⁰⁵ Dieser *Zeitfaktor* soll zeigen, dass in allen drei hier interessierenden persönlichen Lebensbelangen der «Liebe» (u.a.), Sexualität und der Fortpflanzung eine grundlegende, sukzessive stattfindende Entwicklung von traditionell gelebten Faktizitäten (es wurde ursprünglich mangels Verhütungsmittel und Abtreibungsmöglichkeiten einfach geboren, es gab keine medizinisch unterstützte Fortpflanzung) und Normativordnungen hin zur mehr Selbstbestimmung in den persönlichen Lebensbelangen stattgefunden hat. Der *Vergleich* soll illustrieren, dass die Anerkennung sowohl des Grundprinzips sowie der Teilrechte zeitlich durchaus verschoben erfolgt sind. Weil die Entwicklung in den Vereinigten Staaten wichtig ist für diejenige der individuellen Selbstbestimmungsrechte in den drei untersuchten Rechtsordnungen (insbesondere in Japan, vgl. nachfolgend Ziff. 4), wird diese hier auch in das *auf einen Zeitfaktor ausgerichtete Übersichtsschema* miteinbezogen. Die Zuordnung der Entscheide zur Selbstbestimmung kann auch nicht immer passgenau erfolgen, denn die Selbstbestimmung in der *persönlichen Lebensführung* (im Sinne von zu entscheiden, wie das private Leben zu gestalten ist)³⁰⁶ ist beispielsweise umfassend und reicht von der individuellen Entscheidung zur Eheschliessung bis zu einer hinsichtlich Frisur, während die Selbstbestimmung zur *Fortpflanzung* (zu entscheiden, ob und wie viele Kinder eine Person mit wem haben möchte,³⁰⁷ in allen Rechtsordnungen zuerst prominent diskutiert wird als das Schwangerschaftsabbruchsrecht) und die Selbstbestimmung zur *Sexualität* (zu entscheiden, ob und mit wem welche sexuellen Handlungen

³⁰³ Vgl. nachfolgend lit. C; von Hippel, 57 ff., 99; Bydlinsky, Privatautonomie, 114 ff.; Larenz, Richtiges Recht, 57 ff., 63; Oftinger, 315 ff.; Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 6 f.; s. zu Begriff und Struktur der Vertragsfreiheit: Heinrich, 43 ff.

³⁰⁴ A.A. Sedlmeier, die aus dieser Eigenschaft eine höhere Beweglichkeit ableiten will.

³⁰⁵ Guillod, 107 ff.

³⁰⁶ Vgl. Kap. 7.

³⁰⁷ vgl. Kap. 8.

wie vorgenommen werden)³⁰⁸ teils ineinander überfließen, während sich die Patientenautonomie, die informationelle Selbstbestimmung und das Recht auf den eigenen Namen im Vergleich besser als verschiedene Teilbereiche des Persönlichkeitsrechts abgrenzen lassen. Ferner schützt etwa das angeführte Transsexuellenurteil des Deutschen Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2011 genau genommen das Recht, nach der individuell erlebten sexuellen Identität zu leben (s.a. dasjenige aus dem Jahre 1978 Kap. 5, Ziff. I/B/3), wobei dieses letztlich, nach dem vorliegenden Verständnis, auch die sexuelle Selbstbestimmung umfassen kann.³⁰⁹

	Schweiz	Deutschland	Japan	USA
Grundprinzip	1912 ZGB/OR	1985: BVerfGE 70, 123; 72, 170: Art. 1 und 2 GG im Kernbereich	Nach dem 2. Weltkrieg mit der Revision der Verfassung, des Familienrechts	
Teilbereiche:				
Selbstbestimmung in der persönlichen Lebensführung	1874 Zivilehe		1987: Takao Yamada Urteil vom 21.6.1991 <i>Chisai Tokio</i> , betr. Freiheit der Haarfrisur einer Schülerin Urteil vom 19.2. 1990, <i>Kôsai Takamatsu</i> , betr. Freiheit, mit dem Motorrad zur Schule zu fahren	
Reproduktive Selbstbestimmung	Schwangerschaftsabbruchsrecht seit 2002 gesetzliche Fristenregelung	Schwangerschaftsabbruchsrecht seit 1993 gesetzliche Beratungsregelung ³¹⁰	Schwangerschaftsabbruchsrecht 1987 Takao Yamada	Schwangerschaftsabbruchsrecht Griswold v. Connecticut 1965 Roe v. Wade 1973 ³¹¹

³⁰⁸ vgl. Kap. 7.

³⁰⁹ Oder umgekehrt: Die Diskussion in der aktuellen Rechtstheorie geht teils dahin, Genderidentitäten als fluide anzusehen, womit die sexuelle Selbstbestimmung wiederum vorgelagert wäre: *Ratna Kapur*: Freedom in a Fishbowl: Gender, Alterity and Human Rights, im Erscheinen.

³¹⁰ Der Schwangerschaftsabbruch ist unter der Voraussetzung einer Beratung nach § 218 a Abs. 1 StGB innert zwölf Wochen seit Empfängnis straffrei, gleichwohl rechtswidrig (BVerfGE 88, 203, Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Mai 1993). Der im Jahr 1974 unternommene Versuch des deutschen Gesetzgebers, die ursprünglich generelle Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs durch eine Fristenlösung für die ersten zwölf Schwangerschaftswochen einzuschränken, wurde durch das Bundesverfassungsgericht verworfen (BVerfGE 39,1).

	Schweiz	Deutschland	Japan	USA
Sexuelle Selbstbestimmung	1992 Strafrechtsreform Delikte gegen sexuelle Selbstbestimmung	1973 Delikte gegen sex. Selbstbestimmung Strafnormen zur sexuellen Selbstbestimmung: BVerfGE 115, 1; 121, 175 2011 Transsexuellenurteil vom 11. Januar 2011: BVerfGE, 1 BvR 3295/07	1980er-Jahre Homosexualität, unehelich Kohabitation/Mutterschaft	
Patientenautonomie, Recht auf eigenes Leben, eigene Organe	1980er Regelungen zum Informed-Consent in Patientengesetzen der 1980er, FU (ZGB 1981)	Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, auf passive Euthanasie Autonomieschutz des Spenders BGHZ 56, 113 (persönliche Selbstbestimmung: keine Pflicht, das eigene Leben oder die eigene Gesundheit zu schützen)	1985 <i>Informed-Consent</i> ³¹² Chisai Oita, Urteil vom 2. Dezember 1985: Verweigerung von Bluttransfusionen aus religiösen Gründen (<i>Hanji</i> 1180, 113)	1957 Salgo vs Leland Stanford Jr. University Board of Trustees; Grundlegung bereits Schloendorff v. the Society of the New York Hospitals 1914
Informationelle Selbstbestimmung ³¹³		BVerfGE 65,1 1983 1 BvR 1215/07 vom 24. April 2013 betr. Antiterrordatei-gesetz		

³¹¹ Trotz dieser frühen Entscheide des *US Supremes Courts* zugunsten eines nationalen Abtreibungsrechts, das auch in seinen Urteilen von 1992 *Planned Parenthood v. Casey* und 2016 *Whole Woman's Health and Hellerstedt* aufrecht erhalten wurde, dürfen die Bundesstaaten nach dem zweiten Trimester der Schwangerschaft eine Regelung vorsehen, spezifische Arten verbieten und auf finanzielle Unterstützung verzichten, so dass auch im Jahre 2017 in vielen Bundesstaaten *de facto* keine Möglichkeiten zur Abtreibung bestehen: vgl. *Jones, Rachel/Jerman, Jenna*: Abortion incidence and service availability in the United States, 2014, *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 2017 49 (1).

³¹² *Ikufumi Niimi* 新美 育文: *Isha to kanja no kankei* 医者と患者関係 [Arzt-Patienten-Beziehung], *Nagoya University Law Journal* Vol. 64-65, 1975 f.

³¹³ *Diesterhöft, Martin*, Das Recht auf medialen Neubeginn: Die «Unfähigkeit des Internets zu vergessen» als Herausforderung für das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Berlin 2014, 125 ff., beispielsweise zum «Einschüchterungseffekt» von im Internet angehäuften Daten für die individuelle Persönlichkeitsentfaltung.

	Schweiz	Deutschland	Japan	USA
Recht auf den eigenen Namen	Art. 29, 160 Abs. 1 (für Ehegatten) ZGB, Revision in Kraft seit dem 1. Januar 2013	§§ 12, 1355 BGB	Wird seit den 1990er-Jahren diskutiert	

b) Selbstbestimmung in der Medizinethik und im Medizinrecht

Zentrale Bedeutung hat die Selbstbestimmung heute in der Medizinethik und im Medizinrecht, sowohl als Grundprinzip (*Informed-Consent*) verstanden wie auch als einzelne Selbstbestimmungsrechte (z.B. reproduktive Selbstbestimmung, Selbstbestimmung über Leben und Sterben).³¹⁴ So wichtig das Recht auf individuelle Selbstbestimmung und dessen Umsetzung im 21. Jahrhundert in der Medizinethik und im Medizinrecht gehalten werden,³¹⁵ so steht es als Konzept der Selbstbestimmung heute gerade im Mittelpunkt verschiedener medizinethischer Debatten. (s. zu den Kritiken vgl. Kap. 10).

Da das Medizinrecht zum einen im Rahmen des Behandlungsvertrags direkt mit dem Vertragsrecht verbunden ist und zum anderen gewisse inhaltliche und damit dogmatische Parallelen zwischen dem medizinischen Behandlungsvertrag und den hier vertieft zu untersuchenden Verträgen bestehen (z.B. betreffend der höchstpersönlichen Körperlichkeit und darin, dass Einwilligungs- und Vertragserklärungsakte neben-/miteinander; vgl. bereits Kap. 3 Ziff. III.B.2), lohnt es sich, für die Umschreibung der Selbstbestimmung im Vertrag einen Blick ins Medizinrecht zu tätigen.

Im Medizinrecht wird davon ausgegangen, dass jede Patientin und jeder Patient im Regelfall im Grossen und Ganzen wissen und verstehen muss, in was er oder sie einwilligt, sonst ist er oder sie nicht selbstbestimmt.³¹⁶ Die medizinische Fachperson hat den Patienten und die Patientin entsprechend zu informieren und zu befähigen, so dass dieser/diese über sein/ihr Leben entscheiden können. Im Medizinrecht wird denn auch bekanntlich besonders eine sog. *Selbstbestimmungsaufklärung* unterschieden, welche explizit die Fähigkeit der Patientin oder des Patienten zur Selbstbestimmung sichern soll. Die Selbstbestimmungsaufklärung soll dabei die Risiko-, Di-

³¹⁴ Zur Selbstbestimmung im medizinischen Kontext, dem Informed-Consent, der reproduktiven Selbstbestimmung im Besonderen und dem Behandlungsvertrag bereits ausführlicher anderenorts: Hotz: Schönheitsoperationen, im rechtlichen und kulturellen Kontext, in: Hotz/Zelger (Hrsg.) Kultur und Kunst, Zürich/St. Gallen 2010, 369 ff., 375 ff.; Hotz, Reproductive Selbstbestimmung und Informed-Consent im Zeitalter pränataler Gentests, recht 1/2013, 2ff.; Hotz, Zwischen Informed-Consent und Verbot: Wertungswidersprüche in der Reproduktionsmedizin recht 1/2014, 27 ff.; Hotz, Eizellenvorsorge – eine rechtliche Annäherung unter besonderer Berücksichtigung der Rechte und Pflichten aus Behandlungsvertrag, 1/2017, 1 ff.

³¹⁵ Zur Geschichte des Informed-Consents im 20. Jahrhundert vgl. Ruth Faden, Tom Beauchamp, *A History and Theory of Informed-Consent*, Oxford 1986; Berg/Appelbaum/Lidz/Parker, 41 ff. und zur Geschichte des Konzepts der Selbstbestimmung im Medizinrecht: Claudia Wiesemann, *Das Recht auf Selbstbestimmung und das Arzt-Patient-Verhältnis aus sozialgesichter Perspektive*, in: Toeller/Wiesing (Hrsg.), *Geschichte und Ethik in der Medizin – von den Schwierigkeiten einer Kooperation*, Stuttgart 1997, 67 ff.

³¹⁶ BGHZ 166, 336 ff., 339; BGHZ 144, 1 ff., 7; BGHZ 90, 103 ff., 105.

agnose- und Verlaufsaufklärung umfassen,³¹⁷ ohne die eine selbstbestimmte Entscheidung zu einem medizinischen Eingriff gar nicht möglich wäre.

Nach *Beauchamp/Childress*, den Doyens der Medizinethik, leitet sich aus dem Respekt vor der Selbstbestimmung eines Menschen das in der Medizinethik wie auch im Medizinrecht fundamentale *Informed-Consent-Prinzip* ab. Dieses beschränkt sich gemäss den Autoren nicht auf ein bloss passives Respektieren der Selbstbestimmung eines Patienten, sondern kann u.U. auch Handlungen zum Erhalt der Selbstbestimmung beinhalten. *Beauchamp/Childress* plädieren dementsprechend für ein praktisch umsetzbares Autonomieverständnis³¹⁸ und eine anwendbare *Theorie der Autonomie*, die von der Intention, d.h. einem zielgerichteten Willen («*intentionality*»), der Einsichtsfähigkeit («*with understanding*») einer Person und einem fehlenden äusserlichen Kontrollmechanismus ausgeht: Während eine Intention stets entweder vorliege oder eben nicht, können die anderen beiden Voraussetzungen graduell in unterschiedlichem Ausmass vorhanden sein.³¹⁹ So liegt nach diesen Autoren bei älteren Menschen oder Kindern etwa auch dann eine «selbstbestimmte» Handlung vor, wenn ein gewisses Mass an Einsicht signalisiert wird und kein äusserer Zwang besteht.

c) «Selbstbestimmung» im Vertragsrecht

aa) Begriff der Selbstbestimmung im geltenden Vertragsrecht

Im Vertragsrecht ist – zumindest aus schweizerischer Perspektive³²⁰ – noch seltener vom Begriff und Konzept der *Selbstbestimmung* die Rede als in anderen Rechtsbereichen. Als generelle Tendenz im Gebrauch dieses Begriffs lässt sich jedoch festhalten, dass der Begriff der *Selbstbestimmung des Verbrauchers* in den Debatten um das Verbraucherschutzrecht – zumindest in der deutschen und japanischen Doktrin – seit den 1990er-Jahren häufig rezipiert wurde.³²¹

Einen weiteren Rechtsbereich, in dem Begriff und Konzept von Selbstbestimmung eine Bedeutung gewonnen hat, bildet das «Erwachsenenschutzrecht»³²², das in der Schweiz, in Deutschland wie auch in Japan in jüngerer Zeit stark revidiert worden ist. Dieses propagiert erklärtermassen die selbstbestimmte Vorsorge mit Rechtsgeschäf-

³¹⁷ *Laufs/Kern*, § 59 Rn. 11 ff.; vgl. §§ 630a, § 630e BGB.

³¹⁸ *Beauchamp/Childress*, 106 ff., was aber nicht bedeutet, dass die Schwierigkeiten des Autonomiekonzeptes nicht gesehen würden (110 ff.); dies etwa im Gegensatz zu den Theorien von *Harry Frankfurt* und *Gerald Dworkin* (nachfolgend unter Kap. 10), die zwischen «Volitionen» erster und zweiter Ordnung unterscheiden, was für einen durchschnittlichen Patienten ein nicht praktikables Konzept resp. eine Theorie ist.

³¹⁹ *Beauchamp/Childress*, 101 ff.; zum Informed-Consent: 120 ff.

³²⁰ Den Lehrbüchern *Bucher* (AT), *Schwenzer, Koller* oder *Huguenin* etwa sind keine entsprechenden Hinweise zu entnehmen; vgl. aber *Berger*, 190 f.; *Gauch/Schluemp/Schmid*, Rn. 314, 611aff.

³²¹ Zum deutschen Recht krit. bereits *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990) 1, 14 ff.; zum japanischen Recht: *Sasakura*, 5.

³²² Im deutschen Recht heisst es «Betreuungsrecht», «Vorsorgevollmachten» und «Betreuungsverfügungen» (vgl. MüKo-Schwab zu § 1897 BGB Rn. 22, § 1896 BGB Rn. 48 ff.: Vorrang der Fürsorge durch den Bevollmächtigten zwecks Wahrung der Selbstbestimmung, wobei in der Regel im Gegensatz zum schweizerischen Recht für beide rechtsgeschäftlichen Akte keine besonderen Formvorschriften nötig sind; s. eine etwas ältere Übersicht zu vergleichbaren Reformprozessen in Europa: *Röthel, Anne*: Erwachsenenschutz in Europa: Von paternalistischer Bevormundung zu gestaltbarer Fürsorge, FamRZ 2004, 999-1005.

ten und bietet je neue Instrumente an, um die Selbstbestimmung zu stärken. Im schweizerischen Recht sind beispielsweise per 1. Januar 2013 die Rechtsgrundlagen in Kraft getreten, welche den Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff. ZGB) und die Patientenverfügung (Art. 370 ff. ZGB) statuieren, mit dem erklärten Ziel des Gesetzgebers, die Selbstbestimmung von Personen im Hinblick auf den späteren Zeitpunkt ihre Urteilsunfähigkeit zu stärken. In diesem Zusammenhang werden Verträge und andere Rechtsgeschäfte wie die Patientenverfügung heute *explizit als Instrumente der Selbstbestimmung* bezeichnet und verstanden – dies obschon letztlich jeder Vertrag Ausdruck von Selbstbestimmung ist bzw. sein sollte.

Wenn es sich um die Besonderheiten von Verträgen auf den Gebieten des Familienrechts handelt (vgl. Kap. 9), steht dagegen in der Regel begrifflich weniger die Selbstbestimmung der Betroffenen im Vordergrund. Es geht vielmehr um die Berücksichtigung von Faktoren wie Vertrauen, Verbundenheit oder Altruismus,³²³ die weniger der Stärkung und Wahrung der eigenen Interessen dienen, sondern umgekehrt zur Herabsetzung der Selbstbestimmung führen können.

bb) Selbstbestimmung in der deutschen Lehre zum Schuldrecht

In der deutschen Lehre zum Schuldrecht war der Begriff der Selbstbestimmung schon relativ früh von Bedeutung. Von einem einheitlichen Verständnis kann allerdings auch hier für die Selbstbestimmung im rechtsgeschäftlichen Austauschverhältnis nicht ausgegangen werden. Mit dem Begriff wird in der deutschen Doktrin mitunter auch das thematische Feld von materialer und formaler Vertragsgerechtigkeit³²⁴ betreten. Aus diesem Grund rechtfertigt sich der nachfolgende Exkurs:

*Werner Flume versteht unter dem Begriff der Selbstbestimmung zunächst das Grundprinzip der Selbstbestimmung, das aus dem «Person-Sein» eines Menschen abgeleitet wird. Das Grundprinzip führt dann zur Privatautonomie eines Menschen: «Die Privatautonomie ist ein Teil des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen. [...] Die Selbstbestimmung des einzelnen ist nach dem Grundgesetz ein Prinzip der Gemeinschaftsordnung. Die Grundrechte, welche die Selbstbestimmung gewährleisten, sind nicht nur auf den einzelnen als einzelnen bezogen, sondern zugleich auf den einzelnen als Glied der staatlichen Gemeinschaft.»*³²⁵ Dieses Grundprinzip ist nach Flume ein jeder westlichen Rechtsordnung vorgegebener Wert und dadurch zugleich auch grundrechtlich geschützt.

Für die Rechtsgeschäfte betont Flume das Recht auf «*Selbstgestaltung*» und die Selbstbestimmung einer Person einer anderen gegenüber. Es gilt, dass dem rechtsgeschäftlichen Austausch – soweit «die Regelung der Rechtsverhältnisse in beidseitiger Selbstbestimmung, d.h. durch Vertrag, überlassen ist» – die Voraussetzung zugrunde liegen muss, «*dass die einzelnen sich mit der Macht zur Selbstbestimmung gegenüber stehen und nicht durch die Macht des einen statt der beiderseitigen Selbstbe-*

³²³ Werner, 134; Röthel, 9 ff.

³²⁴ Vgl. v.a. Kramer; Bydlinski, Privatautonomie, System; Mayer-Maly; zum Äquivalenzprinzip/Lehre der Geschäftsgrundlage bereits Wiacker (1956) und Larenz (1963); vgl. neuerdings umfassend Repgen, Sozialschutz.

³²⁵ Flume, Privatautonomie, 136; *idem*, AT, Bd. 2, 10 ff.

*stimmung eine einseitige Fremdbestimmung eintritt».*³²⁶ Damit wird die Selbstbestimmung terminologisch der Fremdbestimmung gegenüber gestellt und zugleich ein vertragsrechtliches Spezifikum angesprochen, das von zentraler Bedeutung erscheint: die Beidseitigkeit der Selbstbestimmung (vgl. Kap. 10, Ziff. III.D). Die rechtlichen Schranken der Selbstbestimmung durch die Rechts- und Sittenordnung lassen sich nach *Flume* (nur) mit dieser fehlenden «faktischen Selbstbestimmung» erklären.³²⁷ – Die genau genommen, eine einseitige Fremdbestimmung darstellen soll. Ob der Begriff der Selbstbestimmung bei *Flume* als ein Ansatz für eine materiale Vertragsfreiheit verstanden werden kann, weil er den *Machtfaktor* explizit mitdenkt, ist indes fraglich. Vielmehr ist im Geschäftsverkehr, in dem sich wirtschaftliche ungleiche Parteien gegenüber stehen, die Selbstbestimmung nicht von vornherein beeinträchtigt.

Für *Flume* bedeutete Selbstbestimmung im rechtsgeschäftlichen Austausch im Resultat wohl nichts anderes als Vertragsfreiheit. Es handelt es sich jedenfalls nicht um ein inhaltlich konkretisiertes oder gar materialisiertes Verständnis von Selbstbestimmung, welches im Verhältnis zum Begriff der Vertragsfreiheit für begriffliche Trennschärfe sorgen würde, denn die Überprüfung der «inhaltlichen Richtigkeit eines Vertrags» ist nach *Flume* nicht möglich.³²⁸ Hinzu kommt, dass sich bei *Flume* ein expliziter Hinweis dafür findet, dass er den Begriff der Selbstbestimmung demjenigen der Autonomie vorzieht, weil Letzterer an einen Gesetzgebungsprozess erinnere.³²⁹ Dies spricht ebenfalls dafür, dass *Flume* einen pragmatischen Ansatz vertritt und die Verwendung des Begriffs Selbstbestimmung im Schuldrecht bei *Flume* in erster Linie dazu dient, die individuelle Macht zur Selbstregulation (Privatautonomie) zu unterstreichen.

Nach der Auffassung von *Wolfgang Zöllner* haben werden das Merkmal der Selbstbestimmung noch Überlegungen zum Machtungleichgewicht bei der Bestimmung der Privatautonomie etwas verloren. Die Rechtsgeschäftslehre knüpfe nicht an Willensäußerungen an, die selbstbestimmt geäußert sein müssen.³³⁰ Damit können die Begriffe Vertragsfreiheit und Selbstbestimmung im Vertrag auseinanderfallen: Selbst wenn also eine Person Vertragsfreiheit genießt, kann es sein, dass sie einen Vertrag *nicht selbstbestimmt* schliesst oder geschlossen hat. Das ist zunächst der Fall, wenn diese Person tatsächlich *fremdbestimmt* ist, etwa durch Druck, Drohung oder Furchterregung seitens des Vertragspartners oder einer Drittperson oder durch besonders beeinträchtigende Vertragssituationen wie beim Haustür- oder Fernabsatzgeschäft. Zudem bestehen zwischen den einzelnen Personen hinsichtlich ihres Wissens oder ihrer Geschäftsgewandtheit, vor allem aber bezüglich ihrer wirtschaftlichen

³²⁶ Vgl. *Flume*, AT, Bd. 2, 1 auch «Selbstherrlichkeit», 10.

³²⁷ *Flume*, Privatautonomie, 143 ff.

³²⁸ *Flume*, AT Bd. 2, 8; vgl. *Singer*, 8f. spricht, wie bereits erwähnt, etwa von einer «formalen Selbstbestimmung» und einer Gefahr der Widersprüche zwischen Vertragsfreiheit und Selbstbestimmung einerseits und Vertragsgerechtigkeit andererseits.

³²⁹ *Flume*, AT Bd. 2, 5; *Savigny* verwendet den Begriff der Selbstbestimmung selbst nicht, nimmt aber auch eine ausdrückliche Kritik am Autonomiebegriff vor.

³³⁰ *Zöllner*, AcP 196 (1996) 1 ff., 32 ff., 35; dem ist mit *Flume* entgegenzuhalten (*Flume*, AT, Bd. 2, 310; s.a. Art. 18 OR), dass – gerade weil der Vertrag die willentliche Gestaltung eines Rechtsgehalts kraft Selbstbestimmung ist – immer danach gefragt werden muss, was als gewollt anzusehen ist.

Möglichkeiten, grosse Unterschiede. In der Realität ist demnach nicht jede Person in der Lage, ihre grundsätzliche Vertragsfreiheit auch tatsächlich zu nutzen, und nicht jeder Wille wird ohne – zum Teil unerschwerliche wirtschaftliche oder soziale – Zwänge geäussert.³³¹

In seiner Monografie *«Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich»* (1970) untersucht *Manfred Wolf* die Bedeutung der Selbstbestimmung im Vertragsrecht ausführlich und verwendet den Begriff explizit in Zusammenhang mit Vertragsfreiheit, Vertragsgerechtigkeit und Verantwortung. Nach *Wolf* bedeutet Selbstbestimmung die *«freie Entfaltung der eigenen Initiative durch freie Entscheidungen»*. Einschränkung fügt er hinzu, in einem Vertrag sei immer auch die Selbstbestimmung der anderen Partei zu achten. Es gehört also auch eine *«ordnungsmässige Verständigung»* dazu.³³² – Das knüpft an *Fichtes* Definition von Selbstbestimmung an (vgl. Ziff. 1) und nimmt den bereits erwähnten Gedanken der Beidseitigkeit der Selbstbestimmung von *Flume* auf. Will man die Selbstbestimmung in einem Vertrag bestimmen, so kommt man nicht darum herum, dabei auch den Adressaten und den Kontext zu berücksichtigen. – Nicht wegzudenken von der Selbstbestimmung im Vertrag ist nach *Wolf* immer auch die Selbstverantwortung, d.h. das Einstehenmüssen für das eigene Verhalten.³³³ Selbstbestimmung bedeute eben gerade nicht, dass eine Person selbstherrlich machen kann, was sie will, vielmehr ist sie an den Rahmen der Rechtsordnung gebunden.³³⁴ Dazu gehört, dass im Vertragsrecht die Selbstbestimmung von Anfang an mit *Selbstbindung* gekoppelt ist: Wer sich selbstbestimmt für ein Rechtsgeschäft entschieden hat, ist grundsätzlich an das Vereinbarte gebunden.³³⁵ *Wolf* geht in seinem Vertragskonzept aber noch einen Schritt weiter: Beide Parteien haben auch einen normativen Anspruch auf Interessenausgleich bzw. auf Schutz vor Machtungleichgewichtslagen. Nach *Wolf* soll jede Person *material entscheidungsfrei* sein, d.h., die tatsächliche Entscheidungsfreiheit soll grundsätzlich eine Voraussetzung für die Wirksamkeit von Vertragserklärungen sein, wobei nur unzumutbare Einschränkungen zu unterlassen sind.³³⁶ Diese Umschreibung führt zweierlei vor Augen: Erstens zeigt *Wolf* auf, dass selbst im Vertragsrecht ein Terminus wie die Selbstbestimmung – der das Individuelle betont – nicht losgelöst vom Vertragsrechtssystem zu denken ist. Die Selbstbestimmung in der Vertragsbeziehung ist vielmehr stets durch die Selbstbestimmung der anderen Vertragspartei bzw. durch die Selbstverantwortung eingeschränkt. Begrifflich wird damit klar, dass der Selbstbestimmung im Vertragsrecht eine besondere Bedeutung zukommt. – Im Unterschied zum Testament, zur Patientenverfügung oder zur Einwilligung handelt es sich beim Vertrag nicht um einen *einseitigen Rechtsakt*. Hingegen ist auch das Kriterium der voraussehbaren Selbstbindung bzw. -verantwortung insofern kein

³³¹ Vgl. bereits von *Caemmerer/Mentschikoff/Zweigert*, 501 ff.; *Kötz*, Gutachten, 36 ff.

³³² *Wolf*, 5.

³³³ *Wolf*, 75 ff., wobei dieses in der Rechtswissenschaft nicht von der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit abhängen könne.

³³⁴ *Dworkin*, Theory and Practice, 12.

³³⁵ *Canaris*, AcP 200 (2000) 271, 277; *Zöllner, Wolfgang*: Die politische Rolle des Privatrechts, JuS 1988, 329 ff., 336.

³³⁶ *Wolf*, 124 ff.

normatives, als es über das erträgliche Mass an Selbstbestimmung noch nichts bestimmtes auszusagen vermag.³³⁷

Claus-Wilhelm Canaris hat sich in verschiedenen Schriften mit der Selbstbestimmung und den sich widerstreitenden Prinzipien der Selbstverantwortung sowie mit dem Vertrauensschutz im Vertragsrecht auseinandergesetzt:³³⁸ Zentral ist dabei ebenfalls die Betonung der Vorstellung, dass sich Selbstbestimmung im Vertragsrecht nicht ohne Selbstbindung denken lässt: «*Demgemäss wohnt jedem Vertrag ein Antagonismus inne: Er dient einerseits zur Verwirklichung von Selbstbestimmung, andererseits aber zugleich zu deren Beschränkung durch Selbstbindung.*»³³⁹ Dem Vertrauensschutz kommt dabei eine korrigierende Funktion zu.³⁴⁰ Begrifflich setzt *Canaris* Selbstbestimmung zum einen – wie *Wolf* – mit tatsächlicher Entscheidungsfreiheit und zum anderen dem Zeitgeist des 21. Jahrhunderts entsprechend mit «materialer Vertragsfreiheit» gleich.³⁴¹ Den nunmehr über 20 Jahre alten Bürgschaftsentscheid des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1993, der bemängelte, dass die Frage der *tatsächlich freien Entscheidungsfähigkeit grundrechtswidrig nicht geprüft worden sei*, befürwortet *Canaris*. Er möchte diesbezüglich jedoch an die hergebrachte Rechtsprechung zu § 138 BGB anknüpfen: 1.) Emotionale Drucksituation, 2.) Unausgewogenheit zwischen dem Vertragsinhalt und den Möglichkeiten der Vertragsparteien sowie 3.) Erkennbarkeit dieser Mängel.³⁴² In anderen Worten formuliert: Die Selbstbestimmung wird *negativ umschrieben* – nämlich *anhand der zur Schutznorm der «guten Sitten» entwickelten Kriterien*, die minimal gewährleistet werden müssen. Dass dabei immer auch eine inhaltliche Wertung erfolgt, erscheint selbstverständlich.

Reinhard Singer stellt in seiner Monografie aus dem Jahre 1995 die *Selbstbestimmung dem Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen* gegenüber. Dabei setzt er – sprachlich ähnlich wie *Flume*, aber eindeutig – auf ein formales Begriffsverständnis der Selbstbestimmung, nämlich auf die «formale Selbstbestimmungsfreiheit». *Singer* geht es darum, die Bedeutung der formalen Selbstbestimmungsfreiheit zu betonen und sich etwa die «Antriebsfunktion» der Privatautonomie besser zunutze zu machen.³⁴³ Unter der formalen Selbstbestimmung versteht er zum einen die Freiheit, Rechtsfolgen zu bestimmen, und zum anderen die Gewährleistung, dass die betreffenden Rechtsfolgen dem subjektiven Willen des Bestimmenden entsprechen. Dabei geht es nach *Singer* durchaus auch um die Verwirklichung einer gerechten Ordnung.³⁴⁴ Man könne die Augen weder vor Ungleichgewichtslagen schliessen noch ernsthaft glauben, der Wettbewerb oder der Vertragsmechanismus würden alles

³³⁷ So ähnlich bereits *Singer*, 13, s.a. 18: als immer wieder erwähnte Kritikpunkte an möglichen materialen Kriterien werden die mangelnde Differenzierung, die mangelnde Zeit für eine Einzelfallentscheidung und die fehlende Rechtssicherheit angeführt: s.a. zum Ganzen *Fastrich, Richard*: Richterliche Kontrolle im Privatrecht, München 1992, 215 ff.

³³⁸ *Canaris, Claus-Wilhelm*: Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, 413 ff.; *idem*, Systemdenken und Systembegriff; *idem*, AcP 200 (2000) 273 ff., 279.

³³⁹ *Canaris*, AcP 200 (2000), 279.

³⁴⁰ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 55.

³⁴¹ *Canaris*, AcP 200 (2000) 279, 286 f.

³⁴² *Canaris*, AcP 200 (2000) 279, 296 f.

³⁴³ *Singer*, 20.

³⁴⁴ *Ibid.*, 18.

richten. Allerdings lassen sich nach *Singer* Ungleichheiten nicht allgemein umschreiben und damit auch nicht operationalisieren. Mit Schutznormen wie den «guten Sitten» oder mit Verbotsnormen lässt sich nach *Singer* die Selbstbestimmung weder erhalten noch stärken – auch nicht aufgrund der sozialen Erwägungen –, sondern bestenfalls beschneiden.³⁴⁵

Josef Drexl bringt es in seiner Monografie zur «wirtschaftliche[n] Selbstbestimmung des Verbrauchers» (1998) scheinbar auf den Punkt: «Der Begriff der Selbstbestimmung steht für die Materialisierung der formalen Privatautonomie. Dem Einzelnen ist die Rechtsmacht, eigene Angelegenheiten ohne Einflussnahme Dritter zu regeln, nicht um ihrer selbst willen eingeräumt worden, sondern weil sich dadurch – zumindest im Ansatz – Selbstbestimmung in der Koordinationsordnung des Marktes verwirklichen lässt. Der Begriff der Selbstbestimmung deckt sich zwar mit jenem der materiellen Freiheit. Dennoch macht es Sinn, ihn vom Begriff der materiellen Freiheit abzusetzen. Im Begriff der Selbstbestimmung kommt die aktive Rolle, welche dem Marktteilnehmer dabei zukommt, besser zum Ausdruck. Letztlich geht es nicht um die Freiheit vom Zwang anderer, sondern um die Sicherung der Chance, Ziele und Mittel des wirtschaftlichen Handelns selbst zu bestimmen.»³⁴⁶

Drexl versteht diese wirtschaftliche Selbstbestimmung allerdings als ein rechtliches Ziel, das auf das Marktverhalten beschränkt bleibt – und nicht als eine zu verwirklichende Forderung; in der Politik oder Familie würden wieder andere Selbstbestimmungskonzepte gelten.³⁴⁷ Wie *Singer* distanziert sich auch *Drexl* deutlich von *Wolfs* «unrealistischen» Vorstellungen: Es könne nie auf persönliche Merkmale des Verbrauchers ankommen – denn das würde (nach *Fikentscher*) auf die Prüfung der «wirtschaftlichen Geschäftsfähigkeit» hinauslaufen. Es muss hingegen auf das Funktionieren des Marktes und auf die allfällige Formulierung «allgemeiner Tatbestände» des Verbraucherschutzes (nach Massgabe der ökonomischen Analyse) ankommen.³⁴⁸ *Drexls* Modell einer wirtschaftlichen Selbstbestimmung operiert daher mit dem Terminus «Beeinträchtigung der Selbstbestimmung»³⁴⁹ und führt im allgemeinen Schuldrecht konkret zu verschiedenen bekannten, «ordnungspolitischen Instrumenten» wie § 138 BGB und den Informationspflichten.³⁵⁰

Das bedeutet im Resultat: Wenn der Wettbewerb funktioniert, herrscht Privatautonomie, und wenn über § 138 BGB in die Privatautonomie eingegriffen werden muss, wird diese «materialisiert». In diesem Bereich wird auch die Selbstbestimmung angesiedelt.³⁵¹

3. Selbstbestimmung nach japanischem Verständnis

Das Recht auf Selbstbestimmung heisst auf Japanisch wörtlich *jiko kettei-ken* [自己決定権], und die Grenzen der Selbstbestimmung sind die *jiko kettei-ken o genkai*. Nach

³⁴⁵ *Ibid.*, 25.

³⁴⁶ *Drexl*, 7.

³⁴⁷ *Ibid.*, 8, 208 (Privatautonomie-Selbstbestimmung).

³⁴⁸ *Ibid.*, 9 f.

³⁴⁹ *Ibid.*, 208.

³⁵⁰ S. schon *Kötz*, Gutachten 1974.

³⁵¹ Ähnlich *Sedlmeier*, 23 ff., 28; *MüKo-Rixecker*, Anhang § 12 BGB Rn. 2.

der dortigen Verfassungslehre handelt es sich dabei um ein «neues Menschenrecht» [w: 新しい人権, *atarashii jinken*], das sich aus Artikel 13 *Kenpô* ableitet.³⁵² In der Alltagssprache wird für Selbstbestimmung auch der Begriff *jiritsu sei* [自立性] verwendet, der wörtlich so viel wie das «eigene Schicksal» bedeutet. Beide Begriffe betonen die Individualität, während der Begriff der Selbstbestimmung darüber hinaus auch noch auf die Fähigkeit zur und das Recht auf Selbstbestimmung beinhaltet.

Das Recht auf Selbstbestimmung wurde in Japan erstmals in der Monografie 私事と自己決定 *shiji to jiko kettei* [Privatsache und Selbstbestimmung] von *Takao Yamada* aus dem Jahre 1987³⁵³ umfassend umschrieben und zudem auch eingefordert. Demnach ist ein Mensch befugt, seine individuelle Lebensführung selbst zu bestimmen, womit *Yamada* weit über das Selbstbestimmungsrecht im Vertragsrecht hinausgeht. Als Beispiele aus dem Alltag nennt er, dass jemand selber bestimmen dürfen sollte, ob er heiraten und/oder Kinder haben will, ob er Auto fahren oder rauchen möchte, usw. Das Buch wurde damals heftig kritisiert, beispielsweise von *Koji Sato*, einem Professor aus *Kyoto*, der an der *University of Southern California* ausgebildet worden war und später (1991) zum Vorsitzenden der *Arbeitsgruppe zur japanischen Reform des Gerichtsverfahrens* gewählt werden sollte. Dieser ersten öffentlichen Debatte zum Thema Selbstbestimmungsrecht in Japan lag ohne Zweifel der zuvor in Amerika geführte *Diskurs* zur Selbstbestimmung – namentlich zur Empfängnisverhütung und zum Schwangerschaftsabbruch – zugrunde. Die Diskussion liess sich m.a.W. auf die folgenden Urteile des amerikanischen *Supreme Court* zurückführen: Auf das Urteil *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965), das ein bundesstaatliches Gesetz zum Verbot von Empfängnisverhütung kassierte und das Recht auf Privatsphäre (in der Ehe) unterstrich, sowie auf das bekannte Urteil *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), das den Schwangerschaftsabbruch im Grundsatz zur Privatsphäre zugehörig erklärte. Im Jahre 1977 hatte *Stevens* – der im Fall *Whalen v. Roe*, 429 US 589 (1977) das Urteil (mit-)verfasst hatte – bezüglich des Rechts auf Privatsphäre noch zwischen Personen des öffentlichen Lebens und anderen Personen unterschieden.

Später stellten sich vorab Fragen nach der Reichweite des Schutzes des Selbstbestimmungsrechts. Dazu lassen sich im heutigen Japan zwei Lehren unterscheiden: zum einen die sog. deutsche «allgemeine Freiheitstheorie» [一般的自由説, *ippanteki jiyû setsu*] und zum andern die sog. amerikanische, «auf die Persönlichkeit ausgerichtete Interessentheorie» [人格的利益説, *jinkaku teki rieki setsu*].³⁵⁴ Der japanischen Kodifikationsgeschichte entsprechend vertreten die meisten heutigen japanischen Rechtsgelehrten noch einen Forschungsschwerpunkt, der sich an den Rechtswissenschaften in Amerika, England, Frankreich oder Deutschland orientiert. Aus diesem Grund kommt es heute noch vor, dass beispielsweise von der «deutschen» oder der «amerikanischen» Schule gesprochen wird.

Das Recht auf Selbstbestimmung wird seit Ende der 1980er-Jahre auch im Medizinrecht im Zusammenhang mit dem *Informed-Consent* intensiv diskutiert. Seit den

³⁵² Nakayama, 94 ff.; Kubota, *Minshô hô zasshi* 116 (1997) 4-5, 57 ff.

³⁵³ Professor emeritus der *Yokohama Nihon University*, auch als Anwalt für Menschenrechte bekannt.

³⁵⁴ Nakayama, 94 ff., 96.

1990er-Jahren ist sodann die Selbstbestimmung der Verbraucher ein Thema. Mit dem Verbrauchervertragsgesetz aus dem Jahre 2000 wurde in Japan die Stärkung des Selbstbestimmungsrechts bzw. die Förderung der Sozialrechte festgeschrieben. Art. 2 *Shôhisha-keiyaku-hô* lautet übersetzt wie folgt: Das Selbstbestimmungsrecht hat im Verbrauchervertragsrecht auch etwas mit der Wiederherstellung der materialen Vertragsgerechtigkeit zu tun.³⁵⁵

Im Zuge der bioethischen Debatten kam es Ende der 1990er-Jahre zu einer verstärkten Diskussion betreffend Selbstbestimmung über den eigenen Körper, die sich vor allem auch im Recht auf die Bestimmung des Todeszeitpunkts artikulierte. Ein Grund dafür war die breite öffentliche Diskussion zum revidierten japanischen Organtransplantationsgesetz, das sich 1999 bei der freien Wahl, ob Herz- oder Hirntod für den eigenen Tod massgebend sein soll, auf das Hirntodmodell festlegte.³⁵⁶ Untersuchungen zum Thema Selbstbestimmung und Tod in Japan haben allerdings gezeigt, dass Entscheide über Leben und Tod weniger individuell, sondern vielmehr gemeinsam in der Familie gefällt werden.³⁵⁷

Vergleicht man ferner die eher laxen japanische Rechtspraxis zum *Informed-Consent* mit den eher eng gezogenen Grenzen der Selbstbestimmung im Vertragsrecht (etwa zum richtigen oder gesunden Leben), so scheinen Einwilligungs- und Vertragspraxis parallel zu verlaufen, sich aber weniger an der Selbstbestimmung zu orientieren, als dies in Deutschland oder in der Schweiz der Fall ist.

4. Selbstbestimmungsrecht und Selbstbestimmungsfähigkeit

Selbstbestimmung setzt selbstverständlich Selbstbestimmungsfähigkeit voraus. Selbstbestimmungsfähigkeit bedeutet in der Rechtswissenschaft und insbesondere in der Rechtsgeschäftslehre in erster Linie, dass eine Person handlungs- bzw. geschäftsfähig ist und ihre rechtlichen Angelegenheiten selbstständig wahrzunehmen vermag. Ist diese nicht gegeben, so braucht die Person Unterstützung zur Befähigung und ggf. rechtliche Vertretung. Nachfolgend werden die je nach Rechtsordnung gängigen Begriffe Urteilsfähigkeit³⁵⁸ oder Einsichtsfähigkeit resp. Einwilligungsfähigkeit (bei

³⁵⁵ Ômura, § 4, 36 ff.

³⁵⁶ Ehara, 6 ff.

³⁵⁷ Kai et al., 42 ff.

³⁵⁸ Das schweizerische Recht spricht von «Handlungsfähigkeit» (Art. 13 ZGB), welche die «Urteilsfähigkeit» und die Volljährigkeit einer Person voraussetzt. Hingegen wird im deutschen Recht der Terminus Handlungsfähigkeit nicht benutzt, sondern stattdessen der Begriff «Geschäftsfähigkeit»: § 104 BGB regeln die Ausnahmen der Geschäftsfähigkeit. Entsprechend fehlt im deutschen BGB auch der Begriff Urteilsfähigkeit; an seiner Stelle wird das Äquivalent Geschäftsfähigkeit verwendet, da grundsätzlich jeder Mensch als geschäftsfähig angesehen wird. Das japanische Recht regelt in Art. 4 ff. *Minpô*, dass die Volljährigkeit mit 20 Jahren erreicht wird und für Minderjährige besondere Regeln zur Geschäftsfähigkeit gelten können und dass für nicht bzw. teils nicht geschäftsfähige Personen das Familiengericht eine Lösung trifft. Anzumerken ist noch, dass das schweizerische Recht mehrfach an das Recht zur Selbstbestimmung von Urteilsunfähigen anknüpft (z.B. Art. 371 ZGB); sodass u.U. die Selbstbestimmungsfähigkeit über die Urteilsunfähigkeit hinaus bejaht werden kann. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre es jedoch dogmatisch vorteilhafter, Selbstbestimmungs- und Partizipationsrechte klar voneinander zu trennen und nur die Selbstbestimmungsrechte und -fähigkeiten an die Urteilsfähigkeit zu knüpfen, während Partizipationsrechte auch anderen Personen, namentlich Kindern oder Patienten, zukommen können.

Einwilligungen) gleichbedeutend mit Selbstbestimmungsfähigkeit verwendet – andernfalls wird ausdrücklich darauf hingewiesen.

Bekannt ist, dass es in den Rechtswissenschaften an rationalen Abgrenzungskriterien zwischen der Selbstbestimmungsfähigkeit und der Selbstbestimmungsunfähigkeit fehlt.³⁵⁹ Der Verlust der Selbstbestimmungsfähigkeit verläuft häufig fließend – gerade am Ende des Lebens, wobei ein erhebliches Einflusspotenzial von medizinischen Fach- und Pflegepersonen sowie von Angehörigen auf die betroffene Person hinzukommt. Ist eine solche Person in einer Vertragssituation (indem sie sich beispielsweise für ein Reisearrangement entscheiden sollte oder eine Schenkung tätigen möchte), so braucht sie bei der Wahrnehmung ihrer Selbstbestimmung möglicherweise noch keine rechtliche Vertretung, aber Unterstützung. Jedenfalls liesse sich im Hinblick auf gewisse Extremsituationen oder gewisse Graubereiche im Rechtsgeschäftsverkehr argumentieren, dass in solchen Vertragskontexten der rechtliche Blick zu schärfen und die Selbstbestimmung näher zu betrachten sei (mehr dazu in Kap. 11–12). Soll eine freiheitlich-demokratische Rechtsordnung auf die Wahrung der Möglichkeiten der Selbstbestimmung ausgerichtet sein, so gilt es, neben dem Recht auf Selbstbestimmung – wie von *Beauchamp/Childress* bereits a.a.O. erwähnt – auch die Stärkung und Wahrung der Selbstbestimmungsfähigkeit anzusprechen.³⁶⁰

Interessant mag deshalb an dieser Stelle der Hinweis sein, dass im englischen Sprachgebrauch sowohl in der Medizin als auch in der Psychologie zwischen *self-determination* (im Sinne von Autonomie) und *competence*³⁶¹ begrifflich differenziert wird. Darüber hinaus existiert in der Psychologie die (bewusst so bezeichnete) sog. *Self-Determination Theory (SDT)*, die den theoretischen Rahmen liefern soll, um intrinsische Motivationen und deren Beitrag zur psychologischen Gesundheit sowie zum Wohlbefinden von Menschen ermitteln zu können.³⁶² Die SDT basiert auf drei Pfeilern: Der Autonomie, der Kompetenz und dem Beziehungsnetz einer Person. Wer frei wählen kann, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, ist autonom (*autonomy*); wer zudem in der Lage ist, wichtige, damit verbundene Tätigkeiten und Aufgaben zu bewältigen, ist kompetent (*competence*); und wer mit seinen Mitmenschen verbunden ist, der ist mit ihnen beziehungsmässig verknüpft (*relatedness*). Von all diesen Faktoren ist abhängig, ob eine Person (eher) selbstbestimmt ist oder nicht. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass das Autonomiekonzept allein nicht zu erklären vermag, wie Selbstbestimmung und Wohlbefinden dabei zu umschreiben sind und damit auch nicht zu beschreiben vermag, wie Fremdbestimmung wirkt oder verhindert werden könnte.

³⁵⁹ *Kämpfer*, 272 ff.

³⁶⁰ Vgl. *Spickhoff*, 103.

³⁶¹ Vgl. entsprechende Kritik an der juristischen Begrifflichkeit.

³⁶² *Deci, Edward L./Ryan, Richard M.*: Human autonomy: The basis for true self-esteem, in: Kernis, Michael (Hrsg.), *Efficacy, agency, and self-esteem*, New York 1995, 31–49, *idem*, *Self-determination theory and the facilitation of intrinsic motivation, social development, and well-being*, *American Psychologist*, 55 (2000) 1, 68–78; *Ryan, Richard M./Edward L./Williams, Georg C.*: Facilitating health behavior change and its maintenance: Interventions based on self-determination theory, *The European Health Psychologist*, 10 (2008), 2–5; *Vansteenkiste, Marteen/Ryan, Richard M.*: On psychological growth and vulnerability: Basic psychological need satisfaction and need frustration as a unifying principle, *Journal of Psychotherapy Integration*, 23 (2013), 263–280.

C. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann von folgendem Verständnis von Selbstbestimmung ausgegangen werden:

1.) Der Begriff der Selbstbestimmung findet sich in der deutschen Literatur u.a. bei *Fichte* und *Schiller* sowie in der Philosophie bei *Kant* (im Gegensatz zum Begriff der Autonomie allerdings nur marginal). Wann jedoch der Begriff des Selbstbestimmungsrechts in die *Rechtsgeschichte* Eingang gefunden hat, lässt sich nicht mit Gewissheit bestimmen. Während die Begriffe «selbst» und «selbstmündig» zweifelsohne alt sind, lassen sich das Konzept und der Begriff der Selbstbestimmung erst im Zusammenhang mit den politischen und rechtlichen Unabhängigkeits- und Emanzipationsbewegungen im Amerika des 18. Jahrhunderts nachweisen. *Savigny* verwendet zwar den Begriff der Selbstbestimmung nicht ausdrücklich, jedoch übt er ausdrückliche Kritik am Autonomiebegriff, die von *Flume* aufgenommen wird.

Danach hat sich der Begriff Selbstbestimmung – zumindest in Europa – über die Eigenstaatlichkeit und -gesetzgebung hinaus verbreitet und seine Verwendung wurde auf individuell-rechtliche Errungenschaften ausgedehnt: Zuerst auf Errungenschaften von Personengruppen (Religion) und danach auf diejenige von Einzelpersonen, die nunmehr das Recht beanspruchten, in zentralen Aspekten ihres Lebens individuell selbstbestimmt zu entscheiden (Fortpflanzungsfrage, persönliche Lebensführung, Verfügen über den eigenen Körper, Anerkennung von Verbraucher- und Erwachsenenschutz).

2.) Da in der japanischen Zivilrechtsgeschichte u.a. auch deutsches Recht und in den 1920er-Jahren deutsche Doktrin rezipiert worden waren, ist zu vermuten, dass der Begriff der Selbstbestimmung dort teils schon bekannt war. Dies konnte indes nicht nachgewiesen werden. Vielmehr findet sich in der frühen japanischen Zivilrechtsliteratur durchgängig der Begriff der «Privatautonomie», während in der aktuellen Lehre die Selbstbestimmung als wichtiger Teil der Privatautonomie angesehen wird.

In der japanischen Literatur wird der Begriff der Selbstbestimmung auf den in den 1960er-Jahren einsetzenden, amerikanischen Schwangerschafts- und Abtreibungsdiskurs zurückgeführt. Der japanische Begriff der *jikko kettei-ken* ist entsprechend eine wörtliche Übersetzung von «*self-determination*».

Ob es einem Zufall zuzuschreiben ist, dass dem Begriff gerade in dieser Zeit auch von *Flume* und danach von *Wolf* und *Canaris* vermehrt Bedeutung beigemessen wurde, kann nicht eruiert werden. Ein Bezug zur deutschen Nachkriegszeit und der Entwicklung des Persönlichkeitsrechts in der damaligen Zeit scheint jedoch sehr wahrscheinlich zu sein. Das würde umgekehrt auch erklären, warum der Begriff in der Schweizer Vertragsrechtslehre weniger präsent ist. Allerdings kann nur mit Gewissheit festgehalten werden, dass *Flume* bewusst auf den Begriff der Autonomie verzichtete.

3.) Im deutschen Verfassungsrecht und im allgemeinen Persönlichkeitsschutz spielt der Begriff der Selbstbestimmung eine wichtige Rolle und hat in der deutschen Vertrags- und Rechtsgeschäftslehre sozusagen eine gewisse *Tradition*. Dabei wird der Begriff in seiner vollen Vielfalt verwendet, da er teils material und teils formal verstanden wird. Allen erwähnten Umschreibungen ist jedoch gemeinsam, dass sie keine

explizite Unterscheidung zum herkömmlichen Autonomiebegriff vornehmen – mit Ausnahme von *Drexl*, der den Terminus Selbstbestimmung explizit als «*materialisierte Privatautonomie*» verstanden wissen will. *Wolf* und *Canaris* verstehen darunter eine tatsächliche Entscheidungsfreiheit. *Canaris* hält die Selbstbestimmung im Vertrag sodann auch für ein Rechtsprinzip, das gemeinsam mit der Selbstbindung und dem Vertrauensschutz wirkt.

4.) Der schweizerischen Vertragsrechtslehre ist der Selbstbestimmungsbegriff hingegen fremd; im Völker- und Verfassungsrecht sowie im Medizin- und Persönlichkeitsrecht ist er allerdings gebräuchlich. In der Tendenz scheint sich der Begriff der Selbstbestimmung jedoch auch in der Schweiz zumindest im Verbrauchervertrags- und im Erwachsenenschutzrecht etabliert zu haben.

5.) Es ist davon auszugehen, dass die kritische Auseinandersetzung mit Selbstbestimmung und Autonomie ausserhalb der Rechtswissenschaften weiter fortgeschritten ist und es in interdisziplinärer Hinsicht einiges zu lernen gäbe.

II. Selbstbestimmung, Autonomie oder Freiheit im Vertrag?

A. Selbstbestimmung im Verhältnis zur Autonomie

1. Zur Begriffs- und Ideengeschichte der Autonomie

Der Terminus Autonomie setzt sich zusammen aus den griechischen Begriffen *autos* (αὐτός), d.h. selbst, und *nomos* (νόμος), d.h. Gesetz, bedeutet also wörtlich «sich selbst Gesetze gebend» oder das «eigene Gesetz». Der Begriff wird oft auch als Synonym zur Selbstbestimmung verwendet.³⁶³ – Das Gegenteil der Autonomie ist die «Heteronomie»; die zwar ähnlich wie die «Fremdbestimmung» die Bedeutung von «Fremdgesetzlichkeit» trägt; zusätzlich aber auch den Sinngehalt von «Ungleichwertigkeit» impliziert.³⁶⁴ Hinzu kommt – beispielsweise bei *Flume* –, dass der Begriff der Selbstbestimmung Gesetzgebungsprozesse ausschliesst.

Im Gegensatz zum Begriff der Selbstbestimmung war der Terminus Autonomie bereits in der Antike geläufig. Er wurde in erster Linie im politischen Sinn verstanden, nämlich als Freiheit der *polis* von der Fremdherrschaft und der Tyrannei.³⁶⁵ Der Begriff umfasste jedoch schon damals auch den auf das Individuum bezogenen Aspekt von Autonomie: nämlich das Recht und die Fähigkeit des Einzelnen, sich gegenüber herrschenden Gruppennormen zu wehren. Autonomie wurde aber auch als ein Ideal verstanden. – In einer späteren Epoche, insbesondere im 17. Jahrhundert, bedeutete Autonomie so viel wie die «errungene Glaubensfreiheit».³⁶⁶ Mit der Anerkennung der Würde des Menschen erlebte der Begriff eine Renaissance, und mit der Naturrechts-

³⁶³ *Dworkin*, *Theory and Practice*, 12 ff.; *Pohlmann*, 700.

³⁶⁴ *Duden*. Das Fremdwörterbuch, 7. Aufl., Bd. 5, Mannheim 2001.

³⁶⁵ *Pohlmann*, 701; *Christman, John*: *Autonomy in Moral and Political Philosophy*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy online (Spring 2011 Edition), <<http://plato.stanford.edu/entries/autonomy-moral/>>, zuletzt besucht am 10. September 2014; *Mittelstrass*, Bd. 1, 232 f.; s.a. *Gerhardt*, 3 ff.; *Hollerbach*, 6 f.

³⁶⁶ *Dworkin*, *Theory and Practice*, 13 ff.; s.a. *Mittelstrass*, Bd. 1, 233.

lehre wurde dem Menschen aufgrund seiner Rationalität das Recht auf Selbstbestimmung gewährt. Seit dem 18. Jahrhundert hat die Autonomie ihren festen Platz in der Rechtswissenschaft: Als Recht des Individuums, sich im Rahmen der Rechtsordnung eigene Handlungsnormen zu setzen – als Privatautonomie.³⁶⁷ Im 19. Jahrhundert verstand *Carl Friedrich von Savigny* den Vertrag – im Anschluss an die *kantianischen* Grundbegriffe – als willkürliches Mittel der Selbstbestimmung. Er erachtete den Vertrag als das «vorzüglichste Mittel», um den eigenen Willen zum Ausdruck zu bringen. Eine Willenserklärung war für *Savigny* quasi der direkte Ausdruck von Selbstbestimmung³⁶⁸ – dies auch, wenn er den Begriff der Selbstbestimmung nicht wörtlich benutzte. Den Terminus «Autonomie» lehnte *Savigny* jedoch im Zusammenhang mit Verträgen explizit ab, denn Verträge und Rechtshandlungen seien – im Gegensatz zu Gesetzen – keine Rechtsquellen.³⁶⁹

Der Begriff der Autonomie ist im europäischen Denken und in der Rechtswissenschaft untrennbar mit der *Kant'schen* Philosophie verbunden,³⁷⁰ wobei in diesem Zusammenhang die «Autonomie des menschlichen Willens»³⁷¹ zentral ist – nach *Kant* das alleinige Prinzip, das den moralischen Gesetzen und Pflichten zugrunde liegt. Da die Suche nach einem obersten, *a priori* geltenden Grundsatz von Moralität von vornherein zum Scheitern verurteilt wäre und da sämtliche menschlichen Handlungen durch Umwelteinflüsse bestimmt sind, stellt *Kant* den «freien Willen» als Begriff der Vernunft über alles. Weil der Mensch einen «freien Willen» hat, kann er sich selbst ein moralisches Gesetz geben, die entsprechenden Maximen formulieren und nach diesen handeln. *Kants* prägnante Maxime lautet dementsprechend: «Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.»³⁷² Autonomie bedeutet für *Kant*, frei zu sein von äusseren Einflüssen.³⁷³ Eine vernünftige Selbstgesetzgebung findet «in der Autonomie ihren prägenden Ausdruck».³⁷⁴

Nach *Kant* lassen sich verschiedene Autonomiebegriffe unterscheiden: Zunächst kann Autonomie die «Vernunftkritik» schlechthin beinhalten und in diesem Sinne auf sich selbst bezogen sein. Sie kann aber auch als Kritik gegenüber jeglicher Autorität verstanden werden. *Kant* schreibt der Autonomie bzw. der Vernunftkritik sogar die potenzielle Eignung zum allgemeingültigen Gesetz zu – was ihm zu Recht die Kritik der Gottesbegründung bringt. Das ist wohl mit ein Grund dafür, dass der Begriff der Autonomie heute in der Kritik steht. *Kant* unterscheidet zudem zwischen der praktischen und der theoretischen Vernunftkritik: Praktische Autonomie kann erreicht werden, indem sich eine Person hinsichtlich ihrer Willensbildung unabhängig macht von ihren faktischen Begierden und Neigungen. Theoretische Autonomie liegt

³⁶⁷ *Flume*, Privatautonomie, 141.

³⁶⁸ *Kiefner, Hans*: Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, in: Rechtswissenschaft und Philosophie: Blühdorn, Jürgen/Ritter, Joachim (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft: Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1969, 3 ff., 15.

³⁶⁹ *Savigny*, Bd. VIII 111 ff.

³⁷⁰ *Kant*, MS, 387 ff. und *Kant*, Praktische Vernunft, 1 ff., 33 ff.

³⁷¹ *Kant*, MS, 387 ff., 440.

³⁷² *Kant*, Praktische Vernunft, 16 f., 36.

³⁷³ *Kant*, MS, 51 ff.

³⁷⁴ So etwa bei: *van Spyk*, 29.

dagegen vor, wenn die Unabhängigkeit aufgrund der Vernunftnatur von den Menschen anerkannt wird. Es handelt sich um das Unterwerfen unter ein Recht, das sich der Mensch selbst auferlegt hat.³⁷⁵ Oder vereinfacht formuliert: Es kann zwischen personaler, moralischer und politischer Autonomie unterschieden werden. Personale oder auch praktische bzw. pragmatische Autonomie ist die Fähigkeit, für sich selbst zu entscheiden, und damit auch einen von einem bestimmten moralischen Gehalt unabhängigen Lebensweg zu wählen. Die moralische Autonomie wird als die Fähigkeit von Vernunftwesen verstanden, sich selbst moralische Normen aufzuerlegen und sich auch an diese zu halten, anstatt nur die Normen anderer zu befolgen. Politische Autonomie bedeutet, dass die persönlichen Entscheidungen in einem politischen Kontext respektiert und beachtet werden.

Im Privatrecht interessiert also – an *Kant* anknüpfend – der Begriff der «personalen Autonomie»;³⁷⁶ Diese umfasst zum einen die persönliche Fähigkeit zur Autonomie und zum anderen den individuellen normativen Anspruch auf Autonomie. Ob eine Person von ihren Entscheidungsfähigkeiten und ihrer Verfügungsmacht Gebrauch macht, ist für die moralische Autonomie irrelevant. Dieses Verständnis von Selbstbestimmung, das dazu dient, die individuelle Persönlichkeit als Vernunftwesen zu beschreiben und auf die Emanzipation von Bindungen zielt, entspricht weitgehend der antiken Vorstellung von Autonomie als Selbstgesetzgebung, Unabhängigkeit und Selbstbestimmung.³⁷⁷

2. Rechtlicher Anwendungsbereich der Privatautonomie

a) Im deutschen und schweizerischen Recht

Der Begriff der Autonomie kommt in den Rechtswissenschaften regelmässig im Zusammenhang mit der Privatautonomie vor.³⁷⁸ Das Bundesverfassungsgericht versteht «Privatautonomie als Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben».³⁷⁹ Privatautonomie umfasst die Selbstgestaltung der Privatsphäre, d.h. der privaten Bedürfnisse, Präferenzen, Verhältnisse, Rechte und Rechtshandlungen. Privat steht in Abgrenzung zur öffentlichen Sphäre, der Öffentlichkeit, und damit letztlich auch in Abgrenzung zum staatlichen Handeln. Die Privatautonomie bezieht sich auf die Kompetenz und die Fähigkeit einer Person, ihre privaten Verhältnisse, insbesondere diejenigen rechtlicher Natur, nach eigenem Willen zu regeln.³⁸⁰ – Richtigerweise sollte an dieser Stelle von «privater Freiheit» im positiven oder negativen Sinne die Rede sein (dazu gleich nachfolgend).³⁸¹

Es ergibt sich: Die so verstandene Privatautonomie ist nicht gleichbedeutend mit der Selbstbestimmung als personale Autonomie.

³⁷⁵ *Dworkin*, Theory and Practice, 5.

³⁷⁶ *Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 GG N 200 in: Maunz/Dürig (2004).

³⁷⁷ Der Selbstbestimmungsbegriff lässt sich mit *von der Pfordten* als ein eher empirisch wahrnehmbarer, psychologischer Begriff verstehen, der deshalb nicht nur an einen «freien Willen» geknüpft wird, sondern explizit auch an die «Einsichtsfähigkeit» einer Person: *von der Pfordten*, 31.

³⁷⁸ *Mittelstrass*, Bd. 1, 233.

³⁷⁹ BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 Anm. Lorenz.

³⁸⁰ BGE 129 III 35 ff., 42; BGE 127 III 449 ff., 451.

³⁸¹ Ähnlich *Bydliński*, System, 149.

Während für *Flume* die Privatautonomie noch weitgehend unhinterfragt und die Vertragsfreiheit oft *pars pro toto* dafür war,³⁸² ist heute anerkannt, dass die Privatautonomie in der Rechtswissenschaft neben der «Vertragsfreiheit» noch andere privatrechtliche Grundfreiheiten umfasst: darunter die Persönlichkeitsrechte (namentlich die Vereins- oder Vereinigungsfreiheit), die Testierfreiheit und die Eigentumsrechte.³⁸³ Die Privatautonomie reicht damit über das Vertragsrecht hinaus. Wesentliche Bestandteile der Privatautonomie können deshalb auch die bereits erwähnten, persönlichkeitsbezogenen Selbstbestimmungsrechte sein, die es einem Individuum erlauben, über sein Leben, seinen Körper, seine Sexualität und über die eigenen Daten zu bestimmen und rechtlich darüber zu verfügen. Den Entwicklungen im Personenrecht wird derzeit nicht Einhalt geboten, sodass weitere einzelne «Selbstbestimmungsrechte» zu erwarten sind.³⁸⁴

b) Im japanischen Recht

Der Begriff der Autonomie ist auch in der japanischen Rechtswissenschaft älter als der Begriff der Selbstbestimmung. Man kann davon ausgehen, dass der Erstere bereits in der *Meiji-Kodifikationszeit* bekannt war, auch wenn der Terminus damals weder wörtlich rezipiert worden ist noch Eingang in das *Minpô* gefunden hat. Das ergibt sich u.a. aus den Ausführungen von *Eiichi Hoshino*³⁸⁵ und genauer aus seinen Referenzen zur Privatautonomie, den zitierten deutschen Textstellen von *Windscheid*, *Zitelmann*, *Dernburg*, und *Manigk* – um nur einige wenige aufzuzählen. *Hoshino* ist einer der bekanntesten japanischen Kommentatoren und Zivilrechtsdogmatiker.³⁸⁶ – Zudem lässt sich allgemein festhalten, dass die *Meiji-Regierung* die Autonomie im Geschäftsverkehr unterstützte, weil mit dem Entwurf des Japanischen Handelsgesetzes (*Shô-hô*, Mai 1868) sowohl alle Grosshandelsverbände als auch alle Preisbeschränkungen aufgehoben wurden.³⁸⁷

Hoshino besteht darauf, dass die Begriffe «Privatautonomie» [*shinji jichii* 私事自治] und «Willensautonomie» [*ishi jichii* 意思自治] zu unterscheiden seien. Der Terminus «Willensautonomie» stamme aus dem französischen Rechtsdenken («*l'autonomie de la volonté*») und beruhe auf dem Gedanken der Bindungskraft eines Vertrags³⁸⁸ und auf der Frage, warum sich eine Person durch einen Vertrag binden wolle. Demgegenüber stamme der Grundsatz der Privatautonomie aus der deutschen Rechtsgeschäftslehre³⁸⁹ und beinhalte die Vertragsfreiheit, die Vereinsfreiheit und die Testierfreiheit

³⁸² *Bydlinski*, Privatautonomie, 138.

³⁸³ *Heinrich*, 43; *MüKo-Busche*, Vor § 145 BGB Rn. 2 ff.; BSK OR I-*Huguenin*, Art. 19/20 OR N 4, BGE 129 III 35 ff., 42; BGE 127 III 449 ff., 451; nach *Bydlinski*, System, 149 handelt es sich hierbei allerdings bereits um «Unterprinzipien» der «rechtsgeschäftlichen Privatautonomie».

³⁸⁴ BK-*Caroni/Schöbi*, Einl. Art. 1–9 ZGB N 265 ff.

³⁸⁵ *Hoshino*, *Minpô Kogi* I, 335 ff., 337; *idem*, *Minpô ronshu*, 210 ff.

³⁸⁶ *Hoshino* ist v.a. auch bekannt dafür, dass er als einer der Ersten nachwies, dass das *Minpô* von 1896 mehr französischen Einfluss aufweist, als gemeinhin angenommen wurde. Das hat u.a. dazu geführt, dass der französische Einfluss auf das *Minpô* seit den 1960er-Jahren intensiver untersucht wird: *Hoshino*, *Furansu Minpô*, 71 ff.; *Kogayu*, 96; zum Ganzen auch *Tamotsu*, *Isomura*: 磯村：ドツツとフランスの民法典/民法学：甲斐学楽学者の書店, *Doitsu to Fransu no minpô-ten/minpôgaku*: *ichi kaishaku gakusha no shiten kara*, *Horitsu Jihô* Vol. 71, 4 (1999) 53 ff.

³⁸⁷ *Hoshino*, *Furansu Minpô*, 94 ff., 96.

³⁸⁸ *Keiyaku no kôsoku ryoku* (契約の拘束力).

³⁸⁹ *Hoshino*, *Minpô Kogi*, 335 m.w.H.

sowie andere Freiheiten. Nach *Hoshino* bedeutet dies, dass der Begriff der Privatautonomie gleichbedeutend mit dem Grundsatz der freien rechtsgeschäftlichen Betätigung verwendet werden könne. Privatautonomie sei ein Begriff des positiven Rechts, «Willensautonomie» hingegen ein rechtsphilosophischer Begriff, der auf *Jean-Jacques Rousseau* zurückgeführt werden könne. Auf Grund dieser Überlegungen müssten die Begriffe unterschieden werden. Nach *Hoshino* lässt sich der genaue Zeitpunkt für die Rezeption des Begriffs aus dem deutschen Recht allerdings nicht feststellen.³⁹⁰

Privatautonomie bedeutet nach der herrschenden, japanischen Lehre damit die Freiheit einer Person, gestützt auf ihren Willen und ohne Einmischung der Behörden Rechtsbeziehungen einzugehen. Privatautonomie umfasst auch die Vertragsfreiheit sowie die Freiheit, andere Rechtsgeschäfte zu schliessen; als Beispiele seien die Testier- und die Vereinsfreiheit genannt.³⁹¹

B. Selbstbestimmung im Verhältnis zum Freiheitsbegriff

1. Zum Freiheitsbegriff im Allgemeinen

Des Weiteren stellt sich die Frage, wie das Verhältnis von Selbstbestimmung zu Freiheit ist, denn sowohl auf Deutsch als auch auf Japanisch ist in der Regel von Vertragsfreiheit die Rede und weniger von Vertragsautonomie.

Der Freiheitsbegriff gehört zu den facettenreichsten Begriffen:³⁹² Freiheit (lat. *libertas*, engl. *liberty*) kann als Zustand, Schutzbereich oder Sphäre umschrieben werden, der bzw. die es dem Individuum ermöglicht, ohne Zwang (und Drohung) zwischen verschiedenen Möglichkeiten auszuwählen und sich zu entscheiden. Breit anerkannt sind zwei Arten von Freiheit: Die positive und die negative Freiheit.³⁹³ Die Rechtswissenschaften verwenden dieses Begriffspaar zum einen im Sinne einer generellen Freiheit, innerhalb des Staates und frei von staatlicher Macht (negative Freiheit) etwas tun zu können bzw. eine Handlungsalternative zu haben, und zum anderen als Freiheit, als Subjekt im Staat für etwas einzutreten, d.h. eine Handlung durchführen zu können (positive Freiheit).³⁹⁴

Der Begriff der «Freiheit» ist im europäischen Denken untrennbar mit dem auf *John Stuart Mill* zurückgehenden Ausdruck *harm principle* verbunden. *Mill*, der u.a. von *Jeremy Bentham* in den Utilitarismus eingeführt worden war, leitete seine Vorstellung von individueller Freiheit entsprechend vom Nützlichkeitsdenken ab: Sein

³⁹⁰ *Hoshino*, Minpô Kogi, 337, Anm. 2.

³⁹¹ *Yamamoto*, Minpô I, 107 ff.

³⁹² So setzt sich etwa die «Freiheit einer Person» aus vielen Aspekten ihres Lebens zusammen. Die Freiheit einer Gesellschaft wiederum hängt von den Freiheiten der in ihr lebenden Personen ab. Zudem kann Freiheit mit Willensfreiheit gleichgesetzt werden: *Alexy*, 194 ff.; *Gutmann*, 201 f. m.w.H.

³⁹³ *Alexy*, 197 f.; die Unterscheidung geht zurück bis auf *Kant*, Metaphysik der Sitten, wobei diese in der aktuellen Form regelmässig auf *Berlin*, *Isaiah*: Four Essays on Liberty, Oxford 1969 zurückgeführt wird: vgl. *Dworkin*, Gerechtigkeit für Igel, 616 ff.; *Gutmann*, 202, Fn. 990 (die Kritik gegen diese Unterteilung ist freilich ebenso alt).

³⁹⁴ *Mahlmann*, § 5, N 23–43; vgl. weiterführend: *Alexy*, 197 ff.

Verständnis von Freiheit war geprägt von der Vorstellung, dass jede Person in ihren privaten Belangen (inkl. Geist, Körper, Gesundheit) befugt sei, schrankenlos über sich selbst zu bestimmen und zu verfügen.³⁹⁵ Nur in den Fällen, in denen ihr Handeln auch andere Menschen tangiere und diesen sogar Schaden zufügen könne, ist nach *Mill* eine gewisse gesellschaftlich auferlegte Verantwortung zur Zurückhaltung angebracht. Diese bezeichnete er als *harm principle*. Im Grundsatz misst *Mill* der Handelsfreiheit allerdings eine allen anderen Freiheiten übergeordnete Stellung bei.³⁹⁶ – Eine Schranke der Freiheit sieht *Mill* in der Verbrechensprävention, beispielsweise wenn eine Person infolge wiederholten Alkoholmissbrauchs zur Gewalt neige. Doch nur weil eine bestimmte Handlung für *eine* Einzelperson schädlich ist, so sei dies noch kein Grund, die betreffenden Handlungen generell zu *verbieten*. Erst wenn eine solche Handlung öffentlich begangen werde und die «guten Sitten»³⁹⁷ verletze, müsse sie verboten werden.³⁹⁸ Ein Rechtsgeschäft, bei dem sich eine Person als Sklave verkaufen oder kaufen lasse, war indes auch nach Ansicht von *Mill* ungültig, denn: «*The principle of freedom cannot require that he should be free not to be free. It is not freedom, to be allowed to alienate his freedom [...]*».³⁹⁹

Der Begriff der Freiheit steht ferner auch im Zentrum von *Hegels* idealistischer Philosophie, wobei sich die Selbstbestimmung ein individueller Willensaspekt der Freiheit manifestiert: *Hegel* verbindet Freiheit ebenfalls mit Verantwortung, denn erst «[i]n der Pflicht befreit das Individuum sich zur substantiellen Freiheit».⁴⁰⁰ Das Recht sieht *Hegel* in einem übergeordneten Kontext: «Der Boden des Rechts ist überhaupt das Geistige, und seine nähere Stelle und Ausgangspunkt der Wille, welcher frei ist, so dass die Freiheit seine Substanz und Bestimmung ausmacht.»⁴⁰¹ Recht wird damit überhaupt zur Freiheit – zur Freiheit als Idee.⁴⁰² Und diese Idee erläutert *Hegel* in seiner *Philosophie des Geistes* wie folgt: «Wenn ich abhängig bin, so beziehe ich mich auf ein anderes, das ich nicht bin; frei bin ich, wenn ich bei mir selbst bin. Freiheit ist, von der Seite des Willens gesehen, Selbstbestimmung, von der Seite des Denkens, Selbstbewusstsein, Bewusstsein von sich selbst.»⁴⁰³ In einem Vertrag wird Wille an Wille gebunden, der Zweck des Vertrags liegt jedoch – nebst dem persönli-

³⁹⁵ Das ging so weit, dass er Handelsverbote wie beispielsweise das Opium-Einfuhrverbot nach China missbilligte – dies in erster Linie, um *den Käufern die Wahlfreiheit* zu gewährleisten: *Mill*, 34: «In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign».

³⁹⁶ *Mill*, 269 ff., 270.

³⁹⁷ A.a.O. die deutsche Übersetzung für «good manners».

³⁹⁸ *Mill*, 269 ff., 278: «Again, there are many acts which, being directly injurious only to the agents themselves, ought not be legally interdicted, but which done in publicly, are an offence against good manners.»

³⁹⁹ *Mill*, 270 f.

⁴⁰⁰ *Hegel* illustriert dies anhand des folgenden Beispiels: Eine Strafe, die einen Verbrecher trifft, mag dieser als Freiheitsbeschränkung ansehen. Doch letztlich sei diese Massnahme bloss Ausfluss des verbrecherischen Handelns der betreffenden Person. Erst wenn diese den Zusammenhang zwischen ihrem Handeln und der ihr dafür auferlegten Strafe zu erkennen vermöge, werde sie frei. In dieser Erkenntnis sieht *Hegel* die höchste Selbstständigkeit des Menschen: *Hegel*, § 154, 261–350, 300.

⁴⁰¹ *Hegel*, § 4, 264.

⁴⁰² *Quante, Michael*: Individuelle Freiheit und sittliche Gemeinschaft, in: Beckermann, Ansgar/Perler, Dominik (Hrsg.), *Klassiker der Philosophie heute*, 2. Aufl., Stuttgart 2010, 437 ff.

⁴⁰³ *Hegel, Georg Wilhelm*: *Georg Wilhelm Hegel's Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Bd. IX, Gans, Eduard (Hrsg.), Berlin 1837, 267 nach seiner Philosophie der Weltgeschichte.

chen Nutzen – im höheren Allgemeinen. Dementsprechend spricht sich *Hegel* beispielsweise klar gegen den Vertragscharakter der Ehe aus (§ 75)⁴⁰⁴ und betont im Hinblick auf die Eheschliessung besonders deren Freiwilligkeit: «So wenig ein Zwang stattfinden kann, in die Ehe zu treten, so wenig giebt es sonst ein nur rechtliches positives Band, das die Subjecte bei entstandenen widrigen und feindseligen Gesinnungen und Handlungen zusammen zu halten vermögte.»⁴⁰⁵

Es ergibt sich, dass sich diese Freiheitsbegriffe (von *Mill* oder *Hegel*) vordergründig nicht grundsätzlich vom Autonomiebegriff im Sinne der Selbstgesetzgebung und Selbstbeständigkeit unterscheiden. Die Freiheit im Hinblick auf eine Entscheidung und eine sich daraus ergebende Handlung im engeren Sinne bedeutet aber eine «völlige» Offenheit in der Entscheidung, d.h. eine Ergebnisoffenheit. Die personale Autonomie oder die Selbstbestimmung erscheinen in dem Sinne die engeren Begriffe als die Freiheit,⁴⁰⁶ denn Erstere beziehen sich auf die individuellen Fähigkeiten, während die Freiheit die Optionen sowie die Ergebnisoffenheit umfasst. Eine vollkommene Selbstbestimmung bedeutet, dass jede Person einzig und allein über sich bestimmt, dass also keine Fremdbestimmung existiert, wodurch eine Gleichheit zwischen den Personen etabliert wäre. Vollkommene Freiheit bedeutet indes nicht, dass eine Person nicht über andere zu bestimmen versuchte, sodass Freiheit gleichzeitig auch Ungleichheit bedeuten kann.

Daraus ergibt sich: Die Selbstbestimmung kann als eine Freiheit in einem engeren Sinne oder als eine sog. «radikalisierte Freiheit» verstanden werden.⁴⁰⁷ Freiheit lässt sich auch als eine Voraussetzung der Selbstbestimmung verstehen: Eine Voraussetzung von Selbstbestimmung ist nämlich die Absenz von äusserem Zwang, sonst kann eine Person nicht ihrem Willen entsprechend handeln.

2. Selbstbestimmung im Verhältnis zur Vertragsfreiheit

a) Vertragsfreiheit als Teilbereich der Freiheit

Vertragsfreiheit ist damit begriffslogisch ein Teilbereich der Freiheit. Entsprechend diesen allgemeinen Freiheitsbegriffen bedeutet Vertragsfreiheit in erster Linie, Freiheit vor staatlichen Eingriffen beim Kontrahieren, wobei Handlungsalternativen bestehen sollen – wodurch auch ein Kontrahierungszwang ausgeschlossen ist.⁴⁰⁸ Ist die Vertragsfreiheit in allen drei Rechtsordnungen zugleich der wichtigste Anwendungsfall der Privatautonomie, so bleibt die Vertragsfreiheit Teil der Freiheit, wenngleich ein engerer. Vertragsfreiheit bedeutet dementsprechend, die individuelle Freiheit zu haben, eine Intention, d.h. einen rechtsgeschäftlichen Willen zu haben und zu äussern sowie sich gegenseitig ein Versprechen abzugeben

⁴⁰⁴ *Hegel*, § 4, 273 ff.

⁴⁰⁵ *Hegel, Georg Wilhelm*: Die Rechtsphilosophie 1820, in: Edition und Kommentar in sechs Bänden, Iltting, Karl-Heinz (Hrsg.), Bd. 2, Stuttgart 1974, 612.

⁴⁰⁶ *Berlin* (s. Fn. 393), 131 ff.

⁴⁰⁷ *Fisch*, 27.

⁴⁰⁸ *Oftinger*, 325 ff.; *Wolf*, 5, 19 ff.; *Flume*, §1, 9; *Heinrich*, 67.

b) Vertragsfreiheit in der historischen Entwicklung (Schweiz, Deutschland)

Auch der Begriff und das Konzept der Vertragsfreiheit reichen – im Gegensatz zum Terminus Selbstbestimmungsrecht, zurück bis in die Antike. Hinsichtlich des westlich-europäischen Verständnisses der Vertragsfreiheit aus historischer Perspektive sei auf die entsprechende Fachliteratur verwiesen.⁴⁰⁹ An dieser Stelle seien bloss einige historische Eckdaten herausgegriffen, die relevant sind für das schweizerische und deutsche Recht:

1.) Bereits im römischen Recht wurde überlegt, wie die Grenzen der Vertragsfreiheit zu bestimmen seien, und dies obschon die römische Gesellschaft weder von äquivalenten Rechtssubjekten noch von gleichgestellten (Vertrags-)Beziehungen ausging. Dennoch war damals das Bewusstsein, dass unbegrenzte Freiheiten missbraucht und gegenseitig eingeforderte Leistungen nicht ausgewogen sein könnten, durchaus vorhanden. Da es jedoch grundsätzlich keine Vertragsfreiheit gab, konnte auch noch nicht systematisch über deren Grenzen referiert werden.⁴¹⁰

2.) Heute wird nicht mehr von einem «Urzustand» des Vertrages im naturrechtlichen Sinne ausgegangen. Der Vertrag wird weder als eine Teilhabe an der Gesellschaft noch als gleichbedeutend mit dem realen Austauschakt verstanden. Was ein Vertrag ist bzw. was er sein soll, wird vielmehr durch das Vertragsrecht definiert⁴¹¹ und ist durch die Verfassung garantiert.⁴¹² Das erklärt rückblickend teilweise, warum bei den Naturrechtlern des 17. Jahrhunderts (wie *Hugo Grotius*⁴¹³ und *Samuel von Pufendorf*⁴¹⁴) die Bindungsnatur gegenseitiger Versprechen im Zentrum der Betrachtungen stand.

3.) Eine durchgehend verbreitete, für alle handlungsfähigen Rechtssubjekte geltende Vertragsfreiheit war vor dem Jahre 1800 mangels einheitlicher Rechtsgebiete noch nicht möglich; denn bis dahin waren noch ständische Vorstellungen massgebend.⁴¹⁵

4.) Das individuelle Streben der Person wurde zunehmend auch als Garant für den Wohlstand der Gesellschaft angesehen.⁴¹⁶

5.) Ende des 19. Jahrhunderts etablierte sich das Ideal der Freiheit als untrügliches Zeichen des Fortschritts und des Positiven auch im Vertragsrecht. Das bedeutet jedoch nicht, dass es fortan keinerlei Schranken mehr gegeben hätte.⁴¹⁷

⁴⁰⁹ *Hofer, Sybille*: Freiheit ohne Grenzen (2001), Vertragsfreiheit am Scheideweg (2006) oder auf die entsprechenden Beiträge in dem historisch-kritischen Kommentar zum BGB (2003) von *Joachim Rückert* (Das BGB und seine Prinzipien, vor § 1 N 6, 44, 47; *Hans-Peter Haferkamp* (§ 138 BGB N 5 ff.), *Meyer-Pritzl Rudolf* (zur Entwicklung der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte §§ 125–129 BGB) sowie auf *Reinhard Zimmermann*: «Law of Obligations Roman» (Erstausgabe 1990), 349 ff., 457 ff.

⁴¹⁰ Zu den römisch-rechtlichen Hinweisen: *Zimmermann*, 457 ff., 706 ff.; *HKK-Rückert* vor § 1 (Prinzipien) N 69; *Baldus*, AcP 210 (2010) 2 ff., 7 f. m.w.H.

⁴¹¹ *Atiyah*, Essays, 1.

⁴¹² *Ruffert*, 75 ff.

⁴¹³ *Grotius*, De iure Belli ac Pacis, Buch 2, Kapitel XII.

⁴¹⁴ *Grotius*, De iure Naturae et Gentium, Buch 3, § 11 Kapitel V.

⁴¹⁵ *HKK-Rückert* vor § 1 (Prinzipien) N 70.

⁴¹⁶ *Adam Smith*: An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, London 1776.

⁴¹⁷ *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen, 275 ff.

6.) Seit der sog. *Sozialisierung des Privatrechts* im 20. Jahrhundert trifft zumindest für den schweizerisch-deutschen Rechtsraum zu,⁴¹⁸ dass die Vertragsfreiheit nicht schrankenlos gelten soll, da sie beispielsweise zu Monopolbildungen, und damit im Endeffekt zur Beeinträchtigung, wenn nicht gar zur Abschaffung der Freiheit führen kann. Es geht also seither um das richtige Mass an Freiheit, damit sich diese selbst erhalten kann.⁴¹⁹ Oder in den Worten von *Bydlinski* ausgedrückt: *Die Suche nach der Mitte ist eine Daueraufgabe.*

Inhaltlich bedarf es für die Vertragsfreiheit nach *Flume* bloss eines «*stat pro ratione voluntas*»,⁴²⁰ also eines Gestaltungswillens der Parteien. Massgebend für den Vertragsschluss, den Vertragsinhalt und den Vertragspartner ist *der Wille* der Parteien. Kraft der Vertragsfreiheit hat die Rechtsträgerin die Kompetenz, über ihre persönliche Freiheit und deren rechtsgeschäftliche Ausdrucksformen im Privatrecht willentlich zu verfügen, sofern keine allgemeinen oder besonderen Einschränkungen ihrer Freiheit hinzunehmen sind.⁴²¹ Der Vertrag ist das «massgebliche Instrument zur Verwirklichung des freien und eigenverantwortlichen Handelns in Beziehung zu anderen Personen».⁴²² Positive und negative Aspekte der Freiheit sind gleichermassen Gegenstand des Vertragsrechts.⁴²³

Zur Vertragsfreiheit gehört, dass die Parteien einander frei wählen und die Regelungsinhalte nach ihren individuellen Interessen unter sich beschliessen, gestalten und aufheben.⁴²⁴ Dazu gehört auch das Belassen eines angemessenen Handlungsspielraums und die Gewährung von entsprechenden Auswahlmöglichkeiten im privaten rechtsgeschäftlichen Verkehr. Dahinter steht der Grundgedanke, dass die involvierten Parteien die Fakten, Umstände und die Motive, die zu ihrem Vertragsschluss und dem konkreten Vertragsinhalt führen sollen, am besten beurteilen können.⁴²⁵ Zur Vertragsfreiheit zählt daher (und zählte schon immer), dass es einer Person auch zusteht, einen unnützen oder unzweckmässigen Vertrag abzuschliessen, wenn es ihr beliebt.⁴²⁶

Mit sinnvollem Vertragsinhalt oder materialer Gerechtigkeit dagegen hat die Vertragsfreiheit – laut *Flume* – nichts zu tun.

⁴¹⁸ *Bydlinski*, AcP 204 (2004) 309 ff.; *Zöllner, Wolfgang*: Zivilrecht und Zivilrechtswissenschaft im ausgehenden 20. Jahrhunderts, AcP 188 (1988) 85 ff.

⁴¹⁹ Vgl. *Rehbinder, Manfred*: Einführung in die Rechtswissenschaft: Grundfragen, Grundlagen und Grundgedanken des Rechts, 8. Aufl., Berlin 1995, 170.

⁴²⁰ *Flume*, AT Bd. 2, § 1, 5 f.

⁴²¹ Ein Beispiel: *Gloor, Werner*: Kopftuch an der Kasse – Religionsfreiheit im privaten Arbeitsverhältnis, ARV 2006, 1 ff., 4; *Tercier, Pierre*: Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, Rn. 184 ff.

⁴²² Grundlegend: BVerfGE 103, 89 ff., 100.

⁴²³ *Bydlinski*, AcP 204 (2004) 309 ff., 373; *idem*, System, 753.

⁴²⁴ Vgl. *Schmolke* 2014; bereits: *Canaris*, AcP 200 (2000), 330 ff. (Verbraucherrecht als Beispiel); *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 ff., 32 ff., 35; *Larenz*, Bd. 1, 78 ff.; *Wolf*, 62 ff.; *Bydlinski*, Privatautonomie, 62 ff.; *Raiser*, 101 ff.; *Schmidt-Rimpler, Walter*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130 ff., 149 ff.; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, N 613 ff.

⁴²⁵ Das ist der Gedanke der Rechtssicherheit: s. nur *Jäggi, Peter*, Privatrecht und Staat, Publikationskommission der Universität Freiburg, Freiburger Universitätsreden: Neue Folge Nr. 7, Freiburg 1946, 53, Anm. 31.

⁴²⁶ BGE 129 III 209 E. 2.2; eine Schranke bildet freilich das Mass der Unzweckmässigkeit, die Inhaltsschranke der Sittenwidrigkeit nach Art. 27 Abs. 2 ZGB.

Die Vertragsfreiheit setzt allerdings voraus, dass bekannt ist, was ein Vertrag ist. Es muss also vorgängig Regeln geben, die festhalten, was als ein Vertrag gelten soll. Erst wenn ein Rechtsinstitut vorhanden ist, das ein gegenseitiges Verhalten zweier Personen als Vertragsschluss bestimmt und diesem Akt eine Bindungswirkung zuspricht, kann überhaupt von Vertragsfreiheit gesprochen werden. Angenommen, die Regelungen zur Vertragsbindung sind vage, so ist auch unklar, ob bzw. wann Vertragsfreiheit tatsächlich existiert. Um also die Vertragsfreiheit überhaupt gewährleisten zu können, muss der Staat vorgängig das Vertragsinstitut garantieren; insofern hängt die Gewährleistung der Vertragsfreiheit mit der Institutsgarantie des Vertrags zusammen.⁴²⁷ Vertragsfreiheit umfasst aber auch die Befugnis, den Vertrag schliesslich auch wieder aufzulösen. Dies gilt unter Vorbehalt von staatlichen oder kollektivvertraglichen Mindestlohnvorschriften namentlich auch für die Höhe der Entlohnung von Arbeitnehmern, erst recht aber für sämtliche übrigen Dienstleistungserbringer. Das Obligationenrecht enthält jedenfalls keine Bestimmungen, welche die Vereinbarung einer Bruttoentschädigung zwingend vorsehen würden.

c) Vertragsfreiheit verstanden als Institution (v.a. japanisches Recht)

Das geltende japanische Schuldrecht regelt die Vertragsfreiheit, wie bereits erwähnt nicht ausdrücklich, dies soll sich jedoch in naher Zukunft ändern (zur Revision des jap. Schuldrechts, Kap. 6). Die Vertragsfreiheit leitet sich aber aus Artikel 13 der Verfassung ab. Der zentrale Begriff von Artikel 13 *Kenpô* ist in diesem Zusammenhang das Recht auf «Streben nach Glück» *kôfuku-tsuikyû-ken*. Nach «welchem Glück» und «wie sie [die Bürger] nach dem Glück streben wollen», ist dabei den einzelnen Personen überlassen. Die einzige Schranke bildet allgemein das «Glück des anderen». In diesem Sinne plädiert etwa *Keizô Yamamoto* dafür, dass das Recht auf «Streben nach Glück» nicht nur als verfassungsrechtliches japanisches Ideal zu verstehen sei, sondern auch als ein konstitutives Recht der privatrechtlichen Gesellschaft.⁴²⁸ Die so verstandene Privatautonomie ist ein *Grundrecht* (*kihon-ken*, 基本権) nach Art. 13 *Minpô*, das staatlich zu gewährleisten ist. Das Selbstbestimmungsrecht wird als Teil der grundrechtlich geschützten Privatautonomie verstanden.⁴²⁹

Das Verständnis von Selbstbestimmung nach *Keizô Yamamoto* setzt an diesem Punkt an: Eine Gesellschaft lasse sich nicht alleine durch die Gewährleistung von Privatautonomie und Selbstbestimmung errichten, denn dabei seien immer auch die Privatautonomie und das Selbstbestimmungsrecht der anderen zu respektieren sowie zu gewährleisten. Damit also eine Person eine andere gewähren lassen kann, ihren Willen zum Ausdruck zu bringen, muss dieser Person auch die Möglichkeit gegeben sein, das eigene Leben einzuschränken. Das entspricht dem Vertragsrechtssystem, das die Vertragsfreiheit voraussetzt. Diese beinhaltet, dass allen Personen im Vertragsrechtssystem die Freiheit zustehen muss, Verträge zu schliessen. Nach *Yamamoto* leitet

⁴²⁷ Man spricht in der Lehre in diesem Zusammenhang auch von sog. «kompetenziellen Grundrechten»: s. *Höfling*, 20 ff.; zur Einordnung der Vertragsfreiheit als Institutsgarantie in diesem Zusammenhang siehe *Ruffert*, 75 ff. und weiter zur «grundrechtsübergreifenden» Bedeutung der Vertragsfreiheit: *Ruffert*, 290 ff.; jüngeren Datums *Arnold*, 207.

⁴²⁸ Wenn man die Dichotomie zwischen Staat und Gesellschaft machen will: vgl. *Yamamoto*, *Hôgaku-ron* Bd. 133, Nr. 5, 28; *K. Yamamoto K.*, *Kôjo Ryôzoku-ron*, 18 ff., 24 ff.; *K. Yamamoto*, *Juristo* Nr. 1126, 262 ff.

⁴²⁹ *Yamamoto*, *Kôjo Ryôzoku*, 17.

sich auch die Vertragsfreiheit direkt aus der Verfassung ab. Die Freiheit, einen Vertrag zu schliessen oder nicht, beruht auf der Freiheit bezüglich der persönlichen Lebensführung und leitet sich damit aus der Verfassung sowie aus der Privatautonomie ab. Mit anderen Worten: Der Vertrag ist letztlich das massgebliche Instrument, das es einer Person ermöglicht, ein Leben nach den eigenen Vorstellungen zu führen. Konkret beinhaltet die Vertragsfreiheit gleichzeitig die Freiheit bezüglich des Abschlusses wie auch des Inhalts des Vertrags. Hinzu kommt nach *Yamamoto*, dass die Freiheit, die eigene Lebensführung mittels eines Vertrags gestalten zu können, bedeutungslos wird, wenn die andere Partei den Vertrag ignoriert resp. nicht einhält. Um den verfassungsrechtlichen Schutz der Privatautonomie gewährleisten zu können, ist also zusätzlich die Anerkennung eines Durchsetzungsrechts erforderlich. In diesem Sinne ist die Vertragsfreiheit Teil des Grundrechts. Der Gedanke der Vertragsfreiheit ist unbestritten auch ein Grundprinzip des japanischen Vertragsrechts. Heute wird die Vertragsfreiheit, die wörtlich *keiyaku no jiyû* [契約の自由] bedeutet, einerseits als Teil der Wirtschaftsfreiheit (Art. 29 *Kenpô*) und andererseits als Persönlichkeitsrecht (Art. 13 *Kenpô*) verstanden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im japanischen Privatrecht sowohl das Selbstbestimmungsrecht als auch die Vertragsfreiheit als Bereiche der Privatautonomie verstanden werden.⁴³⁰ Beide Rechte lassen sich aus der Verfassung wie auch aus dem Zivilrecht ableiten. Der Verfassungsschutz nach Art. 13 *Kenpô* umfasst auch das Recht auf Leben und auf Freiheit und schützt zudem das Recht jedes Einzelnen auf «*Streben nach Glück*».

C. Selbstbestimmung im Vertragsrecht

Der Terminus Selbstbestimmung im Vertragsrecht kann zusammenfassend begrifflich-dogmatisch wie folgt nutzbar gemacht werden:

1.) *Selbstbestimmung und Autonomie können grundsätzlich als Synonyme verwendet werden.*

Die Selbstbestimmung im Vertragsrecht ist als individuelle oder personale Autonomie zu verstehen. Insoweit handelt es sich bei der Selbstbestimmung und der Autonomie um weitgehend gleichbedeutende Termini unserer Rechtsordnung, die als synonyme Begriffe verwendet werden können. Allerdings sind die Begriffe Autonomie und Selbstbestimmung nicht in jedem Punkt völlig deckungsgleich; sie unterscheiden sich in ihren Nuancen. Es lässt sich nach *Hollerbach*, *Gerhardt* und *Dworkin* die folgende Akzentuierung vornehmen:

Selbstbestimmung heisst nicht nur, frei von Fremdbestimmung – d.h. selbstbestimmt – zu sein, sondern bedeutet auch, «selbstbestimmend»⁴³¹ zu sein. Selbstbestimmung hat entsprechend der ursprünglichen, von *Kant* formulierten Bedeutung, auch etwas mit «Antrieb» und «Verwirklichung» zu tun. Selbstbestimmung wird deshalb heute auch mit *Gerhardt* verstärkt im Sinne von Individualität verstanden

⁴³⁰ *Yamamoto*, Minpô I, 108.

⁴³¹ *Hollerbach*, 7, 21.

und als solche zum Fundament von Moraltheorien gemacht:⁴³² Versuchen Menschen, nach ihren eigenen Vorstellungen zu leben, dann wird diese Lebensweise zum Mass ihrer Individualität. Da diese individuelle Selbstbestimmung wiederum ihre Grenze in der Selbstbestimmung von anderen findet, kann dieser Aspekt auf *Kants*⁴³³ individual-ethisches Verständnis des Begriffs der Autonomie zurückgeführt werden.

Der Terminus Selbstbestimmung kann – wenn man dies will – mit *von der Pfordten* als eher empirisch wahrnehmbarer, psychologischer Begriff verstanden werden, zumal die Selbstbestimmung nicht nur an den «freien Willen» einer Person geknüpft wird, sondern explizit auch an deren «Einsichtsfähigkeit». Der Begriff der Selbstbestimmung wird deshalb heute verständlicherweise oft in der Medizinethik und im Medizinrecht verwendet.⁴³⁴ Eine Unterscheidung zwischen personaler Autonomie als einem inneren, moralischen Wert und Selbstbestimmung als einem bloss äusseren erkennbaren Wert (*Kant*) ist aus Sicht der Rechtswissenschaften abzulehnen.

Personale Autonomie und Selbstbestimmung können vielmehr – im Sinne der normativen Zuständigkeit und Fähigkeit zur Selbstbestimmung – nach dem Ausgeführten als gleichbedeutend verstanden werden:⁴³⁵ Selbstbestimmung und Autonomie einer Person setzen gleichermassen die Möglichkeit und Macht zum Entscheiden und Handeln voraus.⁴³⁶ Ferner sind beide an die Freiheit, den sog. «freien Willen» und das Fehlen von Manipulation (Druck, Gewalt) geknüpft. – Nur eine Person, die kognitiv und willensmässig in der Lage ist, einzuschätzen, worum es bei einem Behandlungsvertrag geht, ist auch in der Lage, einen solchen Vertrag gültig zu unterzeichnen.

Ferner erscheint es eine Tatsache, dass die beiden Begriffe teils in unterschiedlichen Rechtsgebieten angesiedelt werden. – Wobei der Terminus Selbstbestimmung in der deutschen Schuldrechtsdoktrin nach dem Ausgeführten durchaus geläufig ist, dies im Gegensatz zum schweizerischen oder japanischen Schuldrecht. Der Gebrauch dieser Begriffe im schweizerischen Recht in unterschiedlichen Rechtsgebieten darf deshalb auch nicht überbewertet werden. Der Unterschied dürfte vor allem auch auf deren unterschiedlich langen Gebrauch – in den Wissenschaften – zurückzuführen sein: Da das Vertragsrecht in seiner heutigen Form grundsätzlich älter ist als das Persönlichkeitsrecht, erstaunt es nicht, dass die (Privat-)Autonomie im Vertragsrecht der geläufigere Begriff ist als Selbstbestimmung. Alle bis anhin aufgegriffenen Beiträge zum deutschen Vertragsrecht haben wie die Philosophin *Friedman* (Ziff. I) nicht bewusst zwischen Autonomie und Selbstbestimmung differenziert. – Einzig *Drexler* unterscheidet terminologisch zwischen Privatautonomie und Selbstbestimmung, indem er Letztere als materialisierte Privatautonomie versteht oder hier auf das Vertragsrecht be-

⁴³² S.a. *Gerhardt*, 7 ff.; weiterführend *idem*, Individualität (2000); *Heilinger, Jan-Christoph/King, Colin Guthrie/Wittwer, Héctor*, Individualität und Selbstbestimmung, Einleitung und Zusammenfassung der Beiträge, in: *idem* (Hrsg.), Individualität und Selbstbestimmung [Volker Gerhardt zum 65. Geburtstag], Berlin 2009, 3 ff., 14 ff.

⁴³³ *Kant*, MS, Einleitung, 337; s.a. *Kersting, Wolfgang*: Wohlgeordnete Freiheit, Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1993, 78 ff., 365.

⁴³⁴ *Von der Pfordten*, 31.

⁴³⁵ Vgl. *Mittelstrass*, Bd. 1, 755: beim Begriff «Selbstbestimmung» wird auf «Autonomie» verwiesen; *Kroeschell*, 19.

⁴³⁶ *Flume*, Privatautonomie, 143 f.; *idem*, AT, Bd. 1, 7 f.

zogen, nichts anderes bedeuten kann als materialisierte Vertragsfreiheit.⁴³⁷ (Vgl. zu dieser Unterscheidung s. gleich Ziff. 3). Der Begriff der Privatautonomie ist jedenfalls nicht zwingend auf der gleichen Normhierarchie angesiedelt wie der Begriff der Selbstbestimmung, denn das Selbstbestimmungsrecht gilt und wirkt auch als Grundprinzip und in anderen Rechtsbereichen. Jedoch sind die Selbstbestimmung wie auch die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit grundrechtlich gewährleistet.

Daraus ergibt sich für das Vertragsrecht: Es ist nicht falsch, die beiden Begriffe, synonym zu verwenden. Beim Begriff Selbstbestimmung liegt aber eine (leichte) Akzentuierung aber auf dem Individuum. Das Kernwort «Bestimmung» verweist auf den eigenen Antrieb einer Person, der unabhängig von der (Selbst)Gesetzgebung ist. Das ist ein Charakteristikum, das schon nach Flume dem Begriff Autonomie abgeht. Aus diesem Grund wird hier der Begriff der Selbstbestimmung im Vertragsrecht im Resultat als bedeutungsvoller aufgefasst und deshalb favorisiert. Ferner würde ein Begriffsgebrauch Selbstbestimmung im Vertragsrecht zumindest aus Sicht des schweizerischen Rechts zu einer Harmonisierung der Begrifflichkeiten in verschiedenen Rechtsgebieten führen.

2.) Selbstbestimmung im Vertrag ist nicht gleichbedeutend mit Vertragsfreiheit.

Aus *Flumes* eingangs zitiertem Diktum zur Selbstbestimmung im Vertragsrecht ergibt sich, dass die Vertragsfreiheit zum einen Selbstbestimmung voraussetzt, und dass die Selbstbestimmung zum anderen auch einen Antrieb für die Vertragsfreiheit bedeuten kann. Da die Selbstbestimmung das Verfügen über dazu erforderliche Macht voraussetzt, kann keine Vertragsfreiheit vorliegen, wenn die Selbstbestimmung nicht gewährleistet ist. Demzufolge erachtet etwa *Flume* die beiden Begriffe im Hinblick auf das Vertragsrecht als kongruent. Dies erscheint allerdings ebenso wenig überzeugend wie die gleichbedeutende Verwendung der Termini Vertragsfreiheit und Selbstbestimmung im Vertrag, handelt es sich doch dabei um zwei unterschiedliche Begriffe mit einer anderen Ideengeschichte und einer unterschiedlichen Bedeutung: Ohne Vertragsfreiheit gibt es zwar tatsächlich keine Selbstbestimmung im Vertrag, doch in rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten ist die Selbstbestimmung nicht unbedingt eine Voraussetzung für die Vertragsfreiheit. Jedoch stehen die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit im Dienste der Selbstbestimmung einer Person.⁴³⁸

Es kann also auch zwischen dem Begriff der Vertragsfreiheit im Sinne einer grundsätzlichen Kompetenz und der Selbstbestimmung, welche auch die Fähigkeit der Person zu Vertragshandlungen beinhaltet, unterschieden werden. Denn wo Selbstbestimmung fehlt, liegt Fremdbestimmung vor. Die Selbstbestimmung im Vertragsrecht bzw. die vertragliche Selbstbestimmung im hier beschriebenen Sinne ist demzufolge in Bezug auf das Vertragsrecht grundsätzlich als der engere Begriff zu verstehen als die Vertragsfreiheit. Während Letztere die Möglichkeiten bezeichnet, einen Vertrag abzuschliessen, einen Vertragsinhalt zu bestimmen und den Vertragspartner auszuwählen, bezeichnet Erstere neben der rechtlichen Möglichkeit zudem die individuelle Fähigkeit, all diese Handlungen auch tatsächlich vorzunehmen.

⁴³⁷ Z.B. *Sedlmeier*, 28.

⁴³⁸ *Canaris*, AcP 200 (2000) 277.

Daraus ergibt sich: Das Selbstbestimmungsrecht ist ein Teil des Freiheitsrechts und daher nach der hier vertretenen Ansicht *nicht als Synonym für Vertragsfreiheit zu verstehen*.

Die obigen Ausführungen lassen aber *nicht den Schluss zu, dass die drei Begriffe Selbstbestimmung, Autonomie und Freiheit nicht gelegentlich auch zusammenfallen könnten*: Wird eine Frau beispielsweise von ihrer Ärztin und ihrem Ehemann gezwungen, einen nicht invasiven, pränatalen Gentest durchführen zu lassen, so ist sie sowohl in ihrer Freiheit als auch in ihrer Selbstbestimmung verletzt, denn sie wird fremdbestimmt; zudem wird ihre Patientinnenautonomie nicht respektiert. Werden der Patientin von der Ärztin Informationen zum Test unterschlagen und stimmt sie deswegen einem solchen Test zu, so werden ihre Patientinnenautonomie und ihre Selbstbestimmung ebenfalls verletzt, denn ihr fehlen die relevanten Informationen, um selbstständig «vernünftig» entscheiden zu können. Doch ihre Freiheit wird dadurch noch nicht verletzt.⁴³⁹ Ein weiteres Beispiel: Nimmt eine Betreuungsperson einem alten Menschen die Brille und das Hörgerät weg, so kann der betroffene Mensch nicht mehr sehen und hören und sich folglich auch nicht mehr fortbewegen. Damit wird dieser Mensch durch die Pflegeperson fremdbestimmt und unfrei; seine Autonomie als Heimbewohner ist verletzt.

3.) Die Selbstbestimmung im Vertragsrecht betont die Kompetenz

Wenn Selbstbestimmung im Anschluss an Wolf als tatsächliche Entscheidungsfreiheit⁴⁴⁰ und laut Drexl u.a. als «materialisierte Privatautonomie» verstanden wird, so kann beidem zugestimmt werden, ist doch nach dem Ausgeführten eine begriffliche Trennung wünschenswert: in Selbstbestimmung und Freiheit im Vertragsrecht resp. in Selbstbestimmung im Vertragsrecht und Vertragsfreiheit. Dem Terminus Selbstbestimmung im Vertragsrecht kann deshalb eine eigene Bedeutung zu kommen, da er – wie dargelegt wurde – im Vergleich zu Vertragsfreiheit, Entscheidungsfreiheit (oder auch zu anderen Formen der Freiheit) als der engere Begriff verstanden wird, der die individuelle Kompetenz zu bestimmen betonen kann.

4.) Der Vertrag ist Ausdruck von Selbstbestimmung und zugleich wesentliches Instrument zur Stärkung von Selbstbestimmung.

Die Selbstbestimmung einer Person zu wahren und zu stärken, ist Gegenstand des Grundprinzipes und Rechts der Selbstbestimmung. Der Vertrag kann dabei als Ausdruck von Selbstbestimmung verstanden werden; zugleich ist der Vertrag ein wichtiges Instrument zur Stärkung der Selbstbestimmung.

5.) Der Wille zur Selbstbindung und Handlungsalternativen sind untrennbare Merkmale der Selbstbestimmung im Vertragsrecht.

Im Vertragsrecht umfasst der rechtliche Akt der Selbstbestimmung immer auch den Willen zur Selbstbindung.

Entsprechend dem gegenseitigen Gestaltungswillen zweier Parteien beruht die vertragsrechtliche Obligation – im Gegensatz zu einem delikts- oder bereicherungsrechtlichen Willen oder dem einseitigen Einwilligungsakt – zusätzlich auf gegenseitigen

⁴³⁹ In Anlehnung an ein Beispiel von Dworkin, *Theory and Practice*, 14.

⁴⁴⁰ Vgl. BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36.

Akten, einem gegenseitigen Vertrauen und idealiter auf reziprokem Geben und Nehmen.⁴⁴¹ Mit anderen Worten: Selbstbestimmung im Vertrag umfasst deshalb auch – *uno actu* – die rechtsgeschäftliche Selbstbindung und die individuelle Selbstverantwortung.

Eine gewollte Selbstbindung ist damit ein spezifisches Merkmal des rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmungsrechts. Insoweit unterscheidet sich dieser spezifische Teilbereich von Selbstbestimmung von anderen Teilbereichen (Ziff. B/2) wie der Selbstbestimmung zur Bestimmung über das eigene Leben und Sterben oder zur eigenen Lebensführung oder zur reproduktiven oder sexuellen Selbstbestimmung oder zur informationellen Selbstbestimmung. Es gibt im rechtsgeschäftlichen Sinne weder eine Selbstbestimmung ohne Selbstbestimmungsfähigkeit – sonst würde es sich nach der hier vertretenen Ansicht um eine reine Mitwirkung handeln –, noch gibt es eine Selbstbestimmung im Vertrag, ohne dass die vertragsschließende Person sich rechtsgeschäftlich binden möchte und ohne dass sie prinzipiell weiss, worauf sie sich einlässt.⁴⁴² Das charakterisiert – in Yamamotos Worten – das Vertragssystem.

Eine Vertragspartei, die davon ausgegangen ist, dass ihre Vertragserklärung keine Rechtswirkungen beinhalte, hat bekanntlich von vornherein keinen gültigen Vertrag geschlossen. Ein solches Verständnis von Selbstbestimmung würde auch nicht den klassisch-liberalen Konzepten von Vertragsfreiheit entgegenstehen, denen in der Regel ein umfassendes Verständnis von Autonomie zugrunde liegt, das die *Selbstbestimmung als das Ideal* betrachtet. Selbstbestimmung im Vertragsrecht bedeutet nach der hier hergeleiteten Ansicht, dass eine Person befugt ist, die infrage stehenden rechtlichen und anderen Anliegen und Verhältnisse mittels Vertrag nach den eigenen Vorstellungen zu ordnen. Das setzt jedoch mindestens voraus, dass sie erstens die Freiheit und zweitens einen Willen haben kann und hat, eigene Vorstellungen zu haben und diese auch zu realisieren. Drittens gehört dazu, dass ihr Handlungsalternativen zur Verfügung stehen. Dazu ist u.a. wiederum erforderlich, dass sie die für das infrage kommende Rechtsgeschäft entscheidungsrelevante Informationen erhalten und verstanden hat – sofern sie diese wünscht (ob und wie sie diese Informationen nutzt bzw. nutzen kann, ist wiederum eine andere Frage, nicht zuletzt auch des Selbstbestimmungsrechts), egal ob die Person Autokäuferin, Patientin, Verbraucherin, Prostituierte, Ehefrau oder Leihmutter ist.

6.) *Selbstbestimmung im Vertragsrecht kann korreliert werden mit gewissen «Graubereichen».*

Wann von einer Selbstbestimmung im Vertragsrecht mit einem Willen zur Selbstbindung und vor allem dem Vorhandensein von Handlungsalternativen ausgegangen werden kann, wird nicht immer einfach zu bestimmen sein (vgl. Kap 10). Es kann jedoch möglich sein, gewisse Kriterien oder Faktoren⁴⁴³ oder – wie in dieser Arbeit im Endeffekt vorgesehen – gewisse *Graubereiche* zu umschreiben, in denen es beson-

⁴⁴¹ Atiyah, Essays, 13 ff., 20 f. «reliance-based liability».

⁴⁴² An dieser Stelle ist dann freilich zu differenzieren, denn im Vertragsrecht besteht grundsätzlich keine Informationspflicht, nach der hier vertretenen Ansicht besteht aber in Verträgen zu intimen Belangen schon die Pflicht die entschwerelevanten Informationen zu erbringen (vgl. Kap. 7–9).

⁴⁴³ Krit. Coester-Waltjen, AcP 190 (1990).

ders schwierig wird, von einer Selbstbestimmung im genannten Sinne im Vertragsrecht auszugehen, bzw. zu bestimmen, wann eher von einer Fremdbestimmung ausgegangen werden muss. Selbstbestimmung ist und bleibt trotz aller Begriffsklärung *per se* ein normatives Konzept.⁴⁴⁴ Das heisst, es gilt den Gesamtzusammenhang zwischen den widerstreitenden Vertragsinteressen und den moralischen Annahmen sowie unserem Wissen um die Rechtsregeln gegeneinander abzuwägen. Wenn dies auf gewisse Graubereiche fokussiert geschehen könnte, wäre das eine Erleichterung für die Beurteilung der Frage nach der Selbstbestimmung im Vertragsrecht.

⁴⁴⁴ Das ist nicht anders bei der vielerorts kritisierten Bewertung von «strukturellen Ungleichheitslagen» im Verbrauchervertragsrecht, beispielsweise bei der von *Sedlmeier* vorgeschlagenen «Bestimmung der potenziell die rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung gefährdenden Situationen»: *Sedlmeier*, 100 ff., 549.

Kapitel 5

Die «guten Sitten» als Grenze der Selbstbestimmung

I. Begriffliche Annäherung

A. Lost in translation

Eine traditionell wichtige Grenze der Selbstbestimmung im Vertragsrecht bildet die Generalklausel der «guten Sitten».

Da es schon im deutschen Sprach- und Rechtsgebrauch keine Einheit der «guten Sitten» gibt⁴⁴⁵ und einige Meinungsverschiedenheiten sich wohl auch daraus ergeben haben, dass die Begriffe nicht abgegrenzt wurden,⁴⁴⁶ erscheint es sinnvoll, den Begriff der «guten Sitten» zu umschreiben und diesen v.a. von der «öffentlichen Ordnung», der «Sittlichkeit» oder dem «Sittengesetz» abzugrenzen. (Dies im Bewusstsein, dass vieles nicht neu sein kann.) Im Rahmen des Rechtsvergleichs hat sich ferner eine knappe Abgrenzung zum kollisionsrechtlichen *Ordre public* und zum Terminus *public policy* aufgedrängt, weil es zuweilen zu terminologischen Gleichläufen gekommen ist. Dies namentlich auch deshalb, weil u.a. in englischen Übersetzungen zum japanischen oder kontinental-europäischen Recht die Generalklausel der «guten Sitten» regelmässig mit *public policy* übersetzt wird,⁴⁴⁷ womit nach US-amerikanischem Recht die wörtlich verstandene öffentliche (Rechts-)Ordnung gemeint ist.⁴⁴⁸ Hinzu kommt, dass unklar sein kann, welche öffentliche Ordnung in welcher Rechts-

⁴⁴⁵ Mayer-Maly, AcP 194 (1994), 105 ff., 138.

⁴⁴⁶ Sack, NJW (1985) 14, 761 ff., 766.

⁴⁴⁷ Reimann, Mathias: Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl., München 2004, 46 f.; vgl. als Beispiel zu § 138 BGB und den «guten Sitten» u.a. von Eichborn, Reinhart, Der grosse Eichborn: Wirtschaft, Recht, Verwaltung, Verkehr, Umgangssprache, Deutsch-Englisch, München 1982; von Beseler, Dora/Jacobs-Wüstefeld, Barbara: Law Dictionary, English-Deutsch, 4. Aufl., Berlin/New York 1986; Goren, Simon L./Forrester, Ian S./Ilgen, Hans-Michael: The German Civil Code, Colorado 1994; vgl. die englische Übersetzung des BGB, die vom Bundesministerium für Justiz online zur Verfügung gestellt wird, abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf>, zuletzt besucht am 13. Juli 2016.

§ 138 «Legal transaction contrary to public policy; usury:

(1) A legal transaction which is contrary to public policy is void. (2) In particular, a legal transaction is void by which a person, by exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgement or considerable weakness of will of another, causes himself or a third party, in exchange for an act of performance, to be promised or granted pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance.»

⁴⁴⁸ S.a. Kötz/Flessner, 235 ff., 239, welche wohl deswegen die Fälle von übermässiger Vertragsbindung im Musikbusiness (*Schroeder Music Publishing Co. Ltd. v. Macaulay* 1974 3 All. E.R. 616 (CA) und «Talentstudiofall» nach BGE 104 II 108) als solche bezeichnen, bei denen die Wahrung des «öffentlichen Interesses an freier wirtschaftlicher Betätigung» im Zentrum stehe (Hervorhebung hinzugefügt), obschon aus schweizerischer Perspektive BGE 104 II 108 als *Leading-case* für den Persönlichkeitsschutz und die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit steht. Zu dieser Begriffsunschärfe s.a. Kötz, RabelsZ 58 (1994) 209 ff., 210.

ordnung wie angesprochen ist:⁴⁴⁹ Inwiefern handelt es sich etwa bei einer *public policy* um die öffentliche Ordnung im Sinne des materiellen Zivilrechtes (vgl. die Bestimmungen von Art. 19 OR oder Art. 90 *Minpô*) oder die öffentliche Ordnung des Staates oder diejenige im Sinne des kollisionsrechtlichen *Ordre public*? – Und kann bzw. soll eine «öffentliche Ordnung» im Verfassungsrecht eine andere sein als im Privatrecht? Ist mit der öffentlichen Ordnung nach Art. 19/20 OR tatsächlich alles andere als die zwingenden Normen gemeint?⁴⁵⁰ – Neuerdings wird jedoch in einer englischen Übersetzung von Art. 19 f. OR zwischen «public policy» und «morality» sowie zwischen «unlawful contracts» und «immoral contracts» terminologisch unterschieden.⁴⁵¹ Da jedoch auch die neueren Modell- bzw. Rahmengesetze für ein europäisches Vertragsrecht (oder einem Teilbereich desselben) nicht gefeit sind von solchen begrifflichen Unschärfen, lohnt es sich, den Begriff der «guten Sitten» auch in einem internationalen Normengefüge und dessen Begrifflichkeiten einzuordnen.⁴⁵²

⁴⁴⁹ So auch HKK-Haferkamp, § 138 BGB Rn. 1.

⁴⁵⁰ So *Huguenin*, Art. 30 OR 2020.

⁴⁵¹ Vgl. die englische Übersetzung des Obligationenrechts von 1911, in der Fassung 2013, die vom Bundesamt für Justiz zur Verfügung gestellt wird – abrufbar unter: <<http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/220.en.pdf>>, zuletzt besucht am 13. Oktober 2014.

Art. 19 CO: «The terms of a contract may be freely determined within the limits of the law. Clauses that deviate from those prescribed by law are admissible only where the law does not prescribe mandatory forms of wording or where deviation from the legally prescribed terms would contravene public policy, morality or rights of personal privacy.»

Art. 20 CO: «A contract is void if its terms are impossible, unlawful or immoral. However, where the defect pertains only to certain terms of a contract, those terms alone are void unless there is cause to assume that the contract would not have been concluded without them.»

⁴⁵² Beispielsweise ist im Draft Common Frame of Reference (DCFR) aus dem Jahre 2008 bewusst auf eine den «guten Sitten» entsprechende Generalklausel verzichtet worden, sodass zwar weder eine Klausel zur public policy noch eine zum *Ordre public* vorgesehen ist, aber in einschlägigen Erläuterungen mitunter sehr wohl auf die public policy Bezug genommen wird. vgl. Die Erläuterungsnote 34: «Contracts harmful to third persons and society in general. A further ground on which a contract may be invalidated, [...] is that it (or more often the performance of the obligation under it) would have a seriously harmful effect on third persons or society. Thus contracts which are illegal or contrary to public policy in this sense (within the framework of contracts which infringe the competition articles of the Treaty) are invalid. The DCFR does not spell out when a contract is contrary to public policy in this sense, because that is a matter for law outside the scope of the DCFR – the law of competition or the criminal law of the Member State where the relevant performance should take place. However the fact that a contract might harm third persons or society is clearly a ground on which the legislator should consider invalidating it, and the DCFR contains rules to that effect».

Hinzu kommt, dass Art. II-7:301 DCFR, d.h. die fundamentalen Prinzipien (vgl. *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, in: Terminologie contractuelle commune, projet de cadre commun de référence, Société de législation comparée, *Fauvarque-Cosson, Bénédicte/Mazeaud, Denis* [Hrsg.], Paris 2008, 172.) annähernd den gleichen Wortlaut aufweisen wie Art. 15:101 der Principles of European Contract Law (PECL) aus dem Jahre 2003, der noch eine eigenständige European *Ordre Public*-Klausel vorgesehen hatte, die mittlerweile aufgegeben worden ist. Ein Vorschlag, der kritisiert und aufgegeben wurde, denn letztlich besteht ein nicht wegzudiskutierendes Souveränitätsproblem; vgl. Art. 15:101 of PECL: «A contract is of no effect to the extent that it is contrary to principles recognized as fundamental in the laws of the Member States of the European Union.» Nach den Erläuterungen sollte sich die Generalklausel nach wenigen gemeinsamen fundamentalen Rechtsprinzipien wie zum Beispiel den Vorschriften der EMRK richten: *Lando, Ole/Prüm, André/Clive, Eric/Zimmerman, Reinhard*: Principles of European Contract Law – Part III, New York 2003, Kommentar zu Art. 15:101, 21.

B. Die «guten Sitten» und das Verhältnis zu Sitte, Sittlichkeit und «Sittengesetz»

1. Verhältnis zu Sitte und Brauch

Mit dem gesetzlichen Verweis auf die «guten Sitten» wird nach herrschender Lehre in allen drei Rechtsordnungen auf rechts- und gesellschaftsethische Vorstellungen verwiesen. Hin und wieder wurde auch zu begründen versucht, dass die «guten Sitten» die Sitten und Bräuche und insbesondere die Verkehrssitten betreffen und keinen Verweis auf die Sittlichkeit darstellten.⁴⁵³

Sitten und Bräuche – ja sogar eine Mode – können Quellen gesellschaftlicher Wertvorstellungen und moralischer Verhaltensweisen sein.⁴⁵⁴ Die Mode ist jeweils kurzlebiger als die Sitte und kann während eines Menschenlebens mehrmals wiederkehren. Sitten und Bräuche eines Volkes sind Ausdruck einer Gepflogenheit und damit von einer gewissen Beständigkeit: In einem ordentlichen schweizerischen Einbürgerungsverfahren muss beispielsweise die Gesuch stellende Person vor den kantonalen oder kommunalen Behörden den Nachweis erbringen, dass sie mit den hiesigen *Sitten und Gebräuchen* vertraut ist (Art. 14 Bst. b BüG, «*accoutumé*», «*familiarizato*»).⁴⁵⁵ In zahlreichen von der Schweiz abgeschlossenen, bilateralen Staatsverträgen wird explizit auf die Sitten und Gebräuche der betreffenden nationalen Rechtsordnungen Bezug genommen,⁴⁵⁶ in der Meinung, dass die üblichen Gepflogenheiten des Herkunftslandes – z.B. in Sachen Bestattung – respektiert werden sollen, auch wenn diese anders sind als die schweizerischen. Zugleich lässt sich daraus – bezogen auf das eben gemachte Beispiel – wohl der Schluss ziehen, dass ein Vertrag mit einer schweizerischen Bestattungsfirma, der zwar nicht mit den schweizerischen Bestattungssitten übereinstimmen würde, aber auch nicht in eklatantem Widerspruch zu diesen stünde (z.B. Gesundheitshygiene), nicht gegen die «guten Sitten» nach Art. 19 f. OR verstiesse.

2. Sittlichkeit

Ferner sind es die Sitten eines Volkes bzw. einer Volksgruppe, die gelegentlich verlangen, dass «keine Fremde» geheiratet werden soll. Wird nun aber «eine Fremde»

⁴⁵³ Sack, NJW (1985) 14, 766 m.w.H.

⁴⁵⁴ Kaufmann, 212; Larenz/Wolf, 742 f.

⁴⁵⁵ BGE 137 I 235 E. 3.1: setzt Kenntnisse über das Land und seine Bewohner und insbesondere eine der Landessprachen voraus; vgl. zur sog. erleichterten Einbürgerung, bei welcher der Nachweis der Integration ausreicht: Art. 26 Abs. 1 BüG; BVerwG, Urteil vom 27. September 2007 – 2 C 21.06; 2 C 26.06; 2 C 29.07 = ZBR 2008,46 E. 5.2.3, BVerwG, Urteil vom 8. November 2008 C-5445/2008 E. 4.2; BVerwG, Urteil vom 13. September 2011 C_1389/2009.

⁴⁵⁶ Beispielsweise lautet Art. 5 eines Staatsvertrags mit Kolumbien: «Die Angehörigen der beiden Staaten werden auf dem Gebiete des anderen Staates die vollständigste Gewissens- und Glaubensfreiheit geniessen. Die Regierung wird sie bei der Ausübung ihres Kultus in den Kirchen, Kapellen und sonstigen für gottesdienstliche Zwecke bestimmten Orten schützen, vorausgesetzt, dass sie die Landesgesetze, Sitten und Gebräuche achten. Der gleiche Grundsatz soll bei der Beredigung von Angehörigen des einen der beiden Staaten befolgt werden, die auf dem Gebiete des anderen sterben» Freundschafts-, Niederlassungs- und Handelsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Kolumbien vom 14. März 1908 (SR 0.142.112.631).

schwanger, so kann es wiederum als sittlich erscheinen, dass der betreffende Mann diese Frau heiratet und/oder für die gemeinsamen Nachkommen sorgt.

Bezieht sich etwa das deutsche Grundgesetz explizit auf die «Sittlichkeit»⁴⁵⁷ bzw. die «sittliche Pflicht» oder anderenorts auf das «Sittengesetz» (vgl. bereits unter Kap. 3. Ziff. II.B.3), so stellt sich die Frage, wie der Bezug zu den «guten Sitten» in diesem Fall zu interpretieren ist. – Das Problem ist nicht neu; so wurde es bereits in den Motiven der 2. Kommission zur Beratung des BGB-Entwurfs thematisiert. Die Formulierung der Generalklausel der «guten Sitten» erfolgte bewusst; man versprach sich davon eine gewisse Objektivierung, welche man mit dem Terminus «Sittlichkeit» nicht hätte erreichen können.⁴⁵⁸ Von anderer Seite wurde die Formulierung allerdings schon damals zu Recht kritisiert: Mit der Klausel ist nämlich durchaus auch eine Art von Sittlichkeit gemeint.⁴⁵⁹

Dass unterschiedliche Ebenen der Sittlichkeit existieren können, zeigen nicht zuletzt die Ausführungen von *Heinrich Henkel*, der folgende «Sphären von Sittlichkeit»⁴⁶⁰ unterscheidet:

1.) Die *autonome Sittlichkeit*, die als subjektive «Idee des Guten und Bösen» bzw. als das subjektive Gewissen verstanden wird. Das ist eine selbstgesetzte Verhaltensnorm, durch die einer Person von innen her bewusst wird, ob sie etwas idealerweise tun oder unterlassen sollte. Diese autonome Sittlichkeit – auch *Maxime* genannt – bleibt im Gegensatz zum Sittengesetz stets subjektiv.⁴⁶¹

2.) Eine Sittlichkeit, die sich als ein System religiöser und weltanschaulicher *Hochethik* versteht. Diese erhebt den Anspruch, für eine Vielzahl von Menschen absolut verbindlich zu sein – im Gegensatz zur autonomen Sittlichkeit. Dazu wird in der Regel eine Lehre zur Verfügung gestellt – etwa der Buddhismus für die Buddhisten oder das Christentum für die Christen.⁴⁶² Diese Lehren sind grundsätzlich allgemeiner Art, sodass der Einzelne deren Inhalte autonom konkretisieren kann. Zudem beinhalten sie oft Gegensätzliches; zeitweilig bekämpfen sie sich sogar, können jedoch auch nebeneinander bestehen, was in der betreffenden Gesellschaft zu einem Wertepluralismus führt. Allerdings wird eine praktische Beurteilung gesellschaftlicher Vorgänge dadurch erheblich erschwert.

3.) Unter dem Begriff einfache Sittlichkeit versteht *Henkel* die *Sozialmoral*. Sozialnormen sind Verhaltensnormen, welche die Gesellschaft (und nicht etwa ein Gott) aufstellt, und nach denen sich die ihr zugehörigen Individuen ausrichten sollen. Dabei wird vorausgesetzt, dass sich die betreffende Gesellschaft zu einer Lebensform zusammengeschlossen hat, in der ein «Grundbestand gemeinsamer Anschauungen hinsichtlich guten Handelns» gegeben ist.⁴⁶³ Hier geht es also um Verhaltensnormen, die nicht durch die individuellen Vorstellungen des Einzelnen eine moralische Bin-

⁴⁵⁷ *Schmidt*, Sitten, 144 f.

⁴⁵⁸ *Mugdan*, 724; etwas anders: *Sack*, NJW (1985) 14, 761 ff., 765 f.

⁴⁵⁹ *Gierke*, Entwurf, 168.

⁴⁶⁰ *Henkel*, 128 ff.

⁴⁶¹ *Kant*, Metaphysik der Sitten, Erster Theil, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg, 1798, Einleitung XXV ff.; *Henkel*, 131.

⁴⁶² *Henkel*, 132.

⁴⁶³ *Ibid.*, 133 ff.

dungswirkung auslösen, sondern vielmehr durch die «normativ gewordene Übung» und die überwiegende Anerkennung durch die betreffende Gruppe.⁴⁶⁴

Aus dieser knappen Unterscheidung geht hervor, dass das Vertragsrecht, das auf die «guten Sitten» Bezug nimmt, nicht für den «*höchsten moralischen Standard*» zuständig ist; seine Funktion besteht vielmehr darin, das Zustandekommen «offensichtlich unethischer Verträge» möglichst zu verhindern. Gemäss der Einteilung von *Henkel* entsprechen die «guten Sitten» damit einer einfachen Sittlichkeit, namentlich der Sozialnormen.

So begriff beispielsweise auch *Helmut Coing* die «guten Sitten» als Grundsätze der Ethik und des Naturrechts, die jedoch der gesellschaftlichen Anerkennung bedürften, um relevant zu sein.⁴⁶⁵ Dies entspricht nach der hier vertretenen Auffassung letztlich wohl auch der Intention der deutschen Gesetzesverfasser, indem diese bewusst auf den Begriff der «Sittlichkeit» verzichteten und sich stattdessen zugunsten demjenigen der «guten Sitten» entschieden. Damit brachten sie eine gewisse praktisch-ethische Annäherung zum Ausdruck, die sich auch im Abstellen auf einen durchschnittlichen Massstab manifestierten sollte.⁴⁶⁶ *Im Gegensatz zum engen Wortlaut der Anstandsformel* sollen bezüglich der «guten Sitten» keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.

3. *Sittengesetz*

Schliesslich sei noch das sog. Sittengesetz nach § 2 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes angesprochen und in Relation zu den «guten Sitten» gesetzt. Handelt es sich hierbei um eine Rechtsnorm, wie der Begriff «-gesetz» vermuten liesse oder um ein weiteres Synonym für die Sozialnorm? Oder ist das Sittengesetz allenfalls das Moralgesetz schlechthin? – Weder noch. Der Terminus verdeutlicht das Dilemma von Naturrecht und Liberalismus, Wahrheitsanspruch und Pluralismus, Offenheit und religiöser Überzeugung – er verweist also auf alle unversöhnlichen Positionen.⁴⁶⁷ Der Begriff ist mit *Kant*⁴⁶⁸ bekannt geworden, wobei dieser unter dem Sittengesetz ein Synonym für das Moralgesetz verstand. Allerdings ist das Sittengesetz nach *Kant* nur an das eigene Pflichtgefühl gebunden und hat damit einen anderen Ursprung als das Recht. – Auch *Savigny* hat diesen Begriff rezipiert:⁴⁶⁹ «In dem Menschen aber steht über dem Naturtrieb das höhere sittliche Gesetz, welches alle Theile seines Wesens, also auch diesen Trieb, durchdringen und beherrschen soll, wodurch das Natürliche in dem Menschen nicht vernichtet oder geschwächt, sondern zur Theilnahme an dem höheren Element des menschlichen Wesens empor gehoben wird.» Nach *Savigny*

⁴⁶⁴ *Ibid.*, 134.

⁴⁶⁵ *Staudinger/Coing*, § 138 BGB Rn. 5.

⁴⁶⁶ *Rother*, AcP 172 (1972), 498 ff., 502; *Palandt/Ellenberger*, § 138 BGB Rn. 2.

⁴⁶⁷ *Z.B. Püttner, Günter/Brühl, Klaus*: Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung, *JZ* 42 (1987), 529 ff., 531.

⁴⁶⁸ Selbst *Kelsen* berief sich auf das «Sittengesetz» von *Kant*, das nach seiner Vorstellung ähnlich der «Pflichtnorm» des Menschen sei. Demnach handle es sich dabei sozusagen um eine Objektivierung des ursprünglichen subjektiven Triebes zu einem sittlichen Verhalten, das schliesslich ins Bewusstsein des Menschen getreten sei: *Kelsen*, Staatsrechtslehre, 313.

⁴⁶⁹ *Savigny*, Bd. I, 347.

entspricht es der Natur und der Bestimmung des Menschen, sittlich zu handeln⁴⁷⁰ und als freies Wesen unter dem «Sittengesetz» zu stehen.⁴⁷¹ Hervorzuheben sind jedoch seine Ausführungen zum Obligationenrecht: Dieses habe – im Gegensatz zum Familienrecht – nämlich keinen sittlichen Bestand, sondern folge ausschliesslich den Rechtsregeln, was wiederum völlig zu trennen sei von der «unbedingten Herrschaft sittlicher Gesetze».⁴⁷²

Auf das «Sittengesetz» beruft sich etwa der Grosse Strafsenat mit Urteil vom 17. Februar 1954:⁴⁷³ Die «Normen des Sittengesetzes» beruhen «auf der vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammensein regierenden Sollenssätze». Sie zeichnen sich durch ihre starke «Verbindlichkeit» aus im Unterschied «zu der schwachen Verbindlichkeit der blossen Sitte bzw. der Konvention». Diese Normen hätten Geltung, und zwar «unabhängig davon, ob diejenigen, an die sie sich mit dem Anspruch auf Befolgung wenden, sie wirklich befolgen und anerkennen oder nicht; ihr Inhalt kann sich nicht deswegen ändern, weil die Anschauungen über das, was gilt, wechseln». In diesem Sinne basiert das Sittengesetz auf dem «natürlichen Rechtsempfinden»,⁴⁷⁴ das zeitlos ist und über dem positiven Recht bzw. im Gegensatz dazu stehen kann. – Der Begriff Sittengesetz lehnte sich in der deutschen Nachkriegszeit an den damaligen Glauben an das klassische Naturrecht an; damit war die Vorstellung verbunden, dass die nationalsozialistischen Gräueltaten unter Berufung auf das Sittengesetz unter Umständen hätten verhindert werden können. Als eine überpositive Norm kann das Sittengesetz nicht gleichbedeutend mit einer praktischen Sittlichkeit oder mit der Sozialmoral sein. Damit deckt sich das Sittengesetz von allem Anfang auch nicht mit den «guten Sitten», denn diese erheben keinen solchen Anspruch und können sich im Laufe der Zeit wandeln.

Wie schwierig sich jedoch die inhaltliche Abgrenzung zwischen den Begriffen «Sittengesetz» und den «guten Sitten» gestaltet, und wie problematisch die Referenz auf das «Sittengesetz» sein kann,⁴⁷⁵ zeigt das folgende – ebenfalls ältere – Urteil: Das Bundesverfassungsgericht bezog sich im Jahre 1957⁴⁷⁶ u.a. auf das «Sittengesetz», um

⁴⁷⁰ Savigny, Bd. I, 331.

⁴⁷¹ Kiefer, 7.

⁴⁷² Savigny, Bd. I, 371.

⁴⁷³ BGHSt 6, 46, 52; Urteil vom 17. Februar 1954 – GSSt 3/53 = NJW 1954, 766: In diesem berühmten Entscheid ging es um die Frage, ob der Kuppeleitatbestand von einem Elternteil, der sein unverheiratetes volljähriges Kind zusammen mit dessen Partner bei sich zu Hause mehrmals übernachten liess, erfüllt worden sei. Schliesslich wurde bestätigt, dass es sich dabei in der Tat um einen Verstoß gegen das Sittengesetz bzw. die sittliche Ordnung gehandelt habe (BGHSt 6, 230, 232).

⁴⁷⁴ Kaufmann, 81 f.; Kunz/Mona, 51; Schachtschneider, Karl Albrecht: Das Sittengesetz und die guten Sitten, in: Becker, Bernd/Bull, Hans Peter/Seewald, Otfried (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme: zum 70. Geburtstag, Köln 1993, 195 f.; vgl. *Di Fabio*, Art. 2 GG N 8 f., Anm. 3 zur «vorrechtlichen Freiheit» und dem normativen sittlichen Diskurs von heute; *Di Fabio* räumt diesen «überpositiven» Anspielungen zwar eine gewisse Chance ein, doch habe das Sittengesetz als eigenständiger Grundrechtsschutz ausgedient; krit. Dreier, nach dem das Sittengesetz in einem neutralen Staat weder christlich-ethische Vorstellungen noch Kant'sche Philosophie umfassen könne; Dreier, Art. 2 Abs. 1 GG N 59.

⁴⁷⁵ Mayer-Maly, AcP 194 (1994), 105 ff., der oft auf das Sittengesetz Bezug nimmt, dann aber die der Anstandsformel verpflichteten, anständigen und vernünftigen denkenden Menschen anspricht; vermag in den heutigen Zeiten des Wertepluralismus nicht mehr zu überzeugen.

⁴⁷⁶ BVerfGE, Urteil vom 10. Mai 1957 (6, 389, 334 ff.).

den damaligen Straftatbestand gegen Homosexualität bei Männern zu rechtfertigen. «Gleichgeschlechtliche Betätigung verstösst eindeutig gegen das Sittengesetz», lautete die Auffassung des Gerichtes. Wie dieser Verstoss gegen das «Sittengesetz» genau zu verstehen ist, bleibt hingegen auch nach der Lektüre der Ausführungen des Gerichtes nicht einfach nachzuvollziehen. Dieses stützt sich in seiner Argumentation u.a. auf eine historische Normengenese, religiöse Anschauungen zur Homosexualität, die sittlichen Anschauungen des Volkes und auf die Meinungen von Fachgutachtern.⁴⁷⁷ Auf das Argument der Klägerseite, ein «Sittengesetz» könne nur Bestand haben, wenn es dem «abendländischen Kulturkreis» entspreche – was bereits damals nicht mehr der Fall war, da die Homosexualität in Westeuropa in einigen Ländern (z.B. der Schweiz) nicht mehr strafbar war –, entgegnete das Bundesverfassungsgericht interessanterweise wie folgt: Aus der Tatsache, dass andere Länder auch andere rechtliche Regelungen aufwiesen, könne noch nicht geschlossen werden, dass sich in diesen Ländern auch das sittliche Empfinden gegenüber der Homosexualität gewandelt habe, sondern jene Gesetze könnten auch «aus reiner Zweckmässigkeit» entstanden sein (S. 437). Ein weiteres Argument, nämlich dass von den sittlichen Vorstellungen in anderen Ländern «keinesfalls» auf diesbezügliche Empfinden in Deutschland geschlossen werden könne, erscheint hingegen weniger überraschend. – Inwieweit sich nun aber mit Bezug auf dieses Beispiel das «Sittengesetz» inhaltlich von den «guten Sitten» (das heisst der «blossen» Sozialmoral) unterscheidet, ist nicht nachzuvollziehen.⁴⁷⁸ – Die Trennlinie zwischen den beiden Begriffen erscheint spätestens seit dem ersten Transsexuellenurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Oktober 1978 als hinfällig,⁴⁷⁹ denn darin wird hinsichtlich des Sittengesetzes argumentiert, die geschlechtskorrigierende Operation sei nicht sittenwidrig gewesen, weil der Eingriff medizinisch indiziert war.

Die in § 2 Abs. 1 GG angesprochene Schranke, welche das «Sittengesetz» setzen kann, hat nach Auffassung der deutschen Doktrin keine eigenständige Bedeutung mehr im Grundrechtsschutz:⁴⁸⁰ Das Sittengesetz geht vielmehr in die öffentliche Ordnung über. Als solche gilt jegliche Rechtsnorm, die formell und inhaltlich mit der Verfassung in Einklang steht.⁴⁸¹ Wenn der Terminus Sittengesetz in der Gegenwart mitunter trotzdem noch verwendet wird,⁴⁸² dann höchstens, weil dieser zusammen mit der öf-

⁴⁷⁷ Das Gericht hatte zahlreiche Fachgutachten eingeholt, in denen die Homosexualität grundsätzlich nicht als etwas Gefährliches, Bedrohliches eingestuft, die Verführung von Jugendlichen hingegen sehr wohl als Gefährdung betrachtet wurde. Ferner machten die Gutachter einen klaren Unterschied zwischen männlicher und weiblicher Sexualität, so dass die Beschwerde auch nicht unter dem Titel der Ungleichbehandlung erfolgreich war.

⁴⁷⁸ Der Entscheid kann aus verschiedenen Gründen kritisiert werden; vgl. z.B. *Risse, Jörg*: Der verfassungsrechtliche Schutz der Homosexualität, Baden-Baden 1998, 44 ff.

⁴⁷⁹ BVerfGE, Urteil vom 11. Oktober 1978 (49, 286, 299 f.).

⁴⁸⁰ *Dreier*, Art. 2 Abs. 1 GG N 59 m.w.H.; *Di Fabio*, Art. 2 GG N 8 f.; *Starck*, Art. 2 Abs. 1 GG N 36.

⁴⁸¹ BVerfGE, Urteil vom 25. Januar 2011 (BvR 918/10); BVerfGE, Urteil vom 16. Januar 1957 (6, 32, 37 ff., 40); BVerfGE, Urteil vom 6. Juni 1989 (80, 137, 152 f.).

⁴⁸² Nach dem BGH, Urteil vom 3. April 2003 (IX ZR 113/02), kann eine «aufwandsangemessene anwaltliche Honorarvereinbarung [...] das Sittengesetz nicht verletzen» oder nach BGH, Urteil vom 9. November 2011 (XII ZR 136/09), Rn. 24, hat ein Persönlichkeitsrecht – es handelte sich hierbei um die Auskunftspflicht einer Frau über potenzielle Erzeuger ihres Kindes gegenüber dem (Schein-)Vater, der das betreffende Kind mit ihrer Zustimmung als sein eigenes anerkannt hatte – nur Bestand, wenn es nicht gegen die «verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz» verstösst.

fentlichen Ordnung in Art. 2 Abs. 1 GG festgeschrieben ist oder weil damit in Tat und Wahrheit die «guten Sitten» angesprochen sind.

C. *Kôjo ryôzoku* und japanische Begriffe der Moralität

Zunächst soll erörtert werden, inwiefern die Begriffe «Sitten, Sittlichkeit, Moral und Ordnung» sowie Recht im Japanischen ähnlich verstanden werden wie in der Schweiz und in Deutschland, und insbesondere, ob die japanische Abgrenzung zwischen Sozial- und Rechtsnorm bzw. zwischen Moral und Recht analog vollzogen wird. Aus japanischer Perspektive stellt sich zudem die Frage, ob die Begriffe «Recht und Moral» nicht nach Belieben verwendet werden, und ob sich die Unterscheidung zwischen den beiden Begriffen nicht ausschliesslich in einem spezifischen kulturellen Kontext herausbilden konnte und somit auch nur in diesem Kontext zu verstehen ist.

Der nachhaltige Einfluss des Konfuzianismus in China und Korea, aber auch in Japan, lässt sich nicht negieren. Unter der 200-jährigen *Tokugawa*-Herrschaft hatte sich das konfuzianische Denken in Japan so stark ausgebreitet und verfestigt, dass der Konfuzianismus zur Zeit der Kodifizierung des *Minpô*, also Mitte des 19. Jahrhunderts, vorherrschend war und die damaligen Moralvorstellungen prägte. Die Bildung des kaiserlichen Universitätssystems, aus dem im Jahre 1897 die Universitäten Tokyo und Kyoto hervorgingen,⁴⁸³ hatte zum Ziel, den konfuzianischen Lern-ethos in Ostasien weiter zu verbreiten. In der *Meiji*-Periode entwickelte sich der Konfuzianismus – implizit wie auch explizit – zum eigentlichen Gegenpol des christlichen Denkens; und dieses westliche Denken erachteten Teile der japanischen Bevölkerung als inadäquat für ihr Land.⁴⁸⁴ Dies bedeutet aber nicht, dass in Japan nicht andere Religionen und Philosophien seit vielen Jahrzehnten nebeneinander bestanden. Vor diesem Hintergrund lässt sich nachvollziehen, dass ein Gesetzesverfasser wie *Hozumi* zur Kodifikationszeit äusserte, «westliche Moralvorstellungen» seien im Vergleich zu den japanischen einheitlicher.

Verstösst ein Vertrag nach japanischem Recht gegen allfällige Moralvorstellungen, so können hierfür, wie der einschlägigen Literatur zu entnehmen ist, zwei verschiedene Moralbegriffe verwendet werden: *dôdoku* (道徳) und *moraru* (モラル). Auch in der japanischen Rechtstheorie wird – zumindest seitdem das Land dem Einfluss westlicher Denker ausgesetzt war – zwischen Rechts- und Sozialnormen bzw. zwischen Recht und Moral unterschieden. Die Beziehung zwischen diesen beiden Normsystemen wird als selbstverständlich angenommen: So wird von einem rechtlichen Normsystem ausgegangen, dem eine Aussenwirkung zukommt, oder von einem moralischen Normsystem, das einer Innenperspektive entspricht.⁴⁸⁵ Dabei wird die An-

⁴⁸³ Der japanische Begriff für Universität *daigaku*, wurde aus dem Chinesischen: «*daxue*» abgeleitet, und dieser Ausdruck bezeichnet das erste von vier Büchern zum Neo-Konfuzianismus; vgl. *Tucker, John*: Japanese Confucian Philosophy, in: Zalta, Edward N. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Stand Herbst 2013, abrufbar unter: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/japanese-confucian>>, zuletzt besucht am 8. November 2017).

⁴⁸⁴ Zum Ganzen *Tucker, John*: Critical Readings in Japanese Confucianism (4 Bände: Geschichte, Philosophie, Religion und übersetzte Texte), Leiden 2012.

⁴⁸⁵ *Tanaka Shigeaki*, 130 ff.: Nach *Tanaka* geht die Unterscheidung auf das 17. Jahrhundert und den stark «subjektiven Rechtsbegriff» von *Christian Thomasius* zurück. *Tanaka* zeichnet nach,

sicht vertreten, die Moral erfasse in den meisten Fällen sowohl die Aussen- wie auch die Innenseite einer Handlung und sei daher das umfassende Normsystem.

Zur Unterscheidung zwischen Normen des Rechts und der Moral kann auf die Schriften von *Takeyoshi Kawashima* aus den 1950er-Jahren zurückgegriffen werden:⁴⁸⁶ Er vertrat die Auffassung, neben den für die zivile Gesellschaft geltenden Rechtsnormen bestünden noch andere normative Vorgaben, die ihren Ursprung in den unterschiedlichen religiösen Wertvorstellungen hatten.⁴⁸⁷ *Kawashima* berief sich in seiner Unterscheidung der Normativordnungen im Wesentlichen auf ein Kriterium, das *Max Weber* ins Spiel gebracht hatte, nämlich, ob im gegebenen Fall ein «Zwangsapparat» vorhanden sei oder nicht. In der heutigen japanischen Lehre wird jedoch tendenziell nicht mehr von unterschiedlichen Normordnungen ausgegangen und es wird nicht zwischen Moral und Recht unterschieden. Vielmehr wird grosser Wert darauf gelegt, dass ein juristischer Sachverhalt sowohl aus Sicht der Rechts- wie auch der Moralordnung betrachtet wird, mit dem Ziel, diese Betrachtungsweisen in Übereinstimmung zu bringen. Daher wird auch von einem *Modell der gegenseitigen Wechselwirkung von Moral und Recht* gesprochen.

Tatsache ist ferner, dass sich auch in Japan die Grenzen von der Moral- zur Rechtsordnung verschoben haben. Während der Gesetzesverfasser *Ume* eine Vereinbarung, die ein Mädchen zur Hochzeit «drängte», in seinem Lehrbuch zum Zivilrecht (1920) noch der moralischen Normativordnung zuordnete, figuriert derselbe Anwendungsfall heute auch als Standardbeispiel für einen Verstoß gegen die Grundrechte nach Art. 90 *Minpô*.⁴⁸⁸ Allerdings werden Verträge, die künftige Heiratsversprechen beinhalten oder Vereinbarungen zwischen Ehegatten betreffen, die ihr Zusammenleben oder ihre elterlichen Rechte beschränken, auch heute noch als gegen die «sexuelle Moral»⁴⁸⁹ verstossend qualifiziert.

Sittlichkeit bzw. Moral wird auf Japanisch mit dem in der Generalklausel vorkommenden Begriff *fûzoku* (風俗), aber auch mit *dôgi* (道義) umschrieben. Am gebräuchlichsten für den Begriff Moral (-vorstellungen) ist indes *dôtoku* (道徳). Im Zusammenhang mit dem Recht werden auch die Begriffe *rinri* (倫理) und *moraru* (モラル) verwendet. Die Ethik wird dementsprechend als Lehre der Moral oder als Sittenlehre *rinri gaku* (論理学) bezeichnet. Mit *dôtoku* sind die moralischen Vorstellungen im Sinne der traditionell-konfuzianischen Wertvorstellungen angesprochen; mit dem Fremdwort *moraru* dagegen ist eher eine westlich-philosophisch geprägte Moral gemeint. Das zeigt sich bereits daran, dass im letzteren Kontext das westliche Fremdwort in dem eigens für Fremdwör-

wie sich das Verständnis von Moral und Recht mit *Kant* änderte, und kommt dabei – über *Gustav Radbruch* und *H. L. A. Harts* rechtstheoretisches Verständnis – zum Schluss, es müsse zwar sehr wohl zwischen den beiden normativen Systemen unterschieden werden, aber nicht im Sinne von *Thomasius*, sondern weil die Moral in den meisten Fällen das umfassendere Normsystem darstelle (a.a.O. 134).

⁴⁸⁶ Vgl. *Kawashima*, Rechtssoziologie (1981), die Gedanken gehen jedoch auf seine Schriften aus den 1950er Jahren zurück: *Recht und Moral* (1959) und *zivile Gesellschaft* (1950).

⁴⁸⁷ Interessant ist, dass *Kawashima* hier die unterschiedlichen Vorstellungen zwischen Protestanten und Katholiken als Beispiel anführte.

⁴⁸⁸ *Yamamoto*, *Minpô*, 212.

⁴⁸⁹ Es ist interessant, dass *Katô* im sexuellen Kontext (125) den ins Japanische umgesetzten, westlichen Begriff Moral (sei *moraru* ihan) verwendet, und nicht den Begriff Ordnung (*chitsujô*), wie bei der Familienordnung (*kazoku no chitsujô*).

ter entwickelten Alphabet (*Katakana*) benutzt wird. Im Zusammenhang mit dem Verstoss gegen Art. 90 *Minpô* fällt auf, dass für einen Verstoss gegen die sexuellen Moralvorstellungen das Fremdwort *moraru* Anwendung findet.⁴⁹⁰

Des Weiteren ist darauf zu verweisen, dass die Begriffe Brauchtum und Gewohnheit im japanischen Recht eine besondere Bedeutung haben. Das erklärt sich u.a. damit, dass das Privatrecht erst mit der Kodifikation des *Minpô* schriftlich geregelt wurde. Insbesondere im *Tokugawa*-Zeitalter galt ein striktes feudales System, das im Wesentlichen auch auf Gewohnheiten beruhte.⁴⁹¹ Sowohl im materiellen Privatrecht wie auch im Kollisionsrecht wird deshalb heute noch ausdrücklich auf die Gewohnheiten und Bräuche verwiesen. Diese werden dem Recht gleichgestellt⁴⁹² und dürfen ebenfalls nicht gegen die «guten Sitten» und die öffentliche Ordnung verstossen: Art. 92 *Minpô* und Art. 3 *Hôrei*.

D. Zwischenergebnis

In dieser Arbeit wird demnach hierarchisch (von einer tieferen Ebene ausgehend) nebst dem Recht zwischen folgenden Normativordnungen unterschieden: Mode, Brauch, Sitte, Sittlichkeit im Sinne von einfacher Moralität und schliesslich dem «Sittengesetz». Die Generalklausel der «guten Sitten» ist in diesem Kontext auf der Ebene der einfachen Sittlichkeit oder der Sozialnormen angesiedelt. Dem «Sittengesetz» kommt allerdings heute neben der öffentlichen Ordnung keine eigenständige grundrechtliche Bedeutung mehr zu.

II. Dogmatische Grundlagen der «guten Sitten» (Schweiz, Deutschland)

A. Rechtshistorische Einleitung

1. *Boni mores*

Der Begriff der «guten Sitten» geht rechtshistorisch zurück auf das Lateinische «*boni mores*». Der Terminus war auch in der Alltagssprache geläufig zur Beurteilung der Lebensführung einer Person.⁴⁹³ Damit wird eigentlich bereits klar, dass es nicht bloss um die Sitte und Übung ging.

⁴⁹⁰ Katô, 225 ff.

⁴⁹¹ Zum Ganzen vgl. *Wigmore, John Henry*: Law and Justice in Tokugawa Japan: Materials for the History of Japanese Law and Justice under the Tokugawa Shogunate 1603-1867, Part III (Contracts), Part VII (Civil Customary Law), Tokyo 1892.

⁴⁹² Wörtlich: *kanshû* (慣習) im Englischen übersetzt mit «*custom*»; bedeutet m.E. Gewohnheit und Brauch.

Art. 3 *Hôrei* lautet: *Kô no chitsujo mata wa zenryô ho fuzôku ni hanshi nai konshû wa, hôrei no kitei ni yori mitome rareta mono wa hôrei ni kitei sare teinai jikô ni konsuru mono hi kagiri, hôritsu to dôitsu ho kôryoku o yûsuru* «公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する» «Customs which are not against public policy shall have the same effect as laws, to the extent that they are authorized by the provisions of laws and regulations, or they relate to matters not provided for in laws and regulations».

⁴⁹³ *Mayer-Maly*, *Contra bonos mores*, 151 ff., 155.

Schon im römischen Recht wurde die Privatautonomie, wie bereits ausgeführt, nicht unbeschränkt praktiziert, sondern sie wurde in ka-suistischer Manier teilweise beschränkt.⁴⁹⁴ In denjenigen Fällen, in denen die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt war, griff regelmässig die prozessuale Kasuistik und es wurde eine *restitutio in integrum* gesprochen.⁴⁹⁵ In denjenigen Fällen, in denen ein Rechtsgeschäft gegen die «guten Sitten» versties, war es nichtig.⁴⁹⁶ Es wurde dabei allerdings unterschieden zwischen Rechtsgeschäften, die bereits von ihrem Wortlaut her unsittlich waren, und solchen, die in ihrem unmittelbaren Zweck unsittlich waren (*causa proxima*). Bei Letzteren wurde die Nichtigkeit auf Einrede hin (*exceptio doli*) geltend gemacht.⁴⁹⁷ Im Gegensatz zu den Geschäften, die rechtswidrig waren, musste in den Fällen von Sittenwidrigkeit der *Praetor* Hilfe leisten.⁴⁹⁸ Zu berücksichtigen ist dabei jedoch nach *Heinrich Honsell*, dass im römischen Recht viele Vereinbarungen bereits schon deshalb sittenwidrig waren, weil sie einen atypischen Vertragsinhalt aufwiesen und daher nicht klagbar waren.⁴⁹⁹ Für diese entfiel auch die Nichtigkeitskonstruktion.⁵⁰⁰

Die «guten Sitten» wurden bereits im römischen Recht von Fall zu Fall nach allgemein ethischen Vorstellungen angewendet,⁵⁰¹ wobei sich *Anklänge an Scham-, Mit- oder Pflichtgefühl (der Eltern)* finden lassen.⁵⁰² Die Fälle betrafen inhaltlich vor allem die Gebote des Geschäftslebens (*pacta*) und des Familien- und Geschlechtslebens;⁵⁰³ Häufig handelte es bei den Streitfällen um Testamente,⁵⁰⁴ Eheverträge⁵⁰⁵ und um den Schutz der Freiheit zur Eheschliessung oder eine Scheidung.⁵⁰⁶ Das römische Recht verwarf ferner Sexualkontrakte nicht *per se*; Prostituierte gingen registriert ihrem Gewerbe nach, es existierten Bordelle sowie eine Prostituiertensteuer.⁵⁰⁷ Das bedeutet aber nicht, dass die Tätigkeit der Prostituierten nicht auch als eine ehrlose (*infamia*)

⁴⁹⁴ Weder die Willensfreiheit noch die Selbstbestimmung wurden philosophisch oder psychologisch diskutiert, trotzdem kannten die Römer Willensmängel wie beispielsweise die Wut einer Partei, die zur Vertragsunwirksamkeit führten: *Baldus*, AcP 210 (2010), 2 ff., 7 f. m.w.H.; zum Ganzen *Hofer*, 51 ff.

⁴⁹⁵ *Baldus*, AcP 210 (2010), 9 m.w.H. auf entsprechende Digestenstellen, wobei er (s. Fn. 38) selbst vor Ableitungen aus dem Fallmaterialien der Digesten warnt, da diese ihrerseits nicht unbedingt historische Repräsentativität beanspruchen könnten (a.a.O. AcP 210 [2010], 14; s.a. *Baldus, Christian*: Die Bedeutung der Willensfreiheit im römischen Recht, in: Roth, Gerhard/Lampe, Ernst-Joachim/Pauen, Michael [Hrsg.], Willensfreiheit, Frankfurt am Main 2008, 167 ff.).

⁴⁹⁶ *Mayer-Maly*, Contra bonos mores, 151 ff.; *Zimmermann*, 706 ff.; *Staudinger/Coing*, § 138 BGB Rn. 1; *Kaser*, 250 ff. m.w.H.; *idem*, SZ 60 (1940), 97 ff.; *Zufferey-Werro*, 14 f.

⁴⁹⁷ *Kaser*, 251; die Römer kannten also nicht nur das «Einrede-Modell»; a.A. *BK-Bucher*, Art. 27 ZGB N 90; Motive reichten nicht aus für die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts: *Honsell*, 78.

⁴⁹⁸ *Zimmermann*, 710; *Abegg*, 39 m.w.H., insb. übernahmen die «guten Sitten» damals auch die Funktion der heute zwingenden Normen, allerdings fehlen die konkreten Beispiele.

⁴⁹⁹ *Honsell*, 77 ff.; *Mayer-Maly*, Contra bonos mores, 151 ff., 153; *Kaser*, 538.

⁵⁰⁰ *Honsell*, 78.

⁵⁰¹ *Mayer-Maly*, Contra bonos mores, 151 ff., 156 f.

⁵⁰² *Zimmermann*, 711 m.w.H.

⁵⁰³ *Mayer-Maly*, Contra bonos mores, 154 f., 160 f.; ein Themenkreis war auch die *iniuria, vis* und *metus*.

⁵⁰⁴ *Kaser*, 251, 690 ff., 691.

⁵⁰⁵ *Kaser*, SZ 60 (1940), 120 ff.

⁵⁰⁶ *Mayer-Maly*, Contra bonos mores, 155.

⁵⁰⁷ *Stumpp*, 250 ff., 256 ff.; *Rindahl*, 109 ff., 118 ff.

angesehen worden wäre (vgl. dazu später Kap. 7).⁵⁰⁸ Öfters handelte es sich auch um die Sicherung oder Beschränkung von familialen Beziehungen (z.B. Adoption, Vermeidung der Geschwisterehe).⁵⁰⁹ Es ging aber etwa auch um einen gewissen «Schutz im Prozess» (z.B. Prozessvertretung).⁵¹⁰

Hinsichtlich der Rechtsgeschäfte im Geschäftsleben finden sich Hinweise, die besagen, dass ein zweifelhafter bzw. rechtswidriger Auftrag zu keiner Verpflichtung führe oder dass ein Betrug prinzipiell keine Ansprüche zu begründen vermag.⁵¹¹ Im Rahmen der letztgenannten Anwendungsfälle der *iniuria* handelte es sich bei den «guten Sitten» nach *Mayer-Maly* um eine qualifizierte Tatbestandsvoraussetzung; d.h., nur wenn ein Handeln (Beschimpfung, Züchtigung eines Sklaven) sittenwidrig war, sollte es eine Sanktion auslösen können. Das Recht, einen Kaufvertrag aufgrund eines groben Missverhältnisses zu lösen – die *laesio enormis* –, entwickelte sich erst später im römischen Recht.⁵¹² Diese Vertragsschranke wurde damals selbstverständlich und schematisch bei einer «Hälftegrenze» angesetzt. Eine *laesio enormis* führte aber nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, wodurch der Nichtigkeit von Kaufverträgen wegen Sittenwidrigkeit beispielsweise letztlich keine grosse Bedeutung zukam.⁵¹³

Eine eigentliche Kasuistik zur Konkretisierung der Generalklausel entwickelte sich allerdings erst viel später, im 19. Jahrhundert (siehe zu einer vergleichenden Übersicht zu den Fallgruppen nachfolgend Ziff. V).⁵¹⁴ Hervorzuheben ist *Bernhard Windscheids* erste grobe Fallgruppenbildung in seinem Lehrbuch der Pandekten (1870):⁵¹⁵ Gegen die Sittlichkeit versties ein Vertrag durch 1.) das Hervorrufen oder Befördern des Verbotenen, 2.) die Verhinderung von Gebotenem, 3.) Rechtsgeschäfte, mit denen auf die Freiheit des Entschlusses eingewirkt werden soll, und 4.) durch die Verwerflichkeit der Gesinnung, die einem Vertrag zugrunde liegt, wobei als Beispiele namentlich gebotenes Verhalten, das abgekauft wird, sowie Verträge über die Erbschaft eines noch nicht Gestorbenen aufgezählt werden. 5.) Keinen Schutz kam ferner einem Vertrag zu, der zwar nicht gerade verwerflich war, aber nach dem Ermessen des Richters keinen Schutz verdiente. – *Philipp Lotmar* hatte dagegen in seiner Monografie aus dem Jahre 1876 zum «unmoralische[n] Vertrag» noch gar keine Fall-

⁵⁰⁸ Dennoch versuchten die römischen Juristen diese von der seit den augusteischen Ehegesetzen verbotenen Unzucht und dem Ehebruch abzugrenzen: *Stumpp*, 252 m.w.H. auf *Ulpian* D. 23.2.43 1-3; *Malkmus*, 23; *Weber*, 413 m.w.H.; ähnlich *Posner*, 37 ff.

⁵⁰⁹ *Zimmermann*, 711.

⁵¹⁰ *Kaser*, 251.

⁵¹¹ *Zimmermann*, 707 f. m.w.H. auf Textstellen bei *Gaius*, *Julianus* und den Institutionen; z.B. D. 45 1 26, 27 «*Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti*» (708).

⁵¹² *Honsell*, 79 f.

⁵¹³ *Gordley*, *Private Law*, 364 ff.: zum Konzept des «gerechten Preises» in der Tradition von *Aristoteles* und der mittelalterlichen Denker (z.B. *von Aquin*), das diese aus dem römischen Recht ableiteten, und das den Willenstheoretikern des 19. Jahrhunderts fremd war. *Gordley*: zu den modernen Rechtsbehelfen gegen den ungerechten Preis der französischen *lésion* (Art. 1674 CC), der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB und der US-amerikanischen «*unconcionablitiy doctri-ne*» oder des Art. 2-203 UCC. Das ABGB regelt bekanntlich die *laesio enormis* bis heute (§§ 934, 935 ABGB), wobei der Verletzte die Auflösung des Vertrages fordern kann – dazu: *Honsell*, 79 f., 115.

⁵¹⁴ *HKK-Haferkamp*, § 138 BGB N 3 m.w.H. insbesondere auf noch frühere Fallgruppenbildungen in den Göttinger Vorlesungen von *Johann Ludwig Götschen* aus dem Jahre 1839.

⁵¹⁵ *Windscheid, Bernhard*: Lehrbuch des Pandektenrechts, bearbeitet von *Kipp, Theodor*, 8. Aufl., Frankfurt am Main 1900, Bd. 1 § 81, 2 und Bd. 2 § 314, 3 f.

gruppen gebildet.⁵¹⁶ Das liegt aber wohl auch daran, dass es *Lotmar* nicht so sehr darauf angekommen ist, welches die Gründe und Inhalte für die «Immoralität» eines Vertrags waren, sondern dass er an einer verallgemeinerbaren «Struktur des moralischen Vertrags» interessiert war.

2. «Gute Sitten» und die öffentliche Ordnung

Sowohl die «guten Sitten» als auch die öffentliche Ordnung lassen sich begrifflich auf den Inhalt des zeitlich früher entstandenen Art. 6 *Code Civil* zurückführen; dies trifft aufgrund der Rezeptionsgeschichte auch für das japanische Recht zu (vgl. Ziff. III.A.2): «*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.*» Gemäss geltendem Art. 1133 CC bleibt eine vertragliche Vereinbarung ohne Wirkung, wenn ihr eine *cause illicite* zugrunde liegt. – Dies ist dann der Fall, wenn diese gesetzlich verboten ist oder durch die «*contraires aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*» ist.

Während § 106 des ersten deutschen Entwurfs zum BGB (1888) der französischen Regelung entsprechend einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung noch neben einem gegen die «guten Sitten» vorsah, gingen beide Generalklauseln für die Verfasser der Motive zum BGB inhaltlich in der Rechts- und Sittenwidrigkeit auf, womit schliesslich mit § 138 BGB auf die Generalklausel der öffentlichen Ordnung verzichtet wurde. Die Generalklausel der öffentlichen Ordnung wurde von der II. Kommission gestrichen, weil sie als zu unbestimmt und entbehrlich angesehen wurde. Man versprach sich von den «guten Sitten» dagegen objektive Merkmale, einen *terminus technicus*.⁵¹⁷ Um 1900 war man sich einig, dass sich wirtschaftliche und ethische Aufgaben, welche die «guten Sitten» zu erfüllen hatten, kaum trennen liessen.⁵¹⁸ Dies wurde allerdings später wieder infrage gestellt, namentlich durch *Simitis* (dazu gnachfolgend) oder *Esser*, der im Gegensatz zu den «guten Sitten» in der «öffentlichen Ordnung» i.S. eines *Ordre public économique* wenigstens gewisse Anhaltspunkte zur Beschränkung der Vertragsfreiheit sehen kann.⁵¹⁹

Im schweizerischen Recht hielt Art. 17 aOR (1881) fest, dass ein Vertrag nur einen möglichen und keinen rechtswidrigen oder unsittlichen Leistungsgegenstand haben könne. Die Bestimmung verzichtete auf den Terminus der «öffentlichen Ordnung».⁵²⁰ Dies entsprach u.a. praktisch wörtlich der Regelung von § 955 des Zürcherischen Privatesetzbuchs von 1853.⁵²¹ Zudem fehlte damals dem Art. 17 aOR eine ausdrückliche Rechtsfolgenregelung. Unter den Terminus «unsittlich» nach Art. 17 aOR wurde nicht nur ein Verbrechen oder ein die Sitte verletzendes Verhalten subsumiert, sondern etwa auch die Entgegennahme von Geld für etwas, wofür ein «anständiger

⁵¹⁶ Erscheinungsort: Berlin, 66.

⁵¹⁷ *Mugdan*, 725 ff., 1003 ff.

⁵¹⁸ Weiterführend HKK-*Haferkamp*, § 138 BGB Rn. 4 ff., N 9 ff.; NK-*Looschelders*, § 138 BGB Rn. 8 m.w.H. zu den unterschiedlichen Nuancen in der deutschen Lehre.

⁵¹⁹ *Esser*, § 138 BGB und Bankenpraxis, 65 ff., 80 f.; BK-*Kramer*, Art. 19/20 OR N 158.

⁵²⁰ *Broggini*, 93 ff., 104 ff.; vgl. *Zufferey-Werro*, Rn. 226 ff., 659 ff.; BK-*Kramer*, Art. 19/20 OR N 156 ff.

⁵²¹ Dies entsprach etwa auch Art. 27 des Dresdner Entwurfs: *Schneider/Fick*, Art. 17 aOR N 47; *Zufferey-Werro*, Rn. 110, 104 ff. mit weiteren Nachweisen zu anderen kantonalen Regelungen, Rn. 226 ff.

Mensch» kein Geld verlange – wie etwa für einen Verlöbnißbruch oder die Unterlassung eines Verbrechens.⁵²² Mit dem Wechsel zu einem Verstoß gegen die «guten Sitten» nach Art. 19/20 OR sollten vermehrt die Durchschnittsübung und die mittleren Anschauungen angesprochen werden – wie bereits im römischen Recht zählten allerdings nur die «guten» Anschauungen.⁵²³ Zudem wurde mit Art. 27 ZGB eine Sondernorm geschaffen, die es erlaubt, alle Verträge, die eine übermässige Bindung beinhalten, gesondert zu behandeln.⁵²⁴

3. *Sollen bestimmte Lebensbereiche von einer rechtsgeschäftlichen Tätigkeit ausgenommen werden?*

Während sich fraglos Fallgruppen zu den «guten Sitten» entwickelten, kann man sich fragen, welche Lebens- und Geschäftsbereiche mit der Generalklausel der «guten Sitten» von einer rechtsgeschäftlichen Tätigkeit und damit von der Vertragsfreiheit ausgeschlossen wurden. In einem einleitenden historischen Entwicklungszusammenhang lässt sich deshalb auch fragen, ob die Generalklausel der «guten Sitten» nicht als historischer Spiegel von Standes- und Geschlechterschranken des Kontrahierens bzw. der Teilhabe an dem rechtsgeschäftlichen Leben betrachtet werden kann.

Mit der zunehmenden Trennung von häuslich-privaten und öffentlichen Sphären im bürgerlichen Zeitalter wurden spezifische Lebensbereiche *wie das Familien- und das Geschlechtsleben ganz vom Wirtschaftsleben und damit von der Vertragstätigkeit ausgeschlossen*.⁵²⁵ Das wurde mitunter auch mit der Schranke der Generalklausel der «guten Sitten» erzielt.⁵²⁶ Rechtshistorisch können die «guten Sitten» damit auch in einem Zusammenhang mit den grundsätzlich gelockerten Standes- und Geschlechterschranken der Vertragsfreiheit gesehen werden, denn die Frauen konnten im Allgemeinen im 19. und frühen 20. Jahrhunderts ausserhalb der Grenzen des häuslichen Tätigkeitsfeldes gar keine Rechtsgeschäfte abschliessen.⁵²⁷

⁵²² *Schneider/Fick*, Art. 17 aOR N 3.

⁵²³ *ZK-Oser/Schönenberger*, Art. 20 OR N 29 ff.: es sollte nicht auf die «Sittlichkeit» verzichtet werden.

⁵²⁴ *BK-Bucher*, Art. 27 ZGB N 163 ff.

⁵²⁵ *Weber*, 412 ff., allerdings ohne weitere Begründung oder Belegstellen.

⁵²⁶ *Abegg*, 34 ff., 48 f., 158 ff. bereits mit Hinweis auf *Weber* a.a.O. und *Schneider/Fick*, Art. 17 aOR N 11 ff.

⁵²⁷ *Wieacker*, 229 ff.; *Repgen*, 491 f.; *Hofer*, 15 ff., 72 ff. Das soll allerdings nicht heissen, dass es im Mittelalter oder der Neuzeit nicht auch schon einmal grössere rechtliche Freiräume beispielsweise für Kauffrauen gegeben hatte: s. nur *Wapler*, 26 ff.

Es sei hier daran erinnert: Die allgemeine Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit wurde den Frauen in der Schweiz erst im Jahre 1881 zugesprochen, während die Vormundschaft über die Ehefrauen in der Schweiz formell mit dem Inkrafttreten des ZGB vom 10. Dezember 1907, d.h. im Jahre 1912 abgeschafft wurde. Die Vertretungsmacht der Frauen für die Familie blieb allerdings auch hernach auf das «Private» beschränkt s. *Büchler/Cottier*, 174 ff.; *Emmenegger*, 57 ff.; s. für weitere Hinweise *Huber, Eugen*: Die Handlungsfähigkeit der Frau, in: *Bernischer Juristenverein* (Hrsg.), *Zehn Vorträge des Herrn Prof. E. Huber über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts*. Gehalten im Grossratssaale in Bern, im Winter 1910-1911, Bern 1911, 79 ff., 85 ff. Genau genommen waren sie nur auf *die laufenden Bedürfnisse des Haushaltes* beschränkt (Art. 163 aZGB). Bis zur Revision des schweizerischen Eherechts per 1. Januar 1988 blieb der Ehemann das rechtliche Oberhaupt der Familie und konnte etwa ausdrücklich darüber bestimmen, *ob die Ehefrau einem Beruf nachgehen könne oder nicht* (Art. 167 aZGB). Nach § 143 PBG des Kantons Zürich (1854/56) fiel der Arbeitslohn dem Manne zu. In Deutschland mussten die Frauen

B. Im Spannungsverhältnis zwischen Faktizität und Normativität

Eng verknüpft mit der historischen Entwicklung des Zwecks der «guten Sitten» ist das ihr zugrunde liegende fundamentale Spannungsverhältnis zwischen Faktizität und Normativität, welches auch die aktuellen Diskussionen um die Grundformeln der Generalklausel bestimmt (lit. C).

Es ist heute im schweizerischen und deutschen Schrifttum weitgehend anerkannt, dass die *ausfüllungsbedürftige* Generalklausel der «guten Sitten»⁵²⁸ unterschiedliche Normzwecke und Regelungsfunktionen erfüllt:⁵²⁹ Im Vordergrund steht die *soziale Schutzfunktion* der Generalklausel vor inakzeptablen Vertragsinhalten. Insbesondere im Geschäftsleben hat sich die Sittenklausel dem minimalen Schutz der vertraglich schwächeren Partei vor ökonomischer Ausbeutung angenommen und als solche weitgehend etabliert.

Neben einer mit der Schutzfunktion einhergehenden Abschreckungsfunktion der Klausel können zurückgehend auf *Teubner* drei weitere Funktionen unterschieden werden:⁵³⁰ die Rezeptions-, die Transformations- und die Delegationsfunktion,⁵³¹ welche wertvolle dogmatische Abstufungen vor Augen geführt haben, wie beispielsweise, dass die Transformationsfunktion die eigentliche zweckmässige Normbildung beinhaltet⁵³² und dass Normzwecke und Struktur der Generalklausel komplexer sind, als einmal angenommen wurde. Dies hat etwa zur Konsequenz, dass heute kaum mehr von einem «offenen Einfallstor» in die soziale Realität die Rede ist.⁵³³

Ferner ist anerkannt, dass in die Selbstbestimmung der Parteien im Vertragsrecht eingegriffen werden kann und dass privatautonome Vereinbarungen «im Interesse

ebenfalls bis ins Jahr 1977 ihre Ehemänner um Erlaubnis fragen, wenn sie einer Berufsarbeit nachgehen wollten. Die Vereinsgesetze verboten ab 1850 allen Frauen die Teilnahme (*Wapler*, 31 ff.). Mit dem Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau, das am 1. Juli 1958 in Kraft getreten ist, wurden erstmals die Vorrechte des Ehemannes über die Familienangelegenheiten (Güterrecht, Kinderrechte) gelockert; vollständig aufgehoben wurden diese im Jahre 1977. Dies nur zehn Jahre früher als in der Schweiz.

⁵²⁸ *Bucher*, OR AT, 256; *Huguenin*, § 4 Rz, 410 ff.

⁵²⁹ Hierzu schon anderenorts *Hotz*, Einheit des Privatrechts, 200; v.a. *Esser*, Grundsatz und Norm, 324; *Teubner*, 60 ff., 65 ff., 115; es resultiert die Kritik an einer Einheitstheorie; *MüKo-Armbrüster* § 138 BGB Rn. 1 ff.; *BK-Kramer*, Art. 19/20 OR N 170 ff.; *BSK OR I-Huguenin*, Art. 19/20 OR N 33 f.

⁵³⁰ *Hotz*, Einheit des Privatrechts, 200 f.

⁵³¹ Unter der Delegationsfunktion wird nach *Teubner* die eigentliche richterliche Rechtsfortbildungs- und Gesetzgebungsfunktion verstanden, nämlich der Verweis auf die Rechtsordnung, das heisst auf die Rechtsethik (*Teubner*, 108 f.), unter Rezeptionsfunktion versteht er die der richterliche Aufnahme von Sozialnormen (*Teubner*, 65 ff.) und unter der Transformationsfunktion wird die richterliche Umwandlung von Wertvorstellungen in Sozialnormen verstanden; vgl. *Auer*, 125 ff.

⁵³² *Haberstumpf*, 111; *Schricker*, 212 ff.; *Teubner*, 100 ff., 105.

⁵³³ *Teubner*, 16; *Hirsch, Ernst E.*: Zu einer «Methodenlehre der Rechtswissenschaft», JZ 1962, 329 ff.; *idem*, Rezeption als sozialer Prozess, Berlin 1981. Diese einst als *Einbruchsstelle neuer Rechtsauffassungen* propagierte und zu Zeiten des Nationalismus sich als riskante Instrumentalisierungsmöglichkeit entpuppende Funktion erscheint damit relativiert zu sein: *Rüthers, Bernd*: Die unbegrenzte Auslegung (1968), 7. Aufl., Tübingen 2012, 214 ff.; *Wolf/Neuner*, § 46 Rn. 11; *Auer*, 118 f.; betr. *Volksempfinden*, s. RG, Urteil vom 13. März 1936 (V 184/35) = RGZ 150, 1.

der Gesellschaft»⁵³⁴ durch die der Rechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe⁵³⁵ beschränkt werden können.⁵³⁶ – Trotz einer Umschreibung der «guten Sitten» mit wenigen Grundformeln (dazu gleich anschliessend, lit. C) wird allgemein davon ausgegangen, dass für eine Umschreibung der Klauselinhalte Fallgruppen nötig sind. Es entspricht der herrschenden Lehre in allen drei Rechtsordnungen, dass die «guten Sitten» sich nicht abstrakt, sondern nur konkret durch Fallgruppenbildungen umschreiben bzw. konkretisieren lassen (zu diesen nachfolgend, Ziff. V).⁵³⁷ Damit geht einher, dass sich die Doktrin in den letzten 30 Jahren kaum mehr grundsätzliche Gedanken zu einer allgemeinen Umschreibung oder zu allgemeineren Konkretisierungskriterien der Generalklausel der «guten Sitten» gemacht hat. Mit der Entwicklung von Fallgruppenbildungen ist eine Metaebene für ein deduktives Vorgehen geschaffen worden. Zugleich mögen die Fallgruppen eine höhere Rechtssicherheit bieten; was aber auch umstritten bleibt. Gewiss ist, dass der Generalklausel der «guten Sitten» das Spannungsverhältnis zwischen Normativität und Faktizität inhärent ist.

Die Rechtsanwendung der Generalklausel der «guten Sitten» ist – so wie sie heute verstanden wird – ohne einen aktuellen Bezug zu den Wertvorstellungen unserer Gesellschaften und Rechtsordnungen unmöglich, deshalb unterliegt sie auch einem steten Wandel des Wertungsmassstabes. – Welche moralischen Konzeptionen sind also in welchen Kulturkreisen angesprochen, und welche «anderen» sind zugelassen? Die Kernfrage lautet: Ist ein ethischer Minimalkonsens in einer heutigen pluralistischen Gesellschaft überhaupt (noch) zu finden? Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz und Deutschland wird dies heute bejaht:⁵³⁸ Bei aller Kritik an der Klausel, es handle sich um eine «Leerformel», wird jedoch – meist mit Referenz auf *Mayer-Maly* – an einem sog. «*ethischen Minimum*» festgehalten, das auszumachen sei und ohne welches unsere Gesellschaft nicht existieren könne.

Doch welche Werte sind heute noch *evident* und können *telquel* verallgemeinert und durchgesetzt werden? Wie ist ein ethischer Minimalkonsens im Einzelfall in der Bankenpraxis oder innerhalb des Familienlebens auszumachen? *Als eine Sichtung existierender Fallgruppen? Als eine Lesung von Grundrechtskatalogen?* Bleibt es im Einzelfall nicht bei einem *Gefühl der Entscheidenden*, dass etwas so und nicht anders zu sein habe? – Anders gewendet: Wie soll aus einem Sein ein Sollen resultieren?⁵³⁹ Braucht es dazu nicht andere Rechtsnormen, die Orientierung (allenfalls Differenzierung) bieten? Dass beispielsweise ein Gericht Umfragen anstellt, um zu einer

⁵³⁴ Es geht eben nicht um «höhere Interessen», wie oft geschrieben wird: *Ohly*, AcP 201 (2001), 1 ff., 30.

⁵³⁵ BGE 123 III 101 E. 2, BGE 129 III 604, BGE 133 III 167.

⁵³⁶ KuKo OR-Herzog, Art. 19 OR N 12.

⁵³⁷ Mit *Esser*, Vorverständnis, 73 f. ist der Begriff der Umschreibung demjenigen der Konkretisierung der Generalklausel vorzuziehen; rechtsvergleichend zu den Fallgruppen *Kötz*, *RabelsZ* 58 (1994), 209 ff.; vgl. krit. zur Fallgruppenbildungsmethode: *Weber*, AcP 192 (1992), 516 ff.; *idem*, *Erwiderung*, AcP 194 (1994), 90 f.

⁵³⁸ *MüKo-Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 11.

⁵³⁹ Ähnlich *Simitis*, 69; zum Sein-Sollen-Problem und einem noch etwas anderen Aspekt: s.a. *Teubner*, 90: Die Umwandlung von Sein in Sollen sei schon einen Schritt früher auf der sozialen Ebene erfolgt, *sodass es grundsätzlich kein Problem darstellt*, wenn Gerichte Sozialnormen anwenden.

Streitfrage Mehrheitsmeinungen zu erfahren, ist zwar ein interessantes und an sich sinnvolles Vorgehen zur Meinungsermittlung und eigenen Meinungsbildung,⁵⁴⁰ es vermag aber letztlich keinen demokratisch legitimierten und rechtlich verbindlichen Massstab für die «guten Sitten» darstellen.⁵⁴¹ Ein Diskurs, der diesbezüglich (beispielsweise zwischen Bankenpraxis und Familienleben) differenzieren könnte, würde wohl Raum schaffen für die Anerkennung «anderer Sitten», ohne das Moralische ganz relativieren zu müssen und zu können.⁵⁴²

Schliesslich gilt, es auch noch die folgenden Fragen zu beantworten: Wie muss entschieden werden, wenn der Minimalkonsens nicht ausgemacht werden kann?⁵⁴³ Wird dann konsequent den rechtsethischen Wertungsmassstäben (d.h. nach Verfassung/Grundrechten und allen weiteren Rechtsnormen der Rechtsordnung, vgl. dazu Ziff. C.2.b-c) oder der öffentlichen Ordnung gefolgt? Oder sollte man sich dann an das Vertragsrecht – namentlich an das Grundprinzip der Selbstbestimmung – halten?

C. Was besagen die Grundformeln zur Umschreibung der «guten Sitten»? (Schweiz, Deutschland)

Trotz aller Offenheit, welche die Generalklausel der «guten Sitten» den Gerichten bei der Anwendung und bei der Beurteilung, ob ein Vertrag sittenwidrig ist, erlaubt,⁵⁴⁴ sind in der schweizerischen und deutschen Lehre und Rechtsprechung zwei Grundformeln zur Umschreibung der «guten Sitten» zu erkennen, die jedoch in verschiedenen Variationen existieren: die sog. Anstandsformel (Ziff. 1) und die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien (Ziff. 2).

1. Anstandsformel

a) Anstandsformel nach deutschem Recht

Schon bei der Kodifizierung des BGB diskutiert⁵⁴⁵ und noch heute zitiert,⁵⁴⁶ ist die sog. Anstandsformel des deutschen Reichsgerichts:⁵⁴⁷ «das Anstandsgefühl aller billig und

⁵⁴⁰ Vgl. hierzu das berühmte Urteil des Berliner Verwaltungsgerichts VG Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2000 (VG 35 A 570.99 = NJW 2001, 983): Es gab der Bordell-Café-Betreiberin letztlich Recht und erteilte ihr die Gaststättenbewilligung, denn sie leiste der Unsittlichkeit keinen Vorschub mit ihrem Café. Als Entscheidungsgrundlage holte das Gericht *50 Stellungnahmen von sozialen Vereinen und Institutionen ein*, namentlich der Caritas oder des Kirchen- oder Gewerkschaftsbundes (dazu mehr unter § 7); vgl. auch den bereits erwähnten Fall des Bundesverfassungsgerichts zum «Sittengesetz» aus dem Jahr 1957.

⁵⁴¹ Teubner, 112; Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 Rn. 16, 60.

⁵⁴² Schmid, Moralische Integrität, 9.

⁵⁴³ Als Gegenbeispiel führt etwa MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 11 f. an, dass die Erteilung einer atomrechtlichen Genehmigung, deshalb nicht *per se* sittenwidrig sein könne.

⁵⁴⁴ BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 169; NK-Looschelders, § 138 BGB, Rn. 34.

⁵⁴⁵ Mugdan, 726.

⁵⁴⁶ Allerdings eher in Zusammenhang mit § 826 BGB: z.B. BGH, Urteil vom 19. November 2014 – Az. VI ZR 336/12 betr. Haftung eines unqualifizierten Wirtschaftsprüfers, der sich als Experte ausgibt; BGH, Urteil vom 4. Juni 2013 (VI ZR 288/12) betr. falsche Werbeaussagen; zu § 138 BGB siehe BGH, Urteil vom 6. Februar 2009 – V ZR 130/08 = NJW 2009, 1346, 1347. Diese Urteile und § 826 BGB knüpfen an eine «besondere Verwerflichkeit», an ein ethisch inakzeptables

gerecht Denkenden». Im Schrifttum hat sich *Rolf Sack* im Jahre 1985 zuletzt ausführlich mit der Anstandsformel und deren Varianten auseinandergesetzt.⁵⁴⁸ *Sack* gelangte zum Schluss, dass die Formel einen gewissen Bedeutungsgehalt habe, denn sie stellt klar,⁵⁴⁹ dass es sich nicht um eine bloße Referenz auf die Mehrheit von Ansichten in einer Gesellschaft handelt. Vielmehr wird mit der Klausel auf die Vorstellungen der «gerecht denkenden Menschen» bzw. eines «verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden» Bezug genommen.⁵⁵⁰

Historisch betrachtet handelte es sich dabei um die Vorstellungen eines «ehrbaren Kaufmanns im Handelsverkehr».⁵⁵¹ – Und will man zeitlich noch weiter zurückgehen, lässt sich auch die Vorstellung von *Savigny* herbeiziehen, der den Juristen und Richter als «Repräsentant[en] des Volksgeistes» amten sah,⁵⁵² was nichts anderes besagt, als dass historisch nie davon ausgegangen worden war, dass jedermann Recht auf zufällige Weise sprechen würde.⁵⁵³ – Das weist auf ein immer noch ungelöstes Grundproblem der Generalklausel hin: *Von wessen «guten Sitten» oder Anstand ist die Rede?* Diese Anstandsformel wird denn heute in der deutschen Lehre auch mehrheitlich als Leerformel betrachtet⁵⁵⁴ und als überholt angesehen, da sie – wie die Generalklausel selbst – kaum Erkenntnisse zu bieten vermag.⁵⁵⁵

b) Rezeption der Anstandsformel im schweizerischen Recht

Die sog. Anstandsformel wurde auch im schweizerischen Recht rezipiert. Das Schweizerische Bundesgericht zitiert die Grundformel allerdings kaum je in der vollen Brei-

Verhalten eines Vertragsbrüchigen, was als klarer Hinweis dafür gewertet werden kann, wie die «herrschenden Moralvorstellungen» als Bewertungsmaßstab von Verhalten weiterleben. – Es stellt sich hier freilich die Frage der einheitlichen Anwendung der «guten Sitten» innerhalb des BGB, nach h.M. *MüKo-Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 14 f.; *Palandt/Ellenberger*, § 138 BGB Rn. 17; nach NK-*Looschelders*, § 138 BGB Rn. 26 wird davon ausgegangen, dass die Normzwecke (Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts vs. Verhalten) und Rechtsfolgen (Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts/Schadenersatz) durchaus verschieden sind und deshalb nicht notwendigerweise Parallelität bestehen müsste: BGH, Urteil vom 9. Juli 1953 – IV ZR 242/52 = NJW 1953, 1665 = BGHZ 10, 228, 232 f.

⁵⁴⁷ RG, Urteil vom 11. April 1901 (VI 443/00) = RGZ 48, 124; RG, Urteil vom 15. Oktober 1912 (VII 231/12) = RGZ 80, 219.

⁵⁴⁸ *Sack*, NJW (1985) 14, 765; s. zum Ganzen bereits die Monografie von *Haberstumpf* (1975), 73 f. und *Arzt*, 19 ff., 104 f.

⁵⁴⁹ *MüKo-Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 14; *Sack*, NJW (1985) 14, 762.

⁵⁵⁰ *Sack*, zu § 1 UWG, NJW (1985) 14, 761 ff., 762 Anm. 8; *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994) 105 ff., 108.

⁵⁵¹ RG, Urteil vom 11. April 1901 (VI 443/00) = RGZ 48, 114, 125.

⁵⁵² *Wieacker*, 392 f.; *Sack*, NJW (1985) 14, 764 m.w.H.; allerdings gibt es keinen direkten Beleg aus der Entstehungsgeschichte des BGB, der *Savigny's Votum* direkt mit § 138 BGB in Verbindung brächte.

⁵⁵³ Motive I, 211; *Mugdan*, 725 bereits zum seriösen deutschen Richterstande.

⁵⁵⁴ *Haberstumpf*, 73 f.; *Sack*, NJW (1985) 14, 761 ff., 765 m.w.H., der doch eine gewisse Konkretisierung in der Anstandsformel erkennen will, wobei sich noch verschiedene Stufen der «Leerhaftigkeit» unterscheiden lassen.

⁵⁵⁵ Bes. krit. *Heldrich, Andreas*: Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, AcP 186 (1986), 74 ff., 93 ff.; *MüKo-Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 14 f.; *Soergel/Hefermehl*, § 138 BGB Rn. 5; *HKK-Haferkamp*, § 138 BGB Rn. 1.

te, sondern verweist meist auf das «allgemeine Anstandsgefühl».⁵⁵⁶ Manchmal wird auch auf die «Vorstellungen der Leute vor Ort verwiesen».⁵⁵⁷ Ältere Bundesgerichtsentscheide sprechen dagegen noch von «sittlichem Gefühl».⁵⁵⁸ Heute wird die Anstandsformel in der Schweiz gemeinsam und mit der zweiten nachfolgend gleich zu diskutierenden Grundformel kombiniert und lautet dann regelmässig wie folgt: «[...] gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen».⁵⁵⁹

Eine Sittenwidrigkeit kann zum einen in der vereinbarten Leistung oder in dem damit angestrebten mittelbaren Zweck liegen; zum anderen kann sie sich auch daraus ergeben, dass eine «*notwendig unentgeltliche Leistung mit einer geldwerten Gegenleistung verknüpft wird*».⁵⁶⁰

2. Rechtsethische Vorstellungen und Wertungen

a) Ethisches Minimum

Die «guten Sitten» werden heute weniger mit *dem Anstandsgefühl* begründet, sondern aus den unserer Gesellschaft und Rechtsordnung immanenten Wertungen abgeleitet. Die zweite bekannte Grundformel zur Umschreibung der «guten Sitten» lautet: das sog. «ethische Minimum», das *von Tuhr* geprägt hat.⁵⁶¹ Dieses ist gleichbedeutend mit der Formel «ethischer Grundkonsens», die von *Mayer-Maly*⁵⁶² stammt, und mit derjenigen der «konsensfähigen Ethik», die *Kramer* bekannt gemacht hat.⁵⁶³ Gemeinsam ist der Vorstellung dieser drei Autoren, dass sie keine Priorisierung für ein spezifisches Wertesystem vornehmen, sie gehen vielmehr von einem einheitlichen, alles (noch) zusammenhaltenden beweglichen System aus (insbesondere *Mayer-Maly*). Andere Autoren räumen dagegen spezifischen Wertesystemen den Vorrang ein: Sei es etwa den rechtsethischen Wertungen der Verfassung (*Nipperdey*⁵⁶⁴) oder den Wertungen der Moral (*Larenz*⁵⁶⁵).

⁵⁵⁶ *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger*, Rn. 668; *von Tuhr/Peter*, 251; BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 170; *Bucher*, OR AT, 255; BSK OR I-Huguenin, Art. 19/20 OR N 32.

⁵⁵⁷ BGE 94 II 5 E. 5: «[...] le juge suisse doit donner une appréciation fondée sur les conceptions morales reçues au sein de la population du ressort où il siège»; BGE 129 III 604 E. 5.3: «par le sentiment général des convenances».

⁵⁵⁸ BGE 51 II 162 E. 3, 104 II 6 E. 2a: «ob die Bindung das zulässige Mass überschreite und ob der Verpflichtete im Freiheitsgebrauch in einem das sittliche Gefühl verletzenden Grad im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB beschränkt sei».

⁵⁵⁹ BGE 123 III 101 E. 2, 132 III 455 E. 4.1, 136 III 474 E. 3; manchmal wird auch zusätzlich noch die «herrschende Moral» herbeigezogen: s. BGE 115 II 232 E. 4a: «Verträge, die gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen»; vgl. auf Französisch BGE 133 III 167 E. 4.3: «un contrat ou une clause qui va à l'encontre d'un principe moral généralement reconnu, porte atteinte aux principes et jugements de valeur inhérents à notre ordre juridique».

⁵⁶⁰ BGE 115 II 232 E. 4a.

⁵⁶¹ *Von Tuhr/Peter*, 256, Anm. 8, 13.

⁵⁶² *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105 ff., 131: *Mayer-Maly* sieht in der Schaffung der «Einheit des Sollens» (107) eine Hauptfunktion der Generalklausel.

⁵⁶³ BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 174; *Larenz/Neuner*, § 46 N 1.

⁵⁶⁴ Sog. Lehre der Ordnungsfunktion, die sich v.a. an der Verfassung und dem freiheitlichen und sozialen Rechtsstaat orientiert und in ihrem Wirkungsanspruch nicht auf die Generalklausel

In der schweizerischen Doktrin wird heute in Anschluss an *Kramer* vertreten, dass die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts sich nach dem gesellschaftlich ethischen Minimum bestimme, während es die Schranke der öffentlichen Ordnung nach Art. 19/20 OR sei, die auf Wertvorstellungen und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung zurückgreife.⁵⁶⁶

b) Die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertvorstellungen

Aus dieser zweiten Grundformel leitet sich die heute gebräuchlichere Variante ab, die das «ethische Minimum» wie folgt präzisiert: Sittenwidrig ist ein Vertrag, der gegen «die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertvorstellungen» verstösst.⁵⁶⁷ Die «guten Sitten» sprechen in dieser Grundformel die «Grundwerte der Rechtsordnung»⁵⁶⁸ und die rechtsethischen Vorstellungen oder die «Rechtsmoral, die Rechtsethik»⁵⁶⁹ an.⁵⁷⁰ Es lässt sich mit *Egger* – allerdings zu Art. 27 Abs. 2 ZGB – in etwas anderen Worten auch formulieren, es müssen in jedem Fall die *Schranken des Rechts* gewahrt bleiben, eine Gegenüberstellung von Sittlichkeit und Recht (nach Art. 27 Abs. 2 ZGB) sei irreführend.⁵⁷¹ Dem ist insoweit – ohne Weiteres – zuzustimmen, als es widersprüchlich wäre, Verträge für gültig zu erklären, die gegen das geltende Recht und gegen die der Rechtsordnung zugrunde liegenden und sich aus ihr rückschliessbaren Wertvorstellungen und Prinzipien verstossen würden.⁵⁷²

von § 138 BGB angewiesen war: *Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl*: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch, 15. Aufl., Tübingen 1959; 74 ff., 78, 91 ff., 97, 301 f.

⁵⁶⁵ *Larenz, Juristen-Jahrbuch*, 98 ff.

⁵⁶⁶ Z.B. *Huguenin*, § 4 Rn. 407 ff., 411 ff.; *BK-Kramer*, Art. 19/20 OR N 156, 174.

⁵⁶⁷ *Larenz/Neuner*, § 46 N 12; *Larenz/Wolf*, § 41 N 12 ff.; *Larenz, Juristen-Jahrbuch*, 98 ff.; *MüKo-Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 11 f.; BGH, Urteil vom 3. April 2004 = NJW 2008, 2026 ff.: «Als sittenwidrig im Sinne dieser Vorschrift ist ein Rechtsgeschäft zu beurteilen, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren ist.»; *Bucher*, OR AT, 256; *Schwenzer*, Rn. 32.18; BGE 133 III 167 E. 4.3; 129 II 604 E. 5.3, BGE 115 232 E. 4a.

⁵⁶⁸ BGE 115 II 232 E. 4c.

⁵⁶⁹ *ZK-Egger*, Art. 27 ZGB N 15; *Bucher*, OR AT, 256 und *idem*, Persönlichkeitsrechte, 218 ff. greift den Begriff Rechtsmoral auf und verweist weiter auf die Theorien der phänomenologischen Wertethik.

⁵⁷⁰ Geht auf *Simitis* (1960) und seine Trennung der Fälle in solche, die gegen die öffentliche Ordnung (*Ordre public*) verstossen und in solche, die gegen die «guten Sitten» verstossen (sexueller und familiärer Bereich) zurück; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff., 235 ff. plädierte für die Ausweitung der Fälle von «rechtlicher Unmöglichkeit» zulasten der Sittenklausel m.w.H.; *Damm*, JZ 1986, 913 ff., 918: «Entdrammatisierung der Sittenklausel: von qualifizierter zur einfachen Rechtswidrigkeit»; *BK-Kramer*, Art. 19/20 OR N 172 ff.; dezidiert *Esser/Weyers*, II, 202 ff.; *Soergel/Hefermehl*, § 138 BGB Rn. 7, 10; *MüKo-Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 11; *Palandt/Ellenberger*, § 138 BGB Rn. 3.

⁵⁷¹ Nach *ZK-Egger*, Art. 27 ZGB N 17 handelt es sich einmal um geschriebenes und das andere Mal um ungeschriebenes Recht. Daraus leitet sich auch weiter ab (*ibid.* N 22), dass die «guten Sitten» das gesamte ungeschriebene Recht ansprechen und dabei den Oberbegriff zum Schutz der öffentlichen Ordnung (Schutz der Gemeinschaft) und zum Persönlichkeitsschutz (Schutz des Individuums) bilden.

⁵⁷² *Larenz/Wolf*, 746 ff., 747 f.; *Larenz, Juristen-Jahrbuch*, 98 ff., 109.

Es lassen sich dazu zwei Ansätze unterscheiden: Zum einen wird vertreten, dass diese Grundformel neben den herrschenden gesellschaftlichen Moralvorstellungen auch auf die rechtsethischen Vorstellungen verweist. Das heisst, dass die Generalklausel auf *sozial- und rechtsethische Wertungen* verweist. Das bedeutet nichts anderes, als dass im Rahmen der Rechtsordnung (noch) von einem ethischen Minimum einer Gesellschaft ausgegangen wird. Diese Meinung ist sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz vorherrschend. Zum anderen wird vertreten, dass die «guten Sitten» *ausschliesslich auf rechtsethische Vorstellungen rekurrieren sollen* und dass sie damit die «öffentliche Ordnung» ansprechen und primär die geltenden Gesetzes- und Verfassungsschranken umfassen.⁵⁷³ Ein solches Verständnis von der Sittenklausel liegt beispielsweise dem deutschen Strafrecht explizit zugrunde.⁵⁷⁴

c) Vorrang der rechtsethischen Wertungen

Eine Mehrheit im deutschen Schrifttum geht von einem Vorrang der rechtsethischen Prinzipien und Wertungen der Rechtsordnung gegenüber den gesellschaftsethischen Wertungen aus.⁵⁷⁵ Teils schlägt die Doktrin ausdrücklich ein gestaffeltes Vorgehen vor: Das bedeutet, dass nur für den Fall, dass keine der Rechtsordnung innewohnenden rechtsethischen Wertungen und Prinzipien eruiert werden können, sozioethische massgebend sein sollen.⁵⁷⁶

Der Verweis auf die rechtsethischen Prinzipien und Wertungen umfasst die rechtlichen Wertungen von Verfassungs- oder Grundrechten.⁵⁷⁷ Diese sollen in das Privatrecht miteinfließen, damit privatrechtliche Verträge diesen Wertungen nicht (zumindest nicht unbegründet) widersprechen können: «Bei der Auslegung dieser Bestimmung [§ 138 Abs. 1 BGB] hat das Grundgesetz eine besondere Bedeutung».⁵⁷⁸ Das Bundesverfassungsgericht erklärt in ständiger Rechtsprechung, dass Grundrechte «als objektive Normen ein Wertesystem» statuieren, welches für sämtliche Bereiche der Rechtsordnung Geltung beansprucht und über die reine Abwehrfunktion hinausgeht. Der Einfluss der Grundrechte wird auch als ein Teil des *Ordre public* betrachtet.⁵⁷⁹ – Zu dieser öffentlichen Ordnung zählt nach deutschem Recht etwa die Sozial-

⁵⁷³ Hierzu gehören etwa: *Esser/Weyers*, II, 202 ff. und insbesondere *Simitis*.

⁵⁷⁴ BGH, Urteil vom 26. Mai 2004 (2 StR 505/03). «[...] betrifft weniger außerrechtliche, ethisch moralische Kategorien. Um dem Gebot der Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens zu genügen, muß der Begriff der guten Sitten auf seinen rechtlichen Kern beschränkt werden. Ein Verstoß gegen die Wertvorstellungen einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder des mit der Tat befaßten Strafgerichts genügt nicht. Läßt sich nach rechtlichen Maßstäben die Sittenwidrigkeit nicht sicher feststellen, scheidet eine Verurteilung wegen eines Körperverletzungsdelikts aus [...]»

⁵⁷⁵ *Wolf/Neuner*, § 46 Rn. 16; *Palandt/Ellenberger*, § 138 BGB Rn. 6 und *MüKo-Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 12; *BeckOK-Wendtland*, § 138 BGB Rn. 18 geht jedenfalls von der höheren praktischen Relevanz der rechtsethischen Entscheidungen aus.

⁵⁷⁶ *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 51; *Palandt/Ellenberger*, § 138 BGB Rn. 6.

⁵⁷⁷ *BeckOK-Wendtland*, § 138 BGB Rn. 17; *Soergel/Hefermehl*, § 138 BGB Rn. 11.

⁵⁷⁸ BGH, Urteil vom 26. Januar 1989 (X ZR 23/87) = NJW 1989, 1477 m.w.H.; BVerfGE, Beschluss vom 19. Oktober 1993 (1 BvR 567 und 1044/89) = JZ 1994, 408-413, 409 f.; anders: BGH, Urteil vom 19. Januar 1989 (IX ZR 124/88) = JZ 1989, 494 ff., 495 mit Anm. von *Heinrich Honsell*; so auch für das schweizerische Recht: *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, Rn. 668.

⁵⁷⁹ BGH, Urteil vom 28. April 1986 (II ZR 254/85) = NJW 1986, 2944 zur Berufsfreiheit – Art. 12 Abs. 1 GG; *Palandt/Ellenberger*, § 138 BGB Rn. 3; obschon der Einfluss der Grundrechte sich freilich in erster Linie in den zwingenden privatrechtlichen Bestimmungen bemerkbar macht.

staatklausel (Art. 20 Abs. 2 GG, Art. 28 Abs. 1 GG), denn es ist unbestritten, dass die «guten Sitten» eine soziale Funktion haben. Zu den massgeblichen Wertentscheidungen zählen ferner der Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), das Recht auf freie Entfaltung (Art. 2 GG), das Diskriminierungsverbot (Art. 3 GG) und die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).⁵⁸⁰ Darüber hinaus bedeutet ein Verweis auf die rechtsethischen Prinzipien und Wertungen aber auch, dass das Wertesystem anderer inländischer Gesetze beachtet wird und dass auch aus dem Sinnzusammenhang der unterschiedlichen Rechtsnormen auf die rechtsethischen Wertungsmassstäbe geschlossen werden kann.

Im Zwischenresultat ergibt sich für das deutsche Recht: Es ist das gesamte rechtliche und rechtsethische System für die Umschreibung und Auslegung der «guten Sitten» herbeizuziehen; in der Regel geht es nicht mehr um die Rezeption von «ausserrechtlichen Werten». Die Schranke der «guten Sitten» dient zusammenfassend dazu, die «Grundwerte der Rechtsordnung» zu schützen.⁵⁸¹ Der Verweis auf die rechtsethischen Wertungen und Prinzipien ist zugleich auch eine Referenz auf die «öffentliche Ordnung», die § 138 BGB nicht ausdrücklich ausformuliert. In der schweizerischen Doktrin⁵⁸² erscheint der Vorrang der Rechtsordnung inne wohnenden rechtsethischen Vorstellungen dagegen weniger explizit. Die Rechtsprechung weist zudem, wie ausgeführt, immer noch beständig auf die «herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe» (BGE 115 II 232 E. 4a) hin.

Ob sich allerdings mit einer Grundformel, die sich «aus dem gesamten rechtlichen und rechtsethischen System» speist, das den «guten Sitten» zugrunde liegende Spannungsverhältnis zwischen Faktizität und Normativität bereits auflösen lässt, darf bezweifelt werden, denn die Auflösung dieses Spannungsverhältnisses setzte *erstens* voraus, dass der entscheidenden Personen in jedem Fall rechtliche und rechtsethische Wertungen zur Verfügung stünden, die als Inhalte der «guten Sitten» dienen könnten. *Zweitens*, verbliebe auch bei einer streng befolgten Herbeiziehung «rechtsethischer Wertungen» wie beispielsweise dem Schutz der Menschenwürde immer ein Spielraum zwischen normativ relevanten und anderen Schranken. Das ist zwar ein Problem, dass sich bei jeder Referenz auf das Konzept der Menschenwürde stellen würde, gewonnen wäre aber dennoch eine Verschiebung von pluralistischer gewordenen sozio-kulturellen Schranken der Selbstbestimmung im Vertragsrecht hin zu einer Grenze, die auf rechtlichen und rechtsethischen Vorstellungen von individueller Menschenwürde basiert.

Damit in Zusammenhang stehen die nachfolgend zu erörternden weiteren aktuellen Fragen zur Anwendbarkeit der «guten Sitten».

⁵⁸⁰ Palandt/Ellenberger, § 138 BGB Rn. 4; Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 51 ff.

⁵⁸¹ BGE 115 II 232 E. 4c.

⁵⁸² BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 172, 174: keinen expliziten Vorrang der «öffentlichen Ordnung» vor der Alltagsmoral; Belser, 412 ff.; Huguenin, § 4 Rn. 5 ff.

D. Weitere aktuelle Problemstellungen

1. Soll mit den «guten Sitten» nur eine äusserste Grenze der Kontrolle gesetzt werden?

Mit der Betonung von rechtlichen und rechtsethischen Prinzipien und Wertungen, die massgebend sein sollen für den Inhalt der «guten Sitten», akzentuiert sich auch die Frage, ob die «guten Sitten» eine äusserste Grenze der Inhaltskontrolle darstellen sollen. Sollen die «guten Sitten» nur dann zur Anwendung gelangen, wenn ein Vertrag *komplett inakzeptabel* ist? Beispielsweise weil er eben fundamental gegen das Konzept der Menschenwürde verstösst (z.B. Kinder als Ware behandelt, das ist ein bekannter Kritikpunkt gegenüber dem Leihmutterchaftsvertrag). Oder sollen die «guten Sitten» als vertragliche Schranke der Selbstbestimmung schon dann zur Anwendung gelangen, wenn ein Vertrag noch «nicht genügend der Verfassungsordnung» entspricht.⁵⁸³ Ein Anwendungsbeispiel im Zusammenhang mit dem Konzept der Menschenwürde könnte beispielsweise ein Vertrag sein, der leicht sexistisches Schriftmaterial betrifft oder auch Anwendungsfälle, die auf ungleichen Verhandlungspositionen beruhen.⁵⁸⁴ Es besteht zwar Einigkeit hinsichtlich des grundsätzlichen Schutzes, den die Sittenklausel leisten soll.⁵⁸⁵ Wird aber etwa davon ausgegangen, dass diese Kontrolle nur dort greifen soll, wo Selbstbestimmung und Freiheit einer Partei fehlen,⁵⁸⁶ ist eher von einer hohen Eingriffsschwelle in das Selbstbestimmungsrecht auszugehen.

Anerkannt ist ferner, dass die «guten Sitten» zurückhaltend angewendet werden sollen, wenn es sich um gesellschaftlich umstrittene Fragen ordnungspolitischer Natur handelt.⁵⁸⁷ Insofern soll die Abgrenzung zur Rechtswidrigkeit (§ 134 BGB, Art. 19/20 OR) gewahrt bleiben.⁵⁸⁸ – Freilich kann gerade umstritten sein, was eine ordnungspolitische Frage ist oder nicht, beispielsweise dann, wenn es um die selbstbestimmte Lebensführung geht.

Einigkeit besteht auch insofern, als der Kontrollgegenstand der «guten Sitten» nicht nur den konkreten Vertragsinhalt, sondern darüber hinaus auch den mittelbaren und unmittelbaren Vertragszweck betreffen kann.⁵⁸⁹ Gemeint ist beispielsweise, dass eine Partei ein qualifiziertes Motiv hat, einen rechtsethisch verpönten Vertrag einzugehen und dies die Grundlage des Vertrags ist, was von der Gegenpartei erkannt wird.

⁵⁸³ So wörtlich *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 139; als äusserste Schranke der Inhaltskontrolle verstanden haben will sie z.B.: *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 236.

⁵⁸⁴ BVerfGE, Urteil vom 13. Mai 1986 – 1 BvR 1542/82 (72, 155); BVerfGE, Urteil vom 7. Februar 1990 – BvR 26/84 (81, 242) = NJW 1990, 1469; BVerfGE, Beschluss vom 19. Oktober 1993 (1 BvR 567 und 1044/89) = JZ 1994, 408-413; BVerfGE, Urteil vom 6. Februar 2001 – 1 BvR 12/92 (103, 89) = NJW 2001, 957.

⁵⁸⁵ *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 40 ff., insb. Rn. 48.

⁵⁸⁶ *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 14 f., 23 f., 31.

⁵⁸⁷ Zum Ganzen *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 40 ff., insb. Rn. 48 ist ein vermittelnder Weg zwischen der Anwendung der Generalklausel bei blossen «Extremfällen» und weitgehenden Kontrollbefugnissen der Gerichte auszugehen, es müsse aber eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten sein.

⁵⁸⁸ *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff., 236: keine «*ungeschriebenen rechtlichen Verbote*» konstruieren.

⁵⁸⁹ *BK-Kramer*, Art. 19/20 OR N 202 ff.; *Huguenin*, § 4 Rn. 413; *ZK-Egger*, Art. 27 ZGB N 20.

Im Resultat ergibt sich aus einem solchen engen Verständnis der «guten Sitten»: Solange Vertragsinhalte und -umstände im Hinblick auf die rechtsethischen Wertstellungen unserer Rechtsordnung noch vertretbar sind, umso weniger muss die Kontrolle der «guten Sitten» greifen und ein Vertrag sollte nicht der Disposition der Parteien entzogen werden. Das entspricht der Selbstbestimmung im Vertragsrecht, unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung, die zweifellos umstritten sind.

2. Mindeststandard im Geschäftsverkehr (Wucher)

Wird ein Mindeststandard an Schutz im Geschäftsverkehr angesprochen, den die «guten Sitten» gewährleisten sollen, stehen heute zahlenmässig die sog. Wucherfälle im Vordergrund (es ist eine der grössten Fallgruppen, vgl. Ziff. V).

Es wird weniger an einen vertraglichen Schutz der Selbstbestimmung resp. an den Schutz *vor* Selbstbestimmung im Allgemeinen oder in Lebensbelangen der «Liebe», Sex und Fortpflanzung gedacht. Das spiegelt zunächst einmal nur die allgemeine Entwicklung, in welcher es zum einen eine Verschiebung der Fallgruppen der «guten Sitten» von allgemein persönlichen Lebensbelangen zu rechtsgeschäftlichen Belangen stattgefunden hat und zum anderen auch eine Tendenz hin zu spezialgesetzlichen Schranken im Geschäftsverkehr zu erkennen ist (vgl. Ziff. V).

Es besteht insoweit ein markanter Unterschied zwischen dem schweizerischen und dem deutschen Recht, weshalb an dieser Stelle auf die Wucherfälle eingegangen werden soll: Der deutsche Wuchertatbestand findet in § 138 Abs. 2 BGB ihren Niederschlag, während im schweizerischen Recht ein von den «guten Sitten» separater Rechtsbehelf, nämlich derjenige der Übervorteilung (Art. 21 OR) diese Funktion wahrnimmt: Wucher nach deutschem Recht wird verstanden als erhebliche Wertdisparität zwischen den Vertragsleistungen ist eine mögliche Erscheinungsform eines sittenwidrigen Geschäfts, das ausdrücklich im Gesetz geregelt ist. Während die deutsche Lehre zum Wucher unter § 138 Abs. 2 BGB eine breite Tradition sowie eine Entwicklung verzeichnet, werden sog. Wucherfälle in der schweizerischen Rechtsordnung höchstens im Einzelfall unter dem Titel der «guten Sitten» (Art. 19/20 OR) behandelt.⁵⁹⁰ Nach dem Grundsatz *lex specialis derogat generali* werden die Fälle eines «offenbaren Missverhältnisses» zwischen Leistung und Gegenleistung im Geschäftsverkehr im schweizerischen Recht in der Regel von Art. 21 OR erfasst.⁵⁹¹ Eine Begründung des Bundesgerichtes hierzu lautet, dass eine «Wertdisparität der Vertragsleistungen zu verbieten, [...] gerade nicht Ziel der Grundwerte unserer Rechtsordnung [sei] [...]; dieser Problemkreis wird [...] abschliessend vom Übervorteilungs-

⁵⁹⁰ BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 202 ff.; BGE 93 II 189 betr. Wucherzins von 26%.

⁵⁹¹ BGE 115 II 232 E. 4c betr. Rückzug eines Rekurses gegen eine nicht aussichtslose Baubewilligung durch Nachbarin gegen eine hohe Geldleistung sowie der Einräumung eines Wohnrechts durch Bau Immobilien AG (Sittenwidrigkeit verneint); BGE 95 II 55 betr. Solidarbürgschaft im Höchstbetrag von CHF 84'000.– zur Sicherung einer Kreditschuld von CHF 70'000.–, nicht jede über die finanziellen Verhältnisse des Bürgen hinausgehende Verpflichtung sei unsittlich; BGE 43 II 803; Zufferey-Werro, 133 ff., 138 f.; BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 21, Art. 21 OR N 4; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Rn. 733 f.; BSK OR I-Huguenin, Art. 19/20 N 40; Giger, 71.

tatbestand des Art. 21 OR erfasst»⁵⁹² – wobei das Bundesgericht es leider unterlässt zu erwähnen, welches die Grundwerte sind, die dann umgekehrt unter Art. 19/20 OR geschützt werden sollen. Ein Teil der schweizerischen Lehre subsumiert Fälle von extremer Inäquivalenz jedoch unter die Sittenklausel (dazu gleich anschliessend).⁵⁹³ *Zufferey-Werro* begründet dies etwa damit, dass beide Bestimmungen historisch nicht voneinander getrennt gedacht werden können und dass beiden Normen der gleiche Zweck zukommt, nämlich einen Mindeststandard im Geschäftsverkehr zu bewahren.⁵⁹⁴ Hinzu kommt nach *Zufferey-Werro*, dass aufgrund des persönlichen Unterlegenheitserfordernisses nach Art. 21 OR institutionelle oder systemische Umstände nicht erfasst seien (namentlich Monopolsituationen) und deswegen von einem Konkurrenzanspruch zwischen den beiden Rechtsbehelfen auszugehen sei.

Der Übervorteilungstatbestand nach Art. 21 OR entspringt jedoch dem gleichen Gedanken wie der deutsche Wuchertatbestand: der Einhaltung eines Mindeststandards im Geschäftsverkehr. Die schweizerische Bestimmung hat § 138 Abs. 2 BGB zum Vorbild und beide Regelungsnormen gehen ideengeschichtlich auf das Institut der *laesio enormis* zurück, welches im römischen Kaufrecht galt.⁵⁹⁵ Der Terminus Wucher hat sich in der Schweiz zwar unter keinem der Rechtstitel durchgesetzt, ist aber im Rahmen des Begriffs des Wucherzinses geläufig. – Im deutschen Recht hat sich der Begriff des Wuchers erst im 19. Jahrhundert durchgesetzt.⁵⁹⁶ Normzweck der Wucherbestimmung war primär die *öffentliche Ordnung*, das heisst das öffentliche Interesse an der Bekämpfung von «gemeinschädlichem» Verhalten im Geschäftsverkehr.⁵⁹⁷ Wucher ist ein Anwendungsfall von § 138 Abs. 1. BGB.⁵⁹⁸ Da es schwierig ist, die subjektive Seite – die Intention zur Ausbeutung – nachzuweisen, ist der BGH jedoch relativ früh auf § 138 Abs. 1 BGB ausgewichen, um auch alle sog. *wucherähnlichen Geschäfte* für sittenwidrig erklären zu können.⁵⁹⁹ Im Gegensatz zum deutschem Recht,⁶⁰⁰ erfordert der Tatbestand der Übervorteilung nach Art. 21 OR weiterhin subjektiv, dass sich eine Partei in einer Schwächelage befindet und die andere Vertragspartei diese willentlich ausnutzt, um eine Wertdisparität in den Vertragsleistungen zu erzielen.⁶⁰¹ Ein Teil der schweizerischen Lehre fordert zwar ebenfalls seit Langem eine Ab-

⁵⁹² BGer 4A_479/2010 vom 17. Februar 2011, E. 3; BGE 115 II 232 E. 4c.

⁵⁹³ BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 205; *Schwenzer*, Rn. 32.32; *Huguenin*, § 4 N 451 ff.; BSK OR I-Huguenin, Art. 21 OR N 21; *von Tuhr/Peter*, 260; a.A. *Bucher*, OR AT, 258; *Gauch, Peter*: Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung – BGE 123 III 292 ff., in: *recht* (1998) 2, 55 ff., 57 f.; *Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger*, Rn. 676; *Koller*, § 13 N 175.

⁵⁹⁴ *Zufferey-Werro*, 133–136.

⁵⁹⁵ Neben einem Zinsmaximum: *Staudinger/Coing*, § 138 BGB Rn. 32; *Bucher*, OR AT, 228 f.

⁵⁹⁶ *Benöhr*, 86: das Deutsche Reichsgericht hatte den Wucher von 1867–1880 noch nicht als sittenwidrig angesehen.

⁵⁹⁷ *Benöhr*, 92.

⁵⁹⁸ *Staudinger/Coing*, § 138 BGB Rn. 34, 42.

⁵⁹⁹ *MüKo-Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 116 betr. Verbraucherschutz; *Palandt/Ellenberger*, § 138 BGB Rn. 34aff.

⁶⁰⁰ Erscheinungsformen des Wuchers sind insbesondere der Kredit- und der Mietwucher, während die sog. wucherähnlichen Geschäfte traditionell unter Abs. 1 subsumiert werden: *Soergel/Hefermehl*, § 138 BGB Rn. 71, 74 ff.

⁶⁰¹ BGE 92 II 168 (subjektive Voraussetzung ist Geschäftsunerfahrenheit); BGE 61 II 31 (subjektive Voraussetzung ist Leichtsinns eines alten Mannes im Zusammenhang mit Heirat); *Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger*, Rn. 740 ff.; *Koller*, § 13 N 175.

schwächung dieser rechtlichen Voraussetzung und plädiert für ein allgemeineres zusätzliches Tatbestandselement zur Inäquivalenz wie beispielsweise dasjenige des Missbrauchs einer Machtstellung (namentlich *Oftinger, Kramer*).⁶⁰² Ferner wird vorgeschlagen, das zusätzliche Element in einer Persönlichkeitsverletzung oder einem besonders krassen Missbrauch zu sehen.⁶⁰³ Keinem dieser Vorschläge, welche nichts anderes darstellen als eine Rezeption der deutschen Wucherlehre, ist die schweizerische Rechtsprechung bisher jedoch gefolgt.

3. Flexibilisierung der Rechtsfolgeregelungen

- a) Von der Nichtigkeit über die Teilnichtigkeit bis hin zur einseitigen Berufung auf die Ungültigkeit des Vertrages?

Der *ratio legis* der Generalklausel entsprechend – nur eine äusserste Grenze der Selbstbestimmung im Vertragsrecht zu sein und nur einen Mindeststandard im Rechtsverkehr zu gewährleisten – entspricht es grundsätzlich, in diesem sehr engen Anwendungsbereich von einer Rechtsfolge der *Nichtigkeit von Amtes wegen (inter omnes)* auszugehen. Andernfalls wird (auch) diese äusserste Grenzziehung unscharf. Entsprechend gehen die gesetzlichen Bestimmungen (§ 138 BGB, Art. 19/20 OR) von der Nichtigkeit des Vertrages aus. In der schweizerischen und in der deutschen Lehre und Rechtsprechung wurde aber schon relativ früh überlegt, die strenge Rechtsfolge der Nichtigkeit im Sinne eines *favor negotii* und eines Vertrauensschutzes auf eine normzweckorientierte Nichtigkeitsbeschränkung und/oder eine mögliche Teilnichtigkeit zu reduzieren.⁶⁰⁴

Diesem Bedürfnis liegt u.a. die folgende allgemeine Problematik zugrunde: Zwecks Beurteilung des Verstosses gegen die «guten Sitten» eines Vertrags wird traditionell auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt.⁶⁰⁵ Allerdings kann sich mit der Laufzeit eines Vertrags der Nachteil einer ursprünglich übermässigen Bindung in einen Vorteil für die zu schützende Partei umschlagen, sodass diese nunmehr ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrags im reduzierten Umfang bzw. an einer Auflösung *ex nunc* bekundet.

In der schweizerischen Rechtsprechung werden deshalb heute nur diejenigen Teile eines Vertrags für unverbindlich angesehen (Art. 20 Abs. 2 OR), welche gegen das Übermassverbot verstossen, es sei denn, die Parteien hätten den Vertrag ohne die betreffende Regelungen gar nicht geschlossen oder es lasse sich nicht bestimmen,

⁶⁰² *Oftinger, Karl*, Betrachtungen über Laesio im schweizerischen Recht, in: von Caemmerer, Ernst/Kaiser, J. H./Kegel, G./Müller-Freienfels, W./Wolff, Hans Julius (Hrsg.) Athen 1973, 535 ff.; zustimmend *BK-Kramer*, Art 19/20 OR N 205.

⁶⁰³ *BK-Kramer*, Art. 19/20 OR N 205; *Zufferey-Werro*, 139 («disproposition crasse»).

⁶⁰⁴ Schon *Simitis*, 192 f.; *Hübner, Heinz*: Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften, in: Festschrift für Franz Wieacker zum 70., Göttingen 1978, 399; v. *Tuhr/Peter*, Bd. I, 261 f., v. *Tuhr*, Bd. II, 74 f.; bereits früh a.A. *Zimmermann*, Moderationsrecht, 80 ff.; *Claire Huguenin*: Nichtigkeit und Unverbindlichkeit als Folgen anfänglicher Vertragsmängel, Bern 1984; *Zufferey-Werro*, Rn. 1673 ff.; *Beckmann*, 328 ff., 331, 278 ff. (Übermassfälle); *Hofer*, recht 2008, 63; BSK ZGB I-*Huguenin/Reitze*, Art. 27 N 18 ff.; *Hausheer/Aebi-Müller*, Rn. 11.17.

⁶⁰⁵ Nach BGH, Urteil vom 28. April 2015, Az. XI ZR 378/13, Rn. 69 betr. Sittenwidrigkeit von Swap-Geschäften Zpt. der Vornahme des Rechtsgeschäfts; s.a. BGZ 72, 308, 314; BGH, Urteil vom 10. Februar, Az. V ZR 51/11 = WM 2012, 2015 m.w.H.

welche Teile von der Nichtigkeit ausgeschlossen sein sollen.⁶⁰⁶ Die durch Teilnichtigkeit der Vertragsklausel entstandene Lücke ist nach dem mutmasslichen Parteiwillen zu füllen.⁶⁰⁷ In diesem Rahmen wird ein Rechtsakt in seiner Intensität auf das erlaubte Mass reduziert oder ein übermässig lange dauernder Vertrag wird entsprechend sachgerecht für kündbar erklärt.⁶⁰⁸

In der deutschen Rechtsprechung bleibt zwar die Gesamtnichtigkeit des Vertrags bei Sittenverstoss – gemäss den meisten Belegstellen – die Regel, sofern das Restgeschäft nicht nach dem (mutmasslichen) Parteiwillen gültig bleiben soll und dies auch möglich ist.⁶⁰⁹ Allerdings ist auch anerkannt, dass Übermassfälle auf das erlaubte Mass reduziert werden können.⁶¹⁰ Es kann ferner rechtsmissbräuchlich sein, wenn sich die sittenwidrig handelnde Partei zulasten der anderen auf die Generalklausel beruft.⁶¹¹ – Doch ist den Bedenken von *Armbrüster* insoweit zu folgen, als über die Hintertür von Treu und Glauben ein einmal für sittenwidrig befundenes Geschäft nicht mehr zu heilen ist.⁶¹² In der deutschen Doktrin scheint sich hinsichtlich der Anpassung der Rechtsfolgen eine Unterscheidung zwischen gegenseitigem und einseitigem Handeln gegen die «guten Sitten» im Vertrag etabliert zu haben:⁶¹³ Nur im zweiten Fall besteht die Gefahr der Benachteiligung einer Partei, wenn der Vertrag für unwirksam erklärt wird.

Während die Möglichkeit einer Modifizierung der Nichtigkeitsfolge für sich genommen kaum mehr umstritten ist, wird etwa noch Folgendes diskutiert: In der Schweiz konzentriert sich die Diskussion darauf,⁶¹⁴ dass Verträge, die gegen das Persönlichkeitsrecht verstossen, *nicht mehr von Amtes wegen* zu beachten sein sollen – es sei denn, es handle sich dem Gegenstand nach um eine Verletzung des Kernbereichs der Persönlichkeit.⁶¹⁵ In anderen Worten formuliert: Nur wenn der *Kernbereich der Per-*

⁶⁰⁶ BGE 96 II 132.

⁶⁰⁷ Z.B. betr. Auswahl der Forderungen bei Globalzession, BGE 112 II 433 E.4.

⁶⁰⁸ BGE 129 III 209 E. 2.2, 120 II 35 E. 4a-b S. 40 f.; 114 II 159 E. 2c; 107 II 219 E. 3; 107 II 419 E.a-b; 80 II 327.

⁶⁰⁹ MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 155 ff., 158, 161 wobei er die normzweckorientierte Reduktion der Nichtigkeitswirkung grundsätzlich in beschränktem Umfang anerkennt; *Palandt/Ellenberger*, § 139 BGB Rn. 14 ff., 16; *Alternativkomm-Damm*, § 138 BGB Rn. 87 ff., 90; zum Ganzen *Beckmann*, 328 ff., 333 ff.; BGH, Urteil vom 2004 = NJW 2005, 3061 ff.

⁶¹⁰ *Beckmann*, 278 ff., 332 ff. (Übermassfälle); vgl. zwei aktuellere Beispiele: die Einschränkung des Verbots von Erfolgshonoraren sollte nicht zu einer weitergehenden Nichtigkeitsfolge bezüglich Anwaltsvertrags führen: BGH, Urteil vom 5. Juni 2014, Az. IX ZR 137/12, Rn. 13; die sich bei einem ehevertraglichen Ausschluss des Versorgungsausgleichs im Einzelfall ergebenden Rechtsfolgen der Unwirksamkeit des Ausschlusses der Versorgungsausgleichs oder der Vertragsanpassung betreffen zwar die gesamte rechtliche Tragweite des Ehevertrags; es wäre der belasteten Partei jedoch nicht gedient, den gesamten Vertrag für nichtig zu erklären: vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2014 – III ZR 375/12, Rn. 14 (s.a. BGHZ 158 81, 86).

⁶¹¹ *Palandt/Ellenberger*, § 138 BGB Rn. 19 ff., 21.

⁶¹² MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 155 ff., 157.

⁶¹³ MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 155 ff., 161 wobei die normzweckorientierte Reduktion der Nichtigkeitswirkung grundsätzlich bejaht wird, allerdings in beschränktem Umfang; *Soergel/Hefermehl*, § 138 BGB Rn. 108 ff.; *Beckmann*, 331 f.

⁶¹⁴ Siehe auch nachfolgend unter XXX Lit. IV/A; bereits anderenorts: KuKo ZGB-Hotz, N 10 f.; zum Ganzen *Hofer*, recht 2008, 58 ff.

⁶¹⁵ BGE 129 III 428 E. 2.2, betr. Verfügungs- und Selbstbindungsfähigkeit ausserhalb des Kernbereichs der Persönlichkeit bestätigt in BGE 136 III 401 E. 5.2.2., 5.4.2 und 5.5; bereits von *Bucher* (BK-Bucher, 27 ZGB N 523 ff., 559 ff.) bereits im Jahre 1979 entwickelt und vertreten; s.a. BSK

sönlichkeit verletzt ist, liegt auch ein Verstoß gegen die «guten Sitten» vor; anderenfalls handelt es sich um eine einfache Persönlichkeitsverletzung, die eine Nichtigkeit von Amtes wegen *zu rechtfertigen* vermögen würde.⁶¹⁶ Dies entspreche dem Gedanken des Persönlichkeitsschutzes und dem *subjektiven Empfinden von verletzter Selbstbestimmung*. Dies stehe im Gegensatz zur Inhaltskontrolle von Verträgen wegen eines (sonstigen) Sittenverstosses nach Art. 19/20 OR. Die Inhaltskontrolle von Verträgen im genannten Sinne verfolgt von Amtes wegen auch das öffentliche Interesse und die sozial- und rechtsethischen Vorstellungen.⁶¹⁷

b) Stellungnahme

Im Hinblick auf die Tatsache, dass die Grenzen zwischen Übermassverbot und Verletzung des Kernbereichs der Persönlichkeit fließend und Überschneidungen unvermeidlich sind,⁶¹⁸ kann die Frage gestellt werden, ob es im Interesse einer zu schützenden Partei und eines ernst zu nehmenden Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 27 ZGB (als Teil des Grundrechtsschutzes) sein kann, wenn das Übermassverbot nicht von Amtes wegen geprüft wird. Daraus ergibt sich: Der *ratio legis* der Generalklausel entsprechend sollte grundsätzlich bei den Voraussetzungen der Nichtigkeit eines Vertrages angesetzt werden und diese allenfalls (z.B. hinsichtlich des Masses an Selbstbestimmung) flexibel gehandhabt werden.⁶¹⁹ So ist davon abzuraten, erst im Nachhinein die Modifikation der Nichtigkeitsrechtsfolgen zu erwägen, denn dies würde es nur noch erschweren, die äusserste Grenze und den Mindeststandard zu umschreiben und durchzusetzen.

Dass die betroffene und belastete Partei ein Interesse daran haben kann, dass der ursprünglich beim Abschluss sittenwidrige Vertrag später nicht mehr aufgehoben wird, ist ohne Weiteres zu anerkennen. Dies gilt insbesondere für die Übermassfälle, die rechtstechnisch ohne Weiteres auf das erlaubte Mass reduziert werden können, statt sie für nichtig zu erklären. Generell soll das Gericht aufgrund des Normzwecks der Generalklausel nicht befugt sein, den Vertrag auch gegen den Willen der belasteten/zur schützenden Partei (einseitig) für ungültig zu erklären.⁶²⁰ Parallel zu diesem Resultat verläuft: Die Selbstbestimmung der belasteten/zur schützenden Partei war (offenbar) weder zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch zu dem nunmehr zu würdigenden späteren Zeitpunkt beeinträchtigt. Um sich über diesen Willen der Partei hinwegsetzen zu können, bräuchte es schärfer umrissene Inhaltsgrenzen in Form von Verbotsgesetzen.

Ob das Gericht die Nichtigkeit in solchen Fällen von Amtes wegen prüft oder nicht, ist gemessen am Resultat von untergeordneter Bedeutung. Wichtig ist jedoch, dass

ZGB-I-Huguenin/Reitze, Art. 27 N 18 ff., BSK OR-I-Huguenin, Art. 19/20 N 55 ff.; Steinauer/Fontoulakis, 286, 294, 297 ff.; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo § 11 Rn. 15.

⁶¹⁶ BGE 129 III 428 E. 2.2.

⁶¹⁷ BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 183; CHK-Kut/Schnyder, Art. 19-20 OR N 16, 23, 31; betr. Nichtigkeit aufgrund Widerrechtlichkeit wird differenziert: BGE 119 II 22 E. 2; 117 II 48, E. 2a.

⁶¹⁸ BGE 104 II 108 E. 5; 102 II 211; Hausheer/Aebi-Müller, Rz 11.13; Kramer, recht 2004, 31.

⁶¹⁹ KuKo-Herzog, Art. 20 OR N 13; kritisch auch: Piotet, 504 ff.

⁶²⁰ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 680d ff., 685 ff., 687; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 11 Rn. 7 ff., 15; BGE 129 III 428 E. 2 war insofern tatsächlich ein Ausnahmefall, denn es klagten nicht die betroffenen Vertragsparteien, sondern die Erben.

Graubereiche umschrieben werden, welche die Voraussetzung dafür bilden, dass der Vertrag von einem Gericht bzw. einer Behörde unter dem Titel der «guten Sitten» oder des Persönlichkeitsschutzes kontrolliert werden darf: Sehr lange andauernde (z.B. über fünf Jahre) oder komplexe Verträge (z.B. Unternehmensverträge) oder Verträge, die in irgendeiner Form personale, emotionale und/oder körperliche Bereiche betreffen (z.B. der Prostitutionsvertrag, der Ehevertrag oder der Leihmutter-schaftsvertrag) oder auch alltagsrelevante wirtschaftliche Belange beinhalten, sind nach der hier vertretenen Ansicht von Amtes wegen grundsätzlich auf eine verbotene, übermässige persönlichkeitsverletzende Bindung und ihre Teilnichtigkeit hin – also in Bezug auf «*Graubereiche*» – zu prüfen (dazu Kapitel 10, 11).

Diese Debatte zeigt das hier zu diskutierende Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und Schutz klar auf. Entscheidend ist diesbezüglich die Frage nach dem Normzweck der «guten Sitten»: Sollen Vertragsparteien individuell massvoll geschützt und/oder bestimmte Vertragsinhalte kontrolliert werden? Und wann soll die Gesellschaft generell vor gewissen Vertragsinhalten geschützt werden?

E. Zwischenergebnisse

Zusammenfassend ergibt sich für das geltende Recht, dass heute sowohl in der deutschen und schweizerischen Rechtsordnung die Generalklausel der «guten Sitten» mehrheitlich *nicht infrage gestellt wird*. Methodologische Fragen zum Richterrecht oder zu den Normzwecken werden heute kaum mehr kontrovers diskutiert. Auch wenn sich die Grundformeln der Sittenklausel über die Zeit etwas angepasst haben, erscheinen diese relativ beständig. Während die Anstandsformel heute in der deutschen Doktrin als Leerformel bezeichnet wird und vom BGH praktisch nur noch in Fällen von § 828 BGB zur Anwendung kommt, wird diese vom Schweizerischen Bundesgericht regelmässig noch mit der zweiten Grundformel kumuliert (als Textbaustein des Bundesgerichts mitverwendet).

Es entspricht herrschender Lehre und Rechtsprechung in beiden Rechtsordnungen, dass die Generalklauseln auf gesellschafts- und rechtsethische Wertungsmaßstäbe verweisen, wobei den rechtlichen Wertungen der Vorrang zukommt. Dies ergibt sich klar aus der deutschen Lehre, während die schweizerische noch zurückhaltender erscheint.

Ferner genügt es für die Geltendmachung der Sittenwidrigkeit in subjektiver Hinsicht, dass die Beteiligten die die Sittenwidrigkeit begründenden Fakten kennen oder sich ihrer Kenntnis wenigstens fahrlässig verschliessen.

An der Art und Weise der Prüfung der «guten Sitten» hat sich über die Zeit *ebenfalls* nichts Grundsätzliches geändert:⁶²¹ Es besteht für Richterinnen und Richter in jedem Fall ein *erhöhter Begründungsbedarf*, der ältere Entscheide zur Generalklausel, zu Rechtsregeln und rechtsethischen Prinzipien und Wertvorstellungen miteinbezieht. Daran, dass gewisse persönliche Wertungen der Entscheidenden einfließen, erscheinen heute auch keine Zweifel mehr zu bestehen, zumal dies bei jedem ethisch rele-

⁶²¹ So auch Auer, 119, Anm. 55.

vanten Urteil der Fall sein dürfte. Auch wenn es vereinzelt vom deutschen Bundesgerichtshof im Rahmen von Fällen zur Sittenklausel zu Gutachten oder praktischen Meinungsumfragen gekommen ist,⁶²² kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich diese Prozedur als ein Standard zur Eruiierung der faktischen gesellschaftlichen Wertvorstellungen zur betreffenden Frage etabliert hätte. Einen Ersatz richterlicher Würdigung können solche Vorgehen indes nicht darstellen. – In der Schweiz hat das Bundesgericht einem Urteil zu den «guten Sitten» noch nie eine Umfrage zugrunde gelegt.

Würde oder müsste man die Normzwecke allgemein umschreiben, ergebe sich, dass die «guten Sitten» primär der Inhaltskontrolle eines Vertrages dienen und nicht der Abschlusskontrolle, wobei die Grenzen fließend sind.⁶²³ Dabei dienen die «guten Sitten» dem *Sozialschutz* im Sinne eines *allgemeinen* Schutzes im Geschäfts-, Arbeits- oder Familienleben sowie einem *individuellen Persönlichkeitsschutz*. Die aktuelle Debatte zu den Rechtsfolgeregelungen (Schweiz) spiegelt das hier zu diskutierende Spannungsfeld von Selbstbestimmung und Schutz. Die entscheidende Frage ist die nach dem Normzweck der «guten Sitten»: *Sollen Vertragsparteien geschützt und/oder Vertragsinhalte kontrolliert werden? Und wann soll die Gesellschaft vor welchen Vertragsinhalten geschützt werden?*

III. Dogmatische Grundlagen von *kôjo ryôzoku*

A. *Kôjo ryôzoku*: Generalklausel der «guten Sitten» im japanischen Recht

1. Eine Kurzformel

Der Generalklausel der «guten Sitten» im schweizerischen und deutschen Recht entspricht nach japanischem Obligationenrecht *kôjo ryôzoku* (公序良俗).⁶²⁴ Ein Verstoss gegen die guten Sitten oder die Sittenwidrigkeit wird im Japanischen mit *kôjo ryôzoku ihan sei* (公序良俗違反性) übersetzt. Genau genommen setzt sich der Begriff *kôjo ryôzoku* (公序良俗) jedoch aus den Schriftzeichen für *zwei Generalklauseln* zusammen: der «öffentlichen Ordnung», *ôyake no chitsujô* (公の秩序), und der «guten Sitten», *zenryô no fûzoku* (善良の風俗). Die erste Generalklausel steht für die allgemeinen Werte der Öffentlichkeit und der gesamtjapanischen Gesellschaft, die zweite bedeutet wörtlich so viel wie die «gute oder tugendhafte Sittlichkeit»;⁶²⁵ damit sind die gesellschaftlichen Moralvorstellungen angesprochen.⁶²⁶ Während im älteren Schrifttum – etwa vom berühmten Zivilrechtswissenschaftler *Sakae Wagatsuma* –

⁶²² Vgl. Fn. 1276 zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1957 sowie Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin zum Fall Café Psst! aus dem Jahre 2000.

⁶²³ Lorenz, 246.

⁶²⁴ Statt vieler Götze, Bernd, Deutsch-Japanisches Rechtswörterbuch, 5. Aufl., Giessen 2006, 245.

⁶²⁵ Sittlichkeitsdelikte sind etwa «*fûzoku zai*» 風俗罪.

⁶²⁶ *Wagatsuma/Ariizumi/Shimizu*, 200.

noch beide Generalklauseln getrennt umschrieben wurden,⁶²⁷ wird heute nur noch das Entstehen der Kurzformel *kôjo ryôzoku* erklärt und diese danach verwendet.⁶²⁸

Die *herrschende Lehre* geht davon aus, dass sich die beiden Begriffe «gute Sitten» und «öffentliche Ordnung» inhaltlich decken und daher nicht unterschieden werden müssen. Nach Ômura beispielsweise bedeutet die Klausel zusammengefasst, «was sich in der Gesellschaft gehört» (*shakai datôsei*),⁶²⁹

Die Ausgangslage für eine Untersuchung von Art. 90 *Minpô* ist demnach vergleichbar mit derjenigen im deutschen und im schweizerischen Recht.⁶³⁰ Allerdings ist von Anfang an festzuhalten, dass es sich bei der Klausel *kôjo ryôzoku* um eine Kurzformel handelt, welche die Termini der «guten Sitten» wie auch der «öffentlichen Ordnung» umfasst. Sollten also in dieser Untersuchung mitunter die «Sittenklauseln» oder die «guten Sitten» in allen drei Rechtsordnungen angesprochen werden, so stellt dies lediglich eine sprachliche Vereinfachung dar.

2. Rechtshistorischer Hintergrund

a) Die Entwicklung zu Art. 90 *Minpô*⁶³¹

Im Auftrag des japanischen Justizministeriums entwarf *Gustave Emile Boissonade* Ende des 19. Jahrhunderts einen ersten relevanten Entwurf zu einem Zivilgesetzbuch, dem «alten Zivilgesetzbuch» (fortan als *Kyû Minpô* bezeichnet), der auch der *Boissonade'sche Entwurf*⁶³² genannt wird und der weitgehend auf dem französischen *Code civil* von 1804 beruht. Obschon das *Kyû Minpô* nie in Kraft trat,⁶³³ lohnt es sich, dessen Regelungen in Erinnerung zu rufen, denn diese zeigen zum einen, wie komplex der japanische Rezeptionsprozess war, und zum anderen, warum im geltenden *Minpô* der französische Einfluss nachwirkt.⁶³⁴

Die «Sittenklausel» figuriert im *Boissonade'schen Entwurf* als aArt. 349.⁶³⁵ Von einer vollkommenen Übereinstimmung des *Kyû Minpô* mit dem *Entwurf von Boissonade* kann damit nicht ausgegangen werden, denn dort figuriert die Bestimmung noch als Art. 328 *Kyû Minpô*,⁶³⁶ inhaltlich allerdings unverändert: «Die Vereinbarung der Par-

⁶²⁷ Wagatsuma, *Minpô*, 271.

⁶²⁸ Wagatsuma/Ariizumi/Shimizu, 200.

⁶²⁹ Ômura, *Minpô*, 64 ff., 68, 263 ff., 363; Yamamoto, *Minpô*, 265 ff., 275; Uchida, 275 f.

⁶³⁰ So etwa ausdrücklich Wagatsuma/Ariizumi/Shimizu für das deutsche Recht, 200: diese Kommentartabelle fügt auch Art. 6 und Art. 1133 CC als gleichbedeutend mit Art. 90 *Minpô* an.

⁶³¹ Dazu bereits schon früher Hotz, ZJapanR 13 (2008) 25, 106 f.

⁶³² Boissonade, 129 ff.; s. zum Ganzen Yamamoto, *Kôjo ryôzoku*, 111 ff.

⁶³³ Boissonade verfasste allerdings nur den Teil zum Vermögensrecht; die Teile zum Personen- und Erbrecht wurden bewusst im Hinblick auf kulturelle Differenzen den japanischen Gelehrten überlassen: Kitagawa, Rezeption, 30 ff.

⁶³⁴ Morita, Art. 90/91 *Minpô*, 94 ff., 101; Yamamoto, *Minshô-hô Zasshi*, 133-53-285; *idem*, *Kôjo ryôzoku*, 111 ff.; *idem*, *Minpô* 90 jô, 110 ff.; Ômura, 11 ff.; Yonekura, *Hôgaku Kyôshitsu*, Nr. 54-62.

⁶³⁵ «On peut, par les conventions particulières, déroger à la loi commune, y ajouter ou en retrancher des effets, pourvu qu'il ne soit dérogé ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs»; Yamamoto, *Kôjo ryôzoku*, 111 ff., insb. 114.

⁶³⁶ Abgedruckt in: Wagatsuma, *Kyû-hôrei-shû*, 132; an dieser Stelle muss präzisiert werden, dass vonseiten der japanischen Behörden vor der Verkündung des *Kyû Minpô* offenbar noch einige Änderungen vorgenommen worden waren: vgl. Boissonade, nouvelle édition, II ff.

teien oder deren Wirkungen dürfen gegen eine gewöhnliche Rechtsregel verstossen, es sei denn, es liege ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten vor». Nach *Boissonade* geht die Bestimmung auf Art. 6 des *Code civil* (CC) von 1804 zurück, der bereits erwähnt worden ist (vgl. lit. II.A.3).⁶³⁷

Diese alte Bestimmung unterscheidet sich von der heutigen Klausel *kôjo ryôzoku* nach Art. 90 *Minpô*. Dabei handelt es sich um eine Kombination der heute geltenden Art. 90 und Art. 91 *Minpô* (vgl. nachfolgend Ziff. 3), die allen privatautonomen Vereinbarungen – egal ob sie gegen eine Rechtsnorm verstossen oder nicht – gleichermaßen eine Schranke der Sitten- und Ordnungswidrigkeit setzen will. *Boissonade* sah nach aArt. 349 in etwa folgende *Inhaltskontrollen* vor, wobei er die angeführten Beispiele nicht abschliessend verstanden wissen wollte:⁶³⁸ 1.) Die *Partei persönlich betreffende Inhalte*, wie beispielsweise solche, welche die Rechtsfähigkeit berühren oder die persönliche Freiheit beschränken (u.a. lebenslange Einkerkierung wegen Schulden), oder solche, die den Familienstand und die Familienordnung tangieren. 2.) *Vorausverzicht auf Forderungs- und entsprechende Durchsetzungsrechte* (Klage-recht, Streikrecht). Namentlich die Berufsfreiheit sollte nicht eingeschränkt werden. Allerdings subsumierte *Boissonade* den Wuchertatbestand nicht klar unter aArt. 349 seines Entwurfes (resp. Art. 328 *Kyû Minpô*).⁶³⁹

Nachdem das *Kyû Minpô* wegen grundlegender politischer Uneinigkeiten nicht in Kraft getreten war, fanden unter der Leitung der drei künftigen Gesetzesverfasser (*Tomii Masaaki*, *Ume Kenjirô*, *Hozumi Nobushige*) neue Beratungen über die japanische Zivilrechtskodifikation statt.⁶⁴⁰ Dabei wurden viele unterschiedliche, moderne Kodifikationen bzw. die Entwürfe dazu konsultiert, wobei von einer gewissen Dominanz der europäischen Regelungswerke ausgegangen werden kann. Besonders wichtig war in diesem Zusammenhang der *Erste Entwurf zum Gesetzbuch des Deutschen Reiches* von 1889.⁶⁴¹ Für die Klausel *kôjo ryôzoku* war die am 2. März 1894 durchgeführte 12. Sitzung dieses Ausschusses von Bedeutung,⁶⁴² an der *Tomii* wie folgt plädierte:⁶⁴³ Es bedürfe mehr als nur einer Kontrolle durch Gesetze, welche die öffentliche Ordnung und die «guten Sitten» tangierten; vielmehr sollte jede Vereinbarung und jeder Rechtsakt, die zu einem Verstoss gegen die öffentliche Ordnung und die «guten Sitten» führten, oder die nicht dazu beitrügen, einen solchen zu verhindern, als ungültig eingestuft werden. Ferner hielt es *Tomii* für selbstverständlich, dass auch

⁶³⁷ *Boissonade*, 130.

⁶³⁸ *Boissonade*, 131 f.; *idem*, zu Art. 349, nouvelle édition, 77, 153 f.

⁶³⁹ *Boissonade*, *ibid.*; s.a. *Yamamoto, Kôjo ryôzoku*, 125; *Ômura*, 15.

⁶⁴⁰ Die gegenwärtige Reform des japanischen Obligationenrechts ist zwar strukturell ähnlich organisiert, doch sind nunmehr auch private Forschungsgruppen mit einbezogen worden und der Einfluss der Wirtschaftsmächte ist unvergleichlich grösser geworden.

⁶⁴¹ *Hotz*, 11 ff.

⁶⁴² Ausführungen des Gesetzesverfassers *Tomii, Masaakira*, Protokolle der 12. Sitzung des Kodifikationsausschusses, des Kodifikationsausschusses vom 23. Februar 1894, in: *Nihon kindai rippô shiryô sôshô* 13: Gesammelte Materialien zum geltenden Zivilrecht, Bd. 13, Neudruck Ôsaka 1988, 657 ff.; *Yamamoto, Kôjo ryôzoku*, 115.

⁶⁴³ Aufgrund einer Formulierung, die auf aArt. 95 zurückging: Eine Willenserklärung, die eine Handlung oder einen Zweck bewirkt, die gegen die öffentliche Ordnung oder die «guten Sitten» verstossen, ist nichtig [公の秩序又は善良の風俗に反する行為ヲ目的とする意思表示は無効とする, *ôyake no chitsujô mata wa zenryô no fûzoku ni han suru kôï o mokuteki to suru ishi hyôji wa wa mukô to suru*].

jede ungerechtfertigte Handlung mit dem Zweck, ein Rechtsgeschäft erwirken zu können, dessen Ungültigkeit zur Folge haben würde. Demgegenüber vertrat *Ume* den Standpunkt, man solle auf die Klausel der «guten Sitten» verzichten, denn die Grenzen zwischen Recht und Moral – insbesondere den religiösen Moralvorstellungen (w: 天来道德, *tenrai dōtoku*) – würden dadurch bloss unnötig verwischt. Aufgrund dessen befand *Ume* eine Generalklausel der «öffentlichen Ordnung» für ausreichend.⁶⁴⁴

An der 14. Sitzung des Ausschusses vom 22. März 1894 begründete *Tomii* abermals die Notwendigkeit einer Klausel der «guten Sitten», und zwar mit folgenden Argumenten: 1.) Die Risiken einer (allzu) weiten Anwendung (w: 藍用, *ranyō*) seien auch bei der Generalklausel der öffentlichen Ordnung nicht geringer. 2.) Eine Vermischung von Moral- und Rechtsvorstellungen sei nicht zu befürchten, denn der Terminus öffentliche Ordnung betreffe einzig die Rechtsordnung. Daher sei ein genügender Schutz ohne die Generalklausel der «guten Sitten» nicht gewährleistet.

Hozumi schloss sich der Meinung von *Ume* an: Moralische Vorstellungen sollten demnach keinen Nichtigkeitsgrund bilden.⁶⁴⁵ *Hozumis* Begründung lautete: In Japan bestünden – im Gegensatz zum «Westen» – keine einheitlichen Moralvorstellungen.⁶⁴⁶ Einig waren sich die drei Gesetzesverfasser darin, dass der Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle beschränkt bleiben sollte. Mit anderen Worten: Sie gingen von einem prinzipiell eingeschränkten Anwendungsbereich aus.⁶⁴⁷ Inhaltlich strebte man eine Regelung an, die sich an dem *alten Hōrei* orientierte, also dem Gesetz zur Anwendung ausländischer Gesetze oder dem *Ordre public* nach internationalem Privatrecht.⁶⁴⁸ Ausserdem orientierten sich die japanischen Gesetzesverfasser an den erwähnten Fallgruppen, die bereits *Boissonade* in seinem Entwurf aufgestellt hatte.⁶⁴⁹

So kam es, dass sich Art. 90 *Minpō* schliesslich nach dem deutschen Vorbild im 1. Entwurf zum BGB⁶⁵⁰ sowie nach dem Entwurf von *Boissonade* richtete und als Verstoß gegen die «öffentliche Ordnung» und die «guten Sitten» ausformuliert wurde. Ausserdem entschieden sich die Gesetzesverfasser für eine Regelung der Vertragsfreiheit in einer separaten Bestimmung (Art. 91 *Minpō*).⁶⁵¹ Bemerkenswert daran ist zunächst die hierfür gewählte Gesetzessystematik: Anstatt Art. 91 *Minpō* wie den

⁶⁴⁴ *Ōmura*, 12.

⁶⁴⁵ Protokolle zur 12. Sitzung des Kodifikationsausschusses (Fn. 628), 657 ff.; zur 14. Sitzung vom 23. März 1894, 513 ff.; vgl. *Morita*, Art. 90/91 *Minpō*, 14 ff.; *Katō*, 225; *Yamamoto*, *Kōjo ryōzoku*, 116 f.; *idem*, *Minshō-hō Zasshi*, 133-3-387.

⁶⁴⁶ *Yamamoto*, *Kōjo ryōzoku*, 116 f.

⁶⁴⁷ *Ōmura*, 16 f.; *Morita*, Art. 90/91 *Minpō*, 102; *Katō*, 225; *Yamamoto*, *Minshō-hō Zasshi*, 133-3-387.

⁶⁴⁸ Gesetz Nr. 10 vom 16. Juli 1878; das Gesetz wurde 2006 umbenannt und heisst heute *Hō no tekiyō ni kansuru tsūsoku-hō*, Nr. 78 vom 21. Juni 2006, was so viel bedeutet wie die allgemeinen Voraussetzungen zur Anwendung ausländischer Gesetze. Art. 3 postuliert konkret, dass eine ausländische Norm in Japan nicht angewendet werden dürfe, wenn sie «gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten» verstosse.

⁶⁴⁹ *Ōmura*, 14.

⁶⁵⁰ § 106 des 1. Entwurfes zum BGB lautete: «Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstösst, ist nichtig.» in: *Mugdan*, Benno (Hrsg.), *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 5, Berlin 1899, (ND Aachen 1979); vgl. *Mugdan*, 467 ff.

⁶⁵¹ *Morita*, Art. 90/91 *Minpō*, 105; *Yamamoto*, *Kōjo ryōzoku*, 15; *idem*, *Minshō-hō Zasshi*, 133-3-387.

Art. 6 CC als allgemeine Bestimmung an den Anfang des *Minpô* zu stellen, wurden Art. 90 und 91 *Minpô* gemeinsam – in Anlehnung an die Vorstellungen von *Boissonade* – in die Rechtsgeschäftslehre im Allgemeinen Teil des *Minpô* eingeordnet.

b) Ein Gemeinschaftskonzept (Sakae Wagatsuma)

Nach dem Inkrafttreten des *Minpô* in der frühen Zivilrechtslehre, wurde der Anwendungsbereich von Art. 90 *Minpô* – namentlich durch *Sakae Wagatsuma*⁶⁵² und *Hiroshi Suegawa*⁶⁵³ – relativ bald ausgeweitet:

Wagatsuma verstand den Verstoß gegen die *Kôjo ryôzoku*-Klausel nicht als seltenen Anwendungsfall für extreme Vertragssituationen, sondern als Instrument zur Verwirklichung eines *grundlegenden gedanklichen Konzepts des Rechts*,⁶⁵⁴ namentlich der Einschränkung der Privatautonomie im Rechtsverkehr. Grundlage war seine Vorstellung, dass das Individuum und der Staat «*auf einem natürlich verbundenen Verhältnis des Einzelnen zum Ganzen*» beruhten.⁶⁵⁵

Die individuelle Freiheit in diesem Staatskörper bedeute einerseits eine Pflicht zur Hinwendung zur (staatlichen) Kultur; umgekehrt obliege es dem Staat, dafür zu sorgen, dass die individuelle Freiheit der Bürgerinnen und Bürger gewährleistet werde.⁶⁵⁶ Daraus folgt nach *Wagatsuma*, dass die individuelle rechtsgeschäftliche Freiheit des Einzelnen sich nur im Rahmen der *Gemeinschaft* im Staat entwickeln könne. Anhand von Urteilen versuchte *Wagatsuma* zu illustrieren, was er unter diesem *Gemeinschaftskonzept* verstand:⁶⁵⁷ 1.) gegen die Moral verstossende Rechtsgeschäfte, die einen Menschen z.B. zum Vertragsgegenstand von ungewollter Heiratsvermittlung oder von Liebesdiensten degradieren würden; 2.) die individuelle Freiheit übermäßig beschränkende Rechtsgeschäfte, wie z.B. die Kuppelei von Mädchen; 3.) das Familienverhältnis tangierende Rechtsgeschäfte, wie z.B. eine Vereinbarung zur Adoption; 4.) gegen die Gerechtigkeit verstossende Rechtsgeschäfte, wie z.B. übermäßig lang andauernde Rechtsgeschäfte, die als besonders einschränkend empfunden wurden; 5.) die Gewerbefreiheit stark einschränkende Rechtsgeschäfte, wie z.B. Wettbewerbsverbotsbeschränkungen; 6.) die Interessen des anderen nicht beachtende oder diese arg benachteiligende Rechtsgeschäfte, wie z.B. Wuchergeschäfte; 7.) Verfügungsgeschäfte über existenzielle Vermögenswerte (z.B. Wasser) und 8.) Rechtsgeschäfte über seltene Güter, wie z.B. über postmortale menschliche Organe.

⁶⁵² *Wagatsuma*, Shin kô minpô sôsoku, 270 ff., 271; *Hanrei yori mitaru* «Oyake no chitsujô mata wa zenryô no fuzoku», in: Minpô kenkyû II, Tokyo 1966 (erstmalig 1923), 121 ff., 66.

⁶⁵³ *Suegawa, Hiroshi*: Kôjo ryôzoku no gainen-minpô 90 ni tsuite, in: Zoku minpô ronshu 1961 (erstmalig erschienen 1922), Tokyo, 11.

⁶⁵⁴ Wörtlich: Lehre vom zugrunde liegenden Gedanken 根本理念説 (*konpon rinen setsu*); weiterführend zum Begriff vgl. *Yamamoto, Kôjo ryôzoku*, 12 f.; *Morita*, Art. 90/91 *Minpô*, 102.

⁶⁵⁵ *Yamamoto*, Minshô-hô Zasshi, 133-3-388; *Wagatsuma* ist auch ein Vertreter der Auffassung, dass die Prinzipien von Freiheit und Gleichheit die gemeinsame Grundlage des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts bildeten, Minpô kôgi I, minpô sôsoku (1965), 2 ff.; *idem*, Minpô Kenkyû VIII, 174; *Yamamoto*, Minshô-hô Zasshi, 133-3-388.

⁶⁵⁶ *Wagatsuma*, Minpô Kenkyû VIII, 174.

⁶⁵⁷ *Wagatsuma*, Minpô Kenkyû II, 124.

Nach *Yamamoto* vollzog sich dadurch eine Verschiebung vom sog. Individual- zum Gemeinschaftsprinzip.⁶⁵⁸ Eine Entwicklung, die einherging mit einer Verlagerung von der Vorstellung, das Recht rühre von den Gesetzen bzw. den Individualrechten her, auf die Annahme, es könnte auch aus dem Gemeinschaftsgedanken stammen. Der Staat sei als Gemeinschaft zu verstehen, zu deren Wohl sich jedes Individuum verpflichte; im Gegenzug schütze der Staat die Freiheiten des Individuums.⁶⁵⁹ Daraus wird hinsichtlich der Klausel *kôjo ryôzoku* gefolgert, die zulässigen Vertragsinhalte seien unter Berücksichtigung des *Konzeptes des Gemeinschaftsgedankens* zu bestimmen. Das Institut der Sitten- und Ordnungswidrigkeit wird dadurch zu einem grundlegenden Mittel, das dazu dient, die individuelle Selbstbestimmung im Lichte eines Gemeinschaftskonzepts zu würdigen.⁶⁶⁰

Der Einfluss von *Wagatsumas* Lehre wirkte ungefähr bis Ende der 1960er-Jahre nach. In der Nachkriegszeit war es jedoch allmählich zu inhaltlichen Verschiebungen gekommen, indem gewisse Fallgruppen, welche beispielsweise Familienangelegenheiten oder Grundstückserwerbsangelegenheiten betrafen (und die *Wagatsuma* noch aufgezählt hatte), nicht mehr aufgezählt wurden.⁶⁶¹ – In der japanischen Lehre wird die Rechtsprechung zu Art. 90 *Minpô* denn auch regelmässig in die Zeit vor und die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg eingeteilt.⁶⁶² – Das geht letztlich auf den amerikanischen Einfluss und dessen Änderung des Familienrechts zurück (vgl. dazu Kap. 9 Ziff. II.C).

Seit den 1980er-Jahren⁶⁶³ zeichnet sich eine klare Tendenz hin zum verstärkten Schutz des Geschäftsverkehrs der Parteien, ihres Gewerbes und der Berufsfreiheit ab – oder allgemeiner formuliert: Es besteht eine Bewegung in Richtung Schutz der wirtschaftlichen Ordnung (*keisai no chitsujô*) im Rechtsverkehr. Unter Art. 90 *Minpô* werden fortan zunehmend Fälle zum Schutze von Verbraucherinnen und Verbrauchern, Anlegerinnen und Anlegern, Gewerbe- und Berufsleuten sowie der Schutz deren grundrechtlich geschützten Gewerbe- und Berufsfreiheit oder deren Gleichbehandlungsrecht diskutiert.

An diese Entwicklung und die theoretische Umsetzung von *Wagatsumas* Lehre knüpfen die zwei nachfolgend dargestellten Ansätze von *Ômura* und *Yamamoto* an (vgl. lit. C).

B. Keine Grundformeln im japanischen Recht

Kôjo ryôzoku wird in der japanischen Lehre und Rechtsprechung in der Regel nicht weiter umschrieben. Es existieren also keine namhaften Grundformeln, welche die Klausel umschreiben würden. Üblicherweise wird im Schrifttum nach der zuvor

⁶⁵⁸ Wörtlich: Prinzip des gemeinschaftlichen Körpers 協同主義 (*kyôdô tai shûgi*).

⁶⁵⁹ *Yamamoto*, *Minshô-hô Zasshi*, 133-3-388; *idem*, FS Canaris, 897 ff., 902.

⁶⁶⁰ *Morita*, 102.

⁶⁶¹ Neuerdings *Sakuma*, 199; *Yamamoto*, *Minshô-hô Zasshi*, 133-3-392, Fn. 9.

⁶⁶² *Yamamoto*, *Kôjo ryôzoku*, 123 ff.; *Ishida*, *Kyôto Gakuen hōgaku* 1996, 1 ff., 8.

⁶⁶³ *Ômura*, *Minpô une autre voie*, 15 ff.; *Yamamoto*, *Kôjo ryôzoku*, 143 ff.

nachvollzogenen Herleitung der Kurzformel unmittelbar zur Darstellung von Fallgruppen übergegangen (zu diesen vgl. lit. V).⁶⁶⁴

C. Aktuelle Problemstellungen

1. Vertragsgerechtigkeit oder Schutz der wirtschaftlichen Ordnung (Atsushi Ômura)

Atsushi Ômura formulierte im Jahre 1995 («Sittenwidrigkeit und Gerechtigkeit») bzw. schon 1993⁶⁶⁵ seine rechtstheoretischen Vorstellungen bezüglich Ausgewogenheit im Vertrag: *kyûfu no kinkô* (給付の均衡).⁶⁶⁶ Diese hatten ihren Ursprung in den Anfängen der Verbraucherschutzbewegung der 1980er-Jahre.

Basierend auf einem Rechtsvergleich zwischen der deutschen Wucherlehre und der französischen Theorie zur *lésion* entwickelte Ômura den Leitgedanken, dass im Vertragsrecht eine Form von Vertragsgerechtigkeit massgebend sein müsse, und nicht die Vertragsfreiheit.⁶⁶⁷ Seine theoretischen Überlegungen (aus dem Jahre 2005) bezeichnete er als Gedanken zur *Vertragsgerechtigkeit*, die jedoch gleichermassen auch als theoretische Überlegungen zur wirtschaftlichen Ordnung angesehen werden könnten.⁶⁶⁸ Entscheidend ist für ihn, dass sich die Gültigkeit eines Vertrags nach Kriterien der Ausgewogenheit ermitteln lasse, wobei zwischen materiellen und formellen Gerechtigkeitskriterien unterschieden werden könne: Zum einen sei die objektiv auszumachende Unausgewogenheit, d.h. die Missverhältnisse zwischen den Vertragsleistungen der Vertragsparteien, objektiv zu bestimmen. Zum anderen gelte es aber auch, den Prozess der Vertragsschliessung zu berücksichtigen. Bestehe hierbei zwischen den Parteien ein vertragliches Ungleichgewicht, das den Entscheidungsprozess einer Partei beeinträchtigt, so solle dies ebenfalls berücksichtigt werden. Ersteres entspricht nach Ômuras Terminologie dem materiellen, Letzteres dem formellen Gerechtigkeitsgedanken. Dabei könne der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess einer Person durch Umstände wie Zwang, Druck oder fehlende Informationen gestört sein.

Diese Vorstellungen hinsichtlich der Vertragsgerechtigkeit sollen im Rahmen der Auslegung von Art. 90 *Minpô* massgeblich dazu dienen, ob ein Vertrag als sitten- bzw. ordnungswidrig beurteilt wird oder nicht. Vor diesem Hintergrund formuliert Ômura für Art. 90 *Minpô* konkrete Forderungen:⁶⁶⁹

⁶⁶⁴ Kommentare: *Wagatsuma/Ariizumi/Shimizu*, 200 ff.; *Shinhanrei-Takamori*, 172; *Morita*, Art. 90/91 *Minpô*, 25; aber auch die Monografien: *Yamamoto*, 3; *idem*, 100 Jahre *Minpô*, 54 f. historisch begründend.

⁶⁶⁵ *Keiyaku hô kara shôhisha-hô he* [vom Zivilrecht zum Verbraucherschutzgesetz hin] 1993.

⁶⁶⁶ 給付の均衡 (*kyûfu no kinkô*) wörtlich: Bestätigung des Gleichgewichts.

⁶⁶⁷ Im Jahre 1995 erschien seine Monografie zur «Sittenwidrigkeit und Gerechtigkeit»; vgl. dazu auch die 20 Jahre spätere Publikation mit dem programmatischen Titel: *Minpô, une autre voie* (2005), 15 ff. sowie die allgemeine Zusammenfassung in seinem Lehrbuch zum Zivilrecht: *Minpô* (2007), 69 ff.

⁶⁶⁸ Ômura, *Minpô, une autre voie*, 15 ff.

⁶⁶⁹ Ômura, *ibid.* 16.

1. Der Anwendungsbereich der *Kôjo ryôzoku*-Klausel soll prinzipiell ausgedehnt werden.
2. Künftig sollen für die Nichtigkeit des Vertrags nach Art. 90 *Minpô* nicht mehr allein «Moralvorstellungen» wie der «Schutz der Gesellschaftsordnung» und der «Schutz der Familienordnung»⁶⁷⁰ massgebend sein. Vielmehr soll die Generalklausel fortan vor allem dem *Schutz der wirtschaftlichen Ordnung* sowie der Ausgewogenheit der individuellen Interessen⁶⁷¹ und des Wettbewerbs im Geschäftsverkehr der Vertragsparteien dienen.⁶⁷²
3. In Bezug auf die konkreten Voraussetzungen von Art. 90 *Minpô* soll laut Ômura entscheidend sein, dass nicht nur eine Inhaltskontrolle möglich sei, sondern auch, dass die Umstände des Vertragsschlusses überprüft werden können.
4. Hinzu kommt, dass Ômura die Überprüfbarkeit des Vertrags im Hinblick auf alle Arten von Rechtsnormen (法令, *hôtei*) verlangt.⁶⁷³
5. Zu diesen konkreten Modifizierungsforderungen gehört laut Ômura ferner, dass die japanischen Rechtsfolgen von Art. 90 *Minpô* überdacht werden sollen, und dass sowohl eine Teilnichtigkeit wie auch eine vollständige Nichtigkeit (ex tunc) möglich sein müsse.

2. «Lehre zur Unterstützung des Grundrechtssystems» (Keizô Yamamoto)

Keizô Yamamoto schlägt in seiner Monografie aus dem Jahre 2000 zur Generalklausel *kôjo ryôzoku* vor, mittels einer «Lehre zur Unterstützung des Grundrechtssystems» liessen sich theoretisch leichter nachvollziehbare Anwendungskriterien von Art. 90 *Minpô* entwickeln als unter dem Gesichtspunkt der Klassifizierung und Systematisierung der Fallbeispiele zu Art. 90 *Minpô*.⁶⁷⁴ Ausschlaggebend ist nach Yamamoto auch im Privatrecht die Überlegung, wie die Grundrechte geschützt bzw. gewährleistet werden können. Dieser grundlegende Gedanke findet sich schon in seinen Schriften aus den 1990er-Jahren (z.B. zu Liberalismus und Privatautonomie, 1996). Konkret fehlen ihm jedoch für den Anwendungsbereich von Art. 90 *Minpô* fundierte und einleuchtende Beurteilungskriterien, die auch dem laufenden Sittenwandel Rechnung tragen würden. Ist beispielsweise umstritten,⁶⁷⁵ ob ein Vertrag gegen die Wettbewerbsfreiheit verstösst und damit sitten- oder ordnungswidrig ist – was zwangsläufig auch seine Ungültigkeit zur Folge hätte –, so ist nach Yamamoto ausschlaggebend, ob der Vertragsinhalt dem Grundrechtsschutz zuwiderläuft oder nicht.⁶⁷⁶ Demnach soll also Art. 90 *Minpô* nicht mehr nur ausnahmsweise zum Schutze irgendeiner Ordnung (z.B. Wettbewerbsordnung, Familienordnung)⁶⁷⁷ zur Ein-

⁶⁷⁰ Ômura, *ibid.*, 16.

⁶⁷¹ Rieki, wörtlich: Gewinn.

⁶⁷² Entsprechend verändert er zur Darlegung seiner eigenen Lehre (im Nachhinein) den Titel: *Minpô une autre voie*, 16.

⁶⁷³ Ômura, *Minpô*, 69 ff.; Ômura, *Minpô une autre voie*, 16.

⁶⁷⁴ Yamamoto, *Kôjo ryôzoku*, insb. 12ff; idem, 100 Jahre *Minpô*, 43 ff.; idem, *Minshô-hô Zasshi*, 133-3-1.

⁶⁷⁵ Urteil des *Saikôsaï* vom 20. Juni 1977, in: *Minshô-hô Zasshi*, 31-4-499.

⁶⁷⁶ Yamamoto, *Minpô*, 245 f.

⁶⁷⁷ Aus Sicht von Ômura, *Minpô, une autre voie*, 16.

schränkung der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit anwendbar sein, sondern generell der Unterstützung der Grundrechte dienen.

Dementsprechend erachtet *Yamamoto* schon relativ früh die Anerkennung von Sittenwidrigkeitsfällen nach Art. 90 *Minpô* nur dann als gerechtfertigt, wenn es sich dabei um eine Auslegung resp. um eine Anwendung handelt, welche auch die Grundrechte stützt. Oder anders formuliert: Die Beurteilung, ob ein Eingriff in die Vertragsfreiheit zulässig sei, müsse sich *nach grund- und verfassungsrechtlichen Prinzipien und Wertungen richten*. Das umfasst allerdings nicht nur die Befolgung von Inhalten des kodifizierten Rechts, sondern auch die der Verfassung immanenten Werte. Da nun aber die Freiheit, Verträge beliebigen Inhalts zu schliessen, nicht nur zivilrechtlich, sondern auch grundrechtlich geschützt ist, bedarf es eines verfassungsrechtlich gestützten Grundes, der dazu berechtigt, diese Vertragsfreiheit einzuschränken. Dieser Grund liegt in anderen Grundrechten.

So betrachtet es *Yamamoto* als eine der aktuellsten Herausforderungen der japanischen Zivilrechtsdogmatik, die Kollision der Grundrechte in diesem Bereiche des Vertragsrechts als zivilrechtliches Problem zu orten.⁶⁷⁸

Der Titel seiner Lehre besagt jedoch bereits, dass es *Yamamoto* nicht nur um eine grundrechts- bzw. verfassungskonforme Auslegung geht, sondern um das Gebot, die grundrechtlichen Prinzipien und Wertungen aktiv zu unterstützen.⁶⁷⁹ Mit anderen Worten: Er plädiert für die Beachtung der sog. Schutzgebotsfunktion der Grundrechte⁶⁸⁰ und für eine aktive Unterstützung bei der Durchsetzung der Grundrechte. Konkret versteht *Yamamoto* darunter die Förderung politisch-demokratischer Entscheidungsprozesse und aktive staatliche Massnahmen unterschiedlicher Provenienz, die es ermöglichen, die Grundrechte der Individuen gegenüber dem Staat sowie der Individuen untereinander in privatrechtsbezogenen Angelegenheiten durchzusetzen.⁶⁸¹ Demnach ist es Aufgabe des Zivilrechts – und damit auch von Art. 90 *Minpô* –, im Privatrechtssystem die über das öffentliche Recht hinausgehende ergänzende Unterstützung zur Durchsetzung von grundrechtlichen Wertvorstellungen zu leisten.⁶⁸²

Für Bürgerinnen und Bürger ergibt sich daraus, dass sie dem Staat gegenüber den Anspruch haben, dass ein Vertrag, der ihre Grundrechte verletzt, im Sinne von Art. 90 *Minpô* für ungültig erklärt werden kann. Selbst wenn keine Grundrechtsverletzung vorliegen sollte, sind die Gerichte dazu verpflichtet, so zu agieren, dass die Grundrechte durch ihr Handeln gestützt werden. Nebst der Inhaltskontrolle hinsichtlich eventueller Grundrechtsverletzungen fallen nach *Yamamoto* auch folgende Kontrollen unter Art. 90 *Minpô*:⁶⁸³

⁶⁷⁸ Weiterführend zu den verschiedenen japanischen Theorien, die sich mit dem Verhältnis von Privat- und Verfassungsrecht beschäftigen: *Yamamoto*, FS Canaris, 897 ff.

⁶⁷⁹ *Yamamoto*, *Minpô*, 242, 99 ff.; *idem*, FS Canaris, 910 ff.

⁶⁸⁰ *Yamamoto*, *Kôjo ryôzoku*, 197 ff., insb. 202 ff.

⁶⁸¹ *Yamamoto*, FS Canaris, 910 ff.: dabei nimmt er Bezug auf den sog. gemässigten Konstitutionalismus nach *Alexy* und *Dreier*.

⁶⁸² *Yamamoto*, FS Canaris, 897 ff., 915.

⁶⁸³ *Yamamoto*, *Minpô*, 242 ff.

1.) Verstöße aufgrund von Verletzungen von (beliebigen) Rechtsnormen (法令型公序良俗, *hōreikei kōjo ryōzoku*). In dieser Kategorie lassen sich wiederum zwei Untergruppen unterscheiden:

a.) Rechtsgeschäfte, die gegen den politischen Normzweck verstossen, welche mit der betreffenden Rechtsnorm erzielt werden soll. In diesem Fall bedeutet die Ungültigkeit des Vertrags eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts der Parteien. Da diese jedoch ebenfalls grundrechtlich geschützt sind, müssen nach *Yamamoto* zwei besondere Voraussetzungen erfüllt sein, damit eine Anwendung von Art. 90 *Minpō* gerechtfertigt ist: Zum einen muss dem Normzweck/Zweck der fraglichen Rechtsnorm eine gewisse Wichtigkeit zukommen,⁶⁸⁴ und zum anderen muss die Ungültigkeit des Vertrags erforderlich sein. Als Beispiel erwähnt *Yamamoto* einen Vertrag aus dem Zweiten Weltkrieg und der Zeit unmittelbar danach, der gegen die Warenkontrollbestimmungen verstieß.⁶⁸⁵ Der Normzweck dieser Bestimmungen bestand darin, die Lebensmittel zu rationalisieren – also ein Zweck, der zweifellos für das Überleben aller Menschen von Wichtigkeit war. Der Normzweck lässt sich zudem nur durchsetzen, wenn das normwidrige Rechtsgeschäft für ungültig erklärt wird. Ein weiteres Beispiel, das in diese Kategorie fällt, war ein Mandatsvertrag, der gegen die japanischen Standesvorschriften für Anwältinnen und Anwälte verstieß, weil sich die eine Partei nicht als Anwältin ausgewiesen hatte.⁶⁸⁶ Der Normzweck der betreffenden Bestimmungen verlangt zum Schutze von Bürgerinnen und Bürgern, dass sich ein Anwalt als solcher ausweist. Der Schutz des Bürgers lässt sich nur durchsetzen, wenn ein derartiges Rechtsgeschäft für ungültig erklärt wird.

b.) Rechtsgeschäfte, die gegen Rechtsnormen verstossen, welche den Grundrechtsschutz bezwecken.

2.) Verstöße aufgrund von Verletzungen, die durch die Rechtsprechung festgestellt werden (判断型公序良俗, *handankei kōjo ryōzoku*). Selbst wenn keine Rechtsnorm explizit verletzt worden ist, soll das Gericht ein Rechtsgeschäft, das allenfalls gegen die Grundrechte einer Partei verstossen könnte, unter dem Aspekt des Grundrechtsschutzes beurteilen.

3. Verhältnis von Art. 90 und Art. 91 *Minpō*

Das Zusammenspiel von Art. 90 und 91 *Minpō* erweist sich bis heute als dogmatisch interessant. So ist umstritten, inwiefern ein Verstoß gegen zwingendes öffentliches Recht ebenfalls zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nach Art. 91 *Minpō* führt. Oder anders formuliert: Welche Art von zwingendem Recht fällt unter die Schranke von Art. 91 *Minpō*?

Ausgangslage ist, wie bereits erwähnt, dass Art. 91 *Minpō* die Vertragsautonomie statuiert, während Art. 90 *Minpō* die Vertragsfreiheit insofern einschränkt, als Inhalte und Umstände, die gegen die grundlegende Gesellschaftsordnung verstossen, den

⁶⁸⁴ Mokuteki no jūyōsei.

⁶⁸⁵ *Saikōsai*, Urteil vom 30. September 1955, in: *Minshō-hō Zasshi* 9-10-1498 ff.

⁶⁸⁶ *Saikōsai*, Urteil vom 13. Juni 1963, in: *Minshō-hō Zasshi* 17-5-744.

Vertrag ungültig werden lassen. Allerdings ist im Gesetz nicht klar festgeschrieben,⁶⁸⁷ dass Art. 90 *Minpô* auch die Rechtswidrigkeit als eine Form des Verstosses gegen die Gesellschaftsordnung umfasst. Des Weiteren liegt eine Nichtigkeit im Sinne von Art. 91 *Minpô* vor, wenn es sich um eine Rechtswidrigkeit handelt, die auf einer Verletzung zwingenden Privatrechts beruht.

Die Rechtswidrigkeit aufgrund eines Verstosses gegen zwingendes öffentliches Recht scheint vom Wortlaut her (öffentliche Ordnung) ohne Weiteres von Art. 91 *Minpô* erfasst zu sein. Aufgrund der von den Gesetzesverfassern gewählten Gesetzessystematik erstaunt es jedoch, wenn in der Lehre die Ansicht vertreten wird, Art. 91 *Minpô* sei bloss eine Schranke der Vertragsfreiheit und könne sich daher bloss auf die zwingenden privatrechtlichen Bestimmungen beziehen.

Das heisst, Art. 91 *Minpô* ist mehr als Norm gedacht, die dazu dient, den Unterschied zwischen dispositiven und zwingenden Regelungen – innerhalb des Privatrechts – zu klären.

D. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ergibt sich für das geltende japanische Recht, dass die Generalklausel nach Art. 90 *Minpô* zwar nicht grundsätzlich infrage gestellt wird, jedoch stärker angezweifelt wird, als dies in der gegenwärtigen schweizerischen oder deutschen Doktrin der Fall ist. Die Ausführungen haben deutlich gemacht, dass in der japanischen Doktrin sowohl theoretische Vorschläge zur Verbesserung und Konkretisierung der Anwendung der Generalklausel als auch zu deren Modifikation kursieren. Es kann festgehalten werden, dass sich Art. 90 *Minpô* in der Lehre von einer ursprünglich als Ausnahme gedachten Bestimmung zur Vertragskontrolle der Privatautonomie zu einer allgemeinen Grundregel für Vertragsgerechtigkeit und für Grundrechtsschutz im Geschäftsverkehr entwickelt hat. Beiden Theorieansätzen ist also gemeinsam, dass sie die Privatautonomie nicht mehr als das primäre, alles andere überragende Vertragsprinzip verstehen.

Der gemeinsame Hauptgedanke hinter *Yamamotos* und *Ômuras* Lehren ist der Schutzauftrag des Staates. *Ômura* leitet diesen Auftrag aus Gerechtigkeitsüberlegungen im Geschäftsverkehr ab, *Yamamoto* dagegen aus den Verfassungsrechten. Die japanische Doktrin kennt – wie die deutsche und die schweizerische – die Theorie der mittelbaren Drittwirkung, die auch *Yamamoto* seit geraumer Zeit in der Zivilrechtsdogmatik vertritt:⁶⁸⁸ Privatrechtliche Vorschriften wie die japanischen Generalklauseln zur öffentlichen Ordnung und den «guten Sitten» (Art. 90 *Minpô*), aber auch andere Vorschriften, z.B. zur allgemeinen Deliktshaftung (Art. 709 *Minpô*), sind grundrechtskonform auszulegen. *Yamamoto* geht aber noch einen Schritt weiter und fordert, dass verfassungsrechtliche Prinzipien und Wertungen im ganzen Zivilrecht berücksichtigt sowie unterstützt werden sollen.

⁶⁸⁷ Morita, 108 ff.; Ômura, 65 ff.; Yamamoto, *Minpô*, 68, 218 f.; Shinomiya, Katsuo/Nômi, Yoshio, *Sôsoku*, *Minpô*, 5. Aufl., Tokyo 1999 (ND 2001), 224 ff.; vgl. zu den verschiedenen Arten des Rechtsverstosses nach Art. 90 *Minpô* i.Z.m. Verbraucherschutzbestimmungen: Dernaier, Marc: Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit im japanischen Recht, Tübingen 2006, 167 ff.

⁶⁸⁸ Yamamoto, FS Canaris, 910 ff.

In einem jüngeren Beitrag von Ômura⁶⁸⁹ zu den theoretischen Grundlagen des Zivilrechts zeigt sich eine Annäherung an die Theorie von Yamamoto, und zugleich wird darin der Gedanke der Vertragsgerechtigkeit weiterentwickelt. Andere japanische Lehrmeinungen stehen den Auffassungen von Ômura und Yamamoto allerdings noch zurückhaltend gegenüber. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich die Auffassung von Yamamoto bisher noch nicht hat durchsetzen können. Doch immerhin wird die Konstitutionalisierung des Privatrechts in Japan als ein ernst zu nehmendes Thema angesehen.

Im Lichte dieser neueren Lehren mag es inkonsequent erscheinen, dass zur Ausfüllung und Konkretisierung von Art. 90 *Minpô* schliesslich doch an den althergebrachten Fallgruppen zur Sitten- und Ordnungswidrigkeit festgehalten wird, jedenfalls bis zu einem gewissen Grad. Ein Blick auf die japanische Judikatur zu Art. 90 *Minpô* zeigt den Grund dafür: Bisher sind noch nie neue theoretische Ansätze übernommen worden; vielmehr ist es nach wie vor üblich, wie seit der frühen Entwicklung von Art. 90 *Minpô* mit Fallbeispielen und -gruppen sowie mit deren Systematisierung zu operieren.

Rechtshistorisch betrachtet, gehen beide Begriffe, die «öffentliche Ordnung» und die «guten Sitten» – auch im japanischen Recht über die Entwurfsarbeiten von Boissonade⁶⁹⁰ – auf den Art. 6 *Code Civil* («l'ordre public et les bonnes moeurs») zurück, und damit indirekt auf das römische Recht. Aufgrund der Diskussionen, welche die Gesetzesverfasser geführt haben, kann zwar nicht geschlossen werden, dass dieses Begriffspaar ausschliesslich aus Europa rezipiert und assimiliert worden ist. Es lässt sich aber festhalten, dass doch gewisse Bedenken gegenüber dem Rückgriff auf die Moralität bestanden hatten, was sich in den unterschiedlichen Begriffen zu derselben zeigt, und dass der Terminus der «Ordnung» auch heute noch weit verbreitet ist. Im japanischen Recht hat der Begriff der «öffentlichen Ordnung» heute noch eine auf das französische Recht zurückgehende weite Bedeutung. Das Problem der Sittenwidrigkeit im Vertragsrecht ist laut Yamamoto jedenfalls zu Recht an einem Schnittpunkt zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht angesiedelt. Ausgehend vom Wortlaut von Art. 90 *Minpô*, in dem die «öffentliche Ordnung» ausdrücklich angesprochen wird, liesse sich hierzu die Überlegung anstellen, was denn heute der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Rechtsordnung und damit vorab der japanischen Verfassung entspricht bzw. was ihr widerspricht. Dass die «öffentliche Ordnung» in eine grundrechtskonforme Auslegung von Vertragsinhalten mündet, leuchtet hier zwanglos ein. Mit dieser Fokussierung auf den existierenden Wortlaut der Norm könnte sich die Problematik der Drittwirkung der Grundrechte meiner Meinung nach etwas entschärfen.

⁶⁸⁹ Ômura, *Minpô*, une autre voie.

⁶⁹⁰ Boissonade, 129 ff.; Yamamoto, 100 Jahre *Minpô*, 56 ff.

IV. Die «guten Sitten» und ihr Verhältnis zu anderen Schranken der Selbstbestimmung im Vertragsrecht

A. Verhältnis der «guten Sitten» zum Verstoss gegen das Gesetz

1. Tendenz zu speziellen Inhaltskontrollen

Der selbstbestimmten Gestaltung von Rechtsgeschäften sind auch explizite gesetzliche Grenzen gesetzt. Neben den allgemeinen Schranken der «guten Sitten» und der Rechtswidrigkeit (§ 134 BGB, Art. 19/20 OR, dazu gleich unter Ziff. 2) existieren besondere Vorschriften zur Inhaltskontrolle im Vertrag, die der Anwendung der Generalklausel der «guten Sitten» vorgehen.

Zum einen existieren besondere Bestimmungen zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit: Verträge über künftiges oder über einen Bruchteil des künftigen Vermögens (§ 311 b Abs. 2 BGB)⁶⁹¹ sowie Verträge über den Nachlass einer noch lebenden dritten Person (§ 311 b Abs. 4 BGB) werden für nichtig erklärt. Mit diesen Regelungen hat der deutsche Gesetzgeber besondere Vorschriften erlassen, die verhindern sollen, dass eine Partei ihr künftiges Vermögen oder Teile davon veräussert oder belastet, wodurch sie sich in eine (künftige) übergrosse Abhängigkeit begeben würde (z.B. Schuldnerknebelung als spezieller Anwendungsfall von § 138 BGB).⁶⁹² Zum anderen haben die in §§ 307 BGB seit der Schuldrechtsmodernisierung aufgenommenen Schranken zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) grosse Bedeutung und geniessen gegenüber § 138 BGB ebenfalls Vorrang.⁶⁹³ – Eine allgemeine Tendenz zu speziellen Inhaltskontrollen ist auch im japanischen Reformprozess zum Schuldrecht erkennbar (vgl. Ziff. 5, Kap. 6). Demgegenüber kennt das schweizerische Privatrecht noch weniger spezielle Inhaltskontrollen. Es kennt namentlich keine solche für AGB im Obligationenrecht, sondern bleibt auf Art. 8 UWG verwiesen, der auf das lauterkeitsrechtliche Element ausgerichtet ist und auf Verbraucherverträge beschränkt bleibt.⁶⁹⁴

In allen drei Rechtsordnungen gibt es daneben zwingende bzw. halbzwingende vertragsrechtliche Schranken der Selbstbestimmung für einzelne Regelungsbereiche wie das Arbeits-, Miet- oder Verbrauchervertragsrecht.

Verbietet ein Gesetz eine bestimmte Tätigkeit und stellt sie unter Strafe, so wird von einem «Verbotsgesetz» ausgegangen.⁶⁹⁵ Ein wichtiges vertragsrechtsrelevantes *Verbotsgesetz* ist etwa das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) aus dem Jahre 2006. Das AGG erklärt etwa Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstossen für unwirksam (§ 7 Abs. 2 AGG).⁶⁹⁶ Sieht ein Gesetz wie das

⁶⁹¹ Palandt/Grüneberg, § 311b BGB Rn. 63 f., 69 ff.

⁶⁹² Medicus, BGB AT, Rn. 698, 706c.

⁶⁹³ Looschelders, Rn. 334 ff.; Palandt/Ellenberger, § 138 BGB Rn. 12.

⁶⁹⁴ Das Kriterium des «irreführenden Verhaltens» in Art. 8 UWG wurde in der neuen Fassung aufgegeben, in Kraft seit 1. Juli 2012, siehe: BBl 2009 6151.

⁶⁹⁵ Zum Gesetzesbegriff vgl. Kaser, Max, Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht, Wien 1977, 9 ff. und Beater, AcP 197 (1997), 505 ff.

⁶⁹⁶ Das AGG führte dazu, dass sich viele kritische Stimmen gegen die sog. «interventionistische Sozialmoral» erhoben, da diese das Ende der Privatautonomie bedeute: Statt vieler Looschel-

AGG ausdrücklich vor, dass ein Rechtsgeschäft, dessen Abschluss oder Durchführung den gesetzlichen Vorschriften widerspricht, nichtig sein soll, so bleibt weder Raum für die Anwendung der Generalklausel der «guten Sitten» noch für die allgemeinen Bestimmungen zur Rechtswidrigkeit bzw. Widerrechtlichkeit eines Rechtsgeschäfts (Art. 19/20 OR und § 134 BGB).

Werden durch besondere Bestimmungen Rechtsgeschäfte untersagt ohne die Rechtsfolgen explizit zu regeln, so kommen die allgemeinen Bestimmungen zur Rechtswidrigkeit von Verträgen zur Anwendung (Art. 19/20 OR und § 134 BGB). Die Rechtsfolge ist dann regelmässig nach dem Sinn und Zweck der Norm zu bestimmen: Sieht beispielsweise das schweizerische Transplantationsgesetz in Art. 7 Abs. 1 lit. a TxG ausdrücklich vor, dass der Organhandel – also die entgeltlichen Verträge über die Transaktion von Organen – unerlaubt ist, während eine Organspende unter gewissen Voraussetzungen zugelassen ist (Art. 6 TxG), so kann nach Sinn und Zweck der Norm ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass ein entsprechender entgeltlicher Vertrag nach Art. 20 Abs. 1 OR nichtig ist.

Ferner kann sich das Verbot eines Rechtsgeschäfts auch erst sinngemäss mit der Auslegung einer Vorschrift ergeben: Soll eine Person, die einer anderen aus rassistischen Gründen eine Leistung vorenthalten will, nach dem schweizerischen Strafrecht (Art. 261^{bis} StGB) ausdrücklich sanktioniert werden, ergibt sich daraus ebenfalls – wenn auch nicht explizit – eine Beschränkung der Abschlussfreiheit von Verträgen. Die Nichtigkeitsfolge für den Vertrag nach Art. 20 Abs. 1 bzw. Abs. 2 OR, welcher gegen diese Bestimmung verstösst, ergibt sich ebenfalls durch Auslegung. – Die *Nichtigkeit einer Eheschliessung* etwa lässt sich dagegen weder aus Art. 20 OR bzw. § 134 BGB noch aus der Sittenklausel ableiten, weil die spezielleren Normen vorgehen (§ 1314 BGB und Art. 104 f. ZGB regeln die Aufhebungsgründe abschliessend).

2. Verhältnis der «guten Sitten» zur Rechtswidrigkeit (Art. 19/20 OR, § 134 BGB)

a) Der Grundsatz: Vorrang der Rechtswidrigkeit

Im schweizerischen und deutschen Recht besteht in der Rechtsgeschäftslehre bzw. im Vertragsrecht neben der Generalklausel der «guten Sitten» eine weitere allgemeine

ders, Dirk: Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht, JZ (2012) 3, 105 ff., 106; *Jestadt, Matthias:* Diskriminierungsschutz im Privatrecht – ein Thema im Wandel, in: Enders, Christoph/Wiederin, Ewald/Pitschas, Rainer/Sodan, Helge (Hrsg.), *Der Sozialstaat in Deutschland und Europa*, Berlin 2005, 300–350, 301 f. Da die Gleichbehandlungspflicht von Privaten dem Grundsatz der Selbstbestimmung widerspricht, stehen privatrechtliche Diskriminierungsverbote im Spannungsverhältnis zur (Vertrags-) Freiheit. In der Schweiz existiert – nach dem Gleichstellungsgesetz, das seit dem Jahre 1996 in Kraft ist – nur im Anstellungsverhältnis ein Diskriminierungsschutz. Dieser Schutz betrifft aber ausschliesslich das Geschlechterverhältnis. Verbote von indirekter und direkter Diskriminierung müssen mit einer Persönlichkeitsverletzung begründet werden (Art. 27 Abs. 2 ZGB, Art. 328 OR), die nur greift, wenn diese die betreffende Person in ihrer Persönlichkeit herabsetzen oder sie de facto in ihrer Berufsausübung behindern: *Pärli, Kurt:* Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009, 502 ff. Gewisse präventive Vertragskontrollen lassen sich auch aufgrund eines Gesundheitsschutzes ableiten.

Bestimmung zur Beschränkung der Selbstbestimmung im Vertrag: Die Rechtswidrigkeit bzw. die Widerrechtlichkeit des Rechtsgeschäfts (§ 134 BGB, Art. 19/20 OR).⁶⁹⁷ Im japanischen *Minpô* hingegen fehlt – wie bereits erwähnt – eine klar formulierte, eigenständige Rechtswidrigkeitsnorm, (vgl. Ziff. III.C). Das bedeutet, dass Verträge, die gegen gesetzliche Schranken verstossen, ebenfalls unter die Generalklausel der «guten Sitten» (Art. 90 f. *Minpô*) subsumiert werden. Infolgedessen kann die *Kôjô ryôzoku*-Klausel nach neuerer japanischer Lehre als der übergeordnete Terminus für rechts- und sittenwidrige Verträge angesehen werden. Für das schweizerische und deutsche Recht gilt allgemein, dass die Rechtswidrigkeit bzw. Widerrechtlichkeit eines Rechtsgeschäftes (Art. 19/20 OR und § 134 BGB) der Anwendbarkeit der Sittenklausel vorgeht bzw. vorgehen sollte⁶⁹⁸ und die Anwendungsbereiche der Sittenklausel entsprechend weiter gefasst sind.

b) Anwendungsbereiche und Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeitsklausel

Nach schweizerischem Recht können die Rechtsnormen, die einen Vertrag widerrechtlich werden lassen, entweder im zwingenden Privatrecht (inkl. aus kantonalem Recht) oder im öffentlichen Recht angesiedelt sein.⁶⁹⁹ Im ersten Fall handelt es sich um eine Schranken des zwingenden Privatrechts (nachfolgend unter lit. d), welche die vertragliche Selbstbestimmung beschränken, und im zweiten Fall um die bereits erwähnten sog. Verbotsgesetze, die einen spezifischen Gegenstand, Inhalt, Zweck oder Erfolg des Rechtsgeschäfts⁷⁰⁰ entweder explizit (Verbotsgesetze im engeren Sinne) oder implizit verbieten (lit. c). Nach dem Wortlaut von § 134 BGB sind dagegen nur die sog. *Verbotsgesetze* angesprochen: Wann ein *Verbotsgesetz* vorliegt und wann die *Nichtigkeitsfolge* gelten soll, ergibt sich jedoch erst aus der Auslegung der Normen. Allgemein lässt sich jedoch festhalten, dass § 134 BGB prinzipiell einmal das Vorhandensein rechtsgeschäftlicher Gestaltungs- und Verfügungsmacht voraussetzt und damit Normen angesprochen sind, welche den Inhalt, die Umstände des Zustandekommen eines Vertrages oder den Erfolg eines Rechtsgeschäfts untersagen wollen. Ein ausdrückliches Verbot ist nach § 134 BGB indes nicht notwendig.⁷⁰¹

Nach *schweizerischem Recht* ergibt sich die Rechtswidrigkeit bzw. Widerrechtlichkeit⁷⁰² eines Vertragsinhalts aus einem Verstoß gegen eine zwingende objektive

⁶⁹⁷ Schwenzer, Rn. 32.01.

⁶⁹⁸ MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 4 m.w.H.; BAG, Urteil vom 24. März 1993 – 1 AZR 298/92 = NJW 1993, 2701, 2703.

⁶⁹⁹ Zufferey-Werro, Rn. 530; a.A. Bucher, OR AT, 250 ff.

⁷⁰⁰ Bucher, Dispositives Gesetzesrecht, 249 f.; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 19 OR N 15.

⁷⁰¹ Wolf/Neuner, § 49; Looschelders, Rn. 111, 198; Medicus, BGB AT, Rn. 644 ff., 646; Brox/Walker Rn. 319 ff.; vgl. allerdings MüKo-Armbrüster, § 134 BGB Rn. 5 f. zur Unterscheidung zwischen zwingendem Recht und verbotswidrigen Geschäften, wobei er unter den Verstoß gegen zwingendes Privatrecht etwa den Typenzwang im Sachenrecht oder Grundprinzipien im Aktienrecht zählt, die zu einer fehlenden Gestaltungsmacht führen. Auch fehlt die Verfügungsmacht, wenn ein Rechtsgeschäft beispielsweise nur mit behördlicher Genehmigung gültig ist (z.B. Grundstückkaufverträge im Betreuungsrecht).

⁷⁰² Ob sich der Terminus der Widerrechtlichkeit nach Art. 19/20 OR von demjenigen nach Art. 41 OR unterscheidet, ist in der schweizerischen Lehre umstritten (z.B. dagegen: Schwenzer, Rn. 32.02; dafür: Huguenin, § 4 Rn. 396, 1940 ff.). Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Rn. 638 ff.

Norm des schweizerischen Rechts⁷⁰³. Es spielt grundsätzlich keine Rolle, ob es sich um eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Norm handelt oder von welcher Normhierarchie diese Verbotsnorm stammt.⁷⁰⁴ Nach *deutschem Recht* fallen unter den Gesetzesbegriff von § 134 BGB in erster Linie öffentlich-rechtliche Gesetze des Bundes und der Länder sowie Rechtsverordnungen und die völkerrechtlichen Normen.⁷⁰⁵ Dagegen sind Verstösse gegen ausländische Gesetzesnormen in beiden Rechtsordnungen nicht Gegenstand der gesetzlichen Inhaltskontrolle.⁷⁰⁶ Übereinstimmung zwischen den beiden Rechtsordnungen besteht insofern, als nur bei einem Verstoß gegen zwingende Normen,⁷⁰⁷ d.h. gegen zwingende öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Normen, von einem gesetzlichen Verbot eines Vertrags ausgegangen werden kann (vgl. «unabänderliche Vorschrift» nach Art. 19 Abs. 2 OR), denn alle anderen Normen unterliegen der Parteiendisposition. Dient ein Verhalten der Parteien etwa ausschliesslich der Umgehung eines gesetzlichen Verbots⁷⁰⁸ oder gar der Schadenszufügung einer Person, so verstösst es nach deutschem Recht gegen die «guten Sitten»: im ersten Fall nach § 138 BGB und im zweiten Fall nach § 828 BGB. Nach schweizerischem Recht fällt die Umgehung des gesetzlichen Verbots indes unter Art. 19 f. OR.⁷⁰⁹

Die Nichtigkeitsfolge eines rechtswidrigen Vertrags muss sich, wie bereits erwähnt, aus dem Wortlaut der Norm oder ihrem Schutzzweck ergeben:⁷¹⁰

Nach deutschem Recht tritt die *Nichtigkeitsfolge* laut § 134 BGB prinzipiell nur nach dem Normzweck und den Auslegungen des fraglichen Verbotsgesetzes ein, wobei etwa ein Verstoß gegen eine blosse Ordnungsvorschrift noch keine Nichtigkeitsanktion nach sich ziehen muss. Ein einfaches Beispiel hierzu ist der Kaufvertrag nach Ladenschluss.⁷¹¹ Hingegen zieht ein gegen eine zwingende privatrechtliche Norm verstossender Vertrag nach deutschem Recht – und dies ist ein bedeutender Unterschied zum schweizerischen Recht – prinzipiell noch keine *Nichtigkeitsfolge* nach sich. Das entspricht dem Wortlaut von § 134 BGB,⁷¹² bedeutet allerdings noch nicht, dass ein Vertrag nicht doch noch nach § 138 BGB für nichtig erklärt werden könnte. In diesem Sinne entschied der BGH – allerdings anlässlich eines älteren Falls aus dem Jahre 1970⁷¹³ – in einem Sittenwidrigkeitsurteil zu einem Mietrechtvertrag

⁷⁰³ *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, Rn. 638 ff.; Huguenin, § 4 Rn. 396.

⁷⁰⁴ BGE 134 II 52 E. 1.1; 117 II 286, 96 II 18; *Huguenin*, § 4 Rn. 403 ff.; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, Rn. 648; *Zufferey-Werro*, Rn. 530 f.

⁷⁰⁵ *Palandt/Heinrichs*, § 134 BGB Rn. 2 ff.; *Beater*, AcP 197 (1997), 505 ff., 506; *Schricker*, 61 ff.

⁷⁰⁶ *Schwenzer*, Rn. 32.11.

⁷⁰⁷ *Beater*, AcP 197 (1997), 505 ff., 506.

⁷⁰⁸ *Schwenzer*, Rn. 32.15.

⁷⁰⁹ § 826 BGB-RGRK Rn. 12 (Vol. 2, Part 5); BGE 134 III 52 E. 1.1.

⁷¹⁰ BGE 134 III 52 E. 1.1., 1.3., 1.3.3 (z.B. Strafbares Handeln gegen das Vermögen allein reicht nicht für die zivilrechtliche Nichtigkeitsfolge des Rechtsgeschäfts); *MüKo-Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 38 ff.

⁷¹¹ *Palandt/Ellenberger*, § 134 BGB Rn. 8, 13 ff.; ein kompliziertes Beispiel wäre die Umgehung des Gegenanwaltes bei Abschluss eines Notariatsvertrags, BGH, Urteil vom 17. Oktober 2003 – V ZR 429/02 = NJW 2003, 3692: Ein Verstoß gegen das Beiziehen des Gegenanwaltes (§ 12 Berufsordnung der Rechtsanwälte) führt weder zur Nichtigkeit eines verbotswidrig zustande gekommenen Vertrags laut § 134 BGB noch einfach zu einer Nichtigkeit nach § 138 BGB.

⁷¹² *MüKo-Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 4; *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 146.

⁷¹³ BGH, Urteil vom 7. April 1970 = NJW 1970, 1196.

mit einer Dirne, zumal die Straffreiheit oder behördliche Duldung der Vermietung einer Lokalität an Prostituierte die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts nicht ausschliesse.

Nach schweizerischem Recht ist nach Art. 20 Abs. 1 OR ausdrücklich sowohl ein Vertrag mit rechtswidrigem als auch mit sittenwidrigem oder gegen die öffentliche Ordnung verstossendem Inhalt nichtig und ihm kommt keinerlei rechtsgeschäftliche Rechtswirkung zu. Nach Art. 19 Abs. 2 und 20 OR spielt es für die *Nichtigkeitsfolge* keine Rolle, egal ob es sich um eine Schranke zwingenden Privatrechts oder eines *Verbotsgesetzes* handelt. Es entspricht aber auch der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung, dass es regelmässig nur auf den Sinn und Zweck der gesetzlichen Norm ankommen könne, ob die *Nichtigkeitsfolge* eintritt oder nicht.⁷¹⁴ Auch nicht jeder Vertrag, der gegen zwingendes Privatrecht verstösst, zieht die *Nichtigkeitsfolge* nach sich.⁷¹⁵ Damit verbunden ist die aktuelle Debatte um die Rechtsfolgeregelung bei einem Verstoß gegen die «guten Sitten», der auf einer Persönlichkeitsverletzung beruht (vgl. bereits Ziff. III.D): Wann soll ein widerrechtlicher resp. ein persönlichkeitsverletzender oder ein gegen die «guten Sitten» verstossender Vertrag *von Amtes wegen* nichtig sein? Und wann soll ein Vertrag mit widerrechtlichem, persönlichkeitsverletzendem oder sittenwidrigem Inhalt nichtsdestotrotz gültig sein, da die Parteien es so wünschen bzw. weil sich die betroffene Partei nicht auf die Ungültigkeit des Vertrags beruft?

Im japanischen Recht ist die Abgrenzung der *Kôjo ryôzoku*-Klausel gegenüber Art. 91 *Minpô* – wie bereits erwähnt – unscharf und infolgedessen auch nicht unumstritten;⁷¹⁶ Art. 90 *Minpô* kann prinzipiell als die inhaltlich umfassendere Norm verstanden werden. Ferner ist weitgehend unbestritten, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen eine explizite Verbotsnorm verstösst, ungültig ist.⁷¹⁷ Der Zweck von Art. 91 *Minpô* liegt in erster Linie darin, die Vertragsfreiheit zu regeln. In zweiter Linie dient die Bestimmung dazu, zwingendes und dispositives Recht voneinander abzugrenzen. Sie ist nicht wirklich eine Rechtswidrigkeitsnorm.

Hinzu kommt eine Präzisierung in Art. 92 *Minpô* dahin gehend, dass eine allenfalls existierende *Verkehrssitte*, die nicht dem dispositiven Recht entspricht,⁷¹⁸ gelten soll, sofern sie dem Willen der Parteien entspreche.

Während die ältere japanische Lehre noch strenger zwischen einem Gesetzesverstoss (Art. 91 *Minpô*) und einem Verstoß gegen die *Kôjo ryôzoku*-Klausel (der eben nicht in einem expliziten Gesetzesverstoss liegen musste) unterschied,⁷¹⁹ verzichtet die Lehre neuerdings – prominent vertreten durch Ômura⁷²⁰, Uchida⁷²¹ und Yamamoto⁷²² –

⁷¹⁴ BGE 129 III 209, E. 2.2, BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 321 ff.

⁷¹⁵ Bucher, OR AT, 251 ff., 253; Giger, 81 f., 128 ff.; Abegg, 158 ff., 183 ff.; s.a. Art. 30 Abs. 2 OR 2020 und Huguenin/Hilty OR 2020, Art. 30 N 4.

⁷¹⁶ Yamamoto, *Minpô*, 253.

⁷¹⁷ Bereits Wagatsuma, 262.

⁷¹⁸ Wörtlich: Und dieses wiederum nicht der Erhaltung der öffentlichen Ordnung dient; was soviel bedeutet wie, dass es nicht zwingend ist.

⁷¹⁹ Wagatsuma, *Minpô*, 253 ff.

⁷²⁰ Ômura, 23.

⁷²¹ Uchida, 48.

⁷²² Yamamoto, *Minpô*, 253 f.

auf eine entsprechende Unterscheidung. Gemäss diesen Autoren bezwecken Art. 90 und Art. 91 *Minpô* das Gleiche: Der Selbstbestimmung im Vertrag sollen rechtliche sowie gesellschafts- und rechtsethische Schranken gesetzt werden.

- c) Verbotsgesetze und «gute Sitten»: Die Rechtsfolge der Verbotswidrigkeit bestimmt sich in erster Linie nach den besonderen Verbotsgesetzen

Regelt das *Verbotsgesetz* hingegen die Rechtsfolgen nicht, muss die Regel ausgelegt werden. Meist wird daraus resultieren, dass ein Vertragsschluss, der diese Vorschrift verletzt, ebenfalls ungültig ist.⁷²³ Handelt es sich aber um eine Verbotswidrigkeit bei einer *individuellen Beteiligung* (z.B. ist für ein Rechtsgeschäft ein besonderer Fachausweis nötig), ist das Gericht aufgrund von § 134 BGB⁷²⁴ wie auch aufgrund von Art. 19/20 OR in solchen Fällen aufgefordert zu prüfen, ob sich eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts rechtfertigt. Um noch ein konkretes Beispiel zu nennen (vgl. Beispiel zum Organhandel, Ziff. 1): Ist also die Leihmutterschaft in der Schweiz und Deutschland gesetzlich verboten und unter Strafe gestellt, so ergibt sich daraus, dass ein entsprechender Vertrag nichtig ist, und zwar ohne dass diese Rechtsfolge explizit statuiert wird. Es wäre widersinnig, eine Verbotsnorm aufzustellen, aber einen Vertrag zuzulassen, dessen Gegenstand der Handel mit der darin untersagten Tätigkeit bildet. Ist eine Tätigkeit allerdings nur für eine Vertragspartei verboten, so wird ein Gericht prüfen müssen, ob der betreffende Vertrag nicht dennoch aufrechterhalten werden kann.

Nach deutschem Recht sind des Weiteren die besonderen *Verbotsgesetze* von den Anwendungsfällen von § 134 BGB abzugrenzen,⁷²⁵ denn diese Gesetze bezwecken mitunter gar nicht den Schutz und die Beschränkung der Selbstbestimmung der Parteien, sondern verfolgen die Absicht, einen bestimmten Inhalt bzw. eine Handlung dem privatautonomen Geschäftsverkehr zu entziehen oder an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen. Ein Beispiel hierfür sind §§ 1 ProstG, welche als Spezialnormen mit eigener spezifischer Rechtsfolgeregelung den allgemeineren Schranken nach § 134 BGB sowie § 138 BGB vorgehen: Nach §§ 1 ProstG geht eine Prostituierte keine entsprechende Vertragsverpflichtung ein, und es besteht ihr gegenüber auch *kein wirksamer Anspruch auf Vornahme sexueller Handlungen*, denn das verstiesse gegen ihr Persönlichkeitsrecht.⁷²⁶

Daraus ergibt sich: Existiert ein besonderes *Verbotsgesetz*, so geht dieses vor, sodass es gar *nicht zur Anwendung von § 134 BGB* kommt, zumal diese Norm prinzipiell voraussetzt, dass die Privatrechtsordnung das Rechtsgeschäft überhaupt zulässt.

In der Schweiz wird eine solche Differenzierung nur vereinzelt gefordert. Dies mit der Begründung, zwischen der allgemeinen *Nichtigkeitsfolge* nach Art. 20 OR bzw. nach

⁷²³ Koller, § 13 N 124 ff.; Wolf/Neuner, § 49 Rn. 3 ff.

⁷²⁴ BGH, Urteil vom 2. Oktober 2015, Az. V ZR 307/13 zum Verhältnis von § 134 BGB/§ 139 BGB; BGH, Urteil vom 24. September 2014, Az. VIII ZR 350/13; z.B. die Einschränkung des Verbots von Erfolgshonoraren sollte nicht zu einer weitergehenden Nichtigkeitsfolge bezüglich Anwaltsvertrags führen; BGH, Urteil vom 5. Juni 2014, Az. IX ZR 137/12, Rn. 13.

⁷²⁵ Wolf/Neuner, § 45 Rn. 3 ff.

⁷²⁶ MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 5; *idem*, § 1 ProstG Rn. 7, 9; die Auffassung ist indes nicht unumstr. (vgl. Kap. 8), weil das ProstG nicht eindeutig formuliert ist.

dem *Verbotsgesetz* seien praktisch keine Unterschiede zu erkennen.⁷²⁷ Im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtes und die allgemeinen Rechtsfolgen, die von einer einseitigen Berufung auf Ungültigkeit nach Art. 19/20 OR ausgehen (*de lege ferenda* für die Fälle des Persönlichkeitsschutzes, aber *de lege lata* für alle Fälle von Inhaltsschranken zum Schutz der betroffenen Vertragspartei), wird der Abgrenzung zu den besonderen Verbotsgesetzen eine erhöhte Bedeutung zukommen.

Eine allgemein dogmatische Schwierigkeit besteht ferner darin, dass die fraglichen Verbotsnormen den *Vertragsinhalt* oder den *unmittelbaren und teils mittelbaren Vertragszweck* (*causa proxima/remota*) betreffen müssen.⁷²⁸ Betrifft die Norm hingegen nur einen entfernten Vertragskontext, so bleibt das Rechtsgeschäft gültig. Diese Differenzierung erweist sich in der Praxis nicht immer als einfach: Wird beispielsweise in der Schweiz ein medizinischer Behandlungsvertrag mit einer Schwangeren geschlossen und es wurden bei der pränatalen genetischen Diagnostik nicht alle qualifizierten Gesetzesvorschriften eingehalten, so liegt zwar ein Verstoss gegen das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen am Menschen (GUMG) vor, doch muss deswegen noch nicht der gesamte Behandlungsvertrag ungültig sein. Ist aber ein Behandlungsvertrag zu beurteilen, in dessen Rahmen nicht medizinisch indizierte Betäubungsmittel entgeltlich abgegeben werden, verstösst dies gegen die Berufspflichten und das Betäubungsmittelgesetz, und damit ist der Vertrag rechtswidrig. Auch ein Behandlungsvertrag mit einer nicht zugelassenen Gynäkologin wäre rechtswidrig, was sich aus dem Normzweck von Zulassungsbestimmungen schliessen lässt.⁷²⁹ – *Massgebend* für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit ist in beiden Rechtsordnungen der Zeitpunkt des Vertragsschlusses.⁷³⁰

d) Zwingendes Privatrecht und die «guten Sitten»

Die Widerrechtlichkeit nach Art. 19/20 OR ergibt sich, wie ausgeführt, u.a. auch aus einem Verstoss gegen zwingendes Privatrecht. Ob eine privatrechtliche Norm im Sinne von Art. 19 Abs. 2 OR *unabänderlich* ist, ergibt sich entweder aus dem Wortlaut des Gesetzes oder aus dem Inhalt und dem Schutzzweck einer Norm, der *ratio legis*.⁷³¹ Beispiele für zwingendes Privatrecht sind etwa Art. 100 OR zur vertraglichen Wegbedingung der Haftung für Absicht oder Fahrlässigkeit oder Art. 129 OR zur Vereinbarung von Verjährungsfristen. Beim Vertragsrecht handelt es sich jedoch überwiegend und im Zweifel um dispositives Recht.⁷³² Rechtsgeschäfte, die einzig an ei-

⁷²⁷ Abegg, AJP (2005) 9, 1113 f.; Giger, 81; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 11 Rn. 15; vgl. bereits zu dieser Begründung Koller, § 13 N 112.

⁷²⁸ Wie bereits für das römische Recht ausgeführt, sollen dabei Motive allein nicht massgebend sein: ZK-Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N 501 ff.; aus dem Normzweck muss sich schliesslich der Schluss ziehen lassen, dass der Vertrag ungültig ist BGE 125 III 257 E. 2a; BGE 117 IV 139 E. 3b; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, Rn. 684; Huguenin, § 4 Rn. 400.

⁷²⁹ Das Beispiel stammt von Schwenzer, Rn. 32.08; Gauch/Schluemp/Schmid/ Emmenegger, Rn. 641.

⁷³⁰ Huguenin, § 4 Rn. 400.

⁷³¹ BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 146 f.; Schwenzer, Rn. 32.13; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, Rn. 647; Huguenin, § 4 Rn. 404; Koller, § 13 N 107 ff.; Bucher, OR AT, 238 ff., 244; Zuferey-Werro, Rn. 532; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 19 OR N 10 ff.; ausführlicher: Abegg, 158 ff., 247 ff. und Remien, 151 ff., 361 f.

⁷³² BGE 114 II 279 E. 2a; BGE 116 III 120 E. 3d; BGE 132 III 226 E. 3.3.1.; BGE 133 III 61 E.3.2.1. («dans les limites de la loi»).

nem Formfehler leiden, müssen deshalb nicht nichtig sein; vielmehr gilt in solchen Fällen Art. 11 OR.

Die Art. 19/20 OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB werden mehrheitlich als zwingendes Recht aufgefasst, da diese mit *Oser/Schönenberger* direkt *gebietendes* aufweisen.⁷³³ Zwingende Vorschriften sind allgemein formuliert auch solche, die das Rechtsverhältnis zu Dritten betreffen (z.B. Gutglaubensschutz). Im Sinne dieser Bestimmungen liegen jedoch keine rechtswidrigen bzw. widerrechtlichen Rechtsgeschäfte vor, wenn die Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit oder der Wille zu einem Rechtsgeschäft fehlt, oder wenn die *causa* des Rechtsgeschäfts ungültig ist. Vereinzelt wird auch im schweizerischen Recht die Ansicht vertreten, dass ein Verstoss gegen zwingendes Privatrecht nicht zur Widerrechtlichkeit nach Art. 20 Abs. 1 OR führe.⁷³⁴

An dieser Stelle sei die Auffassung von *Tuhr/Peter* aufgegriffen, welche diejenigen Normen für zwingend ansehen, bei denen eine Abweichung einen Verstoss gegen die «guten Sitten», die öffentliche Ordnung oder das Persönlichkeitsrecht bedeuten würde.⁷³⁵ Diese Ansicht ist als *wertungskohärent* anzusehen, will man davon ausgehen, dass die «guten Sitten» und die öffentliche Ordnung neben der Rechtswidrigkeit den allgemeinen Mindeststandard in Sachen Inhaltskontrolle im Vertragsrecht setzen sollen. Insofern können alle Rechtsnormen, die ebenfalls dazu beitragen, diesen Standard aufrechtzuerhalten, als die minimalen und damit unabänderlichen Regeln des Privatrechts angesehen werden.

Vereinzelt wird im schweizerischen Schrifttum auch die Meinung vertreten, gerade bei einer ausfüllungsbedürftigen Generalklausel wie den «guten Sitten» könne es sich nicht um eine zwingende Norm handeln.⁷³⁶ Eine Auffassung, die zwar aufgrund der Konkretisierungsbedürftigkeit dieser Klausel und wegen ihres Bezuges zur einfachen Moralität durchaus nachvollziehbar ist, die aber deren *soziale Schutzfunktion* klar untergraben könnte. Sofern man prinzipiell an den «guten Sitten» festhalten möchte, erscheint es also von ihrem Normzweck her nur logisch, diese Klausel als zwingende Schranke des Privatrechts anzusehen.

Schliesslich ist in diesem Zusammenhang noch auf den prägenden Ansatz von *Bucher*⁷³⁷ hinzuweisen, der die zwingenden und dispositiven Regeln des Privatrechts *zusätzlich unterscheidet von den unabänderlichen, aber kein materielles Recht regelnden Normen*, zu denen er beispielsweise die Generalklausel der «guten Sitten» zählt. Ein Ausschluss oder eine Konkretisierung der «guten Sitten» mittels privatautonomer Vereinbarung müsse zwar ausgeschlossen bleiben, deren positive inhaltliche Erzwingbarkeit sei aber schlicht unmöglich, da sie kein materielles Verhalten vorsä-

⁷³³ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 19 OR N 10 ff.; Zufferey-Werro, Rn. 34 ff., 528 ff.; krit. Bucher, Dispositives Gesetzesrecht, 250.

⁷³⁴ Bucher, OR AT, 251 ff.; Giger, 81 f.

⁷³⁵ Von Tuhr/Peter, 250; Keller/Schöbi, 143.

⁷³⁶ Bucher, OR AT, 251 f.; Abegg, 156 ff.; zu den «guten Sitten» ausführlich: Zufferey-Werro, Rn. 520 ff., wobei er zu dieser spezifischen Frage nicht Stellung nimmt; die h.L. hingegen bejaht den zwingenden Charakter: BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 128, 132 ff.; Belser, 412 ff.; Keller/Schöbi, 141; differenzierend schon: ZK-Oser/Schönenberger, Art. 19 OR N 12.

⁷³⁷ Bucher, Dispositives Gesetzesrecht, 249 ff., insb. Anm. 2; idem, OR AT, 251, der sich weitgehend auf die Auffassung stützt von Burekhardt, Walther: Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Zürich 1948.

hen. Die «guten Sitten» vermögen nach *Bucher* lediglich zu bewirken, dass sittenwidrige Verträge nicht durchgesetzt werden können, wodurch die vertragliche Selbstbindung eingeschränkt werde. – Diese Auffassung zeigt Auswirkungen auf die Rechtsfolgen.⁷³⁸ Nach *Bucher* sind rechts- und sittenwidrige Verträge nicht *per se* ungültig. Vielmehr tritt deren *Nichtigkeitsfolge* nur dann ein, wenn dies ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn der Normzweck es erfordert. Ein Vertrag bleibt demnach prinzipiell bestehen; die entsprechenden widerrechtlichen Vertragsbestimmungen werden jedoch – sofern möglich – durch dispositives Recht ersetzt.⁷³⁹

Auch wenn die Grenzziehung gemäss § 134 BGB keine zwingenden privatrechtlichen Normen anspricht, kann sich natürlich aus dem Gesetzestext ein (weiterer) Verstoss gegen zwingendes Vertragsrecht ergeben: Das Verbrauchervertragsrecht⁷⁴⁰ und das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 307 BGB) bilden die wichtigsten Bereiche des zwingenden Privatrechts. Sind einzelne AGB-Klauseln nach den §§ 307 ff. BGB unwirksam, so richten sich die Folgen für den Vertrag allerdings allein nach § 306 BGB.⁷⁴¹ § 138 BGB gilt zwar ebenfalls für Verträge, die auf AGB beruhen, aber dies nur subsidiär. Ferner gibt es auch Einzelschriften wie beispielsweise § 278 Abs. 3 BGB, die unabänderlich bestimmen, dass die Haftung wegen Vorsatz nicht im Voraus durch eine privatautonome Vereinbarung wegbedungen werden kann.

3. *Persönlichkeitsverletzung als Sitten- oder Rechtswidrigkeit?*

a) *Persönlichkeitsschutz als Inhaltskontrolle des Vertrags*

Der Persönlichkeitsschutz setzt, wie bereits erwähnt der Selbstbestimmung im Vertragsrecht ebenfalls Grenzen (vgl. Kap. 3 Ziff. III.B). Die Wortlaute von Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR sehen neben den Schranken der Rechts- und Sittenwidrigkeit explizit die Schranken des Persönlichkeitsschutzes im Vertragsrecht vor.⁷⁴² Gemäss schweizerischem Recht unterliegen persönlichkeitsverletzende Verträge nach Art. 19 Abs. 2 OR explizit der Inhaltskontrolle: Zum einen darf eine Partei sich nicht in Belangen binden, welche ihr aufgrund des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 27 Abs. 1 ZGB entzogen sind, und zum anderen können Verträge eine derart übermässige Vertragsbindung bewirken, dass daraus schliesslich eine persönlichkeitsverletzende Fremdbestimmung resultiert. Meist werden persönlichkeitswidrige Verträge jedoch als eine zentrale Fallgruppe sittenwidriger Verträge betrachtet (vgl. Ziff. V.C), wobei sich diverse Untergruppen unterscheiden lassen.⁷⁴³ Das gilt gleichermassen für das schweizerische, das deutsche wie auch für das japanische Recht.

Wie bereits ausgeführt, lassen sich aber die persönlichkeitsverletzenden Verträge nach dem heutigen schweizerischen Recht dogmatisch *zwanglos den rechtswidrigen Verträgen zuordnen*, denn es handelt sich dabei offensichtlich um Verträge, die ge-

⁷³⁸ *Bucher*, OR AT, 254 ff.

⁷³⁹ *Bucher*, OR AT, 250 ff.

⁷⁴⁰ Vgl. Bestimmungsnormen wie §§ 312 f., 651 f., 619 BGB.

⁷⁴¹ *MüKo-Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 5.

⁷⁴² Zur Unübersichtlichkeit der schweizerischen Regelung bereits: *BK-Kramer*, Art. 19/20 OR N 128.

⁷⁴³ *Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger*, Rn. 658 ff.; zum Ganzen *Zufferey-Werro*, Rn. 124 ff.

gen eine *objektive Norm der Rechtsordnung* (Art. 19/20 OR) – namentlich gegen den ausdrücklichen zivilrechtlichen Schutz der Persönlichkeit – verstossen.⁷⁴⁴ Dabei handelt es sich um ein absolutes Recht, auf welches die Trägerin oder der Träger nicht verzichten kann – so ausdrücklich Art. 27 Abs. 1 ZGB.

Auch im deutschen Recht nimmt das Privatrecht den Persönlichkeitsschutz mittels Rechtsprechung zu § 823 BGB auf. Ob jedoch diese Bestimmung im Zusammenhang mit der Inhaltskontrolle eines Vertrags *als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB anzusehen ist*, mag fraglich erscheinen, zumal die strikt geregelte Rechtsfolge der unerlaubten Handlung eine Schadenersatzpflicht ist (d.h. auch einen Schaden voraussetzt), und gerade keine *Nichtigkeitsfolge*. Das ändert aber nichts daran, dass § 823 BGB einen klaren Unrechtsgehalt festhält, weshalb es wertungsinkohärent wäre, wenn der persönlichkeitswidrige Vertrag nicht aufgelöst werden könnte. Aus der Tatsache, dass der Persönlichkeitsschutz auch *durch die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte gewährleistet ist*, kann nach der hier vertretenen Ansicht ebenfalls nicht direkt eine Verbotsnorm im Sinne von § 134 BGB abgeleitet werden. *Daraus ergibt sich*, dass die persönlichkeitsverletzenden Verträge nach deutschem Recht dogmatisch unter die Sittenklausel (§ 138 BGB) subsumiert werden.⁷⁴⁵

Das unterschiedliche Verhältnis von Rechts- und Sittenwidrigkeit im schweizerischen und deutschen Recht hängt also wesentlich davon ab, unter welchen Titel Persönlichkeitsverletzungen fallen. Eine dem Persönlichkeitsschutz nach Art. 27 ZGB entsprechende Norm gibt es im deutschen BGB nicht.⁷⁴⁶

b) Übermassverbot nach Art. 27 Abs. 2 ZGB und Rechtsfolgen

aa) Inhalte

Art. 27 Abs. 2 ZGB bildet Teil des schweizerischen Persönlichkeitsschutzes und dient der Regulierung eines Übermasses bei der Beschränkung der Handlungs- und der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit. Ein Übermass nach Art. 27 Abs. 2 ZGB liegt dann vor, wenn die Beschränkung der wirtschaftlichen Persönlichkeit insofern *unsittlich* ist, als sie die Grundlage der wirtschaftlichen Existenz des Verpflichteten gefährdet.⁷⁴⁷

Inhaltlich bestimmt Art. 27 ZGB, dass sich niemand im Gebrauch seiner Freiheit in einer das Recht und die «guten Sitten» verletzender Weise beschränken lassen darf – und selbstverständlich auch, dass niemand eine andere Person im Gebrauch ihrer Freiheit beschränken darf. (Der Persönlichkeitsschutz des Dritten ist jedoch Gegenstand von Art. 28 ZGB.)⁷⁴⁸ – Der privatautonomen Dispositionsbefugnis sind die In-

⁷⁴⁴ BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 128, 186, 208 ff.; BSK OR I-Huguenin, Art. 19/20 OR N 25, 31.

⁷⁴⁵ So allgemein: MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 34.

⁷⁴⁶ Beckmann, 106 ff. im Speziellen zur Lehre Bucher's von der Berücksichtigung des Normzwecks; Hofer, recht (2008) 2, 58 ff., 62; BK-Bucher, Art. 27 ZGB N 4, 10 ff.; allg. zum Vergleich des schweizerischen und deutschen Persönlichkeitsrechts bereits Gmür, 54 ff., 62 ff.

⁷⁴⁷ BGE 102 II 218 E. 6; BGE 88 II 174; BGE 53 II 320.

⁷⁴⁸ Der Ansicht von Bucher (BK 27 ZGB N 10 ff.) bzw. Hausheer/Aebi-Müller, dass Art. 27 ZGB, richtig verstanden, keinen Schutz vor sich selbst bezwecke, kann hier nicht gefolgt werden. Es handelt sich nach der hier vertretenen Ansicht um eine normative Vertragsschranke aus der Perspektive der eigenen Person und für diese. Sie wird sich zwar meist erst im Zusammenspiel

halte entzogen, die nicht Vertragsgegenstand «sein können bzw. sollen». Nach der Rechtsprechung betrifft dies prinzipiell folgende Rechtsgüter: die eigene physische Freiheit, die Intim- und Privatsphäre, die höchstpersönliche religiöse Lebensgestaltung, die sexuelle Verhütungspraxis, aber auch Verpflichtungen aus einem Erbvertrag oder Vereinbarungen hinsichtlich der Berufszugehörigkeit. Diesen Rechtsgütern lassen sich folgende Beispiele aus der jüngeren Literatur hinzufügen: Teilnahme an einem Verbrechen, Vereinbarung zur Leihmutterchaft, Verzicht auf Widerruf einer medizinischen Behandlung.⁷⁴⁹

Vertragliche Verpflichtungen zu reinen Geld- oder Sachleistungen sind in der Regel nicht persönlichkeitsverletzend und fallen deshalb nicht unter Art. 27 Abs. 2 ZGB.⁷⁵⁰ Sie sind nur dann persönlichkeitsverletzend, wenn sie zeitlich, örtlich oder inhaltlich übermässig sind.⁷⁵¹ Was den Arbeitsvertrag betrifft, konkretisiert Art. 328 OR den Persönlichkeitsschutz (gegenüber Dritten); nach einem Teil der Lehre darf die Bestimmung aber auch so verstanden werden, dass ein Arbeitnehmer im Rahmen von Art. 27 ZGB auch vor sich selbst geschützt werden kann: So soll sich dieser nicht *ökonomisch ausnutzen lassen* (z.B. indem er unter dem Existenzminimum arbeitet), oder es zulassen, dass er durch die Arbeit privat bzw. in seiner Lebensgestaltung übermässig eingeschränkt wird.⁷⁵²

bb) Rechtsfolgen

Nach *Bucher* ist der Normgehalt von Art. 27 ZGB *klarerweise dem Vertragsrecht zuzurechnen*.⁷⁵³ Dennoch betont er auch den Unterschied zwischen den vertrags- und den persönlichkeitsrechtlichen Normzwecken: Während Art. 27 ZGB die individuellen Interessen der Vertragsparteien schütze, haben Art. 19 f. OR die Interessen der Gemeinschaft im Blick.⁷⁵⁴ Daraus leitet *Bucher* letztlich unterschiedliche Rechtsfolgen ab: «Unsittliche Verträge» im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB sind nur dann für ungültig zu erklären, wenn die individuell betroffene Vertragspartei dies möchte bzw. erklärt hat. – Das Bundesgericht hat sich bereits im Jahre 2002 erstmals für unterschiedliche Rechtsfolgen ausgesprochen.⁷⁵⁵

mit Dritten (d.h. im Vertrag oder Testament) artikulieren, ist aber dennoch vom Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB zu unterscheiden, sonst wäre letztgenannte Bestimmung obsolet.

⁷⁴⁹ *Hausheer*, 28; *BK-Bucher*, Art. 27 ZGB N 117 ff. allerdings mit Hinweisen auf bereits ältere Rechtsprechung und Liteatur: RG, Urteil vom 16. Februar 1904 – VII 405/03 = RGZ 57, 250 und *Flume*, AT Bd. 1 § 7 N 2; *BK-Kramer*, Art. 19/20 OR N 212 ff.

⁷⁵⁰ *BK-Bucher*, Art. 27 ZGB N 105 ff.

⁷⁵¹ Z.B. *KuKo ZGB-Hotz*, Art. 27 ZGB N 11.

⁷⁵² *Geiser, Thomas*: Gibt es ein Verfassungsrecht auf einen Mindestlohn?, in: Ehrenzeller, Bernhard/Mastronardi, Philippe/Schaffhauser, René/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für Yvo Hangartner*, St. Gallen 1998, 809–829, 815 f. m.w.H.

⁷⁵³ *BK-Bucher*, Art. 27 ZGB N 6; *BK-Kramer*, Art. 19/20 OR N 370 ff., 382; *Hofer*, recht (2008) 2, 58 ff.; *Hausheer, Heinz*, *Neuere Entwicklungen zum Persönlichkeitsrecht*, in: Honsell, Heinrich/Bucher, Eugen/Canaris, Claus-Wilhelm/Koller, Thomas (Hrsg.), *Norm und Wirkung: Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Bern/München 2005, 319–348; *idem*, 22 ff.: Letzteres vermutet *Hausheer*.

⁷⁵⁴ *BK-Bucher*, Art. 27 ZGB N 4 ff., 22 ff.

⁷⁵⁵ BGE 106 II 369 E.4.

Da Art. 27 ZGB die Rechtsfolgen nicht ausformuliert, besteht nach *Bucher* keine Notwendigkeit, von der Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit des Vertrags nach Art. 20 OR auszugehen. – Über die ursprünglichen Beweggründe von *Eugen Huber* zu Art. 27 ZGB ist in den gesammelten Materialien zum ZGB nichts vorzufinden. Die heutigen Art. 19 f. OR regeln die Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 17 des alten Obligationenrechts (1881). Die Rechtshistorikerin *Sibylle Hofer* verneint allerdings, dass bei Art. 27 ZGB diesbezüglich von einer Regelungslücke ausgegangen werden könne, stattdessen legt sie plausibel dar, dass *Eugen Huber* von den massgeblichen Vorstellungen der Gemeinschaft und den Nichtigkeitsfolgen (nach Art. 17 aOR 1881) ausgegangen sei.⁷⁵⁶ Das bedeutet nach *Hofer* im Resultat, dass es sachlich gerechtfertigt wäre, im gegenwärtigen Kontext bei einem Anwendungsfall von Art. 27 OR von anderen Rechtsfolgen als der Nichtigkeit auszugehen.⁷⁵⁷

4. Verhältnis der «guten Sitten» zu Treu und Glauben im Geschäftsverkehr

Neben der allgemeinen Rechts- und Sittenwidrigkeitsschranke eines Rechtsgeschäfts sehen alle drei Rechtsordnungen explizit eine weitere allgemeine Schranke der Selbstbestimmung im Vertragsrecht vor: die *Grenze von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr*.⁷⁵⁸ – Das Gebot von Treu und Glauben kann hier jedoch nicht in seiner vollen Breite diskutiert werden, denn das würde den Rahmen der Untersuchung sprengen. Es müssen daher wenige allgemeine Bemerkungen ausreichen. Ausserdem scheint die Generalklausel von Treu und Glauben gerade in den nachfolgend zu besprechenden rechtlichen Gestaltungen des «Privaten», des Ehe-, Prostitutions- und Leihmutterchaftsvertrags, eine viel kleinere Rolle zu spielen als i.d.R. angenommen wird – sei es, weil diese Regelungsinhalte der Selbstbestimmung entzogen bleiben sollen, oder sei es, weil es diesbezüglich noch keine etablierten Geschäftsbereiche gibt.

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist eine Inhaltsgrenze allgemeiner Natur.⁷⁵⁹ Es handelt sich aber nach schweizerischem Recht zweifellos um eine zwingende privat-

⁷⁵⁶ *Hofer*, recht (2008) 2, 58 ff., 60 f.: 1.) Huber hatte in erster Linie die Rechtsfähigkeit (Abs. 1) im Visier und wollte diese klar absichern. Diese bewusste Absicherung von der Aufgabe der Rechtsfähigkeit entsprach auch dem Denken anderer berühmter Wissenschaftler des 19. Jahrhunderts (Rudolf Stammler, Otto Gierke, Rudolf v. Jhering). 2.) *Huber* orientierte sich am Gemeinschaftssinn und den nötigen Schranken, weniger am Freiheitsideal.

⁷⁵⁷ Dieser konzeptionelle Gedanke zu den unterschiedlichen Rechtsfolgen wird von *Hofer* allerdings nicht weiter vertieft, sondern endet in einer Warnung, die materiellen Anforderungen an Art. 27 ZGB herabzusetzen und die Vertragsfreiheit nicht zugunsten des Schutzes der schwächeren Partei allzu sehr einzuschränken.

⁷⁵⁸ Art. 2 Abs. 1 ZGB lautet: «Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln»; § 242 BGB lautet: «Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern»; Art. 1 Abs. 2 *Minpô* lautet übersetzt: «Die Ausübung von Rechten und die Erfüllung von Pflichten muss nach Treu und Glauben erfolgen». – Es sei hier am Rande darauf hingewiesen, dass es sich bei Art. 1 Abs. 2 *Minpô* um eine Norm handelt, die im japanischen Kodifikationsprozess nach schweizerischem Vorbild formuliert worden ist: *Ozawa, Nana*: Louis Adolf Bridel, Ein Schweizer Professor an der juristischen Fakultät der Tokyo Imperial University: die geschichtliche Bedeutung der Yatoi zur späten Meijizeit, Rechtshistorische Reihe Bd. 382, Frankfurt am Main/Bern 2010.

⁷⁵⁹ Vgl. BGE 128 III 201 E. 1c: «Grundsatznorm, welche der Durchsetzung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit dient»; ZK-Baumann, Art. 2 ZGB N 3 f.

rechtliche Schranke, weshalb die Verletzung von Treu und Glauben im Vertragsrecht auch als Anwendungsfall der Rechtswidrigkeit gemäss Art. 19 f. OR verstanden werden kann.⁷⁶⁰ Indes kann der Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB nicht als *Verbotsgesetz* gemäss § 134 BGB eingestuft werden. Verletzt aber ein Vertrag § 134 BGB, so liegt regelmässig ein Verhalten vor, das gegen Treu und Glauben verstösst.⁷⁶¹ Was inhaltlich aber konkret als ein Verhalten gegen Treu und Glauben oder gegen die «guten Sitten» im Vertragsrecht zu taxieren ist, lässt sich nicht ohne Weiteres bestimmen. Es liegen nämlich beiden Generalklauseln in allen drei Rechtsordnungen die gleichen gesamtgesellschaftlichen und grundrechtlichen Wertvorstellungen zugrunde,⁷⁶² sodass es bei deren Auslegung von Anfang an zu *Überschneidungen im Anwendungsbereich* kommen muss – und auch kommt. Es kann jedoch allgemein davon ausgegangen werden, dass die Kontrollstandards bei den «guten Sitten» höher angesetzt sind als beim Grundsatz von Treu und Glauben. Letzterer will vor bestimmten Fallkonstellationen und qualifizierten Interessen schützen.⁷⁶³ Das hat auch zur Konsequenz: Ist der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt, wird sich regelmässig eine Prüfung der «guten Sitten» erübrigen.

Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden Klauseln liegt darin, dass sich Treu und Glauben auf den konkreten Geschäftsverkehr sowie auf die Beziehung und das gegenseitige Verhalten der beiden Parteien bezieht⁷⁶⁴ während die «guten Sitten» eher den Inhalt und den Zweck des Rechtsgeschäfts betreffen. Zudem ist der Grundsatz von Treu und Glauben erklärtermassen relativ zu verstehen, denn was im Geschäftsverkehr als *rücksichtsvoll oder fair* angesehen wird, hängt wesentlich von der Beziehung der involvierten Parteien zueinander, aber auch vom Geschäftsbereich ab.⁷⁶⁵ Die möglichen Rechtsfolgen eines Verstosses gegen Treu und Glauben sind dementsprechend breit gefächert und reichen von der Auslegung über die Anpassung der Rechte und Pflichten bis hin zur Vertragsauflösung – was allerdings als Extremfall gilt.⁷⁶⁶

Ein Verstoß gegen die «guten Sitten», der eine *Nichtigkeitsfolge* nach sich zieht, dient hingegen dazu, einen einheitlichen Minimalstandard für Verträge zu setzen. Ein krasses Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung lässt sich sodann nicht sinnvoll über Treu und Glauben korrigieren, denn dieses Institut dient der Aufrechterhaltung eines Durchschnittsverhaltens im Geschäftsverkehr, und nicht einer minimalen Ausgewogenheit, d.h. einer Vertragsgerechtigkeit.⁷⁶⁷

⁷⁶⁰ BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 ZGB N 33 m.w.H.; ZK-Baumann, Art. 2 ZGB N 42 f.

⁷⁶¹ MüKo-Roth/Schubert, § 242 BGB Rn. 126.

⁷⁶² Zeller, 256.

⁷⁶³ BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 ZGB N 33; MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 34; MüKo-Roth/Schubert, § 242 BGB Rn. 34; BeckOK-Bamberger/Roth, § 242 BGB Rn. 35; vgl. BGH, Urteil vom 3. März 1971 – VIII ZR 55/70 = NJW 1971, 1034 (1035) mit krit. Anm. von Schmidt-Salzer zu § 242 und § 138 BGB betr. AGB.

⁷⁶⁴ Vgl. § 242 BGB; § 826 BGB-RGRK vgl. Steffen, Rn. 12 (Vol. 2, Part 5); die sog. Sonderverbindung, die einen strengeren Massstab zwischen den Parteien setzen würde, wird indes heute nur noch abgeschwächt aufrechterhalten: MüKo-Roth/Schubert, § 242 BGB Rn. 56; Staudinger/Schmidt, § 242 BGB Rn. 115.

⁷⁶⁵ RGZ 160, 375; RG JW 25 1633; BGH, Urteil vom 12. Juli 1951 – III ZR 168/50 (BGHZ 3, 94, 103) = NJW 1951, 917; BGH in (NJW 1979, 162 ff.).

⁷⁶⁶ MüKo-Roth/Schubert, § 242 BGB Rn. 127; ZK-Baumann, Art. 2 ZGB N 5.

⁷⁶⁷ Zeller, 256; BK-Merz, Art. 2 ZGB N 103.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Verstoss gegen die «guten Sitten» im Geschäftsverkehr (vgl. Fallgruppen unter Kap. 6) immer auch einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellt.⁷⁶⁸

5. *Das Verhältnis der Kôjo-ryôzoku-Klausel zu den zwingenden Bestimmungen nach Art. 91 f. Minpô*

Art. 91 *Minpô* hält fest, dass im Rahmen des dispositiven Normengefüges prinzipiell Vertragsfreiheit gelte, es sei denn, eine Regelung sei zum Schutze der öffentlichen Ordnung aufgestellt worden. Mit anderen Worten: Es handle sich um eine zwingende Norm. Solange das *Minpô* selbst ausdrücklich abweichende privatautonome Bestimmungen vorsieht (z.B. Art. 38 Abs. 1 *Minpô*),⁷⁶⁹ lässt sich problemlos ausmachen, was eine dispositive Norm ist. Allerdings offenbart sich der zwingende Charakter einer Bestimmung des *Minpô* – wie im deutschen oder schweizerischen Recht – oft erst aufgrund des Normzwecks. Zu einer grundlegenden Gesellschaftsordnung gehören etwa die Bestimmungen des Familien- oder des Sachenrechts. Ferner zählen alle Bestimmungen, die der Aufrechterhaltung der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung oder dem Gutgläubensschutz von Dritten dienen, zu den unabänderlichen Bestimmungen des Geschäftsverkehrs.⁷⁷⁰ Zu dessen Schutz bestehen auch sog. Verbotsgesetze, die in Sondergesetzen zum Kredit-, Arbeits- oder Verbraucherrecht geregelt sind. Konkrete Beispiele sind etwa die besonderen Bestimmungen zur Inhaltskontrolle von Klauseln nach Art. 8 ff. Verbrauchervertragsgesetz (Gesetz Nr. 61/2000), zu den minimalen gesetzlichen Arbeitsbedingungen nach Art. 13 Arbeitsrahmengesetz (i.d.F. Gesetz Nr. 42/2012) oder die *Cooling-off*-Rechte für besondere Vertragstypen,⁷⁷¹ die zwingendes Privatrecht darstellen.⁷⁷² Diese Gesetzesverstösse können ebenfalls unter Art. 91 *Minpô* subsumiert werden.

Ob jedoch auch der Verstoss gegen *zwingendes öffentliches Recht* eines Vertrags unter Art. 90 und Art. 91 *Minpô* fällt, ist durch Auslegung zu ermitteln und differenziert zu betrachten.⁷⁷³ Besteht der Normzweck der betreffenden Verbotsnorm jedenfalls im *Schutz der öffentlichen Ordnung*, können auch Verstösse gegen öffentlich-rechtliche Normen, ggf. sogar Verwaltungs- oder Vollstreckungsvorschriften, eine Gesetzeschranke bilden. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass auch im japanischen Recht erhöhte Anforderungen an eine öffentlich-rechtliche Schranke der Selbstbestimmung im Vertragsrecht zu setzen sind: Der Zweck der Beschränkung muss erfüllt und die Rechtsfolge der Ungültigkeit gerechtfertigt sein, damit der Normzweck als erfüllt gilt.⁷⁷⁴ Jedenfalls tendiert aber die neuere Lehre dazu, auf diese Dichotomie zwischen (zwingendem) Privatrecht und öffentlichem Recht zu verzichten und stattdessen in jedem Fall bei jeglichem Gesetzesverstoss auf den Normzweck abzustellen.⁷⁷⁵ Das

⁷⁶⁸ MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 5; Steffen, § 826 BGB-RGRK Rn. 12 (Vol. 2, Part 5).

⁷⁶⁹ Art. 38 Abs. 1 *Minpô*: Solange die Statuten eines Vereins keine abweichende Bestimmungen enthalten, können diese nur mit einer Dreiviertelmehrheit abgeändert werden.

⁷⁷⁰ Watanabe, 183.

⁷⁷¹ Art. 9, 24, 40 Abs. 4 und 48 *Tokutei torihiki-hô*, vgl. Hotz, 176 ff.

⁷⁷² Weitere Beispiele bei Watanabe, 183; Yamamoto, *Minpô*, 255 f.

⁷⁷³ Yamamoto, *Minpô*, 258 ff.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, 258 f.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, 259; anderer Ansicht noch Wagatsuma, 262 ff.

heisst, dass auch etwa ein Rechtsakt, der gegen die Grundrechte verstösst – wie beispielsweise ein Eheschliessungsvertrag, der von einer Drittperson geschlossen wurde und damit gegen die Ehefreiheit oder möglicherweise gegen die Geschlechtergleichheit verstösst, ohne Weiteres ungültig ist.

6. Zwischenergebnisse

1.) Diese Gegenüberstellung von § 134 BGB und Art. 19 f. OR/Art. 27 ZGB sowie von Art. 91 *Minpô* zeigt die unterschiedliche Tragweite der Schranken des Gesetzes im Hinblick auf die Selbstbestimmung im Vertragsrecht auf.

2.) Es ist ein Unterschied, ob eine *allgemeine Inhaltskontrolle* im Vertragsrecht ausschliesslich aufgrund ausdrücklicher Verbotsgesetze (meist öffentliches zwingendes Recht) wie nach § 134 BGB erfolgt oder zusätzlich dazu auch auf zwingendem Privatrecht wie nach Art. 19 f. OR und Art. 91 *Minpô*. Diese grundsätzliche dogmatische Unterscheidung erklärt, warum in diesem Bereich sowohl innerhalb der schweizerischen als auch in der japanischen Lehre Meinungsverschiedenheiten bestehen. So erstaunt es weiter nicht, dass etwa in der schweizerischen Lehre umstritten ist, welche Norm privatrechtlich zwingend und welche dispositiver Natur sein soll. Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich sowohl bei den «guten Sitten», wie sie heute gelten (Art. 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 OR), als auch beim Persönlichkeitsschutz (Art. 27 f. ZGB, Art. 19 Abs. 2 OR) um unabänderliche Normen des Privatrechts. Würden die «guten Sitten» keine unabänderlichen Vertragsschranken darstellen, so bliebe nur die allgemeinere Schranke der Rechtswidrigkeit bzw. der Widerrechtlichkeit, und dann stellte sich die Frage, ob sich alle gegenwärtigen (und künftigen) Fälle von Inhaltskontrollen *rechtstechnisch* sowie *rechtsethisch* befriedigend lösen liessen. Falls diese Frage zu bejahen wäre, könnte logischerweise auf die Sittenklausel verzichtet werden.

Umgekehrt erklärt der Vergleich auch, warum die Sittenklausel nach deutscher Doktrin relativ unangefochten erscheint: Im Endeffekt ist es der eingeschränktere Anwendungsbereich der allgemeinen Rechtswidrigkeitsklausel (§ 134 BGB), der ausmacht, welche Art von Fällen durch die Sittenklausel kontrolliert werden soll bzw. vor welchen Verletzungen die Klausel Schutz bieten können muss. – Das Gleiche gilt für die *Kôjo-ryôzoku*-Klausel. Von praktischer Relevanz ist dies vor allem für den wichtigen Anwendungsbereich der persönlichkeitsverletzenden Verträge. Nach schweizerischem Recht lassen sich diese *de lege lata* zwanglos als widerrechtliche Verträge unter Art. 19/20 OR und Art. 27 ZGB einordnen, und damit letztlich aus dem Anwendungsbereich der «guten Sitten» ausgliedern. Da das schweizerische Persönlichkeitsrecht nach Art. 27 ff. ZGB heute sehr viel ausführlicher geregelt ist als die «guten Sitten» und zudem durch Lehre und Rechtsprechung klare Konturen angenommen hat, kann hier den Lehrmeinungen, diese Fälle seien bloss als Untergruppe der sittenwidrigen Verträge zu betrachten, aus der Perspektive des schweizerischen Rechts nicht gefolgt werden. Diese Lehrmeinungen scheinen von der deutschen Doktrin geprägt zu sein, die jedoch von anderen gesetzlichen Voraussetzungen ausgeht: Der deutsche Persönlichkeitsschutz ist nämlich durch die allgemeine Deliktshaftung (§ 823 BGB) und die *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte* gewährleistet. Daher ist dabei nach der hier vertretenen Ansicht nicht von einer direkten Verbotsnorm im Sinne

von § 134 BGB auszugehen; vielmehr sind die persönlichkeitsverletzenden Verträge dogmatisch unter § 138 BGB einzuordnen.⁷⁷⁶

3.) Eng verknüpft mit der Frage der Unabänderlichkeit der Gesetzesnormen ist die Diskussion um die Rechtsfolgen des rechtswidrigen Vertrags.

Von praktischer Relevanz ist, ob ein gegen zwingendes Privatrecht verstossender Vertrag von Amtes wegen für nichtig erklärt werden soll oder nur dann, wenn dies dem speziellen Normzweck entspricht und/oder im Interesse der betroffenen bzw. zu schützenden Partei ist. Zwar setzt das zwingende öffentliche Recht von Amtes wegen allen privatautonomen Vereinbarungen Schranken; ob jedoch eine Verbotsnorm *in concreto* zur Nichtigkeit führt, hängt von ihrem Inhalt sowie von ihrem Sinn und Zweck ab. Dies gilt grundsätzlich für Verträge mit zweiseitigem wie auch mit einseitigem Verbot. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die rechtliche Qualifikation oder Grundlage der Inhaltskontrolle, d.h. ob diese nun auf unabänderlichen Vorschriften oder auf den «guten Sitten» beruht, nicht unbedingt massgebend für die Rechtsfolgen. Vielmehr ist in einem ersten Schritt zu bestimmen, wozu und zu wessen Schutz die verschiedenen Kontrollkriterien dienen. Es ist also primär der Sinn und Schutzzweck der Normen in unseren Rechtsordnungen zu erkunden. Erst dann kann die Frage nach den heute entsprechenden bzw. möglichen Rechtsfolgen geklärt werden. Während traditionell davon ausgegangen wurde, dass die Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit und der Sittenwidrigkeit – abgesehen von den besonderen Regeln in den Verbotsgesetzen – in jedem Fall die gleichen seien, nämlich Nichtigkeit bzw. später Teilnichtigkeit (Art. 20 OR), wird heute differenziert zwischen dem, was im Interesse der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung der Vertragsparteien liegt, und dem, was dem Interesse der Gemeinschaft entspricht.

4.) Bei festgeschriebenen Normen – seien es nun Verbotsgesetze oder zwingende privatrechtliche Normen – kommt es auf deren Auslegung an, d.h. auf die Ermittlung von Sinn und Zweck der betreffenden Norm. Bei der Sittenklausel hingegen geht es um einen Verstoß gegen gesellschafts- und/oder rechtsethische Normen, die in keiner vergleichbaren Form ausdrücklich umschrieben sind.⁷⁷⁷ In diesen Fällen muss die RichterIn bzw. der Richter im wörtlichen Sinne Rechtsfindung betreiben.

5.) Vergleicht man nun die so verstandenen Schranken des Gesetzes mit denjenigen der «guten Sitten», so ergibt sich daraus, dass sich deren Anwendung *de lege lata* nach geltender Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz und in Deutschland auch inhaltlich unterscheiden muss. Drei Beispiele sollen der Illustration dienen:

Beispiel Nr. 1: Obschon das deutsche Prostitutionsgesetz im Jahre 2001 in Kraft trat, sodass der Prostitutionsvertrag seither ausdrücklichen Bestand hat und Prostituierten einen Anspruch auf Entlohnung einräumt, wurde im Schrifttum in diesem Zusammenhang teils auch noch danach von einer Sittenwidrigkeit ausgegangen. Bei den damaligen Gesetzesberatungen hatte man denn auch explizit von der Sittenwidrigkeitsthematik Abstand genommen. Mit anderen Worten: Man hatte nicht wirklich einen Konsens zur Frage der Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrages gefunden.

⁷⁷⁶ So allgemein: MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 34.

⁷⁷⁷ MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 4.

Doch führten der Zeitgeist und die der Rechtsordnung immanenten Werte damals zur Ansicht, ein Prostitutionsvertrag müsse rechtlich Bestand haben. Das Beispiel zeigt zusammenfassend, dass die Generalklausel der «guten Sitten» bei Vorliegen einer besonderen Gesetzesregelung regelmässig nicht mehr zur Anwendung gelangt und dass die rechtsethischen Wertungen vorgehen. Das heisst aber noch lange nicht, dass Richterinnen und Richter einen Prostitutionsvertrag und die Prostitution für sich genommen moralisch befürworten müssen.

Beispiel Nr. 2: Sehr ähnlich, jedoch im umgekehrten Sinne, verhält es sich bei der Diskussion um die Anerkennung von Kindesverhältnissen, die aus Leihmutter-schaftsverhältnissen hervorgegangen sind. Auch wenn die Leihmutter-schaft in Deutschland und der Schweiz verboten ist, muss sie allein deshalb nicht unbedingt als *sittenwidrig* eingestuft werden: Das zeigen die *Ordre-public*-Diskussionen zu den jüngsten und den älteren Leihmutter-schaftsurteilen, sofern man davon ausgehen kann, dass die Inhalte der «guten Sitten» und des *Ordre public* inhaltlich weitgehend deckungsgleich sind (dazu gleich anschliessend lit. B/3).

Beispiel Nr. 3: Aus dem schweizerischen Recht ist als weiteres Beispiel Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB anzufügen: Diese Bestimmung besagt, dass für Vorschriften, die um der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit willen aufgestellt worden sind, *kein* Rückwirkungsverbot gilt, während dieses jedoch im Falle einer neuen Rechtswidrigkeit Geltung haben muss.⁷⁷⁸ Es handelt sich hierbei um ein prinzipiell voraussehbares Zuwiderhandeln gegen die Rechtsordnung.

6.) Im japanischen Recht ist die Abgrenzung der *Kôjo-ryôzoku-Klausel* zu Art. 91 *Minpô* unscharf und heute noch umstritten:⁷⁷⁹ Die ältere Lehre unterscheidet zwischen Gesetzesverstoss (Art. 91 *Minpô*) und Verstoss gegen die *Kôjo-ryôzoku-Klausel*, unabhängig davon, ob ein expliziter Gesetzesverstoss vorliegt.⁷⁸⁰ Dabei war unklar, welche Arten von Gesetzes- oder Verordnungsverstössen unter Art. 91 *Minpô* fielen. In der Regel werden aber heute auch Verstösse gegen explizit zwingende öffentliche Gesetzesvorschriften unter Art. 91 *Minpô* subsumiert. Die neuere Lehre erachtet Art. 90 *Minpô* als die inhaltlich umfassendere Norm, die sämtliche Rechtsverstösse umfassen kann.⁷⁸¹ Nach dieser Ansicht ist der Zweck von Art. 91 *Minpô* darin zu sehen, die Vertragsfreiheit zu regeln (auch wenn dies noch ausdrücklicher sein dürfte) und zwingendes und dispositives Recht voneinander abzugrenzen, und nicht darin, Rechtswidrigkeitsnorm zu sein. Von praktischer Relevanz erscheint das Problem indes nicht zu sein, denn unbestrittenermassen lassen sich rechtswidrige Verträge auch unter Art. 90 *Minpô* subsumieren, und es gibt zweifellos auch Fälle, die rechts- und sittenwidrig zugleich sind.⁷⁸²

⁷⁷⁸ Huguenin, § 4 Rn. 398; vgl. zur Diskussion allerdings unter Art. 3 SchlTZGB; BGE 116 III 120 E. 3d.

⁷⁷⁹ Yamamoto, *Minpô*, 253 f., 269 f.

⁷⁸⁰ Wagatsuma, 262; Yamamoto, *Minpô*, 253 f.

⁷⁸¹ Uchida, 279; Yamamoto, *Minpô*, 253 f.

⁷⁸² Uchida, 88.

B. Verhältnis der «guten Sitten» zur öffentlichen Ordnung

1. Ausgangspunkt der Überlegungen

a) Begrifflich-dogmatisches nach *Simitis*

Einen ersten Anhaltspunkt zum Verhältnis zwischen den «guten Sitten» und der öffentlichen Ordnung bietet die Monografie von *Konstantin Simitis* aus dem Jahre 1960 «*Gute Sitten und ordre public*». – Den nachfolgenden Ausführungen ist voranzustellen, dass *Simitis* den Terminus *ordre public* im Sinne der fran-zösischen Doktrin versteht, d.h., der Begriff bleibt im Prinzip in allen Rechtsbereichen gleich und ändert je nach Rechtsgebiet seine Erscheinungsform.⁷⁸³ *Simitis*' Abhandlung betrifft *das materielle Privatrecht*, wobei er zum Schluss kommt, die Anwendungsbereiche und Funktionen der «guten Sitten» (§ 138 Abs. 2 BGB), des *ordre public* (Art. 6, 1133 CC) sowie der *public policy* (des englischen und US-amerikanischen Rechts) weitgehend deckungsgleich sind.⁷⁸⁴

Aufgrund des Anwendungsbereichs und der Funktion der Generalklausel gibt *Simitis* dem Terminus *ordre public* allerdings gegenüber den «guten Sitten» den Vorzug – dies u.a., weil mit dem letztgenannten Begriff in die Moralordnung eingegriffen werde, während die zu behandelnden Rechtsfragen regelmässig mehr mit wirtschaftlich-politischen als mit individuell-ethischen Vorstellungen zusammen-hängen und dieser Umstand werde mit dem Terminus *ordre public* präziser wiedergegeben.⁷⁸⁵

Simitis ist unter Verweis auf *Husserl*⁷⁸⁶ der Meinung, im deutschsprachigen Raum bedürfe es nicht unbedingt dieses umfassenden französischen Terminus' *ordre public*, denn der Begriff öffentliche Ordnung sei – im Sinne von Wertvorstellungen und Prinzipien, die der Rechtsordnung entsprechen – sogar der treffendere.⁷⁸⁷ – Nach angloamerikanischem Recht wird laut *Simitis* von einem Verstoss gegen die *public policy* und innerhalb dieser speziell von einem Verstoss gegen die *good morals* gesprochen, wenn es etwa darum geht, die Familienordnung zu schützen. Dies hatte im angloamerikanischen Recht ursprünglich auch prozessuale Gründe, denn Fälle zur Aufrechterhaltung der Familienordnung unterstanden früher einmal den kirchlichen Gerichten.⁷⁸⁸ *Simitis* gelangt damit zum Schluss, dass der Begriff der «guten Sitten» im Sinne von *good morals* für Verstösse gegen die moralischen Gebote im sexuellen und familialen Bereiche seine Berechtigung habe und daher auch im deutschen Recht ausschliesslich im Gebiet des Geschlechts- und Familienlebens angewendet werden sollte.⁷⁸⁹

Kurz zusammengefasst: Nach *Simitis* soll statt der «guten Sitten» die Generalklausel der öffentlichen Ordnung resp. entsprechend der französischen Terminologie der

⁷⁸³ *Simitis*, 111 f.

⁷⁸⁴ *Simitis*, 162 ff.; was nicht heissen muss, dass die Anwendungsfälle gleich sind (S. 195 ff.).

⁷⁸⁵ *Simitis*, 195 ff., 196 f.; m.w.H. zu älteren Versuchen der Umbenennung der guten Sitten und zur alternativen Verwendung der öffentlichen Ordnung, 73 ff.,

⁷⁸⁶ *Gerhart Husserl* (1893–1973), ein nach Amerika emigrierter, deutscher Rechtstheoretiker und -vergleicher: *idem*, *Virginia Law Review* 25 (1938) 1, 37 ff., s.a. Fn. 2.

⁷⁸⁷ *Simitis*, 174.

⁷⁸⁸ *Simitis*, 123 (zum engl. Recht), 196.

⁷⁸⁹ *Simitis*, 196 f.; krit. *Rother*, AcP 172 (1972), 498, 502.

Begriff *ordre public* verwendet werden, da dieser auf die Prinzipien und Wertvorstellungen der Rechtsordnung verweise. Einzig für moralische Verstösse im sexuellen und familialen Bereich verfüge der Begriff der «guten Sitten» noch über seine Rechtfertigung.

Diese Forderung von *Simitis* hat sich bekanntlich in keiner der betreffenden Rechtsordnungen durchsetzen können. Die *Kritik gegen seinen Vorschlag* zielte damals in verschiedene Richtungen: Zum einen wurde etwa von *Larenz* bemängelt, durch den Begriff der «öffentlichen Ordnung» lasse sich der gewünschte, moralisch-sittliche Bezug nicht herstellen,⁷⁹⁰ zum anderen wurde eingewendet, mit dem Terminus der «öffentlichen Ordnung» werde die Abgrenzung zur Rechtswidrigkeit verwischt.⁷⁹¹ Ferner wurde argumentiert, der infrage stehende Begriff sei nicht bestimmter als die «guten Sitten», weshalb darin kein Mehrwert zu erkennen sei.⁷⁹² Schliesslich wurde an *Simitis'* Doktrin kritisiert – und dabei handelt es sich um den schwerwiegendsten Vorwurf –, diese führe zu einer Verrechtlichung und damit zu einer übermässigen Einschränkung der Privatautonomie.⁷⁹³ Damit hängt über dem Vorschlag von *Simitis* und den Nachfolgervorschlägen, die «öffentlichen Ordnung» statt der «guten Sitten» beizuziehen (vgl. Kap. 6), letztlich der Konstitutionalisierungsvorwurf im Privatrecht.

b) Stellungnahme

Zum ersten Kritikpunkt an *Simitis'* Vorschlag kann guten Grundes entgegnet werden, dass der rechtsethische Bezug der «guten Sitten» heute zunehmend auch in der Lehre und der Rechtsprechung im Vordergrund steht. So ist den Ausführungen von *Larenz* aus dem Jahre 1966/67 noch zu entnehmen, es dürfe nicht übersehen werden, dass die «guten Sitten» sich «*nicht in der Verweisung auf die «herrschende Moral» [...] erschöpfen*» würden. Darum bemühte er sich darzulegen, weshalb auch rechtsethische Prinzipien in die Bewertung von § 138 BGB einbezogen werden müssten.⁷⁹⁴ Demgegenüber steht rund 45 Jahre später im Münchener Kommentar bei *Armbrüster* (6. Aufl.):⁷⁹⁵ «*Allerdings gewinnt gerade die Gesellschaft wie die gegenwärtige, in der die Bewertung von Vorgängen in Situationen häufiger denn je zuvor rechtlichen Niederschlag findet, ihr Urteil immer öfter aus dem Recht selbst.*» Angesichts dieser Entwicklung mag es erstaunen, dass aktuell im Schrifttum nicht mehr diskutiert wird, weshalb Richterinnen und Richter ausserhalb von rechtsethischen Wertungsmassstäben und Prinzipien unserer Rechtsordnungen urteilen sollen bzw. können. Ausserdem wird kaum erläutert, was heute noch über den «rechtsethischen Wertungsmassstab» hinaus als «ethisches Minimum» erfasst werden könnte bzw. müsste, um alle erwünschten Normzwecke der «guten Sitten» zu erfassen.⁷⁹⁶ Es

⁷⁹⁰ *Larenz*, Juristen-Jahrbuch, 98 ff., 109, 119; *Larenz/Wolf*, § 41 Rn. 11; *Flume*, AT Bd. 2, § 18 N 1; *Soergel/Hefermehl*, § 138 BGB Rn. 6.

⁷⁹¹ *Soergel/Hefermehl*, § 138 BGB Rn. 6.

⁷⁹² *Teubner*, 39 ff.; *Auer*, 150 ff.

⁷⁹³ *Auer*, 151.

⁷⁹⁴ *Larenz*, Juristen-Jahrbuch, 109 f.

⁷⁹⁵ *MüKo-Armbrüster*, § 138 BGB Rn. 12.

⁷⁹⁶ Kennzeichnend für die Trennung von rechtsimmanenten Wertungen, die unter die öffentliche Ordnung fallen sollen, und für das engere konsensfähige ethische Minimum, das unter die «guten Sitten» zu subsumieren sei, wobei nicht von einer «feinsäuberlichen hermetischen Trennung der Bereiche» auszugehen sei: *BK-Kramer*, Art. 19/20 OR N 174.

liegt also die Vermutung nahe, dass dieses Vorgehen vor allem der Wiedergabe der historisch tradierten Grundformeln zuzuschreiben ist. Damit stellt sich die Frage, ob es nicht an der Zeit wäre, die Referenzen auf die «Anstandsformel» und die «herrschende Moral» wenigstens begrifflich zu verabschieden. Doch stattdessen hat etwa das Schweizerische Bundesgericht – wie gezeigt – die beiden Grundformeln kumuliert und die umstrittene Anstandsformel beibehalten. Das wäre schlicht nicht nötig gewesen.

Das führt direkt zum zweiten Kritikpunkt an *Simitis'* Vorschlag. Mit dem Terminus «öffentliche Ordnung» (dazu gleich unter Ziff. 2 und 3) wäre zwar inhaltlich nicht allzu viel gewonnen, aber immerhin wäre damit eine *terminologische Entmoralisierung* erreicht worden. (Die Referenz der «guten Sitten» auf Sittlichkeit und Moral ist, wie dargelegt, unbestritten.) Zudem wäre dies der adäquate *sprachliche Ausdruck*, der zum einen für Bürgerinnen und Bürger *verständlich* ist und zum anderen die Brücke zu den Inhalten schlägt, die heute bei der Anwendung der Sittenklausel im Vordergrund stehen: *die rechtsethischen Wertungen der gesamten Rechtsordnung*.

In Abweichung von *Simitis'* Ansicht ist freilich nicht einzusehen, weshalb die «guten Sitten» in intimen und privaten vertraglichen Belangen weiterhin Geltung haben sollen – denn genau das impliziert, dass *im Privaten* andere als die rechtlichen und rechtsethischen Massstäbe zum Tragen kommen sollen. Und das kann kaum die Intention einer fortschrittlichen Gesellschaft und einer grundrechtskonformen Rechtsordnung sein. Ein solches Verständnis (*Simitis*) ist vielmehr dem entgegengesetzt, wofür sich Feministinnen und andere Wissenschaftler seit Jahrzehnten einsetzen: *dem Herausführen der persönlichen und intimen Angelegenheiten aus einem «rechtsfreien Raum»* (Beispiele unter Kap. 7–9). Die Forderung mehr vertragsrechtlicher Selbstbestimmung im Privaten soll nicht dazu führen, dass weniger Schutz für die Individuen besteht. Nur soll sich dieser Schutz nach Massgabe der Selbstbestimmung der Parteien richten. Es soll gewährleistet sein, dass dieser «Schutz» nicht in Fremdbestimmung umschlägt und nach rechtlichen Kriterien allen am Geschäftsverkehr Beteiligten gleichermaßen zukommt.

Zusammenfassend steht damit die Frage im Raum, ob sich die Generalklausel der «guten Sitten» nicht durch die «öffentliche Ordnung» ersetzen lassen soll, so wie dies schon *Simitis* in den 1960er-Jahren vorgeschlagen hatte.

2. Verhältnis der «guten Sitten» zur öffentlichen Ordnung

a) Welche öffentliche Ordnung?

Die Ausführungen zu *Simitis'* Untersuchung machen deutlich, dass zunächst regelmässig zu klären ist, *von welcher öffentlichen Ordnung* gesprochen wird und wie sich deren Verhältnis zu den «guten Sitten» gestaltet.

Der Begriff der öffentlichen Ordnung geht, wie ausgeführt, rechtshistorisch auf den Art. 6 *Code Civil* zurück.⁷⁹⁷ Nach der noch im 19. Jahrhundert vertretenen Auffassung kam dem französischen Begriff *Ordre public* als öffentliche Ordnung in allen Rechts-

⁷⁹⁷ Zimmermann, 713, Anm. 258.

bereichen die gleiche Bedeutung zu.⁷⁹⁸ Heute kann es hingegen als eine Besonderheit des französischen Rechts angesehen werden, wenn eine allfällige drittstaatliche Eingriffsnorm im Rahmen der Vertragsgültigkeit zur Diskussion steht und der Vertrag sowohl auf seine Vereinbarkeit mit dem *Ordre public* im kollisionsrechtlichen Sinne als auch mit der öffentlichen Ordnung und den «guten Sitten» im materiellrechtlichen Sinne überprüft wird.⁷⁹⁹ – Eine Unterscheidung zwischen zwingenden Gesetzen im Hinblick auf das Sach- und das Kollisionsrecht vermochte sich jedoch nicht durchsetzen, zumindest nicht in der Schweiz,⁸⁰⁰ zumal der *Ordre public* im schweizerischen Kollisionsrecht grundsätzlich dem nationalen Rechts- und Gedankengut eines Landes entspricht, nicht dem internationalen, wenn auch europäisches oder internationales Recht zunehmend an Einfluss gewinnt (z.B. Rom I-Vo). Im japanischen Recht wird dagegen (wie auch im französischen Recht) im Sach- und Kollisionsrecht für die «guten Sitten» und den *Ordre public* noch heute die gleiche *Kôjoryôzoku*-Klausel verwendet. Dies steht im Gegensatz zu den deutschsprachigen schweizerischen und deutschen Regelungen, die den Begriff *Ordre public* prinzipiell nur im Rahmen des Kollisionsrechts verwenden.⁸⁰¹

Abzugrenzen von der öffentlichen Ordnung im Privatrecht ist ferner der Terminus der öffentlichen Ordnung im Verfassungsrecht und in weiteren öffentlich-rechtlichen Normen. Zu Letzteren zählen etwa die Schranken «sittenpolizeilicher» Natur, beispielsweise in Staatsverträgen im Zuge von Niederlassungsbeschränkungen, die einzuhalten sind. Diese werden als gesundheits- oder auch als armenpolizeiliche Gesetze und Verordnungen bezeichnet, und deren Einhaltung wird für ein staats- bzw. ein verwaltungsrechtliches Handeln meistens vorausgesetzt.⁸⁰² Im Vertragsrecht stellt sich demgegenüber die Frage nach der Bedeutung der *öffentlichen Ordnung aus Sicht des Privatrechts* und ob sich diese irgendwie von erstgenannter unterscheidet. – Dabei ist schon mitzudenken, dass einige Rechtsordnungen, wie etwa die deutsche, *ohne den Terminus auskommen* und nur zwischen den Schranken eines gesetzes- und eines sittenwidrigen Vertrages unterscheiden, während andere – wie die schweizerische oder die japanische – Rechtsordnungen über Gesetze verfügen, die hinsichtlich der privatautonomen Gestaltung explizit die Schranke der öffentlichen Ordnung ausformulieren.⁸⁰³

b) Keine Einigkeit über die öffentliche Ordnung nach schweizerischer Privatrechtslehre

In einem Leitentscheid des schweizerischen Bundesgerichtes aus den 1950er-Jahren zu einem Verstoß ausländischen Rechts gegen die öffentliche Ordnung und die «gu-

⁷⁹⁸ *Simitis*, 111 (zum franz. Recht).

⁷⁹⁹ *Erne*, 37 m.w.H.: es gab und gibt deshalb im französischen Sprachraum auch die Auffächerung in einen *Ordre public interne* und einen *Ordre public externe* resp. einen *Ordre public national (établi en France)* und einen *Ordre public international*.

⁸⁰⁰ *Husserl*, *Virginia Law Review* 25 (1938) 1, 39 ff. m.w.H. zur Verbreitung der Terminologie und deren Übernahme in einzelne Landesrechte; zur Kritik an dieser Terminologie bereits *Kahn, Franz*: Die Lehre von *Ordre Public*, in: *Lenel, Otto/Lewald, Hans* (Hrsg.), *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, Bd. I, München/Leipzig 1928, 161 ff., 201, 213.

⁸⁰¹ Das schweizerische Recht kennt den Terminus *ordre public* selbstverständlich auch im materiellen Privatrecht französischer Sprache (Art. 19/20 OR).

⁸⁰² Art. 9 Niederlassungsabkommen zwischen der Schweiz und der Türkischen Republik.

⁸⁰³ Vgl. die Übersicht bei *Kötz/Flessner*, 235 ff.; *Zweigert/Kötz*, 76 ff.

ten Sitten» (BGE 76 II 35) wird etwa ausdrücklich auf Erstere Bezug genommen: Nur diejenigen Verstösse gegen ausländisches Recht, die «*eine dem Gemeinwohl gefährliche Verwirrung und Verwilderung der sittlichen Begriffe hervorrufen und somit zugleich die öffentliche Ordnung des Inlandes verletzen*», sollen für einen in der Schweiz abgeschlossenen Vertrag von Bedeutung sein. Mit anderen Worten formuliert: Nur Verstösse, die auch für die Gesamtgesellschaft und die Schweiz von fundamentaler Bedeutung sind, verstossen gegen die inländische öffentliche Ordnung. Damit grenzt sich der privatrechtliche Terminus öffentliche Ordnung nach Art. 19 f. OR zunächst einmal von ausländischen Rechtsvorschriften oder rechts-ethischen Wertungen ab.

Der Begriff der öffentlichen Ordnung nach Art. 19/20 OR wird in der schweizerischen Lehre *nicht einheitlich* beurteilt.⁸⁰⁴ Ein Teil der Lehre versteht darunter die *zwingenden Normen des öffentlichen Rechts*.⁸⁰⁵ In diesem Fall ist jedoch nicht recht nachzuvollziehen, warum diese Generalklausel nötig sein soll, denn der Terminus *unabänderliche Vorschrift* (Art. 19 Abs. 2 OR) lässt den gewünschten Auslegungsspielraum zu. Grammatikalisch erscheint deshalb die Auffassung von *Oser/Schönenberger*⁸⁰⁶ plausibler, die unter dem Titel öffentliche Ordnung diejenigen absoluten öffentlich-rechtlichen Rechtssätze subsumieren, die im Interesse des Staates aufgestellt worden sind, aus deren Formulierung das zwingende Element jedoch nicht ablesbar sein müsse. Mit anderen Worten dient die Generalklausel gemäss diesen Autoren der Auslegung dessen, was zwingendes Recht sein soll;⁸⁰⁷ dabei handle es sich um öffentlich-rechtliche Bestimmungen, die den Aufbau, die Funktion und die Machtstellung des Staates beinhalten würden.

Ein anderer Teil der Lehre spricht der öffentlichen Ordnung *eine eigenständige Bedeutung* zu, die über die Normen des öffentlichen Rechts hinausgeht:⁸⁰⁸ Die Befürworter dieser Ansicht verstehen darunter – meist unter Berufung auf *Broggini*⁸⁰⁹ – *alle öffentlichen Wertungs- und Ordnungsprinzipien* der Rechtsordnung, ohne dass unbedingt ein Verstoß gegen positives Recht vorliegen muss. Der Hauptanwendungsfall eines Verstosses gegen die öffentliche Ordnung besteht seit den 1970er-Jahren in der Inhaltskontrolle von AGBs,⁸¹⁰ die heute allerdings in allen drei Rechtsordnungen teilweise gesetzlich geregelt ist (vgl. Art. 305 BGB, Art. 8 UWG oder

⁸⁰⁴ Zum Ganzen BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 156 ff.

⁸⁰⁵ Koller, § 13 N 124 ff.; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rn. 648; Schwenzer, Rn. 32.04.

⁸⁰⁶ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 19 OR N 11; s.a. von Tuhr/Peter, 250.

⁸⁰⁷ Nach BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 152, hat die öffentliche Ordnung in diesem Fall keine eigenständige Bedeutung.

⁸⁰⁸ BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 151 ff., 158 f.; Zufferey-Werro, Rn. 116 f.; BSK OR I-Huguenin, Art. 19/20 OR N 13; *idem*, § 4 Rn. 407.

⁸⁰⁹ Broggini, 93 ff., 104 ff.; s. bereits Simonius, August: La notion de l'ordre public et des bonnes moeurs dans le droit privé, in: Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française VII, Paris 1952, 802 ff. – die Nähe zum romanisch-französischen *Ordre public* ragt dabei wieder heraus.

⁸¹⁰ BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 151 ff., 158 f.; Huguenin, § 4 Rn. 408: was sich voraussichtlich trotz Art. 8 UWG nicht fundamental ändern wird; dies zumal die Standardisierung von Verträgen fortschreitet, was noch einige Herausforderungen bieten wird (vgl. Schnyder, Anton K.: Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: Brunner, Alexander/Schnyder, Anton K./Eisner, Andrea [Hrsg.], Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014).

Art. 8 ff. des japanischen Verbrauchervertragsgesetzes). Zur öffentlichen Ordnung zählen alle Normen, die den Ordnungsgedanken der Rechtsordnung betreffen, die also den Aufbau, die öffentlichen Aufgaben und die Funktionen des Staates beinhalten und gewährleisten.⁸¹¹ Mit diesen Vorstellungen von öffentlicher Ordnung steht in Einklang, dass der minimale Sozialschutz eine öffentliche Aufgabe und Funktion des Staates darstellt. Dies ergibt sich heute explizit aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 12 BV).⁸¹² So verstanden überschneidet sich der Terminus öffentliche Ordnung nach der hier vertretenen Ansicht auch mit der *zweiten Grundformel zu den «guten Sitten»*, nämlich derjenigen der Gesamtrechtsordnung immanenter ethischer Vorstellungen.

Ferner kann der Begriff öffentliche Ordnung, historisch betrachtet, auch als Oberbegriff für einen Mindestnormstandard (im nationalen Bereich) verstanden werden (mehr dazu nachfolgend in den Ausführungen zum *Ordre public*, Ziff. 3).

c) Fehlen der öffentlichen Ordnung als Generalklausel im deutschen Schuldrecht

Im deutschen BGB wird, wie bereits erwähnt, die Vertragsschranke der öffentlichen Ordnung in § 138 BGB *nicht ausformuliert*; dennoch spielt sie im Rahmen der Sittenklausel sowohl historisch als auch gegenwärtig durchaus eine Rolle:⁸¹³ Nach den Motiven der 1. Kommission kann nämlich ein Rechtsgeschäft auch gegen die allgemeinen Interessen des Staates verstossen, und nicht nur gegen die moralischen Auffassungen der Bürgerinnen und Bürger. Dabei dachte man in erster Linie an die Verträge zur Beschränkung der öffentlichen Versorgung.⁸¹⁴

Heute ist – wie ausgeführt – der Einbezug der rechtsethischen Wertungen und Prinzipien, insbesondere der grundrechtlichen Wertungen bei der Ausfüllung der «guten Sitten», zugleich auch eine Referenz auf die öffentliche Ordnung:⁸¹⁵ Erst im Blicke der Gesamtrechtsordnung lässt sich erschliessen, ob ein Vertrag inakzeptabel ist.

d) Öffentliche Ordnung als häufige Generalklausel im japanischen Privatrecht

Im japanischen Recht ist der Begriff «öffentliche Ordnung» (公の秩序, *ôyake no chitsujô*) im Zusammenhang mit Art. 90 *Minpô* zentral. Das zeigte bereits die erörterte Auffassung des Gesetzgebers *Ume*, der die Generalklausel der «guten Sitten» neben derjenigen der «öffentlichen Ordnung» für überflüssig hielt.

Ôyake bzw. abgekürzt *kô* bedeutet «öffentlich» (公) bzw. auch «offen» und steht im heutigen Sprachgebrauch im Gegensatz zu privat (私, *watakushi* bzw. *shi*). Im 19. Jahrhundert fand rechtsstaatliches Handeln in der Öffentlichkeit statt, sodass jede Person zuhören konnte. Daraus ergab sich die Bedeutung, dass es sich dabei um etwas Öffentliches handelt, das allen zugänglich ist (z.B. öffentliche Gelder), oder um

⁸¹¹ ZK-Oser/Schönenberger, Art. 19/20 OR N 11; ZK-Egger, Art. 27 ZGB N 22.

⁸¹² Dies sind u.a. die Grundrechte zum Schutz der leistungspflichtigen Partei: Persönlichkeitsschutz (Art. 10 BV), Eigentumsschutz (Art. 26 BV), Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 und 36 BV) und allgemeiner Rechtsschutz (Art. 29 BV).

⁸¹³ Schmidt, 145; Haberstumpf, 45 f.

⁸¹⁴ Bydlinski, AcP 180 (1980), 1 ff., 42 ff.

⁸¹⁵ MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 12.

etwas, das allen Bürgerinnen und Bürgern gemeinsam gehört.⁸¹⁶ Als chinesisches Schriftzeichen «公» hatte es indes einen anderen Ursprung: Im frühen China kam es erstmals in der Bezeichnung für «öffentlichen Postdienstleistungsverkehr» (公官職, *kanshōku*) vor, später dann in den Bezeichnungen «öffentliche Rangordnung» bzw. «Stellung». So nannte man etwa diejenigen in den drei höchsten Rängen die «drei Grossen» (公三公, *sandai*). In der gleichen Bedeutung stand das Zeichen «公» für den japanischen Kaiser und generell für die «Ranghöchsten». Wenn also dieser Begriff in der *Meiji-Zeit* rezipiert und umschrieben wurde, so ist anzunehmen, dass er wohl auch im Japanischen mit etwas verknüpft wurde, das einen hohen Rang innehatte.⁸¹⁷

Der Begriff «Ordnung» wird im japanischen Recht auch heute noch viel häufiger verwendet als die Begriffe «Sitten», «Sittlichkeit», «Moral» (-vorstellungen)⁸¹⁸ oder «ethische Vorstellungen».⁸¹⁹ Beispielsweise wird der Begriff «Ordnung» im Zusammenhang mit Verträgen verwendet, die gegen die rechtliche Ordnung, gegen die Staatsordnung, gegen die Familienordnung, gegen die Wirtschaftsordnung oder gegen die Gerechtigkeitsordnung verstossen,⁸²⁰ aber auch für etwas, das gegen den «Ordre public» verstösst.

Zusammenfassend ist also im Folgenden die Generalklausel «*kōjō ryōzoku*» (公序良俗) nach Art. 90 *Minpō* angesprochen, wobei exakterweise von zwei Generalklauseln die Rede sein sollte: der «öffentlichen Ordnung» und den «guten Sitten». Die Häufigkeit des Begriffs Ordnung ist als Hinweis dafür anzusehen, dass das Konzept der Ordnung im japanischen Rechtsdenken zentral ist. Da die beiden genannten Begriffe jedoch kaum trennbar sind und inhaltlich deckungsgleich verwendet werden, ist es vertretbar, von der Generalklausel nach Art. 90 *Minpō* auszugehen und den Begriff «gute Sitten» für das japanische Recht in diesem doppelten Sinne zu verwenden.

Tatsache ist, dass im relativ jungen Gesetz zum japanischen internationalen Privatrecht *Hō no tekiyō ni kan suru tsūsoku-hō* aus dem Jahre 2006 (fortan: *Hōrei*)⁸²¹ der

⁸¹⁶ Furuta, 141 ff., 144.

⁸¹⁷ *Ibid.*, 145.

⁸¹⁸ 道徳 (*dōtoku*); モラル (*moraru*).

⁸¹⁹ 倫理 (*rinri*).

⁸²⁰ Vgl. z.B. auch Yamamoto, *Kōjō Ryōzoku*, 113, der etwa die Fallbeispiele von *Boissonade* diesen «Ordnungen» zuweist.

⁸²¹ 法の適用に関する通則法 [wörtlich: Gesetz über die Grundsätze zur Anwendung des Rechts] 26. Juni 2006 (2006/Nr. 78), in Kraft seit 1. Januar 2007; 公序: 第四十二条, 外国法によるべき場合において、その規定の適用が公の秩序又は善良の風俗に反するときは、これを適用しない (Hervorhebung durch Autorin); wörtlich: «Öffentliche Ordnung» Art. 42 *Hōrei*: Wenn in einem Fall ausländisches Recht anzuwenden ist, dessen Anwendung aber gegen die öffentliche Ordnung und die «guten Sitten» verstösst, soll es nicht angewendet werden; für eine englische Übersetzung vgl. Basedow et al., Annex I, 419: «Public policy: Art. 42 Where a foreign law is to apply but its application would be contrary to public policy (*ordre public*), it shall not apply.» – Interessant ist, dass für aArt. 33 *Hōrei* der japanischen Vorgänger-Regelung (Nr. 1898/1898) im gleichen Werk (Annex II, 429) die Übersetzung der wiederum identischen *Kōjō ryōzoku*-Klausel noch in der vollen Länge erfolgt ist, was m.E. korrekt ist: Art. 33 (*Public policy*) «The application of a foreign law designated to govern in accordance with this Act shall be refused if such application is contrary to public order or good morals.» Ebenfalls die gleiche Formulierung wie in Art. 90 *Minpō* und Art. 42 *Hōrei* findet sich in Art. 118 Abs. 3 *Minji-hō* (Zivilprozessordnung vom 26. Juni 1996/Nr. 109); sie lautet übersetzt: «Ein ausländisches Urteil letzter Instanz soll unter der Erfüllung der folgenden Voraussetzungen anerkannt werden, [...] wenn

kollisionsrechtliche, kontinentaleuropäische «*Ordre public*» (Art. 42 *Hôrei*) gleich lautet wie die privatrechtlichen Generalklauseln der «guten Sitten» und der öffentlichen Ordnung (Art. 90 *Minpô*): 公の秩序又は善良の風俗, womit sich zusätzliche Fragen nach der Funktion und dem Inhalt der Kurzformel *kojô ryôzoku* stellen.

Hinzu kommt, dass die englische Übersetzung für kollisionsrechtliche wie auch für materiell-rechtliche Regeln oft in beiden Fällen gleich lautet, nämlich *public policy*.⁸²² Dies bestärkt wiederum die Nähe zur öffentlichen Ordnung, wirft aber auch Fragen zur Nähe der *public policy* nach US-amerikanischem Verständnis auf.

e) Public policy

Dem materiell-rechtlichen Begriff des romanisch-französischen *ordre public* und damit der «guten Sitten» entspricht nach *Simitis* im englischen und im US-amerikanischen Recht der Begriff *public policy*.⁸²³

Während der so verstandene Terminus *public policy* auf unterschiedliche, nicht zu vereinbarende Rechtsgedanken innerhalb ein und derselben Länderrechtsordnung (die verschiedenen Rechte von US-amerikanischen Bundesstaaten) ausgerichtet sei, handelt es sich nach *Husserl* bei dem so verstandenen *ordre public* um eine grundsätzliche Unvereinbarkeit mit internationalem und supranationalem Recht.⁸²⁴

Ein weiterer Unterschied zwischen *public policy* und den «guten Sitten» liegt im Ausgangspunkt der Anwendungen: Der Generalklausel der «guten Sitten» lägen immer Bemühungen um Fallgruppenbildungen und Konkretisierungen zugrunde, während es bei der *public policy* nur auf den Einzelfall ankommen könne. Die «guten Sitten» würden sich an der Gesetzesordnung und dem Richterrecht⁸²⁵ orientieren, die *public policy* hingegen nicht unbedingt.⁸²⁶ Während die *stare decisis* im US-amerikanischen Recht die Regel ist, gilt diese im Bereich der *public policy* nur beschränkt, denn es wird davon ausgegangen, dass diese sich wandelt.⁸²⁷

Was das Verhältnis der «guten Sitten» zur *public policy* betrifft, zeigt sich damit, dass der Begriff *public policy* auch dem kollisionsrechtlichen Terminus *Ordre public* nahesteht. Historisch ist der Begriff *public policy* wohl noch etwas älter als der Be-

der Inhalt des Urteils und das Verfahren nicht gegen die öffentliche Ordnung oder die «guten Sitten» Japans verstößt» (...公の秩序又は善良の風俗に反しないこと).

⁸²² S. für englische Übersetzung des *Minpô*, *Hôreisha* 2009 oder online (<<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=02>>, zuletzt besucht am 13. Juli 2016).

⁸²³ *Simitis*, zur *public policy* nach englischem Recht (112 ff.), nach nordamerikanischem Recht (142 ff.).

⁸²⁴ *Husserl*, *Virginia Law Review* 25 (1938) 1, 50 ff., 55 mit Referenz auf *Savignys* Vorstellungen eines *Ordre public* (als Konzept); vgl. allerdings *Pollock, Frederick. The Principles of Contract law and Equity*, 1876 Cambridge, der bereits wie folgt unterscheidet: «an agreement contrary to positive law, to morality or to public policy» (254 ff., 277 f.).

⁸²⁵ Die Frage nach der normativen Bedeutung der Präjudizien im Rahmen der Rechtsprechung zur Generalklausel ist ein weiteres grosses, altes Themenfeld, auf das hier nicht eingegangen wird; vgl. statt vieler *Ohly, Ansgar*: Richterrecht und Generalklausel im Recht des unerlaubten Wettbewerbs – ein Methodenvergleich des englischen und deutschen Rechts, Köln 1997.

⁸²⁶ *Simitis* hält dem dagegen, dass *ordre public* und *public policy* im Wesentlichen die gleichen Werte schützen und durchsetzen müssten – zumindest dann, wenn es sich um vergleichbare Wirtschaftssysteme (wie Frankreich und England) handle: *Simitis*, 140.

⁸²⁷ *Simitis*, 119, 143.

griff *ordre public*. Nach den damaligen Kommentaren zum «*Conflict of Laws*» umfasste der Begriff *public policy* Verstösse gegen öffentliches Recht, *contra bonos mores* und gegen das Wohlergehen der Gesellschaft (*well-being of society*).⁸²⁸ Das zeigt, dass auch im englischen Recht mit dem Begriff der *public policy* eine Referenz auf die «guten Sitten» erfolgte. Im US-amerikanischen Recht geht der Begriff *public policy* zwar zurück auf frühe englische Entscheide,⁸²⁹ entwickelte sich dann aber anders: So kommt diesem u.a. die Bedeutung des unbedingten Vorrangs der *lex fori* zu.⁸³⁰

Sucht man im zeitgenössischen US-amerikanischen Schrifttum zum Vertragsrecht nach Fallbeispielen zur *public policy*,⁸³¹ zeigt sich, dass unter diese *Generalklausel* sowohl *Vertragsfälle zum Gesetzes- als auch zum Moralverstoss* (z.B. *In Re Baby M.*, dazu Kap. 8) subsumiert werden. Mit anderen Worten: Unter dem Terminus *public policy* werden generell diejenigen Inhalte subsumiert, die nach Gesetz oder Rechtsprechung für *den Staat und die Gesellschaft als fundamental wichtig angesehen werden*.⁸³² Vorab soll die Verfassung befolgt werden.⁸³³ Demnach widerspricht ein Vertrag der *public policy* und ist ungültig, wenn er rechtswidrig oder unmoralisch ist.⁸³⁴ – In der Rechtsprechung zum Vertragsrecht zeigt sich die grundsätzliche Zurückhaltung besonders gut.⁸³⁵ Vergleicht man beispielsweise die US-amerikanische Praxis zum vorehelichen oder ehelichen Ehegütervertrag (*prenuptial agreement*),⁸³⁶ so zeigt sich zum einen, dass Fälle, die gegen die *public policy* verstossen, eher selten sind. Zum anderen wird klar, dass einige dieser Fälle nach schweizerischem oder

⁸²⁸ *Spickhoff*, 52 ff., 61; *Simitis*, 112 ff.

⁸²⁹ *Simitis*, 142 ff.

⁸³⁰ *Spickhoff*, 54 ff.

⁸³¹ *Scott/Kraus*, 480 ff.

⁸³² *Scott/Kraus*, *ibid.*; vgl. Definition nach: *Garner, Bryan A./Black, Henry Campbell*: *Black's Law Dictionary*, 8. Aufl., St. Paul 2014, 1267. Vgl. *Gilbert vs. Sykes*, 16 East 150 (1812); berühmt: *Court of Appeals of New York, Urteil Loucks u.a. vs. Standard Oil Co. of New York* vom 12. Juli 1918 (224 N.Y. 99, 120 N.E.198); s.a. Übersicht zu: *Conflict of Laws. Concepts of Public Policy. Application of the Forum's Rules of Disability of Spouse in a Cause of Action Arising in a Foreign State*, *Columbia Law Review* 36 (1936) 7, 1158 ff.

⁸³³ *Simitis*, 144.

⁸³⁴ Vgl. § 178 der *Restatements (Second) of Contracts* von 1981: führen einen relativ langen Katalog auf, wie ein Verstoss gegen die *public policy* zu ermitteln ist:

(1) A promise or other term of an agreement is unenforceable on grounds of public policy if legislation provides that it is unenforceable or the interest in its enforcement is clearly outweighed in the circumstances by a public policy against the enforcement of such terms.

(2) In weighing the interest in the enforcement of a term, account is taken of

(a) the parties' justified expectations,

(b) any forfeiture that would result if enforcement were denied, and

(c) any special public interest in the enforcement of the particular term.

(3) In weighing a public policy against enforcement of a term, account is taken of

(a) the strength of that policy as manifested by legislation or judicial decisions,

(b) the likelihood that a refusal to enforce the term will further that policy,

(c) the seriousness of any misconduct involved and the extent to which it was deliberate, and

(d) the directness of the connection between that misconduct and the term.

⁸³⁵ *Reimann*, 46.

⁸³⁶ *Smith, Sarah Ann*: *The Unique Agreements: Premarital and Marital Agreements, Their Impact Upon Estate Planning, and Proposed Solutions to Problems Arising at Death*, *Idaho Law Review* 28 (1992), 833, 840; *Younger, Judith T.*: *Lovers' Contracts in the Courts: Forsaking the Minimum Decencies*, *William and Mary Journal of Women and the Law* 13 (2007), 349, 357.

deutschem Recht wohl für sittenwidrig erklärt würden.⁸³⁷ Nahe an eine Inhaltskontrolle der Generalklausel der «guten Sitten» im deutschen oder schweizerischen Sinne kommt dagegen die sog. *unconscionability doctrine* (*procedural and substantive unconscionability*).⁸³⁸ Die Gerichte verstehen darunter Verträge, deren Inhalt inakzeptabel ist und denen ein unfaires Abschlussverfahren zugrunde liegt, beispielsweise weil eine Partei hinsichtlich ihrer «*bargaining power*» der anderen deutlich unterlegen gewesen sei. Zu einer funktional äquivalenten Handhabe wie die Sittenwidrigkeitsklauseln kann die sog. *duress doctrine* beitragen,⁸³⁹ die aber wiederum eher einem Täuschungstatbestand nach deutschem und schweizerischem Recht gleicht.

Es ergibt sich aus diesen sehr knappen Ausführungen zum englisch-amerikanischen Begriff der *public policy* für diese Untersuchung, dass die «guten Sitten» nicht allgemein mit *public policy* übersetzt bzw. gleichgesetzt werden sollten. Andere englische Ausdrücke wie beispielsweise «*against good morals*» kommen einem deutsch-schweizerischen sowie einem japanischen Verständnis der Generalklausel näher. Die Tatsache, dass der Terminus *public policy* im englisch-amerikanischen Sprachraum auch dem kollisionsrechtlichen Begriff des *Ordre public* nahe steht, dürfte teilweise auch erklären, dass im relativ neuen japanischen Kollisionsrecht aus dem Jahre 2006 auf eine begriffliche Unterscheidung zwischen materiell- und kollisionsrechtlichen Begriffen der «guten Sitten» und der öffentlichen Ordnung sowie einem *Ordre public* unterschieden wird.

3. Verhältnis der «guten Sitten» zum *Ordre public* (Kollisionsrecht)

Ferner fragt es sich, inwieweit den Grenzen eines *Ordre public* und der «guten Sitten» unterschiedliche Wertungen⁸⁴⁰ zugrunde liegen können.

Der kollisionsrechtliche Terminus *Ordre public* geht in kontinentaleuropäischen Staaten auf das 19. Jahrhundert zurück.⁸⁴¹ Zu Beginn der Entwicklung lag auch der kollisionsrechtlichen Norm ein Nebeneinander zwischen dem Sittenverstoss und dem Verstoss gegen die öffentliche Ordnung zugrunde: So begründete beispielsweise *Zitelmann* seine *Vorbehaltsklausel* sogar ausschliesslich mit schweren Sittenverstössen.⁸⁴² Aber auch etwa der italienische *Codice civile* von 1865 und das Einführungsgesetz zum *Codice civile* von 1942 führten im Kollisionsrecht noch zwei Generalklau-

⁸³⁷ Z.B. Urteil des Berufungsgerichts Massachusetts *Biliouris vs. Biliouris*, 67 Mass. App. Circuit 149 vom 11. April und 17. August 2006.

⁸³⁸ Vgl. *Lorenz, Stefan*: Die «gewohnheitsrechtliche» Erfüllungshaftung des Versicherers im bisherigen und im zukünftigen Versicherungsvertragsrecht, in: Heldrich Andreas et al., Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, 747 ff., 777 ff., 779 f.

⁸³⁹ Mit einer Diskussion des Urteils *Biliouris vs. Biliouris* s.: *Gan, Orit*, Contractual Duress and Relations of Power, Harvard Journal of Law and Gender 36 (2013), abrufbar unter: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2134630>, zuletzt besucht am 1. Dezember 2017.

⁸⁴⁰ *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 114 geht von den gleichen Inhalten der «guten Sitten» im materiellen Recht und im IPR sowie von den «guten Sitten» als Teil des *Ordre public* aus.

⁸⁴¹ *Spickhoff*, 37 ff.; *Palandt/Thorn*, Art. 6 EGBGB Rn. 3 ff.; BSK IPRG-Mächler-Erne/Wolf-Mettier, Art. 17 IPRG N 2.

⁸⁴² *Zitelmann, Ernst*: Internationales Privatrecht, I (1897), II (1912) München, Bd. I, II: 332 ff., 334 ff. m.w.H.

seln an: zum einen die «guten Sitten» und zum andern die öffentliche Ordnung.⁸⁴³ Die enge Beziehung zwischen einem Sittenverstoss und einem Verstoss gegen einen der wesentlichen Rechtsgrundsätze war auch in Art. 30 a EGBGB noch ersichtlich.⁸⁴⁴ Erst die Kollisionsnormen jüngeren Datums, beispielsweise Art. 6 EGBGB⁸⁴⁵, Art. 17 IPRG⁸⁴⁶ oder Art. 21 Rom I-Vo⁸⁴⁷, verzichteten auf die ausdrückliche Aufnahme der «guten Sitten».

a) Öffentliche Ordnung (*Ordre public*) nach Art. 6 EGBGB

Art. 6 EGBGB⁸⁴⁸ zur «öffentlichen Ordnung» im deutschen IPR wird in Klammer explizit mit *Ordre public* umschrieben. Die Bestimmung verweist für den Vorbehalt der Anwendung ausländischen Rechts auf eine resultierende Unvereinbarkeit mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, wobei die Grundrechte im deutschen Recht namentlich aufgezählt werden.⁸⁴⁹ Diese deutsche Vorbehaltsklausel ist prinzipiell nur mit äusserster Zurückhaltung anzuwenden, nämlich dann, wenn die Anwendung des ausländischen Rechts im Einzelfall im Ergebnis *untragbar* ist.⁸⁵⁰ Ein Verstoss des ausländischen Rechts gegen zwingendes deutsches Recht genügt hierfür in der Regel noch nicht.⁸⁵¹ – Dabei kann ein Verstoss aber auch in einer Nichtregelung unter ausländischer Rechtsordnung liegen (vgl. zur Leihmutterchaft Kap. 8).⁸⁵² Deutsche Richterinnen und Richter sollen sich nicht zu «*Sittenwächtern*» über aus-

⁸⁴³ Spickhoff, 45 ff. m.w.H.

⁸⁴⁴ Die Regelung zum Erfolgshonorar nach amerikanischem Recht muss beispielsweise nicht unbedingt als ein Verstoss gegen die «guten Sitten» gem. aArt. 30 EGBGB gewertet werden: BGH, Urteil vom 28. Oktober 1965 (VII ZR 171/63) = NJW 1966, 296; BGH, Urteil vom 15. November 1956 – VII ZR 249/56 (BGHZ 22, 162 (166)) = NJW 1957, 184; BGH, Urteil vom 28. Oktober 1965 – VII ZR 171/63 (BGHZ 44, 183 (186)) = NJW 1966, 296; vgl. OLG Hamm, Urteil vom 26. Januar 2000 (25 U 105/99) betr. Honorare von Wirtschaftsprüfern und Notaren.

⁸⁴⁵ Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. Juli 1986 (BGBl. I S. 1142). Die bisherigen international-privatrechtlichen Vorschriften des EGBGB über vertragliche Schuldverhältnisse (Art. 27–37 EGBGB) sind am 17. Dezember 2009 ausser Kraft getreten und durch die Rom-I-Verordnung ersetzt worden.

⁸⁴⁶ Botschaft IPRG, 264 ff., 314 ff.

⁸⁴⁷ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des EU-Parlamentes und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), L 177/6: Art. 21 Rom I-Vo regelt etwa unter dem Titel «Öffentliche Ordnung im Staat des angerufenen Gerichts»: «Die Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts kann nur versagt werden, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung (*Ordre public*) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist.» Art. 26 Rom II-Vo enthält ferner eine *Ordre-public*-Klausel betr. ausservertragliche Schuldverhältnisse und Art. 12 Rom III-Vo für das Familienrecht.

⁸⁴⁸ Im europäischen Kollisionsrecht geht bei Verträgen indes Art. 21 Rom I-Vo vor: Palandt/Thorn, Art. 6 EGBGB Rn. 2.

⁸⁴⁹ Palandt/Thorn, Art. 6 EGBGB Rn. 4. Das bedeutet nicht, dass internationales oder supranationales Recht keine Bedeutung haben soll.

⁸⁵⁰ BGH, Urteil vom 16. September 1993 – IX ZB 82/90 (BGHZ 123, 268) = NJW 1993, 3269; BGH, Urteil vom 30. Oktober 1974 – IV ZR 18/73 (BGHZ 63, 219) = NJW 1975, 114; Palandt/Thorn, Art. 6 EGBGB Rn. 4; Palandt/Thorn, Rom I, Art. 21 N 5.

⁸⁵¹ Palandt/Thorn, Art. 6 EGBGB Rn. 4, noch strenger wohl bei der Anerkennung von ausl. Urteilen vgl. BGH, Urteil vom 4. Juni 1992 – IX ZR 149/91 (BGHZ 118, 312 (330)) = NJW 1992, 3096.

⁸⁵² Palandt/Thorn, Art. 6 EGBGB Rn. 5–7.

ländisches Recht erheben können.⁸⁵³ Es ist jedoch anerkannt, dass diese wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts materiell u.a. auch durch die «guten Sitten» (§ 138 BGB) bestimmt werden können.⁸⁵⁴ Das bedeutet nichts anderes, als wie es *Simitis* schon erklärte, nämlich, dass Letztere einen innerrechtlichen Massstab darstellen (können).⁸⁵⁵

Bei der *Vollstreckung oder Anerkennung* eines ausländischen Urteils aus dem Familienrecht kommen ferner die Bestimmungen des §§ 107-110 Gesetzes über das Familienverfahren (FamG) zum sog. anerkennungsrechtlichen *Ordre public* Anwendung.⁸⁵⁶ Hat ein Gericht oder eine Behörde des Staates entschieden, dem beide Ehegatten zur Zeit der Entscheidung angehört haben, hängt die Anerkennung nicht von einer Feststellung der Landesjustizverwaltung ab (vgl. Kap. 8).

b) *Ordre public* nach Art. 17 und 27 IPRG

Das *schweizerische Pendant*, Art. 17 IPRG, wird auch heute noch explizit als Vorbehaltsklausel bezeichnet und entbindet die schweizerischen Gerichte und Behörden nur in Ausnahmefällen von der Anwendung ausländischen Rechts: Der *Ordre public* wird im schweizerischen Kollisionsrecht indes nicht umschrieben. Es erfolgt einzig der Hinweis, dass es sich um *den* «schweizerischen» *Ordre public* handelt.⁸⁵⁷ Konsultiert man die Kommentierungen zur Vorbehaltsklausel, ergibt sich jedoch rasch wieder die Referenz zu den «guten Sitten»: Art. 17 IPRG steht der Richterin oder dem Richter zur Verfügung, um ausländisches Recht, das im Ergebnis zu einem «*unerträglichen Widerspruch zur einheimischen Rechts- und Sittenauffassung*» führen würde, auszuschliessen.⁸⁵⁸ Es geht dabei um den Schutz von grundlegenden einheimischen Rechtsvorstellungen⁸⁵⁹ und um grundlegende Verstösse gegen das einheimische Rechtsgefühl.⁸⁶⁰ Die Schranke des *Ordre public* ist bewusst *ergebnisbestimmt*: Nur wenn das konkrete rechtliche Resultat sehr ungerecht wäre, rechtfertigt sich dessen Anwendung und Kontrolle.⁸⁶¹ Wie im deutschen Kollisionsrecht reicht ein Ver-

⁸⁵³ *Ibid.*, Rn. 5 zu den Grundrechten im Einzelfall aber auch *Looschelders*, Art. 6 EGBGB, Rn. 24 ff., der die Meinung vertritt, dass jede Grundrechtsverletzung *per se* eine offensichtliche Verletzung darstelle.

⁸⁵⁴ *Spickhoff*, 83 ff., 84; BGH, Urteil vom 4. Februar 2000 – V ZR 146/98 = NJW 2000, 1487: betr. Anwendung der Rechtsprechung zu wucherähnlichen Geschäften (§ 138 BGB) auf Grundstück-kaufverträge in der DDR.

⁸⁵⁵ *Simitis*, 162 ff., 166.

⁸⁵⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2014 – XII ZB 463/13, BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 betr. Kindesverhältnis aus ausländischem Leihmutterchaftsverhältnis (s. Kap. 8); bestätigt BGH, Beschluss vom 20. April 2016 – XII ZB 15/15 – betr. Kindesverhältnis zu zweiten Mutter nach ausländischem Recht, so liegt darin kein Verstoß gegen den kollisionsrechtlichen *Ordre public*.

⁸⁵⁷ Art. 17 IPRG (Titel: V. Vorbehaltsklausel): Die Anwendung von Bestimmungen eines ausländischen Rechts ist ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen *Ordre public* unvereinbar ist; s.a. Art. 18 IPRG, die sog. Eingriffsnormen nach schweizerischem Recht statuiert (s. Art. 9 Rom I-Vo); zudem enthalten die Einzelnormen Konkretisierungen des *Ordre Public* (z.B. Art. 45 Abs. 2 IPRG).

⁸⁵⁸ Botschaft IPRG, Ziff. 214.52; *Anton K. Schnyder*: Das neue IPR-Gesetz, Zürich 1990, 34 f., 106 ff.; vgl. zu den Anforderungen BSK IPRG-Mächler-Erne/Wolf-Mettier, Art. 17 IPRG N 12 ff.

⁸⁵⁹ BGE 119 II 264, E. 3b; BGE 78 II 243 E. 4c.

⁸⁶⁰ Zu Art. 18 IPRG: BGE 128 III 201; zu Art. 27 IPRG: BGer 5A.20/2005 vom 21. Dezember 2005, E. 3.3.

⁸⁶¹ Die Vereinbarkeit mit dem schweizerischen *Ordre public* verlangt aber beispielsweise auch, dass ein Kind jenem Elternteil zugewiesen wird, bei dem seine Entwicklung voraussichtlich mehr ge-

stoss gegen zwingendes schweizerisches Recht hierfür nicht aus; und grundsätzlich ist von einer zurückhaltenden Anwendung der *Ordre public* auszugehen.⁸⁶²

Bei der *Vollstreckung oder Anerkennung eines ausländischen Urteils* – beispielsweise des Zivilstandsregistereintrags eines im Ausland per Urteil anerkannten Kindesverhältnisses zwischen homosexuellen Eltern und dem Kind – kommt der sog. anerkennungsrechtliche *Ordre public* nach Art. 27 IPRG zur Anwendung. Ein Vergleich der Formulierung der beiden Bestimmungen ergibt, dass nach Art. 27 IPRG ein «*offensichtlicher*» Verstoss vorliegen muss, womit die *Ordre public*-Schranke hier noch enger gezogen wird als nach Art. 17 IPRG.⁸⁶³ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung greift der materielle *Ordre public* gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG dann, wenn die Anwendung des fremden Rechts zu einem Ergebnis führen würde, welches das *einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzen* und *grundlegende Vorschriften* der schweizerischen Rechtsordnung missachten würde.⁸⁶⁴ Es genügt wiederum nicht, dass die im Ausland getroffene Lösung von der nach schweizerischem Recht vorgesehenen Lösung abweicht; ebenso wenig genügt es, dass die betreffende Lösung in der Schweiz unbekannt ist. Der Entscheid in der Sache selbst darf gemäss Art. 27 Abs. 3 IPRG nicht nachgeprüft werden.

c) *Kôjo-ryôzoku*-Klausel nach Art. 42 *Hôrei*

Für das japanische Kollisionsrecht fragt sich vor diesem rechtsvergleichenden Hintergrund besonders, warum der relativ junge Art. 42 *Hôrei* noch auf die «guten Sitten» Bezug nimmt, d.h., die gleiche *Kôjo-ryôzoku*-Klausel benützt wie das materielle Privatrecht. Dies entspricht weder dem deutschen, noch dem schweizerischen Kollisionsrecht und auch keiner allgemeinen Tendenz.

Das totalrevidierte japanische Kollisionsrecht, *Hôrei*, folgt im Hinblick auf die vertragsrechtlichen Regeln weitgehend der Rom-Konvention vom 19. Juni 1980 (Art. 7-12), wobei es die nationale 20-jährige Rechtsprechungserfahrung berücksichtigt hat und für die verbraucherrechtlichen wie auch für die arbeitsrechtlichen Kollisionsregeln einen anderen Weg gewählt hat.⁸⁶⁵ Das *Hôrei* ist, wie andere neuere Internationale Privatrechtsgesetze in Europa, umfassend konzipiert: So dienten ihm anlässlich des Gesetzgebungsprozesses vorab das schweizerische (1987), das österreichische (1978) und das italienische (1995) IPR-Gesetz sowie die deutschen IPR-Bestimmungen als Vorbilder.⁸⁶⁶ Des Weiteren wurden auch die in Asien im Entstehen begriffenen oder in Revision stehenden IPR-Gesetze konsultiert, namentlich die Überarbeitung des koreanischen IPR-Gesetzes aus dem Jahre 2001.⁸⁶⁷

fördert wird. Es ist nicht ausreichend, einen *Ordre-public*-Verstoss damit zu verneinen, dass die Übertragung der elterlichen Sorge an den Vater nach dem anwendbaren iranischen Recht das Kindeswohl nicht gefährden würde: BGE 129 III 250 E.3.

⁸⁶² BGE 5A.20/2005 vom 21. Dezember 2005, E. 3.3.

⁸⁶³ BGE 122 III 344 E. 4.

⁸⁶⁴ BGE 129 III 250 E. 3.4.2 m.w.H. Die Anerkennung des ausländischen Entscheids bildet die Regel; vgl. BGE 4A_8/2008 vom 5. Juni 2008, E. 3.1.

⁸⁶⁵ Nishitani, 103; Basedow, 12.

⁸⁶⁶ Kono, *Chûsaku* Art. 42 *Hôrei*, 333.

⁸⁶⁷ *Gukjesabeob* [섭외사법/涉外私], deutsche Übersetzung: Korea: Gesetz über das Internationale Privatrecht der Republik Korea: Vollständige Revision am 7. April 2001 durch Gesetz Nr.6465, in: *RabelsZ* 70 (2006) 2, 342-357, Anm. *Knut Pissler*, das IPR-G von China und Taiwan stam-

Im Unterschied zur schweizerischen Bestimmung fehlt in Art. 42 *Hôrei* jeglicher Hinweis auf den Inhalt des *Ordre public*, es fehlt beispielsweise auch ein Adjektiv «japanisch». Weitere Regelungen zum *Ordre public* oder zur Rolle von Eingriffsnormen bzw. der Anerkennung von ausländischen Urteilen existieren nicht. Es bleibt damit terminologisch offen, ob es sich bei Art. 42 *Hôrei* um einen internationalen oder nationalen *Ordre public* handelt. Im japanischen Recht wird die gleich lautende Generalklausel (Art. 42 *Hôrei*, Art. 90 *Minpô*) im internationalen Privatrecht und im materiellen Vertragsrecht indes (auch) *unterschiedlich angewendet*: Beispielsweise zirkulieren bezüglich des «international zwingenden Rechts» im Sinne von zwingendem Recht in Drittstaaten, das in Japan angewendet werden soll, unterschiedliche Meinungen darüber, ob dieses Recht direkt anwendbar sei oder ob es über Generalklauseln wie die «öffentliche Ordnung», die «guten Sitten» oder «Treu und Glauben» des auf den Vertrag anwendbaren Rechts zur Anwendung gelangen soll. Ein japanisches Gericht hat jedoch in jedem Fall *ex officio* zu prüfen, ob ein in seinem Land zwingend anwendbares Recht besteht oder nicht (betr. Recht für Verbrauchende und Arbeitnehmende: Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 *Hôrei*). Art. 90 *Minpô* ist grundsätzlich enger gefasst als Art. 42 *Hôrei*.⁸⁶⁸ So mag Prostitution etwa nach Art. 90 *Minpô* sittenwidrig sein, aber sie verstösst nicht gegen Art. 42 *Hôrei*.⁸⁶⁹

4. Zwischenergebnisse

Es kann ferner festgehalten werden, dass in allen drei Staaten die «guten Sitten» als Klausel einer Sachnorm des «Allgemeinen Teils» der Rechtsgeschäftslehre bzw. des Obligationenrechts wie auch *Bestimmungen* zum *Ordre public* als Kollisionsnormen vorkommen.

Zwischenergebnis zum materiellen Recht

Das Verhältnis der «guten Sitten» zu anderen gesetzlichen Schranken der Selbstbestimmungsmöglichkeiten im materiellen Vertragsrecht zeigt, dass diese allgemeinen Schranken in einem gewissen Masse austauschbar sind und es zahlreiche über die Zeit entstandene zwingende oder halbzwingende Schranken gibt, die einen Schutzzweck erfüllen, welcher sich in den «guten Sitten» auflösen könnte. Und umgekehrt formuliert, liessen sich die speziellen Inhaltskontrollen und Verbote auch einzelgesetzlich aus den «guten Sitten» ableiten. Dies führt uns schliesslich zurück zur aktuellen Grundformel: Je dichter die spezialgesetzlichen Grenzen zur Selbstbestimmung im Vertrag, um so konkreter werden inhaltlich auch die «rechtsethischen Vorstellun-

men aus dem Jahre 2010; vgl. je für englische Übersetzungen in: Basedow, Jürgen/Pissler, Knut (Hrsg.): Private International Law in Mainland China, Taiwan und Europa, Tübingen 2015, 439 ff., 453 ff.

⁸⁶⁸ Nach Rechtsprechung ergibt sich, dass es sich um den international *Ordre public* handelt: Z.B. Urteil *Chisai* Tokyo vom 20. November 201; in: *Juristo* 1140, 150; Urteil *Saikôsai* vom 31. März 1977 betr. Nichtanerkennung eines südkoreanischen Urteils, das nach damaligem koreanischen Recht festlegte, dass nur der Vater Sorgerechtsberechtigter sein könne nach der Scheidung (allerdings mit Bezug auf Art. 21, 32 *Hôrei*). Wird das ausländische Recht nicht anerkannt, wird in diesen Entscheidungen nationales Recht angewendet; vgl. *Tameike*, 207 ff.; *Yokohama*, 100.

⁸⁶⁹ *Nishitani*, 101; zur Revision des *Hôrei* vgl. *Nishitani, Yuko*: Die Reform des *Hôrei*, *ZJapanR* 8 (2003) 15, 263 ff. – An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass *Nishitani* im Englischen eine Unterscheidung zwischen *public policy* und *good morals* vornimmt.

gen» zu den Grenzen der «guten Sitten». – Es ist denn auch zumindest für das deutsche und japanische Schuldrecht eine allgemeine Tendenz zu speziellen Inhaltskontrollen auszumachen.

Während neben der Generalklausel der «guten Sitten» im deutschen Recht von Anfang an auf den Terminus der «öffentlichen Ordnung» verzichtet wurde, da dieser in den «guten Sitten» aufgeht, kommt die Generalklausel der «öffentlichen Ordnung» im *japanischen und schweizerischen Recht* vor. Im *japanischen* Recht wird allerdings davon ausgegangen, dass die Inhalte der beiden Generalklauseln, die in der Kurzformel *kôjo ryôzoku* zusammengefasst werden, gleichbedeutend seien. Im Gegensatz dazu vertritt die Lehre in der Schweiz teilweise, dass der «öffentlichen Ordnung» neben den «guten Sitten» (und neben den zwingenden öffentlich-rechtlichen Normen) eine eigenständige Bedeutung zukomme. Letzterem kann hier nicht gefolgt werden. Zum einen können der *öffentlichen Ordnung* nach schweizerischem Recht sämtliche zwingenden und nicht zwingenden öffentlich-rechtlichen Normen zugeordnet werden. Zum anderen können auch die *öffentlichen Wertungs- und Ordnungsprinzipien* der Rechtsordnung unter den Terminus subsumiert werden, womit die «öffentliche Ordnung» im Ergebnis auch für das schweizerische Recht als eine echte Alternative zu den «guten Sitten» erscheint (vgl. hierzu weiterführend Ziff. VI lit. D/E und die aktuellen Tendenzen in Kap. 6). Die Auflösung der «guten Sitten» in der «öffentlichen Ordnung» kann damit grundsätzlich befürwortet werden.

Zwischenergebnis zum Kollisionsrecht

Es ist davon ausgehen, dass sowohl die Sach- wie auch Kollisionsnormen in jeder Rechtsordnung von den gleichen tatsächlichen örtlichen oder den spezifischen wirtschaftlichen Begebenheiten abhängen.⁸⁷⁰ Rechtlich ist der *Ordre public* im Sinne einer Vorbehaltsklausel nur unter aussergewöhnlichen Umständen anzuwenden, wobei dieser Begriff prinzipiell enger zu verstehen ist als die zwingenden inländischen Normen.⁸⁷¹

Obschon die geltenden kollisionsrechtlichen Bestimmungen in Deutschland und der Schweiz nicht mehr explizit auf die «guten Sitten» referenzieren – anders als das relativ neue geltende japanische Kollisionsrecht –, spielen die «guten Sitten» im Kollisionsrecht dieser beiden Länder gleichwohl historisch und materiell eine Rolle. Das heisst aber *nicht*, dass bei der Beurteilung eines *Ordre-public*-Vorbehalts die nationale Rechtsprechung zu den «guten Sitten» zwingend berücksichtigt werden muss.⁸⁷² Ferner gilt allgemein der Verstoss gegen zwingendes Privatrecht in allen Rechtsordnungen als ungenügend zur Begründung eines *Ordre-public*-Verstosses. Dies ist allerdings wiederum nicht so zu deuten, dass die korrespondierende inländische Rechtsprechung zur Generalklausel der «guten Sitten» vollständig ignoriert werden kann.

⁸⁷⁰ A.A. Völker, 161 f.

⁸⁷¹ Erwägungsgrund Nr. 37 Rom I-Vo; dem entspricht Art. 16 des EG-Schuldvertrags-Übereinkommens vom 19. Juni 1980, das den *Ordre-public*-Vorbehalt auch sehr eng fasst: BGH, Beschluss vom 28. Januar 2014 (Az. III ZB 40/13).

⁸⁷² Völker, 159 ff., 162 m.w.H.

In der heutigen Zeit, in der eine hohe Mobilität für viele Personen zum Alltag geworden ist, stellt sich die folgende Frage: Ist eine *räumliche Relativität*⁸⁷³ tatsächlich ein ausreichender Grund für die unterschiedliche Beurteilung eines Vertrags unter dem Titel der «guten Sitten» bzw. stellt sich die Frage im Kollisionsrecht unter dem Titel *Ordre public noch dringender*? Angenommen, eine asiatische Person ist damit einverstanden, für ein schweizerisches Paar als Leihmutter tätig zu sein. Im Grundsatz gilt dann: *Volenti non fit iniuria* und die Selbstbestimmung im Vertragsrecht – dennoch fragt es sich, ob diese Person durch unsere Verfassungsrechte geschützt werden muss. Mit anderen Worten: Greift der *Ordre public*, da die Leihmutterschaft unsere Institutsgarantie Ehe oder die Menschenwürde verletzt?⁸⁷⁴ Ausschlaggebend ist das Mass des Inlandbezugs: Ein Leihmutterchaftsvertrag, der in der Schweiz geschlossen wird, ist *de lege lata* ungültig. Wird der Vertrag jedoch im Ausland geschlossen und erweist er sich somit als gültig, ist zum Beispiel zu überlegen, ob die Leihmutter Anspruch auf ärztliche Behandlung während der Schwangerschaft hat oder haben soll, und ob es ihr möglich ist, aus diesem Vertrag gegenüber dem betreffenden schweizerischen Paar in der Schweiz einen solchen Anspruch durchzusetzen.

Aufgrund des *Ordre public* prüft ein Gericht in der Schweiz regelmässig zunächst Sinn und Zweck der anwendbaren ausländischen Norm. Möglicherweise existiert eine äquivalente Regelung unter einem anderen Titel, sodass ein *Ordre-public*-Vorbehalt von Anfang an nicht infrage käme.⁸⁷⁵ Des Weiteren ist zu prüfen, ob bzw. inwiefern die betreffende ausländische Rechtsregel im betreffenden Land infrage gestellt ist und diskutiert wird, denn es erweist sich als einfacher, eine rechtspolitisch wenig oder nicht mehr tragfähige Rechtsregel nicht anzuwenden. Zudem ist eine Rechtsnorm, die mit ihren eigenen inländischen Rechtsnormen oder mit anderen rechtsvergleichenden Standards nicht im Einklang steht, eher *Ordre public*-widrig ist als eine Rechtsnorm, die von vielen anderen Rechtsordnungen anerkannt und gut in ihren nationalen Kontext integriert ist.⁸⁷⁶ Wichtig sind bei der Prüfung des *Ordre public* die Indizwirkungen internationaler Staatsverträge und der internationalen Rechtsprechung. Ausserdem spielt die Prüfung der eigenen Rechtsauffassung und des Inlandbezuges eine Rolle, denn auch in diesem Rahmen werden womöglich gewisse Vorstellungen nicht mehr so streng verfolgt oder sie sind rechtspolitisch weniger erhärtet. Daraus ergibt sich, dass bei der Anwendung der «guten Sitten» primär eine Auseinandersetzung mit der nationalen Rechts- und Moralordnung zu erfolgen hat, während in einem internationalen *Ordre-public*-Fall die Gerichte neben der konkret anzuwendenden ausländischen Rechts- und Moralordnung ihre eigene nati-

⁸⁷³ Looschelders, Art. 6 EGBGB Rn. 13; NK-Schulze, Art. 6 EGBGB Rn. 33.

⁸⁷⁴ Vergleich mit folgenden Beispielen: einvernehmliche Polygamie wird in Deutschland von einem Paar weitergelebt oder eine einvernehmliche Verstossung (*talaq*) der Ehefrau in Deutschland ist erfolgt; daraus geht etwa hervor, dass einer Frau, die nach ausländischem Recht in polygamer Ehe lebt, auch Unterhaltsansprüche zukommen können: Looschelders, Art. 6 EGBGB Rn. 13, 28; allgemeiner Sonnenberger, Hans-Jürgen, in: Münchner Kommentar zum BGB, 5. Aufl., München 2010, Art. 6 EGBGB Rn. 49 ff.

⁸⁷⁵ Jayme, Methode, 42 ff.

⁸⁷⁶ So Jayme, Methode, 44 m.w.H.; Aubin, Bernhard: Die rechtsvergleichende Konkretisierung von Kontrollmassstäben des Verfassungsrechts und des Kollisionsrechts in der deutschen Rechtsprechung, in: von Caemmerer, Ernst/Zweigert, Konrad (Hrsg.), Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, Berlin/Tübingen 1967, 99 ff.

onale Rechts- und Moralordnung sowie darüber hinaus – rechtsvergleichend – weitere inter- und supranationale Rechtsordnungen berücksichtigen. Damit ist und bleibt der *Ordre public* rechtstheoretisch *weiter gefasst*, als es die Generalklausel der «guten Sitten» *de lege lata* ist. Oder anders gewendet: Die beiden Schutznormen finden sich weder faktisch noch normativ auf gleicher Ebene. Hierzu zwei Beispiele, welche dies illustrieren sollen:

Ein japanischer Spender, der beispielsweise vor dem schweizerischen Heimatgericht des Empfängers einer Niere auf Zahlung der vereinbarten Entschädigung für das Organ klagt, kann sich nach Art. 117 IPRG darauf berufen, dass in seinem Fall nicht schweizerisches Recht anwendbar sei, sondern das Recht am Ort der massgeblichen Leistung. Doch selbst wenn schweizerisches Recht anwendbar wäre, kann der japanische Organspender nicht mit dem Argument abgetan werden, der Vertrag sei (wie bereits erwähnt) nach schweizerischer Rechtsordnung rechtswidrig resp. unsittlich, denn es wäre sehr unausgewogen, wenn er kein Entgelt für seine doch erhebliche Leistung (nämlich eine Niere) erhielte. Es würde in solchen Fällen selbst der Grundsatz *in pari turpitudine melior est causa possidentis* nicht verfangen, denn es könnte nicht von einer beidseitigen «Schlechtigkeit» ausgegangen werden, sodass die eindeutig schwächere Partei zu schützen wäre.⁸⁷⁷

Eine Brautgeldabrede⁸⁷⁸ und der entsprechende Rückzahlungsanspruch nach *yezidischem Brauchtum* zwischen mehreren Personen dieses Glaubens fällt beispielsweise unter das Verlöbnisstatut nach deutschem Recht,⁸⁷⁹ wenn die Braut deutsche Staatsangehörige ist und der gemeinsame Aufenthaltsort des Brautpaares in Deutschland liegt (Art. 14 EGBGB). Von einer konkludenten Rechtswahl syrischen Rechts kann laut dem Gericht nicht ausgegangen werden. (Nach syrischem Recht ist das Brautgeld zurückzuzahlen.) Dies gelte auch dann, wenn die Parteien und die Brautleute nach den Grundsätzen des *yezidischen* Glaubens lebten, mit der betreffenden Kultur fest verbunden wären und für dieses Brauchtum eine vertragliche Grundlage geschaffen hätten. Damit ist klar, dass deutsches Sachrecht zur Anwendung gelangt und der Sachverhalt nunmehr nach diesem zu beurteilen ist. – Nach deutschem Sachrecht verstösst eine Brautgeldabrede gegen die «guten Sitten» gemäss § 138 Abs. 1 BGB,⁸⁸⁰ da sie nicht zu vereinbaren ist mit den Prinzipien der Freiheit der Eheschliessung und der Menschenwürde, die der deutschen «Sitten- und Werteordnung» zugrunde liegen und im Verfassungs- bzw. Grundgesetz verankert sind.⁸⁸¹ In gleicher Weise

⁸⁷⁷ Breitschmid, Peter/Matt, Isabel: Organspende, Sektion und Bestattung: zivilrechtliche Streifzüge, *successio*: Zeitschrift für Erbrecht: Nachlassplanung und -abwicklung, (2011) 5, 82 ff., 89.

⁸⁷⁸ S. nur Yassari, Nadjma: Die Brautgabe im Familienvermögensrecht, Tübingen 2014, 329 ff.

⁸⁷⁹ Nicht unter das Vertragsstatut; so nun explizit für die Verträge mit familienrechtlichem Charakter gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. b Rom I-Vo.

⁸⁸⁰ OLG Hamm, Urteil vom 13. Januar 2011 (Az. I-18 U 88/10): Das aufgrund einer sittenwidrigen Brautgeldabrede geleistete Brautgeld kann nach § 817 S. 2 BGB nicht aus Gründen ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden, wenn der Leistende durch den Abschluss der Brautgeldabrede und die anschließende Zahlung selbst gegen die deutsche Sittenordnung verstossen hat – d.h., wenn er insbesondere wusste, dass eine solche den fundamentalen Prinzipien in Deutschland widerspricht.

⁸⁸¹ S.a. OLG Celle, Urteil vom 10. Oktober 2007 (Az. 7 U 54/07) = NJW 2008, 1005, wobei in diesem Fall das *yezidische* Brautgeld zusätzlich noch extrem hoch war: 60'000.– EUR; vgl. OLG Köln, Urteil vom 8. April 1994 (Az. 20 U 226/92) = NJW-RR 1994, 1026 ff. zum Brautgeld unter Roma, wobei das Gericht sich gar nicht erst mit der Frage der Sittenwidrigkeit befasste.

wird im deutschen Recht Sittenwidrigkeit angenommen für das in der Türkei verbreitete, dem Inhalt und der Funktion nach vergleichbare Brautgeld (*baslik*)⁸⁸² oder auch für einen in afrikanischen Ländern vorkommenden Brautkauf.⁸⁸³ – Um einen Anwendungsfall des *Ordre public* könnte es sich hingegen dann handeln, wenn aufgrund des deutschen internationalen Privatrechts ausländisches – d.h. syrisches – Recht zur Anwendung gelangte, das die Rückgabe von Brautgeldern eindeutig statuierte. Dann würde sich für die nationalen deutschen Gerichte, die dieses syrische Recht anzuwenden hätten, die Frage stellen, ob dieses mit den Grundvorstellungen ihres eigenen nationalen Rechts im Einklang stehe oder nicht, und – je nach dem konkreten Ergebnis – zur Anwendbarkeit des ausländischen Rechts führen würde, oder auch nicht.

Wenden wir uns den Fällen zu, die in dieser Untersuchung im Mittelpunkt des Interesses stehen – der Ehevertrag, der Leihmutterschaftsvertrag und der Prostitutionsvertrag –, so ergibt sich hinsichtlich des *Ordre-public*-Vorbehalts rechtsvergleichend das Folgende: In keiner der drei Rechtsordnungen gibt es einen internationalrechtlichen Entscheid zum Prostitutionsvertrag. Zur Leihmutterschaft finden sich zwar in allen drei Rechtsordnungen einige Entscheide; diese betreffen das Leihmutterschaftsvertragsverhältnis jedoch nur indirekt, denn meist geht es dabei um die Anerkennung der Elternschaft bzw. des Kindesverhältnisses. Entscheide zum Ehe(schliessungs)vertrag in Deutschland und der Schweiz zeigen auf, dass ein *Ordre-public*-Verstoß dann vermutet wird, wenn ein Zwang zum Ehevertrag bestanden hat. Hingegen hat die Form des Ehevertrags jeweils keine grosse Bedeutung. – In Japan sind *güterrechtliche Eheverträge* selten, obschon das Sach- und Kollisionsrecht diesbezüglich einige Vorschriften vorweisen: Art. 26 *Hôrei* spricht Ehegatten, die in Japan heiraten, die Rechtswahl für die Bestimmung ihres Güterstandes zu – vorausgesetzt, es handelt sich dabei a) um das Recht desjenigen Landes, von dem ein Ehegatte die Staatsangehörigkeit besitzt, oder b) um das Recht desjenigen Landes, in dem einer der beiden Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. In Bezug auf Immobilien steht es den Parteien auch zu, c) das am Standort der Immobilie geltende Recht zu wählen. Das *Hôrei* regelt ferner ausdrücklich, dass güterrechtliche Eheverträge, die innerhalb des gesetzlichen Rahmens nach ausländischem Recht gültig geschlossen worden sind, in Japan Gültigkeit haben. Ferner legt es fest, dass diese ausländischen Eheverträge auch für Dritte in Japan Verbindlichkeit beanspruchen, wenn sie registriert worden sind (Art. 15 *Hôrei*). Nach schweizerischem Recht ist gemäss Art. 56 IPRG zum einen eine Alternativanknüpfung möglich und zum anderen können für das Formerfordernis des Vertrags neben dem Güterrechtsstatut noch die Formvorschriften des Abschlussortes zur Anwendung gelangen. Ebenso lässt die deutsche Rechtsprechung zur Beurteilung von Eheverträgen in Abweichung zum Gü-

⁸⁸² Krüger, Hilmar: Grundzüge des türkischen Verlöbnisrechts, StAZ 43 (1990), 313 ff., 324 f.; *idem*, Ehe und Brautgabe, FamRZ 1977, 114 ff.; das deutsche IPR (Art. 3 Abs. 1 S. 1 EGBGB) kennt wie das schweizerische oder japanische nur die Anknüpfung an staatliches Recht, nicht hingegen an nicht staatliches Recht. Die Brautgabe ist aber in diesem Fall nicht in einem Recht vorgeschrieben, sondern ausserstaatliches Recht, es kann sich nur insofern darauf berufen werden, als es zu staatlichem Recht geworden ist – anders das syrische Recht.

⁸⁸³ Sturm, Fritz: Eheschliessungsformen im Ausland, ihre Gültigkeit und Nachweisbarkeit im Inland, StAZ 48 (1995) 12, 343 ff., 350.

terrechtsstatut nach Art. 14 EGBGB die Formvorschriften des Abschlussortes gelten (Art. 11 EGBGB).⁸⁸⁴

Das zeigt dass in allen drei Rechtsordnungen in internationalen Verhältnissen mit Bezug auf den Ehevertrag von einem *favor negotii* und einem *favor recognitionis* auszugehen ist. Dies stützt die *Selbstbestimmung und Gestaltungsfreiheit der Parteien* im gesetzlichen Rahmen.

V. Anwendungsfälle zu den «guten Sitten» im Überblick

A. Ziel und Eingrenzung

Die Generalklausel der «guten Sitten» erfüllt, wie dargelegt, verschiedene Normzwecke und ist in hohem Masse konkretisierungsbedürftig;⁸⁸⁵ entsprechend *vielfältig sind die darunter zu subsumierenden Anwendungsfälle*.⁸⁸⁶ Lehre und Rechtsprechung in allen drei Rechtsordnungen behelfen sich zu ihrer Konkretisierung seit Langem mit der *Bildung von Fallgruppen*. Einige Monografien gehen heute sogar so weit, dass sie auf eine abstrakte Definition der Generalklausel der «guten Sitten» verzichten und sich auf die Umschreibung von Fallgruppen beschränken.⁸⁸⁷ Diese Umschreibungen fallen freilich unterschiedlich aus und werden nirgends als abschliessend verstanden.⁸⁸⁸ Es liegt im Normzweck einer Generalklausel mit einer sozialemischen Schutzfunktion, dass sie sich *fortentwickelt*. Fest steht, dass die Fallgruppenbildung allgemein im Vordergrund steht, obschon diese teils auch als rechtlich zu unpräzise und unsicher kritisiert wird (z.B. Kap. 5 lit. III.C).

Ziel dieses V. Abschnittes ist es, der Leserin und dem Leser zum einen kurz und knapp einen rechtsvergleichenden Überblick zu den im schweizerischen, deutschen und japanischen Vertragsrecht «geltenden» *Fallgruppen zu den «guten Sitten»* zu vermitteln (lit. A). Zum anderen soll auf die Anwendungsfälle und auf ausgewählte Fallgruppen eingegangen werden (lit. B und C).

Das heisst, es wird nicht näher auf alle Fallgruppen in der rechtsvergleichenden Gegenüberstellung eingegangen, denn im Zentrum der Untersuchung steht die Frage, *wann die Selbstbestimmung im Vertrag mittels der Generalklausel an ihre rechtli-*

⁸⁸⁴ BGH, Urteil vom 13. Juli 2011 – XII ZR 48/09.

⁸⁸⁵ Statt vieler *Bydlinski, Franz*: Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, in: Benöhr, Hans-Peter, Kaser, Max (Hrsg.), *Juris Professio*, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Wien 1986, 190 ff., 199 f.

⁸⁸⁶ BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 184 ff.

⁸⁸⁷ Dies war früher einmal anders: Im Jahre 1896 erschien eine der ersten Monografien zum Thema «Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht» von *Philipp Lotmar* (Leipzig). Für den Rechtsprofessor zu Bern und Berlin bestanden damals keine Zweifel, dass es *unmoralische Verträge* gab. Es ging ihm darum, die Struktur eines moralischen Vertrags zu beschreiben, um diesen von einem unmoralischen abgrenzen zu können. Dies anhand der Frage: «inwiefern muss ein Vertrag wider die Moral (einerlei welche und was ihr Inhalt ist) verstossen, um als unmoralisch zu gelten und danach nichtig zu sein?» Es kam ihm demnach nicht so sehr auf die Gründe dafür an, warum ein Vertrag als gegen die Moral verstossend empfunden werden konnte. Daher erstaunt es kaum, dass er in seiner Monografie noch ganz auf eine Fallgruppenbildung verzichtete.

⁸⁸⁸ *Brox/Walker*, Rn. 336 ff.

chen Grenzen stösst resp. stossen solle und dies bei drei ausgewählten Vertragsbeispielen zur Gestaltung des «Privaten» (z.B. Verträge zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung, vgl. Kap. 7–9). Es werden deshalb bloss die im vorliegenden Kontext interessierenden Anwendungsfälle der Fallgruppen der persönlichkeitswidrigen Vertragsinhalte (lit. B), des Wuchers bzw. der wucherähnlichen Geschäfte (lit. C) und der Verletzung der öffentlichen Ordnung (lit. D) erörtert. Die Anwendungsfälle des Wuchers interessieren im Zusammenhang mit der Beschränkung der Vermarktung von persönlichkeitsrelevanten Vertragsinhalten gleichermassen wie die erstgenannten. Darüber hinaus dürfte die Fallgruppe des Wuchers im Allgemeinen vor dem Hintergrund des sich laufend verändernden unethischen Marktverhaltens als die am ehesten wachsende Fallgruppe angesehen werden und interessiert als solche.

B. Fallgruppen in der rechtsvergleichenden Übersicht

1. Schematische Gegenüberstellung von Fallgruppen

Da die Fallgruppenbildungen zu den «guten Sitten» in keiner der drei untersuchten Rechtsordnungen einheitlich wiedergegeben werden, beschränkt sich diese rechtsvergleichende Gegenüberstellung auf die Fallgruppen weniger repräsentativer Kommentierungen: für das deutsche Recht auf den Münchener- (*Christian Armbrüster*) und Palandt-Kommentar (*Jürgen Ellenberger*), für das schweizerische Recht auf den Basler- und Berner-Kommentar und für das japanische Recht auf den *Chûshaku*-Kommentar (*Yuhihaku komentaru Minpô* [Bd. 3], Kawashima/Hirai [Hrsg.], 2003, Bearbeiter: *Hiroki Morita*) sowie auf die Kommentare in den Standardlehrbüchern von *Keizô Yamamoto* und *Takashi Uchida*.⁸⁸⁹

⁸⁸⁹ Es gibt keine zweite, ähnlich bedeutsame Kommentierung zum japanischen Zivilrecht. Zudem haben die Lehrbücher in Japan allgemein einen höheren Stellenwert als in der Schweiz und Deutschland. Im Lehrbuch von *Masanôbu Katô*s finden sich, wie bereits erwähnt (Kap. 5 Lit. II/5), beispielsweise *drei grosse Fallgruppen mit Untergruppen*, die folgende Vertragsinhalte verhindern sollen: 1.) solche, die gegen die (öffentliche) Ordnung verstossen; 2.) solche, die Personen in ihren allgemeinen Grundrechten verletzen; 3.) solche, die strukturelle Ungleichgewichte im Geschäftsverkehr beinhalten.

<i>Kramer Berner Kom. Art. 19 OR</i>	<i>Huguenin Basler Kom. Art. 19 OR</i>	<i>Armbrüster/ Münchener Kom. § 138 BGB</i>	<i>Ellenberger/ Palandt Kom. § 138 BGB</i>	<i>Morita-Chûsha -ku Kom. § 90 Minpô</i>	<i>Lehrbuch Yamamoto⁸⁹⁰</i>	<i>Lehrbuch Uchida⁸⁹¹</i>
*		<i>Absicherung anerkannter Ordnungen (u.a. Grund-, Straf-, Sozialrechte)</i>				
<i>Verträge, die gegen das Persönlichkeitsrecht verstossen (Art. 27 ZGB i.V.m. Art. 19 f. OR)⁸⁹²</i>	<i>Persönlichkeitswidrigkeit eines Vertrags (Art. 27 ZGB i.V.m. Art. 19 f. OR)</i>	<i>Abwehr von Freiheitsbeschränkungen</i>			<i>Verträge, welche die Person grundlegend in ihrer Selbstbestimmung beschränken</i>	<i>Persönlichkeitswidrige Verträge</i>
		<i>Verwerfliche Kommerzialisierung</i>				<i>Freiheitsbeschränkende Verträge</i>
		<i>Durchkreuzen verwerflicher Gesinnung</i>			<i>Verträge, die gegen die Gerechtigkeit verstossen</i>	<i>Ungerechte Verträge</i>
<i>Verträge in Zusammenhang mit sexuellem Verhalten</i>	<i>Verträge im sexuellen Bereich</i>		<i>Sittenwidriges Verhalten geg. Dritte oder der Allgemeinheit</i>		<i>Verträge, die gegen die Moral verstossen</i>	

⁸⁹⁰ Yamamoto, Minpô I, 240.

⁸⁹¹ Uchida, 283 ff. Im Lehrbuch von Takashi Uchida werden zudem zwei grosse Fallgruppen mit Untergruppen zur Sittenwidrigkeit von Vertragsinhalten gebildet: 1.) solche, bei denen eine Partei einen Nachteil erleidet und 2.) solche, die gegen die gesellschaftlichen Vorstellungen verstossen. Zur ersten Gruppen zählt er die Rechtsgeschäfte, die auf einem Verbrechen (z.B. Hehlerei, Bestechung) beruhen, und solche, die gegen andere nicht zwingende Gesetzesnormen verstossen.

⁸⁹² Kramer behandelt die «persönlichkeitsverletzenden Fälle» wie bereits erwähnt separat, obschon sie (nach ihm) auch als Anwendungsfälle des Verstosses gegen die guten Sitten aufgefasst werden können: BK-Kramer Art. 19/20 N 186, 208 ff.

<i>Kramer Ber- ner Kom. Art. 19 OR</i>	<i>Huguenin Basler Kom. Art. 19 OR</i>	<i>Armbrüs- ter/ Münchener Kom. § 138 BGB</i>	<i>Ellenberger/ Palandt Kom. § 138 BGB</i>	<i>Morita- Chûsha -ku Kom. § 90 Minpô</i>	<i>Lehrbuch Yamamoto⁸⁹⁰</i>	<i>Lehrbuch Uchida⁸⁹¹</i>
<i>Vereinba- rungen, die mit obligatori- schen Rechten Dritter kollidieren</i>	<i>Verstoss gegen vertragliche Rechte Dritter</i>	<i>Abwehr Schädigung Dritter⁸⁹³</i>				
<i>Verträge gegen so- zialethische Wertungen</i>	<i>Fälle im sozial- und berufsethi- schen Bereich</i>	<i>Abwehr Ausnutzen von Machtposi- tionen</i>	<i>Sittenwidri- ges Verhalten geg. Ge- schäftspartner</i>		<i>Verträge, welche die Gewer- befreiheit beschränken, existenz- be- drohende Ver- träge</i>	
<i>Leistungs- inäquivalenz</i>	<i>Leistungs- inäquivalenz</i>	<i>Wucher</i>	<i>Wucher</i>	<i>Wucher</i>	<i>Wucher</i>	<i>Wucher</i>
					<i>Spekulative Vertrags- inhalte, (Wett- und Glücks- spiele)</i>	<i>Glücks- spiele</i>
<i>*894</i>	<i>Verstoss gegen ausländisches zwin- gen-des Recht</i>					

Abb. 2 Rechtsvergleichende Übersicht über die Fallgruppen zu den «guten Sitten»

2. Rechtsvergleichende Würdigung der Übersicht

a) Wenig orts- und kulturabhängige Unterschiede?

Diese schematische Übersicht und Gegenüberstellung von aktuellen Fallgruppen aus der Literatur zeigt prinzipiell auf, dass weder die rechtlichen noch die orts- und kulturabhängigen Unterschiede bezüglich der Anwendungsfälle der «guten Sitten» wesentlich ins Gewicht fallen. Dies erstaunt aufgrund der bisher dargelegten Rechtsgeschichte und der Rezeptionsprozesse zur Generalklausel sowie infolge der andauernden rechtsvergleichenden Tätigkeiten in allen drei Rechtsordnungen zunächst nicht. – Würdigt man die einzelnen Anwendungsfälle im Einzelnen, so werden sich

⁸⁹³ Z.B. besoners illoyales Verhalten wie vorsätzliches Verleiten zum Vertragsbruch (BGH 103, 241).

⁸⁹⁴ Die Fallgruppen «Verträge gegen zwingendes ausländisches Recht» und «Verträge gegen verfassungsrechtliche Maxime» fallen nach Kramer im schweizerischen Recht unter die Generalklausel der öffentlichen Ordnung.

diesbezüglich jedoch durchaus (weitere) Unterschiede ergeben, wie in den drei nachfolgenden Vertragsbeispielen (Kap. 7–9) dargelegt wird.

Hinzu kommt, dass diese Gegenüberstellung der Fallgruppenbildungen auch einzelne bereits angesprochene dogmatische Unterschiede unterstreicht: Die Tatsache, dass die Sittenwidrigkeit der Wett- und Spielgeschäfte einzig im japanischen Recht zu einer Fallgruppe führt, steht in direktem Zusammenhang damit, dass keine eigene japanische Rechtswidrigkeitsklausel besteht.

Diese Übersicht zeigt allerdings auch, dass die Gegenüberstellung der Fallgruppenbildungen nicht immer einfach ist, z.B. Verstöße gegen sozial- und berufsethische Wertungen fließend sind zu solchen, welche die Existenz bedrohen, oder dass es verschiedene Anwendungsfälle des Wuchers (Leistungsinäquivalenz, wucherähnliches Geschäft) gibt. Es mag deshalb zur Vereinfachung beitragen, die oben genannten Fallgruppenbildungen mit *Katô*⁸⁹⁵ noch auf folgende drei Gruppen zu reduzieren:

- 1.) auf die persönlichkeitsverletzenden Verträge,
- 2.) auf die *gegen das Gerechtigkeitsempfinden verstossenden Geschäftssituationen*, womit sich die verschiedenen Anwendungsfälle des Wuchers und der Inäquivalenz im Geschäftsverkehr umfassen lassen,
- 3.) auf die *Verstöße gegen die öffentlich-rechtliche und gesellschaftliche Ordnung*, womit die Anwendungsfälle gegen die grund-, straf- und öffentlich-rechtliche Ordnung sowie gegen die gesellschaftliche Ordnung (inkl. sexuelle Moral oder die Familienordnung) umfasst werden können.

b) Weitere Typisierungen

Weitere – hier nicht berücksichtigte – Unterschiede in der Fallgruppenbildung ergeben sich daraus, dass teilweise mit unterschiedlichen Vertragsarten oder nach dem Regelungsgegenstand (Inhalt und/oder Umstände) operiert oder auch nach dem Adressaten des Schutzes der «guten Sitten» (z.B. Geschäftspartner, Dritte oder die Allgemeinheit) unterschieden wird:

Nach dem Regelungsgegenstand lässt sich etwa unterscheiden, ob der *Inhalt des Vertrags* oder die *Umstände des Vertragsabschlusses* der Prüfung unterliegen.

Manche Rechtsgeschäfte sind *telquel* sittenwidrig, also allein schon aufgrund ihres Inhalts; bei anderen führt erst die Anhäufung mehrerer nicht akzeptabler Umstände in ihrer Gesamtbetrachtung zu einem Sittenverstoss (sog. Summenwirkung⁸⁹⁶).

Ferner genügt in jeder der drei Rechtsordnungen im Prinzip *der einseitige Verstoss* gegen die «guten Sitten», damit der Tatbestand der Sittenwidrigkeit erfüllt ist. Inso-

⁸⁹⁵ *Katô*, 225 f.

⁸⁹⁶ *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 70 ff.; *MüKo-Armbrüster* § 138 BGB Rn. 27 ff.; *Mayer-Maly*, FS Wilburg, 117 ff., 122 ff. – Ein sog. Sandhaufen-Theorem liegt nach BGH, Urteil vom 12. März 1981 – II ZR 54/80 (BGHZ 80, 129 [153]), dann vor, wenn nicht alle Tatbestandsvoraussetzungen von § 138 Abs. 2 BGB gleichermassen gegeben sind, sondern wenn die eine Voraussetzung besonders stark ausgeprägt (Leistungsmissverhältnis) ist, während die andere gar nicht (Unerfahrenheit der Partei) vorliegt. In diesem Entscheid wird das Sandhaufen-Theorem abgelehnt; der BGH hält fest, dass *alle* Voraussetzungen von § 138 BGB gegeben sein müssen.

weit es allerdings um eine Sittenwidrigkeit zulasten von Dritten oder der Allgemeinheit geht, müssen beide Parteien des Rechtsgeschäfts gegen die «guten Sitten» verstossen haben.

C. Fälle von Verträgen im persönlichkeitswidrigen Bereich

1. Im Allgemeinen (Art. 27 Abs. 2 ZGB, § 138 BGB/§ 1 GG, Art. 90 Minpô)

a) Kernbereich der Persönlichkeit

In allen drei Rechtsordnungen findet die Generalklausel Anwendung auf persönlichkeitswidrige Verträge, wobei die meisten Fälle *übermässige Einschränkungen der eigenen Freiheit* betreffen. Eine solche Einschränkung kann in jeder Rechtsordnung grundsätzlich in ideell-persönlicher oder in wirtschaftlicher Hinsicht vorliegen. Regelmässig dürften jedoch extreme wirtschaftliche (v.a. berufliche) Einschränkungen einer Vertragspartei auch deren persönliche Selbstbestimmung einschränken. Mit dem ideellen, nicht wirtschaftlichen Bereich⁸⁹⁷ ist auch der Kernbereich der Persönlichkeit angesprochen.⁸⁹⁸ Dazu zählen etwa die körperliche und psychische Integrität,⁸⁹⁹ die Sexualität,⁹⁰⁰ die Fortpflanzung und das Familienleben (z.B. Ehevertrag),⁹⁰¹ die Religion (z.B. das Versprechen, einer religiösen Gemeinschaft beizutreten) oder die Weltanschauung einer Person.

Unter den sog. grundlegenden Persönlichkeitsverletzungen werden etwa Fälle von Menschenhandel und Verletzungen der Meinungsäusserungsfreiheit oder der Gewerbefreiheit verstanden.⁹⁰² Zu dieser Gruppe von sittenwidrigen Fällen bildet *Katô* drei Untergruppen: Verletzungen der rechtlichen Gleichbehandlung (z.B. durch ungleiche Altersbestimmungen für Frauen und Männer), der Gedankenfreiheit oder eines «Persönlichkeitsrechtes» (beispielsweise durch einen Vertrag zur Vermittlung junger Geishas, sog. *gei shôgi keiyaku*).

Die Intensität der Beschränkung oder Selbstbindung muss insgesamt besonders hoch sein, soll die Generalklausel Anwendung finden. Die blosse Verpflichtung zu einer Geldleistung über die eigenen Kräfte hinaus stellt beispielsweise noch keine Persönlichkeitsbeschränkung dar. Entscheidend ist, dass die Entschlussfreiheit der betroffenen Person beschränkt ist.⁹⁰³

⁸⁹⁷ Zum ideellen Bereich gehören alle nicht wirtschaftlichen Bereiche wie z.B. Weltanschauung, Religion, körperliche Integrität und eigene Sexualität, *Riemer*, N 326 ff.

⁸⁹⁸ BGE 129 III 209 ff.

⁸⁹⁹ Betr. medizinische Behandlung: BGE 114 Ia 350 ff., 359, BGE 134 II 235 ff.

⁹⁰⁰ BGHZ 97 1986, Nr. 46 betr. Versprechen, Verhütungsmittel zu gebrauchen.

⁹⁰¹ BGH, Urteil vom 11. Februar 2004, Az. 265/02 = BGHZ 158 81, 94 ff.; BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2004, Az. XII ZB 110/99 = FamRZ 2005, 26 f.

⁹⁰² Urteil des *Saikôsai* vom 7. Oktober 1955, Minshû 9-11-1616; Urteil des *Saikôsai* vom 28. Mai 1920, Minroku 26-773, bez. einer Diskussion um die Sittenwidrigkeit eines «Ehevermittlungsvertrages».

⁹⁰³ BGE 95 II 55 ff., 57 (betr. Bürgschaft); BGE 95 II 143 E. II.3.

b) Knebelungsverträge

Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung einer Person ist indes nur dann übermässig eingeschränkt, wenn der Verpflichtete sich der Willkür der anderen Vertragspartei ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufgibt oder in einem so hohen Masse beschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz dadurch gefährdet werden. Wird die Berufsausübungstätigkeit so sehr eingeschränkt, dass die betroffene Person faktisch nicht mehr selbstbestimmt handeln kann, basiert diese massive Einschränkung auf sog. Knebelungsverträgen, und diese sind in allen drei Rechtsordnungen sittenwidrig.⁹⁰⁴ – Vertragliche Bindungen *ohne zeitliche Begrenzung* sind nach Art. 27 Abs. 2 ZGB *unzulässig*,⁹⁰⁵ Verträge müssen vielmehr auf eine angemessene Frist hin kündbar sein.⁹⁰⁶ Das Beharren auf einem «ewigen Vertrag» kann unter Umständen ebenfalls einen Rechtsmissbrauch oder einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen (Art. 2 ZGB).⁹⁰⁷ Was die Kündbarkeit eines übermässig langen Vertrages betrifft, steht indes der Persönlichkeitsschutz im Vordergrund.⁹⁰⁸

Zeitlich und inhaltlich unbestimmte, zukünftige Globalzessionen zu Sicherungszwecken stellen ebenfalls unzulässige Beschränkungen der persönlichen Freiheit dar – es sei denn, die zu sichernden Forderungen lassen sich bestimmen und das damit verbundene Risiko für den Schuldner abschätzen.⁹⁰⁹ *Zeitlich und gegenständlich übermässige Sachbezugs- und Lieferungsverträge* sind bereits seit geraumer Zeit in allen drei Rechtsordnungen Gegenstand richterlicher Inhaltskontrolle. Diese Verträge werden in der Regel nicht für ungültig erklärt, sondern deren Laufdauer wird für die betroffene Partei auf ein erträgliches Mass reduziert.⁹¹⁰

⁹⁰⁴ «L'art. 27 al 2 CC ne protège d'ailleurs pas seulement la liberté dans le domaine économique, il s'oppose aux atteintes excessives à la liberté personnelle en general»: BGE 102 II 211 E. 6., BGE 104 II 108 E. 5., BGE 130 III 495 E. 5., m.w.H. auf mögliche «goldene Fesseln», in welchem Fall ein auf mehr als zehn Jahre abgeschlossener Arbeitsvertrag als persönlichkeitsverletzend angesehen wurde. Dagegen ist eine vertragliche Freizeitspielverpflichtung von 25 J. ohne Weiteres zulässig: BGER 4C.272/2005 vom 9. November 2005, E. 3. vgl. zum deutschen Recht: BGH, Urteil vom 12. Juli 1965 – II ZR 118/63 (BGHZ 44, 158 [161]; NJW 93, 1587).

⁹⁰⁵ BGE 128 III 428 E. 3, BGE 127 II 69 E. 5 a–b, BGE 103 II 176 E. 4., BGE 93 II 290 E. 7–8.

⁹⁰⁶ BGER 4C.346/2000 vom 16. März 2001; BGE 114 II 261 E. 2a; BGE 113 II 209 E. 4. bzw. auf das angemessene Mass zu reduzieren nach § 139 BGB.

⁹⁰⁷ BGE 114 II 159 E. 2a.

⁹⁰⁸ BGE 128 III 428 E. 3c.

⁹⁰⁹ BGE 113 II 163, BGE 112 II 433, BGE 112 II 241, BGE 84 II 355, *Brückner*, Rz 802; s. insb. auch Art. 325 OR betr. Verbot der Lohnzession; betr. Bürgschaft s. BGE 120 II 35 E. 3–4 und gegenteilig BGE 128 III 434 E. 3.2–5, in dem das Bestimmtheitsanfordernis durch die Festlegung der Bedingungen des akzessorischen Kontokorrentvertrags, eines festen Vorschusses sowie des Haftungshöchstbetrags des Bürgen als erfüllt angesehen wurde.

⁹¹⁰ Zum Beispiel Bierbezugspflicht «über die nächste Generation hinaus» (BGE 26 II 117) auf 15 Jahre (zulässig, BGE 40 II 233), auf unbestimmte Dauer unzulässig, wurde auf 20 Jahre reduziert (BGE 114 II 159 E. 2c); betr. Bezugspflicht aller Getränke während 30 Jahren wurde auf vier Jahre reduziert bzw. Vertrag wurde aufgelöst (ZH OG vom 7. November 1989, SJZ 1990, 327 f.), betr. Weinbezugspflicht und Kündigungsrecht vgl. BGER 4C.255/255, vom 17.11.2004, E. 5.4; betr. eine Wasserversorgungspflicht auf 40 Jahre, die als unzulässig angesehen wurde (BGE 93 II 290 E. 7.); betr. eine Energielieferungspflicht einer Gemeinde (BGE 97 II 390 E. 7.); vgl. zum deutschen Recht: BGH, Urteil vom 18. Mai 1979 – V ZR 70/78 (BGHZ 74, 293 = NJW 92, 2145), wobei ebenfalls Laufzeiten von 15 bis max. 20 Jahren die Regel sind.

Der dritte prototypische Anwendungsfall, der allen Rechtsordnungen bekannt ist, sind die (zeitlich und/oder geografisch) übermässigen *Konkurrenz- und Abwerbeverbotsklauseln* im Arbeits- und Dienstleistungsbereich.⁹¹¹

2. Verträge im sexuellen Bereich

In allen drei Rechtsordnungen existieren punktuell auch Fälle von sog. *Geliebten-testamenten*,⁹¹² die einem beachtlichen Wandel im Zeitgeist unterliegen. Der Sitten-verstoss durch die *Prostitution* war vor allem in der deutschen und schweizerischen Rechtsprechung ein Thema, in Japan weniger. Ein japanisches Spezifikum sind dagegen die Anwendungsfälle zu «Sexuhara», der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz (dazu ausführlich Kap. 7).

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

1. Wucher und wucherähnliche Geschäfte

Die mit Abstand wichtigste Fallgruppe bilden die Anwendungsfälle des *Wuchers* (§ 138 Abs. 2 BGB) und *die wucherähnlichen Fälle* (§ 138 Abs. 1 BGB). Während § 138 Abs. 2 BGB im deutschen Recht als Grundnorm der *Inäquivalenz* im Vertrag gilt, weisen das japanische und das schweizerische Recht eine Generalklausel auf, die den Wucher nicht ausdrücklich spezifizieren.⁹¹³ Anwendungsfälle finden sich jedoch in allen Rechtsordnungen genügend. Zudem lässt sich spezifisch auch Art. 27 Abs. 2 ZGB auf Wucherfälle anwenden und Art. 21 OR regelt explizit die Übervorteilung. Das auffällige Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung als objektives Anknüpfungskriterium für den Wuchertatbestand scheint sich vermehrt durchzusetzen; so zeichnet sich in allen Rechtsordnungen eine Zunahme von Gerichtsfällen im Zusammenhang mit diesem Missverhältnis ab.

Ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung mag zwar vermuten lassen, dass der Vertragspartner, der aus diesem objektiven Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung Vorteile zieht, bewusst oder grob fahrlässig (subjektiv) irgendeinen den Vertragspartner beeinträchtigenden Tatumstand sittenwidrig ausgenutzt hat. Die Frage, die sich in diesem Zusammenhange stellt, wird jedoch

⁹¹¹ BGH, Urteil vom 20. Januar 2015, Az. II ZR 369/13, Rn. 7, 11, m.w.N., dass zwei Jahre Wettbewerbsbeschränkung zulässig seien, in casu wurde eine Abwerbeverbot von fünf Jahren wurde als übermässig einschränkend angesehen.

⁹¹² Bis ca. 1970 kann man generell von der Ungültigkeit der letztwilligen Verfügungen ausgehen, welche die Ehefrau und die Nachkommen zugunsten einer Geliebten benachteiligten: Das widersprach den guten Sitten. Im deutschen Recht: BGH, Urteil vom 15. Februar 1956 – IV ZR 294/55 (BGHZ 20,71); BGH, Urteil vom 26. Februar 1968 – III ZR 38/65 = NJW 1968, 932; BGH, Urteil vom 31. März 1970 – III ZB 23/68 (BGHZ 53, 369); BGH, Urteil vom 23. Oktober 1990 – XI ZR 313/89 (BGHZ 112, 262). Leicht später fällt auch der japanische *Saibanshō* ein entsprechendes Urteil: 20. November 1986, *Minshū* 40-7-1067.

⁹¹³ Wobei es auch noch ein Sondergesetz zur Beschränkung von Zinsen bei Darlehensgeschäften von 1999/Nr. 155 gibt, so dass einige im deutschen Recht übliche Wucherfälle nicht unter Art. 90 Minpô fallen dürften.

häufiger lauten, ob es aufgrund der Gesamtumstände ausreicht, dem betreffenden Vertragspartner ein sittenwidriges wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB nachzuweisen.

Obschon die japanischen Gesetzesverfasser den Wuchertatbestand bewusst *nicht* in die Generalklausel aufnehmen wollten, ist mit Urteil des *Saikôsai* vom 1. Mai 1934 erstmals der Wuchertatbestand rezipiert und es sind objektive sowie subjektive Tatbestandselemente entwickelt worden:⁹¹⁴ Komme es nur zum Vertragsschluss, da der Vertragspartner dazu gedrängt werde, übereilt handle oder unerfahren sei und deswegen ein grosser Gewinn erzielt werden könne, so liege ein sog. Wuchergeschäft (暴利行為, *bôri kôî*⁹¹⁵) vor, das zur Nichtigkeit des Vertrags führt.⁹¹⁶

In den 1960er-Jahren etablierte sich der Wucher zu einer der zentralen Fallgruppen von Art. 90 *Minpô*.⁹¹⁷ Ende der 1970er-Jahre wurden namentlich die Fälle der sog. *Nezumi-kô*, der klassischen Form von sog. Schneeballgeschäften, im Zusammenhang mit Art. 90 *Minpô* berühmt.⁹¹⁸ Neben den *Nezumi-kô* wurden in den 1980er-Jahren auch Termingeschäfte und Bodenhandelsrechte zu Anwendungsfällen von Art. 90 *Minpô*. In jüngerer Zeit waren es vor allem auch Rechtsgeschäfte, die zum Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern für ungültig im Sinne von Art. 90 *Minpô* erklärt wurden:⁹¹⁹ Interessant ist die klare Entwicklung des Schutzgedankens, der hinter Art. 90 *Minpô* gesehen wird, nämlich als einen *Schutz der gesellschaftlichen Ordnung* (vgl. bereits Kap. 5 Ziff. III). Damit einher ging auch die Anerkennung der wucherähnlichen Rechtsgeschäfte. Entsprechend bedeutet die Sittenwidrigkeit eines Vertrags grundsätzlich nicht – abgesehen von besonderen Umständen –, dass der ganze Vertrag ungültig ist; vielmehr wird der Zins des Verbraucherkreditvertrags

⁹¹⁴ Ômura, 68; im Urteil des *Saikôsai* vom 1. Mai 1934, *Minshû* 13-879, ging es um ein Darlehen von 500 Yen, wobei mit dem Darlehensnehmer eine Sicherheitsleistung für die Rückbezahlung der Darlehenssumme vereinbart worden ist (sog. *henreikin*, 返戻金, w: Rückgabegeld). Während der Darlehensgeber gewusst hatte, dass dieses «Rückgabegeld» ggf. die Darlehenssumme übersteigen würde, war der Darlehensnehmer unwissend (*muchî*, 無知) und bedürftig (*kyûhaku*, 窮迫) und vereinbarte eine kurze Frist für die Rückbezahlung des Darlehens. Da für den Fall der Schlechterfüllung vereinbart war, dass selbst wenn das sog. «Rückgabegeld» die Darlehenssumme überschreiten sollte, sich der Darlehensnehmer der Bezahlungsaufforderung nicht widersetzen könne, wurde der Darlehensnehmer auf diese Weise kurzfristig gezwungen, einen höheren Betrag als die Darlehenssumme zu leisten.

⁹¹⁵ Wobei im Japanischen dem Schriftzeichen zum Wucher (暴) eine stärkere Konnotation, nämlich die von Gewalt zukommt.

⁹¹⁶ Ômura, *Minpô*, 68.

⁹¹⁷ Urteil des *Saikôsai* vom 2. Juni 1960, *Minshû* 14-7-11.

⁹¹⁸ Urteil des *Saikôsai* vom 30. März 1977, *Hanrei Jihô* Nr. 849 33 ff. Heute ist diese Art von Geschäft gesetzlich verboten durch das 無限連鎖講防止に関する法律, *Mugen rensa-kô boshî ni kansuru hôritsu* (wörtlich: Gesetz zum Verbot des Absatzes mit unendlichen Kettengeschäften) und andere Kettengeschäfte werden vom *Tokutei shô torihiki-hô* erfasst, womit dem Verbraucher eine Art Widerrufsrecht im Vertrag zusteht; vgl. hierzu anderenorts: *Hotz*, 147 ff.

⁹¹⁹ Ômura, *Shôhisha*, 113 ff.; Urteil des *Chisai Tokio* vom 29.1.2004, *Hanrei Jihan* Nr. 1886, 60 ff. m.w.H. z.B. auf Urteil vom 28. August 1985, *Hanrei Taimuzu* Nr. 577, 53 ff.; Urteil des *Nagoya Kôsai* vom 31. August 1987, *Hanrei Jihan* Nr. 1254, 75 und Urteil vom 29. Mai 1986, *Hanrei Jihan* Nr. 1195, 102 ff.; Urteil des *Chisai Tokio* vom 27. August 2004, *Hanrei Jihan* Nr. 1886, 60 ff., betr. *Verbraucherkreditvertrag*.

auf das zulässige Mass reduziert.⁹²⁰ Der Zins war derart überrissen, dass das Gericht *auf das subjektive Erfordernis des Wuchertatbestandes verzichtet hatte*.⁹²¹

Trotz der zahlreichen neuen Verbraucherschutzbestimmungen, die seither namentlich mit dem japanischen Verbrauchervertragsgesetz (Nr. 61/2000) entstanden sind,⁹²² kam es gemäss einem Bericht des *Saikōsai* (2015) in den Jahren 2007–2011 zu zahlreichen Klagen wegen *übersetzter Zinsen*.⁹²³ Auch in jüngerer Zeit wird unter dem Titel von Art. 90 *Minpō* unhaltbares Geschäftsverhalten weiter diskutiert: beispielsweise zur Sittenwidrigkeit eines Kaufvertrags und der Gültigkeit des dazu nötigen Kreditvertrags,⁹²⁴ zu welchem ein jungerer Lehrer gedrängt worden ist oder zu jüngeren Anwendungsfällen des Schnellballsystems.⁹²⁵

Unter die wucherähnlichen Geschäfte fallen ferner auch die in der japanischen Rechtsordnung speziell ausgewiesenen Fälle von Glücksspielen und Wettgeschäften sowie Bankgeschäften mit aleatorischen Elementen.⁹²⁶

Der japanischen Doktrin entsprechend fallen unter die Fallgruppe der sog. *ungerechten Geschäftssituationen* u.a. die risikoreichen Anlagegeschäfte und allgemein die *unbilligen*, eine Partei grob benachteiligenden Fälle. Zu dieser Fallgruppe werden auch die Vertragsarten gezählt, die auf strukturellen Ungleichgewichtslagen basieren und eine Partei einseitig benachteiligen, beispielsweise Verbraucherverträge und andere Verträge, die sehr ungleiche Leistungen beinhalten, oder auch die Bürgschaftsverträge von Hostessen (dazu gleich nachfolgend).⁹²⁷

⁹²⁰ Urteil vom 18. Dezember 1953, *Minshū* 7-12-1470; s.a. Urteil des *Kōsai* Kobe vom 27. Januar 2005, *Hanrei Taimuzu* Nr. 1177, 188 ff. wurde ein Kreditvertrag mit einem Jahreszins von 133%, für ungültig angesehen. Im Jahre 2003 wurde das Gesetz zur Regulierung und Kontrolle des Geldverleihgewerbes [*Kashikin-gyō no kisei nado ni kansuru hōritsu*] von 1932/Nr.32, i.d.F. 2002/Nr. 152, *Juristo* 1252, 85 ff. erlassen. In der Zwischenzeit wurde auch Art. 5 des Kapitaleinlagegesetzes, der als jährlichen Zinsertrag maximal 40% vorsah, auf einen von 29,2% reduziert (mit Gesetzesänderung von 2001/Nr. 155). Kurz darauf wurde das Gesetz nochmals geändert, 2003/Nr. 136 und Art. 42 Abs. 2 neu erlassen, der besagt, dass, wenn ein Verbraucherverhältnis zwischen den Parteien vorliege, es sich um einen Verbraucherkreditvertrag handelt und der Höchstzins im Jahr nicht über 109,5% liegen dürfe, anderenfalls der Vertrag ungültig sei. Ausserdem kommt die Strafbestimmung von Art. 5 des Kapitaleinlagegesetzes zur Anwendung: Busse von 3'000'000 Yen.

⁹²¹ Im Urteil des *Kōsai* Kobe vom 27. Januar 2005, *Hanrei Taimuzu* Nr. 1177, 188 ff. wurde ein Kreditvertrag mit einem Jahreszins von 133% für ungültig erklärt.

⁹²² Hotz, 147 ff., 152 ff.; namentlich Art. 10 *Shōhisha keiyaku-hō* weist eine Bestimmung zur Inhaltskontrolle auf; vgl. Urteil des *Saikōsai* vom 24. März 2011, in: *Minshū* 65-2-903; Urteil des *Saikōsai* vom 15. Juli 2011, in: *Minshū* 65-5-2269.

⁹²³ 最高裁判所、裁判の迅速化に係る検証に関する報告書 第六回、2016年5月 *Saikō Saiban-sho, Saiban no jinsokuka ni kakaru kenshō ni kansuru hōkoku-shō* [Bericht des Saikō Saibanshō (Generalsekretariats) über die internen behandelten Fälle], 2015, 3.

⁹²⁴ Urteil des 25. Oktober 2011, *Hanrei Jihō* Nr. 2133, 9.

⁹²⁵ Urteil des *Saikōsai* vom 28. Oktober 2014, in: *Minshū* 68 (2014) 1325 ff.

⁹²⁶ BGH, Urteil vom 28. April 2015, Az. XI ZR 378/13, Rn. 70 m.w.N.: Terminoptionsgeschäfte (Swap-Geschäfte) sind erst dann sittenwidrig, wenn sie darauf angelegt sind, die andere Partei von vornherein chancelos zu stellen,

⁹²⁷ Urteile des *Saikōsai* vom 14. Dezember 1991, *Minshū* 43-12-2051 und vom 29. Juni 1986, *Hanrei Jihō* 1196, 1002 ff., betr. Knebelungsverträge, Urteile des *Saikōsai* vom 6. November 1967, *Minshū* 21-2430 und vom 31. August 1954, *Minshū* 8-8-1557, betr. übermäßige wirtschaftliche Beschränkung eines Verbrauchers durch Abschluss eines Kreditvertrags. Dieses letzte Urteil ist auch dogmatisch bemerkenswert, da es um das Verhältnis von Sittenwidrigkeit und «Rechts-

2. Bürgschaftsverträge unter Angehörigen

Berühmt sind die deutschen Entscheide zur Nichtigkeit von Bürgschaftsverträgen unter nahen Angehörigen, in denen die Selbstbestimmung des Bürgen bei Vertragsschluss durch die nahe Beziehung zum Schuldner als beeinträchtigt, betrachtet wird. Die Bürgschaftsentscheide des Bundesverfassungsgerichts sind seit den 1990er-Jahren zum Standard der materialen Vertragsgerechtigkeit und Vertragsdisparität geworden.⁹²⁸ So könne nur noch bei einem Vertragsschluss, bei welchem ein «annähernd ausgewogenes Kräfteverhältnis der Partner» besteht, von Vertragsfreiheit der Parteien ausgegangen werden. Die Kritik an dieser Rechtsprechung war erheblich und dauert bis heute an; trotzdem wurde sie mehrmals bestätigt.⁹²⁹ In der Schweiz existiert unter dem Stichwort Bürgschaftsverträge unter Angehörigen oder Abhängigen keine entsprechende Rechtsprechung. Die Doktrin hat sich des Problemes jedoch angenommen:⁹³⁰ Es besteht zum einen ein Lösungsansatz über den Verstoss gegen die «guten Sitten» nach Art. 19/20 OR, wenn ein krasses Leistungsungleichgewicht zwischen den Parteien besteht. Zum anderen kann ein Fall von Übervorteilung nach Art. 21 OR vorliegen, wobei es nicht genügt, wenn ein offenes, objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht; vielmehr muss diese Unausgewogenheit durch bewusstes Ausnutzen der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns der anderen Partei entstanden sein. Es ist allerdings rechtsvergleichend zu beachten, dass die schweizerische Bürgschaftsregelung besonders streng ist, zumal die Bürgschaftsverpflichtung in allen Formen der Bürgschaft an Formvorschriften und die Angabe von bestimmten Höchstbeträgen geknüpft ist (Art. 493 ff. OR) – dies ist im deutschen Recht (§§ 765, § 766 BGB) nicht der Fall.

Ein japanisches Spezifikum sind Bürgschaftsverträge mit Hostessen und Bardamen bzw. mit den Betreiberinnen und Betreibern der entsprechenden Stätten. In zahlreichen Urteilen unterer Instanzen wurden solche Bürgschaftsverträge mit Bardamen als sittenwidrig angesehen.⁹³¹

E. Wahrung der öffentlichen Ordnung und sittenwidriges Verhalten gegenüber der Allgemeinheit

Nach japanischer Doktrin – aber auch nach der Einteilung von *Armbrüster* – versteht man unter Vertragsinhalten, die gegen die (öffentliche) Ordnung verstossen, sowohl rechtliche als auch gesellschaftliche Normverstösse gegen die Allgemeinheit. Unter die rechtlichen Verstösse fallen nach der Lehre primär die Verletzungen des

widrigkeit nach Art. 708 Minpô eingeht; s.a. Urteil des *Chisai Tokio* vom 10. November 1992, *Hanrei Jihô* 1479 (1994) m.w.H., betr. ein risikoreiches Anlagegeschäft, das aufgrund sittenwidriger Kundenbeeinflussung zustande gekommen ist.

⁹²⁸ BGH, Urteil vom 16. März 1989 – IX ZR 171/88 = NJW 1989, 1605 und BVerfGE, Urteil vom 19. Oktober 1993 = NJW 1994, 36 ff.

⁹²⁹ Neuerdings Wagner; Mayer-Maly, 50 Jahre BGH, 77 ff.

⁹³⁰ Schwenzler, AcP 196 (1996), 88 ff.; Abegg, 139 f.; Belser, AJP 1998, 203 ff.; *idem*, 423 ff.; Emmenegger, Susanne: Geschlechterspezifische Aspekte des Bürgschaftsvertrags, in: Recht Richtung Frauen, ProfFRI (Hrsg.), Zürich 2001, 91 ff., 102 f.

⁹³¹ Urteil des *Tokio Kôsei* vom 29. Juni 1977, *Honshuji* No. 853, 51; Urteil des *Osaka Kôsei* vom 29. März 1973, *Hanji* No. 937, 49; Urteil des *Osaka Kôsei* vom 19. November 1980, *Hanrei Taimuzu* Nr. 444, 127; Urteil des *Osaka Kôsei* vom 13. Mai 1981, *Hanrei Taimuzu* Nr. 454, 97.

Strafrechts, während das Familienverhältnis tangierende Rechtsgeschäfte, wie z.B. eine Vereinbarung zur Adoption oder zur Heirat, gegen die Familienmoral verstossen. Letztlich werden auch Verstösse gegen die «sexuelle Moral»⁹³² von dieser Norm erfasst.

F. Zwischenergebnis

Die Anwendungsfälle und die Fallgruppen der «guten Sitten» sind teils wie die Sittenklausel selbst rechtshistorisch gewachsen, das heisst u.a. rezipiert. Sie umfassen auch Rezeptionen von Theorien, wie das Beispiel zu den wucherähnlichen Geschäften, die aus der deutschen Doktrin rezipiert wurden, aufzeigt.

Teils spiegeln die Anwendungsfälle der «guten Sitten» auch die Entwicklung der Rechtsprobleme in der Praxis, welche nur im Gesamtzusammenhang jeder spezifischen Rechtsordnung und deren kulturellen Hintergrund betrachtet werden können. Das zeigt etwa das Beispiel der Bürgschaftsverträge: Sind die rechtlichen Voraussetzungen nach schweizerischem Recht strenger als nach deutschem Recht, so gibt es weniger Anwendungsfälle für die Sittenklausel. Das bedeutet aber nicht, dass der Selbstbestimmung im Bürgschaftsvertrag ungleiche wertungsmässige Schranken gesetzt werden. Gibt es etwa in der japanischen Rechtsprechung Fälle von Bürgschaftsverträgen von Hostessen mit Gaststätten zugunsten von Kunden, so kann dies nur vor dem spezifischen kulturellen Hintergrund einer gesellschaftlichen und rechtlichen Praxis gesehen werden, die in der Personalsicherheit viel verbreiteter sind als beispielsweise in der Schweiz.

Mit den «guten Sitten» können darüber hinaus auch gewisse Zukunftsvisionen aufgegriffen werden – in diesem Sinne ermöglichen sie auch *eine Öffnung für plurale kulturelle Werte* in einer Rechtsordnung.⁹³³ Dabei dürfte es sich allerdings regelmässig um einen «kontrollierten Einlass» von solchen Wertvorstellungen handeln, der die Grundfesten der Privatrechtsordnungen kaum zu erschüttern vermag, sondern solche, die im Rahmen der Vorstellungen und Wertungen *jeder Rechtsordnung* liegen,⁹³⁴ denn die Anwendung der Generalklausel obliegt den Richterinnen und Richtern und trägt daher den Stempel ihrer spezifischen, kulturellen, institutionellen und beruflichen Prägung.

Die Unterschiede zwischen den verglichenen Rechtsordnungen zeigen sich demnach weniger in der Bildung von Fallgruppen zur Generalklausel und in der Beurteilung der Anwendungsfälle, sondern eher darin, welche Anwendungsfälle schliesslich den Weg zum Gericht finden.

Will man auch künftig nicht auf Fallgruppenbildungen zur Konkretisierung der Generalklausel verzichten, so bleibt anzufügen, dass sich die bisher gebräuchlichen

⁹³² Es ist interessant, dass *Katô* im sexuellen Zusammenhang den ins Japanische umgesetzten, westlichen Begriff *Moral* (w: *sei moraru inhan*) verwendet, und nicht den üblicherweise verwendeten Begriff für «Ordnung» (*chitsujô*), wie z.B. bei einem Verstoß gegen die Familienordnung (w: *kazoku no chitsujo*).

⁹³³ BK-Becker spricht von «Wächter der öffentlichen Moral» (Art. 19 OR N 171); Zufferey-Werro, 194 ff.

⁹³⁴ Teubner, 18.

Fallgruppen auch nach anderen Kriterien differenzieren liessen, z.B. nach ihrem Kontrollgegenstand. Bei alltäglichen oder einfachen Rechtsgeschäften (wie etwa Kaufverträgen) ist die Bedeutung der «guten Sitten» als relativ gering einzustufen; sie betrifft vorwiegend folgende Fälle:

- *Lange dauernde Verträge* (z.B. Leihmutterchaftsvertrag)
- *Rechtlich komplexere Verträge* (z.B. zu Gesellschaftsverhältnissen, Leihmutterchaftsvertrag)
- *Verträge über Luxusgüter*
- *Verträge, bei denen alltagsrelevante wirtschaftliche Abhängigkeiten* mit im Spiel sind (z.B. Arbeitsvertrag, Mietvertrag, Prostitutionsvertrag) oder
- *Verträge mit stark personalen (emotionalen und/oder körperlichen) Elementen* (z.B. Ehevertrag, Prostitutionsvertrag, Leihmutterchaftsvertrag).

VI. Rechtsvergleichende Ergebnisse und Würdigung

Die Ergebnisse der bisherigen Untersuchung zu den begrifflich-dogmatischen Grundlagen der Generalklausel der «guten Sitten» und ihre Abgrenzungen lassen sich wie folgt fassen:

A. Moralität und Legalität sind keine Gegensätze

Es kann festgehalten werden, dass *Moralität und Legalität* weder im japanischen noch im deutschen oder im schweizerischen Recht Gegensätze sind, zwischen denen es zu wählen gilt. Das wird am japanischen *Modell der gegenseitigen Wechselwirkung von Moral und Recht* besonders deutlich.

Die Legalität wie auch die Moralität beabsichtigen letztlich nichts anderes, als ein gesellschafts- bzw. gemeinschaftskonformes Verhalten der Individuen. Sie können sich jedoch in ihrer Motivation und ihrem Umfang unterscheiden: Rechtliche Regeln werden vorwiegend zufolge äusseren Zwangs befolgt, moralische Grundsätze hingegen aus Pflichtgefühl, etwa aus einer inneren Überzeugung. Folglich liegen der gleichen Handlung unter Umständen zwei unterschiedliche Motivationen zugrunde, die sich freilich auch überlagern.⁹³⁵ Das Recht bezieht sich auf das äussere Verhalten, das der inneren moralischen Forderung zwar genügen kann, aber nicht zwangsläufig auch genügen muss.⁹³⁶ Laut *Kelsen* liegt der Unterschied von Moral und Recht konzipiert nicht in dem, was sie gebieten, sondern vielmehr darin, wie sie es tun.⁹³⁷ Auch für *Kant*⁹³⁸ gab es stets sowohl das eine als auch das andere: Recht und Sittlichkeit stehen – ähnlich wie das Normative und das Faktische – allerdings nicht auf der gleichen Ebene; vielmehr gehören sie unterschiedlichen normativen Sphären an,⁹³⁹

⁹³⁵ Zippelius, 26 f.

⁹³⁶ Kelsen, Staatsrechtslehre, 41.

⁹³⁷ Kelsen, Reine Rechtslehre.

⁹³⁸ Kant, Metaphysik der Sitten, Erster Theil, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1798, Einleitung XXIV ff.

⁹³⁹ Kant setzte die subjektive Sittlichkeit/Moralität des Menschen in den Mittelpunkt seiner philosophischen Betrachtungen. Der sittliche Mensch (der, welcher nach dem kategorischen Imperativ handelt) ist die Moralität *per se*, er ist Zweck an sich selbst, und nicht Mittel zu fremden

die jedoch idealerweise übereinstimmen. Die «sittliche Autonomie» des Einzelnen liegt nach *Kant* darin, dass dieser seine eigene, verpflichtende Moral zur höchsten Instanz erhebt. Diese Norm ist sein letztes Gesetz. Der Norminhalt kann dabei aus einer Rechts- oder einer Sozialnorm herrühren. Rechtsnormen erlangen nach *Kant* dadurch moralische Geltung, dass sie «sittlich autonom» gutgeheißen und befolgt werden. Daraus ergibt sich umgekehrt, dass mittels der rechtlichen Instrumente des Staates bestenfalls Legalität hervorgebracht werden kann, aber nicht zwingend auch Sittlichkeit oder Moralität. Der diesbezügliche Verweis des Rechts auf «die guten Sitten» ist insofern als untauglich anzusehen.

Die «guten Sitten» sind, wie in Ziff. I/B ausgeführt, vielmehr auf der Ebene der *einfachen Sittlichkeit* oder der Sozialnormen angesiedelt. Manchmal ist auch von praktischer Sittlichkeit die Rede. Das bedeutet im Grundsatz, dass inhaltlich *keine hochstehenden (ethischen) Anforderungen* an die «guten Sitten» zu stellen sind. Während eine Mode sehr kurzlebig ist und eine Sitte nur Auskunft über das betreffende, faktische Durchschnittsverhalten einer Gruppe wiederzugeben vermag, bedeutet ein Verstoss gegen die «guten Sitten», dass innerhalb des Rechtsfindungsprozesses ein Vertragsinhalt (oder ein Vertragszweck) als widerrechtlich bewertet wird. In anderen Worten ausgedrückt: Eine Sitte zu bestimmen ist eine faktische Frage, einen Verstoss gegen die «guten Sitten» zu beurteilen ist eine Rechtsfrage. Daraus folgt, dass sich die Richterinnen und Richter unter dem Titel der «guten Sitten» mit einem Unrechtsgehalt auseinandersetzen müssen. Entsprechend führen die «guten Sitten» *de lege lata* prinzipiell in allen drei Rechtsordnungen zu einer von Amtes wegen zu beachtenden (Teil-)Nichtigkeit eines Vertrags. Das sog. *Sittengesetz* (Art. 2 GG) hingegen liegt ursprünglich auf einer anderen, viel höheren normativen Ebene als die «guten Sitten». Nach gegenwärtiger Lehrmeinung kommt jedoch dem Sittengesetz neben der öffentlichen Ordnung keine selbstständige Bedeutung zu.

Der Begriff der *Sittlichkeit bzw. der Moralität* ist gegenwärtig etwas in den Hintergrund getreten, auch wenn dieser in verschiedenen Rechtsnormen, wie dargelegt, noch verwendet wird (allen voran ist an den Begriff der «sittlichen Pflicht» im BGB zu erinnern). Das spiegelt sich auch in der «zweiten Grundformel» der «guten Sitten»: Heute sind tendenziell *mehr denn je die rechtsethischen Vorstellungen* angesprochen, die sich aus den Wertungen der Rechtsordnung speisen. Dies trifft besonders prägnant auf das deutsche Recht zu.

Zumindest ein Grund für das *zunehmende Abstellen auf die rechtsethischen Wertungen und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung* liegt auf der Hand: Während Moralität und Legalität keine prinzipiellen Gegensätze darstellen, erschwert es die zunehmende Pluralität der Moralitäten innerhalb ein und derselben Rechtsordnung, «ein ethisches Minimum» zu eruieren. Damit rückt der Gedanke, dass die allgemeinen moralischen Überzeugungen zur Bestimmung dessen taugen, was rechtlich geregelt und verboten werden kann, in die Ferne. Dieser Lebensrealität hat sich die Rechtswissenschaft nicht verschlossen; vielmehr begegnet sie den daraus hervorgehenden Unsicherheiten, indem sie zunehmend auf die rechtsethischen Wertungen abstellt. – Diese Pluralität der Wertvorstellungen lässt sich, und das erscheint entscheidend,

Zwecken: *Kant*, Metaphysik der Sitten, *ibid.*, dementsprechend stehen nach *Kant* logischerweise jedem Menschen auch subjektive Menschenrechte zu: *Kaufmann*, 61 f.

nicht einfach gleichsetzen mit dem hinlänglich bekannten und sich auch künftig stetig vollziehenden *Sittenwandel* (vgl. Entscheide zur Homo- oder auch zur Transsexualität), den es insbesondere im Zusammenhang mit spezifischen Vertragsgegenständen, etwa bezüglich des Berufs- oder Familienlebens, zu berücksichtigen gilt. Die Pluralität der Moralitäten kann aber gleichwohl den Sittenwandel beschleunigen.

Hinzu kommt, dass eine Moralität in einer Rechtsordnung, die spezifische *Minderheiten von ihren Selbstbestimmungsrechten ausschliesst* (z.B. Prostituierte oder Leihmütter von ihren Erwerbs-/Berufstätigkeiten, homosexuelle Personen von der Eheschliessung oder nicht verheiratete Paare vom Schutz durch güterrechtliche Schutzbestimmungen usw.) an rechtliche Grenzen stossen muss. Dem Vertrags- und Privatrecht steht, wie ausgeführt, prinzipiell die Aufgabe zu, die Selbstbestimmung der Parteien in der Vertragsgestaltung, der Gestaltung des eigenen Berufs- und Familienlebens, und der Lebensgestaltung zu gewährleisten und zu schützen, und nicht, dieses Selbstbestimmungsrecht einzuschränken. Sollen hingegen das individuelle sowie das rechtsgeschäftliche Selbstbestimmungsrecht eingeschränkt werden, so ist dazu eine rechtliche oder aber eine rechtsethische Schranke erforderlich. Erstere gründet regelmässig auf einem im Rahmen eines demokratischen Gesetzgebungsprozesses entstandenen Verbotsgesetz (§ 134 BGB, Art. 19 f. OR, Art. 90 f. *Minpō*); Letzterer muss eine Wertung zugrunde liegen, die auf dem *Kernbestand* der betreffenden Rechtsordnung basiert.⁹⁴⁰

Es ist deshalb kaum verständlich, warum das Schweizerische Bundesgericht in seinen Umschreibungen der «guten Sitten» weiterhin auf die «herrschende Moral» verweist. Wenigstens dieser Teil der Grundformel könnte wohl problemlos gestrichen werden.

B. Rechtsvergleichende Übersicht

Die im japanischen, deutschen und schweizerischen Recht verankerte Selbstbestimmung im Vertragsrecht, die sowohl ein Postulat als auch eine Tatsache darstellt, wird hinsichtlich ihres Umfangs durch verschiedenartige Vertragsschranken – namentlich in allen drei Rechtsordnungen durch die «guten Sitten» sowie durch äquivalente, aber abzugrenzende Regelungen – begrenzt, wie aus der folgenden Übersicht hervorgeht:

Grenzen der Selbstbestimmung im Vertragsrecht	<i>Minpō</i> (27. April 1896/ No. 89, 21. Juni 1898/No. 9)	BGB (1. Januar 1900/ i.d.F. 2002)	OR/ZGB (10. Dezember 1907/ 30. März 1911)
1.) «gute Sitten»/ <i>Kōjo ryōzoku</i>	Art. 90	§ 138	Art. 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 OR, Art. 27 Abs. 2 ZGB
2.) Gesetz	Art. 91 zwingendes/ dispositives Recht	§ 134 (Verbotsgesetze)	Art. 19 Abs. 2 Art. 20 Abs. 2 OR

⁹⁴⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2014 (XII ZB 463/13) = NJW 2015, 479, Rn. 14: in Sachen Leihmutterschaft.

Grenzen der Selbstbestimmung im Vertragsrecht	<i>Minpō</i> (27. April 1896/ No. 89, 21. Juni 1898/No. 9)	BGB (1. Januar 1900/ i.d.F. 2002)	OR/ZGB (10. Dezember 1907/ 30. März 1911)
3.) Öffentliche Ordnung/ <i>Kôjo ryôzoku</i>	Art. 90 Art. 92 ⁹⁴¹		Art. 19 Abs. 2 OR
4.) Wuchertatbestand		§ 138 Abs. 2 BGB	
5.) Übervorteilung			Art. 21 OR
6.) Persönlichkeitsverletzung			Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR
7.) Treu und Glauben	Art. 2	§ 242	Art. 2 Abs. 1 ZGB
8.) Besondere Bestimmungen (nicht abschliessend) ⁹⁴²	Art. 10 f. <i>Shôhisha keiyaku-hô</i> Widerrufsrechte des <i>Tokutei-torihiki- hō</i>	§§ 307, 311b II, IV BGB §§ 307 AGG	Art. 8 UWG

Rechtsvergleichend ergibt sich zusammenfassend, dass alle drei Zivilrechtskodifikationen seit ihrem Inkrafttreten eine Generalklausel der «guten Sitten» aufweisen, auch wenn es sich bei der japanischen Klausel *kôjo ryôzoku* genau genommen um eine Kurzformel handelt, welche die «guten Sitten» und die öffentliche Ordnung terminologisch gemeinsam anspricht.

Das deutsche *Bürgerliche Gesetzbuch* regelt in § 138 Abs. 1 BGB die Generalklausel der «guten Sitten», während der Wuchertatbestand in Absatz 2 als einer der zentralen Anwendungsfälle ausformuliert ist. Indes werden die sog. *wucherähnlichen Fälle* (meist beruhen sie auf einem objektiven Leistungsmissverhältnis, wobei aber die subjektive Voraussetzung fehlt) von der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung unter Abs. 1 von § 138 subsumiert. Ferner wird die Schranke der Rechtswidrigkeit betreffend das Vertragsrecht in § 134 BGB allgemein geregelt, und darüber hinaus bestehen vergleichsweise neuere Vorschriften, die zusätzliche besondere Inhaltskontrollen vorsehen (§§ 307, 311b BGB, von den Spezialgesetzen war nur das AGG erwähnt).

Das schweizerische Obligationenrecht zählt mehrere Kontrollkriterien auf (Art. 19 f. OR), sodass die Schranken der «guten Sitten» u.a. neben den Schranken der Widerrechtlichkeit, der öffentlichen Ordnung, der Persönlichkeitswidrigkeit (die Unmöglichkeit wurde nicht berücksichtigt) stehen. Daneben besteht ein besonderer Schutz gegen die Übervorteilung nach Art. 21 OR. Besondere Bestimmungen zur Sittenwidrigkeit und anderen Inhaltskontrollen im Vertrag kennt das Obligationenrecht *de lege lata* nicht. Die Schranke der Persönlichkeitsverletzung betreffend das Vertragsrecht ist im schweizerischen Privatrecht in Art. 27 ZGB und Art. 19 Abs. 2 OR ausdrücklich geregelt. Im japanischen und deutschen Recht bilden die persönlichkeitsverletzenden Verträge eine zentrale Fallgruppe zur Konkretisierung der «guten Sitten».

⁹⁴¹ Nach Art. 92 *Minpō* soll das Gewohnheitsrecht gestützt auf den Parteiwillen vorgehen, wenn es nicht gegen die öffentliche Ordnung verstösst. Es handelt sich hierbei um eine autochthone japanische Bestimmung.

⁹⁴² Vgl. anderenorts: *Hotz*, 149 ff.

Die japanische Regelung (Art. 90 *Minpô*) beinhaltet einen Artikel, der auch die Schranken der Rechtswidrigkeit umfassen kann. Daneben bestimmt Art. 91 *Minpô* – ähnlich wie die französischen Bestimmungen, die ihm als Vorbild dienten –, dass dispositives Recht nicht in einer Weise abgeändert werden darf, welche die öffentliche Ordnung oder die «guten Sitten» verletzen würde. Diese Schranken gelten auch für die Verkehrssitten (Art 92 *Minpô*).

Während sich die «guten Sitten» generell eher auf den Inhalt und den Zweck des Rechtsgeschäftes beziehen, sind Treu und Glauben in allen drei Rechtsordnungen (Art. 2 ZGB, § 242 BGB, Art. 1 *Minpô*) mehr auf den konkreten Geschäftsverkehr sowie auf die Beziehung und das Verhalten der beiden Parteien ausgerichtet. Zudem sind Treu und Glauben erklärermassen relativ zu verstehen, denn das, was im Geschäftsverkehr als *rücksichtsvoll* oder *fair* angesehen wird, hängt stark von den Beziehungen und Vorstellungen der Parteien sowie dem jeweiligen Geschäftsbereich ab. Der Vertragsschranke der «guten Sitten» kann demnach rechtsvergleichend in ihrem jeweils spezifischen Normgefüge von Anfang an nicht das gleiche Gewicht zukommen. – Will man versuchen darzustellen, wie die Generalklausel der «guten Sitten» *de lege lata* im Privatrechtssystem eingeordnet ist, ergibt sich das folgende Bild:

1.) Schweiz



Das soll nicht bedeuten, dass die Anordnung nicht auch anders hätte ausfallen können. Die Regeln zu den Willensmängeln (Art. 23 ff. OR), welche auch Schranken vor Willensstörungen bieten, werden hier bewusst ausgelassen. Die Übervorteilung (Art. 21 OR) nimmt *de lege lata* in der Lehre eine Zwitterstellung zwischen Inhaltskontrolle und Willensmängeln ein. Zudem wird die Übervorteilung als *lex specialis* zu den Kontrollkriterien nach Art. 19/20 OR angesehen.

2.) Deutschland



3.) Japan

Im japanischen Privatrecht besteht – im Unterschied zum deutschen und zum schweizerischen Recht – keine einfache Rechtswidrigkeitsklausel. Allerdings hält Art. 91 *Minpô* fest, dass Rechtsnormen, die dem Schutz der öffentlichen Ordnung dienen, zwingendes Recht darstellen. Damit ist nach herrschender Ansicht das zwingende öffentliche Recht angesprochen. Verstöße gegen zwingendes Privatrecht fallen entsprechend unter die Generalklausel von Art. 90 *Minpô*.



Dogmatisch sind *zwei wichtige Unterschiede* zwischen den drei Rechtsordnungen auszumachen:

Zum einen umfasst die *Sittenklausel* nach § 138 BGB die öffentliche Ordnung. Bereits seit den Beratungen in der Kodifikationszeit gilt die Generalklausel der öffentlichen Ordnung als Bestandteil der «guten Sitten». Im schweizerischen und japanischen Recht hingegen ist das nicht der Fall; vielmehr wird *die Generalklausel der öffentlichen Ordnung* in den Art. 19/20 OR bzw. in Art. 90 *Minpô* explizit erwähnt. In allen drei Rechtsordnungen ist die herrschende Lehre und Rechtsprechung jedoch der Auffassung, dass eine Differenzierung zwischen den beiden Generalklauseln in der Praxis irrelevant sei. Somit stünde einer alternativen Anwendung der Generalklausel der *öffentlichen Ordnung* prinzipiell nichts im Wege.

Zum anderen werden Wucherfälle im japanischen Recht implizit und im deutschen Recht explizit als Anwendungsfälle der «guten Sitten» angesehen, während im schweizerischen Recht ein Mindeststandard im Geschäftsgeschehen über den Übervorteilungstatbestand (Art. 21 OR) erzielt wird. Dieser Tatbestand liesse sich aber vor dem Hintergrund der Abgrenzungsdiskussion zwischen den «guten Sitten» und der öffentlichen Ordnung ohne Weiteres der Letzteren unterordnen.⁹⁴³

C. Generalklausel der «guten Sitten» ist rechtstechnisch und -ethisch anerkannt

Die allen drei Rechtsordnungen *gemeinsame Wurzel* der Generalklausel der «guten Sitten» liegt letztlich im römischen Recht; konkret in einem Handeln «*contra bonos mores*».

Die japanische Kodifikationsgeschichte zeigt dabei auf, dass die Bestimmungen des *Code civil* wie auch des römischen Rechts beim Erlass des *Minpô* beachtet wurden. Durch den sog. Entwurf von *Boissonade*, der schliesslich zum *Kyû Minpô* führte, sowie durch die französisch-rechtlichen Vorbilder fand namentlich die noch hohe Bedeutung der öffentlichen Ordnung Eingang in die geltende Bestimmung von Art. 90 *Minpô*.

Grenzen der Selbstbestimmung im Vertrag	<i>Minpô</i> (27.4.1896/ No. 89, 21.6.1898/No. 9)	CC (1804)	Boissonade- Entwurf	<i>Kyû Minpô</i>
1) «gute Sitten»/ <i>Kôjo ryôzoku</i>	Art. 90 <i>Minpô</i>	§ 6 CC, § 1133 CC	Art. 349	Art. 328
2.) Gesetz	Art. 91 zwingendes/ dispositives Recht	§ 6 CC		

⁹⁴³ Der OR Entwurf 2020 dagegen ordnet die Übervorteilung den Irrtumsregelungen zu, was sich u.a. damit erklären lässt, dass neben dem groben Leistungsmissverhältnis noch ein subjektives Entscheidungsdefizit vorliegen muss, sodass eine besondere Nähe zu den Willensmängeln gegeben ist.

Grenzen der Selbstbestimmung im Vertrag	<i>Minpō</i> (27.4.1896/ No. 89, 21.6.1898/No. 9)	CC (1804)	Biossonade-Entwurf	<i>Kyū Minpō</i>
3.) Öffentliche Ordnung/ <i>Kōjo ryōzoku</i>	Art. 90 Art. 92 ⁹⁴⁴		Art. 349	Art. 328

Schon im römischen Recht lag dem Anwendungsbereich der Klausel der «guten Sitten» ein Abweichen von der Normativordnung zugrunde. Dabei ging es tendenziell um Verhaltensweisen mit einem klarem Unrechtsgehalt: *iniuria*. Bestimmte Verhaltensweisen in den Lebensbereichen «Geschäftsverkehr» (*pacta*) und «Familie» – ebenfalls solche (im Umfeld von Testamenten, Eheschliessung und Adoption), die direkt oder indirekt mit dem familialen Vermögen in Zusammenhang standen – wurden schon damals nicht akzeptiert. Prostitutionsverträge hingegen wurden im römischen Recht (wie bereits ausgeführt) nicht als rechts- oder sittenwidrig angesehen.

Des Weiteren spiegelt die Entstehungsgeschichte der «guten Sitten» wider, wie die Vertragsfreiheit im 19. und frühen 20. Jahrhundert gross geschrieben wurde, sodass die Selbstbestimmung im Vertragsrecht tendenziell möglichst wenig beschränkt wurde. Die moralischen Vorstellungen der tonangebenden bürgerlichen Gesellschaft führten allerdings auch dazu, dass gewisse Bereiche (beispielsweise im Umfeld von Sexualität und Familie) von der vertraglichen Disposition ausgenommen wurden.

Daraus ergibt sich rechtsvergleichend, dass es sich bei den «guten Sitten» auf der *begrifflich-inhaltlichen* Ebene von Anfang an weder um eine Referenz in Sachen autonome Sittlichkeit noch Hochethik handelte, sondern – wie es die japanische Zivilrechtslehre auf den Punkt bringt – um das, *was sich in der Gesellschaft gebietet (shakai datōsei)* – oder eben nicht. Dem entspricht im deutschen und schweizerischen Recht in etwa die ältere *Anstandsformel*. Obwohl diese von der Doktrin heute mehrheitlich als überholt angesehen wird, ist sie in der Rechtsprechung nach wie vor gebräuchlich.

Auch wenn die *Grundformeln* für die «guten Sitten» über die Zeit an die Gegebenheiten und die sich ändernden ethisch-moralischen Vorstellungen angepasst wurden, ist die Existenz der Sittenklausel *per se* seit ihrer Kodifizierung intakt geblieben. In der Praxis wird die sog. *Anstandsformel* heute vom BGH allerdings praktisch nur noch in Fällen zu § 828 BGB angewendet, während diese in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts regelmässig mit den neueren Grundformeln kumuliert (und als «Textbaustein» mitverwendet) wird. In allen drei Rechtsordnungen wird von der Lehre die Auffassung betont, dass sich die «guten Sitten» auf rechtsethische Grundlagen der Rechtsordnung beziehen. Die deutsche wie auch die schweizerische Rechtsprechung anerkennen insbesondere eine grund- bzw. verfassungsrechtskonforme Auslegung der Generalklausel, im Gegensatz zur japanischen Rechtsprechung, welche diese Auslegung bisher noch nicht aufgenommen hat, obschon dieser Schritt in der Lehre bereits seit Langem (prominent von *Keizō Yamamoto*) gefordert wird.

⁹⁴⁴ Nach Art. 92 *Minpō* soll das Gewohnheitsrecht gestützt auf den Parteiwillen vorgehen, wenn es nicht gegen die öffentliche Ordnung verstösst. Es handelt sich hierbei um eine autochthone japanische Bestimmung.

In allen Rechtsordnungen ist die Generalklausel prinzipiell anerkannt und es wird davon ausgegangen, dass es unverzichtbar sei, zur Umschreibung der Klauselinhalte Fallgruppen zu bilden. Die Systematik dieser Fallgruppen ist bis heute weitgehend unhinterfragt geblieben. In der deutschen und der schweizerischen Lehre hat man sich in den letzten 30 Jahren zusammenfassend kaum explizite Gedanken gemacht zu einer neuen allgemeinen Umschreibung der Generalklausel der «guten Sitten» oder zumindest zu konkreten Kriterien, die sich verallgemeinern liessen. Anders in der japanische Lehre: Mit *Yamamoto* und *Ômura* haben zwei der massgeblichen Zivilrechtswissenschaftler je einen theoretischen Ansatz präsentiert, um die Generalklausel weiterzuentwickeln resp. zu konkretisieren: Der eine zeigt die Notwendigkeit der Grundrechtskonformität auf, der andere die Nähe der Sittenklausel zur Gerechtigkeit.

Weiter ergibt sich aus dem Ausgeführten, dass gegenwärtig in allen drei Rechtsordnungen die Generalklausel der «guten Sitten» *nicht infrage gestellt wird*:

So ist festzuhalten, dass theoretisch – auch heute noch, wie dies bereits in der deutschen Nachkriegszeit der Fall war – mit einem Verweis auf die «guten Sitten» nach § 138 BGB, Art. 19 f. OR/Art. 27 ZGB und nach Art. 90 *Minpô* letztlich konkrete Entscheide deduktiv abgeleitet werden können, denn es wird teils davon ausgegangen, ein solcher ausserrechtlicher, ethischer gedanklicher «Bestand oder Zustand» würde in den drei Gesellschaften tatsächlich existieren. Methodisch wird mit dem Verweis auf die «guten Sitten» damit nach vorherrschender Meinung *auch* eine Brücke zur Sozialmoral geschlagen.

Seit *Teubner* verschiedene zusätzliche Normzwecke der Sittenklausel herausgearbeitet hat, wird in der deutschen und schweizerischen Lehre prinzipiell (unverändert) von einer *rechtsethischen Notwendigkeit* der richterlichen Handhabe zur Rezeption und Transformation von neuen, richtigen oder gerechten Wertvorstellungen ausgegangen. Das führt letztlich wieder zur Legitimation der Rechtsordnungen. Neuere theoretische Erklärungsversuche zum Normzweck der Sittenklausel und allfälligen Alternativen zu derselben sind bis anhin weder in Deutschland noch der Schweiz vorgeschlagen worden.

Es wird *rechtstechnisch* mehrheitlich von der Notwendigkeit einer Generalklausel ausgegangen, denn durch die zivilrechtlichen Gesetze und insbesondere die zivilrechtlichen Kodifikationen lässt sich nicht für alle Verträge und Vertragsinhalte im Voraus regeln, was richtig und was notwendig ist.

Hinzu kommt, dass auch *Überlegungen zur Methode*, das heisst zur Frage, *wie* dieses Richterrecht entstehen soll, heute kaum mehr kontrovers diskutiert werden. Versucht ein Gericht, den jeweiligen Zeitgeist zu erfassen und die Bürgerinnen und Bürger oder allenfalls deren repräsentativen Vereine, Organisationen und Institutionen hinsichtlich eines bestimmten ethischen Problems zu befragen, über das entschieden werden soll, so nimmt dieses Gericht seine Aufgabe ernst. Solche in der deutschen Judikatur vereinzelt erkennbaren Bemühungen sind vorbehaltlos zu begrüssen.

D. Was bleibt ausserhalb der rechtsethischen Wertvorstellungen und Prinzipien?

Bei der Auslegung oder der Konkretisierung der «guten Sitten» nach § 138 BGB und Art. 19 f. OR ist die alte Anstandsformel zweifellos in den Hintergrund gerückt; stattdessen steht heute die zweite Grundformel von den «*der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertvorstellungen*» im Vordergrund. Jedenfalls in der deutschen Lehre wird explizit von einem klaren Vorrang und einer höheren Relevanz der rechtsethischen Entscheidung ausgegangen. Die «guten Sitten» gehen heute von den «*Grundwerten der Rechtsordnung*» und den rechtsethischen Vorstellungen und Prinzipien oder der «*Rechtsmoral*» aus. In der schweizerischen Rechtsprechung und Doktrin finden sich neben der zweiten Grundformel meist noch zusätzliche Verweise auf die gesellschaftlichen Moralvorstellungen oder das Anstandsgefühl. Im japanischen Recht ist die zweite Grundformel in dieser Form zwar nicht geläufig, doch setzen sich bedeutende Lehrmeinungen für eine verfassungskonforme Konkretisierung der Generalklausel ein. Dies zielt nicht nur in die gleiche Richtung, sondern sollte letzten Endes auch zu ähnlichen Resultaten führen – vorausgesetzt natürlich, die Verfassungen verfügen über ähnliche Inhalte.

Beide Phänomene liessen sich unter dem Stichwort der «*Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*» zusammenfassen.⁹⁴⁵ Das wird zwar vielen Privatrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern, die in der Privatautonomie den höchsten Wert des Vertragsrechts sehen, nicht behagen, bringt aber auf den Punkt, dass eine Auslegung bzw. Konkretisierung der Generalklausel der «guten Sitten» ausserhalb der Wertungen der betreffenden Rechtsordnung fehl am Platz wäre. In internationalen oder globalen Dimensionen gedacht, würde ein solches Verständnis ferner bedeuten, dass beispielsweise Menschenrechte nicht nur normiert, sondern deren rechtsethische Wirkungen und Wertvorstellungen auch *tatsächlich globalisiert* werden können.

Diese Orientierung an den Wertvorstellungen der Gesamtrechtsordnung lässt sich einerseits, wie schon erwähnt, als *Antwort auf die Pluralisierung der gesellschaftlichen Moralvorstellungen*, andererseits aber auch ebenso berechtigt als Reaktion auf *unsere gesellschaftliche Haftungslogik und ein damit einhergehendes, zunehmendes Sicherheitsbedürfnis* interpretieren: In Gesellschaften, in denen alles möglichst voraussehbar geregelt, abgesichert und kontrolliert werden soll, wird sich ein richterliches Urteil immer primär an das Recht bzw. an die der Rechtsordnung innewohnenden Wertungen halten wollen.⁹⁴⁶ Die entscheidende Frage, die heute hinsichtlich der Dogmatik der «guten Sitten» zu stellen ist, lautet meines Erachtens deshalb: *Gibt es etwas, das ausserhalb der rechtsethischen Wertvorstellungen und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung besteht?* Existieren überhaupt aktuelle Anwendungsfälle der «guten Sitten», die sich nicht als Verstoss gegen die Grundformel der Wertvorstellungen und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung taxieren lassen? Sind künftige Fälle denkbar, die sich nicht unter diese zweite Grundformel subsumieren liessen?

⁹⁴⁵ Dieses Schlagwort nach Schuppert/Bumke, 25 ff. will zum Ausdruck bringen, dass alle Rechtsgebiete letzten Endes zum konkretisierten Verfassungsrecht geworden sind.

⁹⁴⁶ MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 12.

Die aktuellen Fälle und Fallgruppen der «guten Sitten» lassen sich nach der hier vertretenen Ansicht unter der Grundformel der Wertvorstellungen und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung zusammenfassen bzw. *sollen sich darunter subsumieren lassen*, denn ausserhalb derselben liessen sich die Grundwertungen und -ideen der gesamten Rechtsordnungen gar nicht mehr abbilden. Es bestünde vielmehr die Gefahr, dass zugunsten einzelner und differenzierter gesellschaftlicher Moralvorstellungen gegen solche Grundregeln verstossen würde. Die Vergangenheit können wir zwar nicht in die Zukunft extrapolieren, wohl aber auf der Basis der *vorhandenen Fälle – insbesondere derjenigen zum Sittenwandel* – den Versuch unternehmen, normative Orientierungen zu gewinnen. Letztlich ist auch eine retrospektive Betrachtung darüber, ob alle betreffenden Fälle sich unter die zu ihrer Zeit geltenden Wertvorstellungen der Rechtsordnungen einordnen liessen, oder ob diese Fälle vielmehr erst eine «neue» Wertung begründeten oder eine solche weiterentwickelten, nichts anderes als eine Frage der Wertung:

Ob beispielsweise ein Wucherzins für ein Darlehen, der in den 1960er-Jahren als sittenwidrig hoch angesehen wurde,⁹⁴⁷ zu jenem Zeitpunkt einem Denken entsprach, das «ausserhalb der Wertungen der Rechtsordnung» lag, ist prinzipiell eine Auslegungsfrage. Der Gedanke des Sozialschutzes und der Wille zur Einschränkung von skrupellosem Marktverhalten lässt sich nach der hier vertretenen Ansicht durchaus auch aus anderen Bestimmungen ablesen (z.B. Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, Strafrechtsbestimmungen).

Schwieriger mag es sein, auf die Wertungen der Gesamtrechtsordnung als Vertragschranke abzustellen, wenn ein Vertragsgegenstand in der fraglichen Zeit ein neuartiges Problem aufwirft, weil er beispielsweise eine völlig *neue Technologie* (z.B. automatisiertes Fahrzeug, Gentest) oder eine *neuartige Dienstleistung* (z.B. Internetdating, Cloud-Verträge, Kaffeefahrten) umfasst. Doch auch in diesen Fällen dürfte man mit den allgemeinen Wertungen und Prinzipien der Rechtsordnung – wie dem Gesundheitsschutzgedanken oder dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr – sehr weit kommen. Mit anderen Worten handelt es sich in all diesen Fällen *nicht um Wertungen, die ausserhalb derjenigen der Vorstellungen und Wertungen der Gesamtrechtsordnung liegen*.

Zum eigentlichen Prüfstein werden nach der hier vertretenen Ansicht diejenigen *Fälle des «Sittenwandels»*, bezüglich derer sich die Wertvorstellungen zu sehr ähnlichen Rechtsfragen im Laufe der Zeit geändert haben, sodass es unter dem Titel der Generalklausel zu anderslautenden Gerichtsentscheiden gekommen ist: wenn also beispielsweise ein Mietvertrag zum Zwecke der Ausübung der Prostitution eines Tages nicht mehr als sittenwidrig angesehen wird, da sich die diesbezüglichen Vorstellungen zur Sexualität generell geändert haben.⁹⁴⁸ Oder wenn ein Testament, das ein un-

⁹⁴⁷ Im Urteil vom 1. April 1967 befand das Bundesgericht (BGE 93 II 189) einen Darlehenszins von 26% als sehr unüblich hoch und sittenwidrig. Als Beleg für die Masslosigkeit wies das Bundesgericht auf ein interkantonales Konkordat zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen aus dem Jahre 1957 hin. Mit anderen Worten, das Gericht berief sich auf die der Gesamtrechtsordnung immanenten Rechtsregeln und -vorstellungen.

⁹⁴⁸ In Strafrechtsurteilen anfangs der 1970er-Jahre zu Filmaufführungen und sog. unzünftigen Darstellungen nach Art. 204 aStGB (der die öffentliche Moral und Sittlichkeit als Teil der öffentlichen Ordnung schützen sollte) stellte das Bundesgericht fest, dass sich die «zeitbedingten An-

eheliches Kind einst noch rechtmässig benachteiligte, eines Tages aufgrund der geänderten Sittenvorstellungen als sittenwidrig angesehen wird; oder um ein weiteres Beispiel zu nennen, wenn die Tatsache, dass ein anderes Land die Todesstrafe legalisiert hat, eines Tages nicht mehr akzeptiert werden kann und zum Ausweisungshindernis in einem internationalen Fall wird.⁹⁴⁹ Ferner sind Gründe, die einst noch gegen eine Kontrahierungspflicht sprachen, inzwischen relativiert worden, und sprechen neu für eine solche Pflicht.⁹⁵⁰ – Doch auch in diesen Fällen wird sich meist argumen-

schauungen der Allgemeinheit über Moral und Sitte in der jüngsten Vergangenheit geändert haben und dass in Sexualfragen eine versachlichte und natürliche Betrachtungsweise Platz gegriffen hat» (BGE 97 IV 99, E. 2b) und dies eine Entwicklung sei, welcher sich auch das Recht nicht verschliessen könne: «Abgesehen davon, dass Sexualität in ständig steigendem Masse in den Dienst der Werbung, Anregung und Unterhaltung einbezogen wird und sexuell betonte Darstellungen nicht mehr als ungewöhnlich empfunden werden, ist unverkennbar, dass auf dem Gebiete der Sexualmoral, wie Meinungsäusserungen von Moraltheologen, Pädagogen, Sexualforschern usw. zeigen, eine Neubesinnung im Gange ist, die sich darin auswirkt, dass geschlechtliche Vorgänge offen und frei erörtert werden und in Sexualfragen eine versachlichte und natürliche Betrachtungsweise Platz gegriffen hat. Diesem allgemeinen Wandel in der Einstellung zur Sexualität und der damit verbundenen Herabsetzung der Empfindlichkeit kann sich auch die Rechtsprechung nicht verschliessen» (BGE 96 IV 64, E. 4). Dabei wurden entsprechend dem Auslegungsspielraum auch rechtliche Differenzierungen zu Filmvorführungen, Druckerzeugnissen, Skulpturen und dergleichen vorgenommen und Überlegungen zum Schutzzalter angestellt.

In Urteilen zum gleichen Straftatbestand in den 1990er-Jahren hält das Bundesgericht fest, «dass auf dem Gebiete der Sexualmoral eine Neubesinnung im Gange sei, die sich darin auswirkt, dass geschlechtliche Vorgänge offen und frei erörtert würden» (BGE 117 IV 276 E. 3b). «[...] Für die Grenzziehung zwischen unzüchtigen Darstellungen und solchen, die gewagt, aber noch erlaubt sind, ist das Sittlichkeits- und Schamgefühl des normal empfindenden Bürgers» [...massgeblich]. «Die zu einem bestimmten Zeitpunkt vorherrschenden Anschauungen auf diesem Gebiet lassen sich allerdings nicht mit exakter Sicherheit feststellen[...]». Das Bundesgericht erörtert konkret, es handle sich «um ein pornographisches Werk, an dem jemand durchaus dann Anstoss nehmen kann, wenn er damit ohne seinen Willen konfrontiert wird. Aufgrund der gewandelten Anschauungen ist dies bei Besuchern, die sich den Film in Kenntnis dessen ansehen, was sie erwartet, jedoch nicht der Fall, und nimmt auch der übrige Durchschnittsbürger keinen Anstoss daran, dass solche Filmvorführungen besucht werden können. In entsprechend bezeichneten Kinos verletzt dessen Vorführung an mehr als 18jährige Personen daher Art. 204 StGB nicht» (BGE 117 IV 276, E. 3c, 4b). – Interessant ist, dass auf BBl 1985 II 1009, 1011 ff. Bezug genommen wird. Das heisst, dass die rechtsethischen Vorstellungen beachtet werden: «Demgegenüber können beispielsweise in einem Gesetzes- oder Revisionsentwurf enthaltene Grundgedanken, insbesondere wenn sie unumstritten sind, als Ausdruck der allgemeinen ‚Entwicklungstendenz‘ auf einem bestimmten Rechtsgebiet gewürdigt und in diesem Sinn – mit der notwendigen Zurückhaltung – übernommen werden.»

⁹⁴⁹ Im Urteil vom 30. Juni 1964 befassete sich das Bundesverfassungsgericht mit der Todesstrafe (BVerfGE, Urteil vom 30. Juni 1964 – 1 BvR 93/64 [18, 112], Rn. 18): Es ging um die Verfassungsbeschwerde einer Person, die nach Frankreich ausgeliefert werden sollte, wo ihr die Todesstrafe drohte: «Angesichts des Standes der Gesetzgebung und der öffentlichen Meinung in der gesamten heutigen Kulturwelt lässt sich die Feststellung nicht treffen, die Todesstrafe sei mit dem heute erreichten Stand der Zivilisation dermaßen unverträglich, dass den Staaten, die sie abgeschafft haben, gestattet oder gar geboten wäre, ihre Auffassung unbedingt durchzusetzen, damit eine rechtsstaatlich-sittliche Superiorität für sich in Anspruch zu nehmen und fremde Rechtsordnungen in diesem Punkte zu diskriminieren». In dieser Zeit war die Mehrheit der bundesdeutschen Bevölkerung noch für die Todesstrafe (entgegen Art. 102 GG).

⁹⁵⁰ Im Urteil *Selig* aus dem Jahre 1954 (BGE 80 II 26) wurden ein Zutrittszwang und eine Kontrahierungspflicht der Kinobetreiberin zum Kino mit dem Journalisten *Selig* verneint und dessen Zulassungsverweigerung gestützt; im Urteil *PTT/Verein gegen Tierfabriken* aus dem Jahre 2002 (BGE 129 III 135 E. 6.2–6.4) wird hergeleitet, dass seit dem Fall *Selig* in der massgeblichen Doktrin die Kontrahierungspflichten ausgedehnt worden seien und nunmehr ein Konsens

tieren lassen, dass sich der Wertewandel nicht bloss in den gesellschaftlichen Vorstellungen und einem «rechtsfreien» Raum spiegle, sondern dass zum betreffenden Zeitpunkt vielmehr schon andere, im Sinngehalt ähnliche Rechtsnormen (Gesetzesrecht, Richterrecht) und rechtsethische Vorstellungen existierten (sei es in der Doktrin, in Form von Gesetzesentwürfen oder von rechtspolitischen Ideen oder von Rechtsüberzeugungen in Form von Standesregeln).

Zusammenfassend lässt sich aus diesen Überlegungen schliessen, dass die Berücksichtigung «ausserrechtlicher Wertungen und deren Wandelbarkeit» dank der zweiten Grundformel der rechtsethischen Wertungen und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung nicht mehr vonnöten ist. Vielmehr können die Veränderungen in den gesellschaftlichen Moralvorstellungen mittels der Grundformel der rechtlichen Wertungen und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung sowohl rechtsethisch als auch rechtstechnisch erfasst werden.

Dem Vorwurf, dass sich bei einem Abstellen auf ethische Vorstellungen wie allgemeine Rechtsüberzeugungen immer nur die liberalste Wertvorstellung durchsetzen werde,⁹⁵¹ kann Folgendes entgegnet werden: Juristische Wertung erfolgt nicht nach dem Prinzip der kleinsten Schnittmenge. Nachdem die strengeren und weniger strengen Wertvorstellungen zu dem zu beurteilenden Lebenssachverhalt eruiert worden sind, müsste sich ein Gericht darum bemühen, weitere rechtsethische Vorstellungen zu finden, die wiederum für die eine oder andere Wertung sprächen. Dass es sich dabei nicht um blossе Mehrheitsmeinungen handeln kann, erscheint selbsterklärend. Hat man aber erst einmal einen Anhaltspunkt für eine oder mehrere rechtsethische Wertungen gefunden, so lassen sich diese möglicherweise auf andere rechtliche Wertungsmassstäbe weiterverfolgen (z.B. auf rechtsvergleichende oder internationale rechtsethische Wertungen). Zusammen müssen diese rechtsethischen Wertungen wohl keine hierarchisch stringenten oder keine quantitativ gleichlautenden Wertungen ergeben,⁹⁵² aber sie sollen zumindest eine abschliessende plausible Bewertung erlauben.

darüber bestehe, dass bei einer Monopolstellung des Anbieters und Normalbedarf jedes Abnehmers eine Kontrahierungspflicht bejaht werden könne, sofern die Waren/Dienstleistungen allgemein und öffentlich angeboten werden. Eine Beschränkung der Kontrahierungspflicht auf ausschliesslich lebenswichtige Gegenstände sei ein zu enges Verständnis. Daraufhin wurde die Verweigerung des kostenlosen Versendens von Werbematerial durch die *PTT* als sittenwidrig bezeichnet und eine Kontrahierungspflicht bejaht.

⁹⁵¹ *Staudinger/Sack/Fischinger*, § 138 BGB Rn. 66, 69.

⁹⁵² *Mayer-Maly*, FS Wilburg, 117 ff., 221, 223.

E. Generalklausel der öffentlichen Ordnung als echte Alternative zu den «guten Sitten»

Die Generalklausel der «guten Sitten» ist – wie mit Bezug auf das japanische und schweizerische Recht dargelegt – neben der öffentlichen Ordnung bloss eine der beiden existierenden Generalklauseln, welche die Selbstbestimmung im Vertrag kontrollieren.

Im *japanischen Recht* wird heute davon ausgegangen, dass die Inhalte der beiden Generalklauseln, die dementsprechend in der Kurzformel *kôjo ryôzoku* zusammengefasst werden, gleichbedeutend seien. Demgegenüber vertritt die Lehre in der Schweiz teilweise, dass der öffentlichen Ordnung neben den «guten Sitten» und den zwingenden Normen des öffentlichen Rechts eigenständige Bedeutung zukomme. Die deutschen Gesetzesverfasser sind dagegen von Anfang an davon ausgegangen, dass auf den Terminus der «öffentlichen Ordnung» verzichtet werden könne, da dieser in den «guten Sitten» aufgehe.

Im historischen Rückblick wird unterstrichen, anlässlich der Kodifizierung seien die Diskussionen um das Verhältnis der beiden Generalklauseln in allen drei Rechtsordnungen ähnlich verlaufen. Diesbezüglich ist zweierlei bemerkenswert: 1.) Der Gesetzesverfasser *Hozumi* wendete dagegen ein, in Japan seien die Moralvorstellungen weniger einheitlich als im «Westen». Das könnte ein Hinweis dafür sein, warum der Terminus der «öffentlichen Ordnung» in Japan so zentral sei. 2.) Des Weiteren ist es keineswegs erstaunlich, dass die öffentliche Ordnung im japanischen Recht in einem so weiten Sinne zu verstehen ist, wie der ursprüngliche französische Begriff *Ordre public*, denn Art. 90 *Minpô* wurde mit *Boissonade* in Anlehnung an den *Code civil* von 1804 formuliert.

Ferner deckt der historische Rückblick auf, warum die Generalklausel der «guten Sitten» begrifflich-dogmatisch – teilweise heute noch – als Oberbegriff zum Schutz der öffentlichen Ordnung und/oder dem Persönlichkeitsschutz verstanden wird: Sie sollte die Schranken des *ungeschriebenen Rechts* signalisieren, während die Bestimmungen zur Rechtswidrigkeit als Schranke des *geschriebenen Rechts* zu betrachten sind. Ausserdem liess sich historisch zur Kategorie des ungeschriebenen Rechts zum einen der Schutz der Gemeinschaft (öffentliche Ordnung) und zum anderen der Schutz des Individuums (Persönlichkeitsschutz) zählen. Aus einem solchen dogmatischen Verständnis ergibt sich, dass ein Gesetz (BGB) nur die Rechtswidrigkeit oder die Sittenwidrigkeit als Vertragsschranken ausformuliert. Anders verhält es sich im *schweizerischen Recht*, welches die Kontrollkriterien der öffentlichen Ordnung und des Persönlichkeitsschutzes von Anfang an besonders ausformulierte, sodass diese kaum unter dem Oberbegriff des «ungeschriebenen Rechts» zusammengefasst werden können. Wenn also in einem schweizerischen Lehrbuch zum Obligationenrecht die Persönlichkeitsverletzung den Verstössen gegen die «guten Sitten» zugeordnet wird, lässt sich dies wohl vor diesem deutsch-rechtlichen Hintergrund erklären.

Dazwischen liegt die japanische Gesetzeslösung, die zwar ebenfalls die öffentliche Ordnung anspricht, aber nicht die Persönlichkeitsverletzung. Vielmehr leitet sich hier der Persönlichkeitsschutz – wie im deutschen Recht – direkt aus dem Verfassungs-

recht ab (Art. 13 *Kenpô*, Art. 2 GG) und stützt sich im Schuldrecht auf die allgemeinen Bestimmungen der unerlaubten Handlungen (Art. 709 *Minpô*, § 823 BGB).

Im Ergebnis ist weiter festzuhalten, dass die Generalklausel der *öffentlichen Ordnung* als Vertragsschranke heutzutage in allen Rechtsordnungen erstaunlich wenig Beachtung findet. Generell wenig diskutiert wird auch, dass die öffentliche Ordnung wie der *Ordre public* oder die *public policy* und wie die «guten Sitten» Generalklauseln sind, deren Inhalte zu füllen oder zu konkretisieren sind und nicht weniger als die «guten Sitten» von dem jeweiligen Zeitgeist abhängig sind. Jedes Gericht (oder jede Regierung) kann sich also prinzipiell unter allen diesen Titeln die Mühe machen, den *Zeitgeist* zu erfassen, Stellungnahmen einzuholen und andere Abklärungen über die jeweils gegenwärtigen, rechtsethischen Wertungen und Vorstellungen in einer Rechtsordnung vorzunehmen.

Zugleich stehen diese Generalklauseln aber auch für die *Normativität*, für das Sollen in unserer Gesellschaft. Sie wollen einen allgemeinen rechts- und gesellschaftsethischen Standard setzen, der es ermöglichen soll, weitere Fälle daran zu messen. Während diese Doppelfunktion in Bezug auf die «guten Sitten» nicht infrage steht, sollte zwischen den einzelnen Anwendungsbereichen dieser Generalklauseln differenziert und je nach Rechtsordnung unterschieden werden. Insbesondere sollte Klarheit darüber entstehen, wie der Terminus der öffentlichen Ordnung zu umschreiben ist, damit dieser allenfalls *de lege lata* auch besser nutzbar gemacht werden kann (vgl. zu den künftigen Reformvorschlägen nachfolgend Kap. 6).

Wie liesse sich also die Generalklausel der öffentlichen Ordnung positiv umschreiben? Zum einen können der *öffentlichen Ordnung* nach schweizerischem (und japanischem) Recht sämtliche zwingenden öffentlich-rechtlichen Normen zugeordnet werden. Zum anderen können auch diejenigen öffentlich-rechtlichen Rechtssätze unter diese Ordnung subsumiert werden, bei denen sich das zwingende Element nicht aus der Formulierung ablesen lässt. Will man der öffentlichen Ordnung eine eigenständige Bedeutung zusprechen, sind ihr alle geschriebenen und ungeschriebenen Normen zuzurechnen, die den Ordnungsgedanken der Rechtsordnung betreffen – also diejenigen, die den Aufbau, die öffentlichen Aufgaben wie auch die Funktionen des Staates aufstellen und gewährleisten. Die öffentliche Ordnung lässt sich auch als *Inbegriff aller öffentlichen Wertungs- und Ordnungsprinzipien* der Rechtsordnung verstehen. Diese umfassen ebenso die verfassungsrechtlichen Vorstellungen von Ehe und Familie. Insofern ist, wie bereits ausgeführt, nicht einzusehen, warum die «guten Sitten» wenigstens in Rechtsgeschäften zu personalen Belangen weiterhin gelten müssten. Das würde nur implizieren, dass bei der Regelung des *Privaten* andere Massstäbe gelten sollten als im übrigen Geschäftsverkehr, in welchem die rechtlichen bzw. die rechtsethischen Wertvorstellungen und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung gelten sollen.

Fazit: Nach der hier vertretenen Auffassung kommt dem Begriff der öffentlichen Ordnung die Bedeutung einer echten Alternative zu den «guten Sitten» zu, da dieser Terminus weiterführt und den rechtsethischen Vorstellungen am ehesten gerecht wird.

Dies rechtfertigt sich auch deshalb, weil in allen drei Rechtsordnungen zwischen dem Anwendungsbereich von *Ordre public* und *öffentlicher Ordnung* unterschieden werden kann: Beide Generalklauseln setzen die Vertragsschranken auf unterschiedlichen Ebenen an. Der *Ordre public* wird faktisch und normativ aus einer viel grösseren Menge von rechtsethischen Vorstellungen gespeist als die «guten Sitten» resp. die öffentliche Ordnung. Umgekehrt kann ein Vertrag zwar gegen Rechts- und Sozialnormen verstossen, ohne dass dies jedoch (bei demselben Vertrag) zwangsläufig unter dem Titel des *Ordre public* der Fall sein muss, wenn der betreffende Vertrag im Ausland gültig geschlossen worden ist und nun im eigenem Land zur Anwendung gelangen soll. An solchen international-rechtlichen Fällen werden sich die globalen rechtlichen Unterschiede manifestieren (vgl. Kap. 8 Ziff. III.A.2.b zur Anerkennung von ausländischen Leihmutterchaftsurteilen bzw. -verträgen). Gelten muss in allen Fällen, dass auf das am Ort der massgeblichen Leistung praktizierte Recht abgestellt wird. Dies trifft prinzipiell auch auf das japanische Recht zu, das den Terminus der «öffentlichen Ordnung» im umfassenden französisch-rechtlichen Sinne (*ordre public*) versteht und für das Sach- wie auch für das Kollisionsrecht die gleiche Kurzformel *kôjo ryôzoku* verwendet.

Grundsätzlich Vergleichbares gilt auch für die Generalklausel *public policy* im US-amerikanischen Sach- und Kollisionsrecht; allerdings besteht aus Sicht des schweizerischen und deutschen Rechts im Vergleich zu den US-amerikanischen, materiell-rechtlichen *Public-policy*-Verstössen ein deutlicher Unterschied. Es erscheint deshalb sinnvoll, in einem rechtsvergleichenden Kontext für den englischen Sprachgebrauch in allen drei Rechtsordnungen zwischen «*contracts contrary to morals*» und «*contracts contrary to public policy*» zu differenzieren, da zumindest im US-amerikanischen materiellen Privatrecht die Schranke der *public policy* nicht die gleich strenge Inhaltskontrolle umfasst wie im japanischen, deutschen oder schweizerischen Privatrecht.

Wird auch *Kôjo ryôzoku* im japanischen materiellen Privatrecht und im Kollisionsrecht mit *public policy* übersetzt, so mag dies zwar irritierend sein, ist aber nicht falsch. Im japanischen Recht wird der Klausel der öffentlichen Ordnung heute eine so weite Bedeutung beigemessen wie im französischen Recht: Sie schliesst terminologisch sowohl die «guten Sitten» als auch den *Ordre public* mit ein. Dies berechtigt dazu, ernsthaft die Frage aufzuwerfen, ob der Terminus der «guten Sitten» nicht einfach aufgegeben werden könnte.⁹⁵³ Dies hätte konkret zur Folge, dass die Kurzformel und damit auch die Sittlichkeitsklausel «*zenryô no fûzoku*» (善良の風俗) aufgegeben würde, sodass nur noch von «*ôyake no chitsujo*» (公の秩序) auszugehen wäre.

Inhaltlich schliesst sich nach der hier vertretenen Ansicht der Kreis zwischen den «guten Sitten» resp. alternativ der «öffentlichen Ordnung» und dem *Ordre public* bei der *Berücksichtigung der Grundrechte*: Diese wird in Art. 6 EGBGB festgeschrieben

⁹⁵³ Vgl. auch das Beispiel der kanadischen Provinz Quebec, die in ihrem *Code Civil* sowohl den *Ordre public* (Art. 13 *Code Civil*) als auch die *public policy* (Art. 990 *Code Civil*) regelt; allerdings macht die Literatur keine nennenswerten Unterschiede zwischen den beiden Begriffen aus: So bereits *Simitis*, 112, Fn. 226.

und ist für Art. 17 IPRG und Art. 42 *Hôrei* anerkannt und wird wie bei der Konkretisierung der nationalen Generalklauseln der «guten Sitten» mit einbezogen.⁹⁵⁴

F. Vorrang des Verstosses gegen zwingende Normen

Greift man den Gedanken auf, dass unter dem Titel der Rechtswidrigkeit /Widerrechtlichkeit (§ 134 BGB, Art. 19 f. OR, Art. 27 ZGB und Art. 91 *Minpô*) Verstösse gegen die ausformulierten Grenzen der Selbstbestimmung im Vertragsrecht angesprochen werden, während ein Verstoß gegen die «guten Sitten» (resp. die öffentliche Ordnung) dann Grenzen setzt, wenn (noch) nichts festgeschrieben ist, sich aber sehr wohl aus den Wertungen und Prinzipien der Gesamtrechtsordnung eine Schranke ableiten lässt, so resultiert nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich *ein kohärentes Denksystem bezüglich der allgemeinen Grenzen der Selbstbestimmung im Vertragsrecht*. Es handelt sich um ein einfaches, duales System: entweder um einen zivilrechtlich klar sanktionierten Verstoß gegen das Gesetz oder aber um einen ausnahmsweisen Verstoß gegen die «guten Sitten» resp. alternativ gegen die öffentliche Ordnung.

Damit beurteilt werden kann, ob ein Vertragsinhalt, ein Vertragszweck oder ein Vertragsumstand gegen das Gesetz verstösst, muss in jeder Rechtsordnung hinsichtlich jeder Rechtsregel klar sein, ob diese dispositiven oder zwingenden Charakter hat. Denn solange nur gegen abänderbare Normen verstossen wird, geht grundsätzlich die jeweilige Parteivereinbarung vor – es sei denn, es könne *ein Dissens oder ein Willensmangel* nachgewiesen werden. Demnach ist also bei jedem Gesetzesverstoß zu ermitteln, ob dieser eine dispositive privatrechtliche Norm tangiert oder nicht. Dies erfolgt in allen drei Rechtsordnungen nach den anerkannten Auslegungsregeln und richtet sich insbesondere nach dem Wortlaut und dem Zweck der betreffenden Norm.

Die Tatsache, dass in diesem Zusammenhang unter dem Terminus *zwingende Normen* im Vertragsrecht rechtsvergleichend Unterschiedliches verstanden wird, ist in erster Linie im Hinblick auf die Rechtsfolgen der Vertragsschranken von § 134 BGB, Art. 20 OR bzw. Art. 19 OR und Art. 27 ZGB oder Art. 91 *Minpô* relevant. – So wird etwa in Japan und in der Schweiz, wie erwähnt, darüber debattiert, ob nur ausdrückliche Verbotsgesetze, d.h. öffentlich-rechtliche Gesetzesregeln (wie nach deutschem Recht) als zwingend angesehen werden oder auch privatrechtlich zwingende Gesetzesregeln. – Inhaltlich spielt diese Unterscheidung insofern keine allzu grosse Rolle, als ausserhalb dieses dichotomen Systems von geschriebenen und ungeschriebenen Inhaltsschranken im Vertragsrecht, wie ausgeführt, noch weitere unabänderliche privatrechtliche Normen bestehen, die den Vertrag einzuschränken vermögen: Nach schweizerischem Recht kann nämlich ein Vertrag auch gegen die zwingenden Bestimmungen des Persönlichkeitsschutzes (Art. 27 f. ZGB, Art. 19 Abs. 2 OR), der Übervorteilung (Art. 21 OR) oder Treu und Glauben (Art. 2 OR) verstossen und damit prinzipiell auch unabhängig von einem Verstoß gegen *das Gesetz* oder die «guten Sitten» (resp. die öffentliche Ordnung) eingeschränkt werden.

⁹⁵⁴ Spickhoff (zum Ordre public), 16; Völker, 162; MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 4.

Aus dem *ausdrücklichen zwingenden Persönlichkeitsschutz nach Art. 27 f. ZGB*, der allein schon aufgrund der allgemeinen Verweisungsnorm (Art. 7 ZGB) auch auf das Vertragsrecht anwendbar ist (Widerrechtlichkeit nach Art. 19 f. OR), lässt sich in Bezug auf das schweizerische Recht zwanglos schliessen, dass die «guten Sitten» als individueller vertragsrechtlicher Schutz der Selbstbestimmung der Beteiligten, also als Persönlichkeitsschutz, im Grunde genommen überflüssig sind.

Erforderlich ist eine flexibel handhabbare Generalklausel der «guten Sitten» resp. der öffentlichen Ordnung neben den Vertragsschranken durch zwingende Gesetzesbestimmungen bloss noch *zum Schutz der Gemeinschaft vor noch nicht geregelten Vertragsinhalten und -zwecken*. Dieser Schutz lässt sich allerdings, wie bereits ausgeführt, zwanglos alternativ mit der Generalklausel der öffentlichen Ordnung gewährleisten.

G. Rechtsfolgen im Lichte des Selbstbestimmungsrechts

Die Frage der dogmatischen Zuordnung einer Inhaltskontrolle im Vertragsrecht zu einer der beiden Generalklauseln – «gute Sitten» oder öffentliche Ordnung – oder aber zu den Vertragsschranken des Gesetzes hat *de lege lata* grundsätzlich Auswirkungen auf die Rechtsfolgen. Dies in erster Linie deshalb, weil die Gesetze (Verbotsgesetze oder zwingende Normen) spezifische Rechtsfolgen vorsehen können. So wird beispielsweise in allen drei Rechtsordnungen davon ausgegangen, dass Verträge, die gegen Treu und Glauben verstossen, nicht unbedingt nichtig sein sollen. Das schweizerische Recht sieht ferner auch für Übervorteilungsfälle besondere Rechtsfolgen vor (Art. 21 OR).

Seit jüngerer Zeit soll im schweizerischen Vertragsrecht wie bereits ausgeführt für persönlichkeitsverletzende Verträge – gestützt auf die ältere Lehrmeinung von *Bucher* – nicht mehr die Nichtigkeitsregel gelten, sondern der Vertrag nur dann aufgelöst werden können, wenn die in ihren Rechten betroffene Partei dies verlangt – es sei denn, ihre Persönlichkeit werde durch den Vertrag in einem Kernbereich verletzt. Diese Tendenz hin zu einer Flexibilisierung der Nichtigkeitsfolgen ist grundsätzlich zu begrüssen und wird in der Doktrin positiv aufgenommen (dazu nachfolgend mehr, Kap. 6 Ziff. IV. 5). Die Abgrenzung zwischen den Persönlichkeitsverletzungen, die den Kernbereich der Person betreffen, und anderen Verstössen dürfte aber nicht immer einfach sein, sodass es sich fragt, ob diese Rechtsfolgeregelung noch genügend Schutz bietet – dies insbesondere, weil den Gerichten mit dem Instrument der Teilnichtigkeit und der Möglichkeit, einen Vertragsinhalt auf das erträgliche Mass zu reduzieren, ein erheblicher Spielraum zukommt. Rechtsvergleichend ergibt sich hierzu, dass Fälle von persönlichkeitsverletzenden Verträgen (z.B. übermässig lang dauernde Verträge) unter die Generalklausel von § 138 BGB bzw. Art. 90 *Minpô* subsumiert werden. Damit wird – zumindest aus rechtsvergleichender Perspektive – das Argument, die Nichtigkeit würde über das Ziel des Persönlichkeitsschutzes hinausschiessen, hinfällig.

Allerdings kommt es *der betroffenen Person* dank dem ihr *im Vertragsrecht eingeräumten Selbstbestimmungsrecht* fraglos entgegen, wenn sie auch selbst entscheiden kann, ob sie einen Vertrag, der sie in ihrer Persönlichkeit verletzt, aufrechterhalten

möchte oder nicht – und dies nicht vom Staat von Amtes wegen entschieden wird. Neben der Abschluss- und Inhaltsfreiheit ist auch die Freiheit, einen Vertrag auflösen zu können, Teil dieses Selbstbestimmungsrechts. Unbenommen bleibt die Möglichkeit, Rechtsregeln zu erlassen, welche die Ungültigkeit eines persönlichkeitsverletzenden Vertrages ausdrücklich vorsehen.

Hinzu kommt, dass die Aufrechterhaltung eines Vertrags oft im Interesse der betroffenen Partei sein wird, da dieser mit einer Anpassung der Dauer oder des Wirkungskreises des Vertrags unter Umständen mehr gedient ist. Im Lichte des individuellen Selbstbestimmungsrechts *erscheint diese neuere Rechtsprechung, die von der Lehre auch mehrheitlich befürwortet wird, deshalb als richtig.*

Allerdings wird auch schon *de lege lata* unter dem Titel der Teilnichtigkeit dafür gesorgt, dass Verträge nicht *telquel* für ungültig erklärt, sondern eventuell darin enthaltene, persönlichkeitsverletzende Elemente eliminiert werden (insb. die Reduktion des Übermasses). Zudem ist generell zu beachten, dass vertragliche Verpflichtungen zu reinen Geld- oder Sachleistungen in der Regel auch gar nicht persönlichkeitsverletzend sind und deshalb auch nicht unter Art. 27 Abs. 2 ZGB fallen.

Es bestehen sodann Zweifel daran, ob das «öffentliche Interesse» des Normzwecks wirklich ein taugliches Abgrenzungskriterium darstellt für die Unterscheidung zwischen einer Ungültigkeit von Amtes wegen oder einer solchen einseitigen auf Parteiwunsch. Das gleiche Ziel liesse sich etwa auch erreichen, indem zwar, wie bis anhin, von Amtes wegen prinzipiell von einer Teilungültigkeit des Vertrages ausgegangen würde, der betroffenen Person jedoch eine Art Einspracherecht eingeräumt und dadurch ermöglicht würde – sofern sie sich bewusst ist, was der konkrete Vertrag im Detail für sie bedeutet oder bedeuten könnte –, am Vertrag festzuhalten.

Im Resultat ergibt sich: Nimmt man die Selbstbestimmung im Vertragsrecht ernst, so sind sowohl Vertragsschluss als auch Vertragsauflösung grundsätzlich Sache der Parteien. Sie sind im Rahmen der Rechtsordnung dazu berechtigt, auch Verträge zu schliessen und aufrechtzuerhalten, die anderen Personen missfallen und die unvernünftig sind etc. Massgeblich für die Einschränkung ihrer vertraglichen Selbstbestimmung sind in erster Linie die ausformulierten Schranken der Rechtsordnung. Nur in zweiter Linie können rechtsethischen Vorstellungen und Wertungen der Gesamtrechtsordnung zur Beschränkung herangezogen werden, die sich unter dem Terminus «öffentliche Ordnung» zusammenfassen liessen. Alles in allem erscheint vor diesem Hintergrund die Flexibilisierung der Rechtsfolgen und das daraus hervorgehende Resultat grundsätzlich gerechtfertigt: Das letzte Wort soll im Vertrags- und im Privatrecht – grundsätzlich – die direkt betroffene Person selbst haben.

H. Selbstbestimmung versus «gute Sitten»

Setzt man hier die Ergebnisse zu den Vertragsschranken der «guten Sitten» auch noch mit der Entwicklung der Selbstbestimmungsrechte (Kapitel 4) in Verbindung, so ergibt sich das Folgende:

Es wurde ausgeführt, dass die Selbstbestimmung im rechtsgeschäftlichen Handeln in allen drei Rechtsordnungen gleichermaßen privat- und verfassungsrechtlich gewähr-

leistet ist, dass das Vertragsrecht freiheitlich gedacht war und ist, und warum die Selbstbestimmung im Vertragsrecht als eine Art *radikalisierte Freiheit* verstanden werden kann. Es wurde ferner gezeigt, wie sich über die Jahre zunehmend mehr Selbstbestimmungsrechte zur eigenen Lebensführung, der eigenen Sexualität und der eigenen Verfügbarkeit des Körpers entwickelt haben. Weiter wurde aufgezeigt, wie sich diese Entwicklung im Recht des Persönlichkeitsschutzes und im Vertragsrecht spiegelt. In der Konsequenz ist davon auszugehen, dass es (parallel) zu einer fortschreitenden rechtsgeschäftlichen Tätigkeit in diesen Lebensbereichen gekommen ist und heute weniger Vertragsschranken gesetzt werden bzw. kohärent zu setzen sind. Diese Entwicklung hat auch zur vermehrten Diskussion von privatautonomen Regelungen des *Privaten* geführt, so beispielsweise auch zu einer künftig denkbaren vertragsrechtlichen Ausgestaltung der Partnerschaft (z.B. Tagung 2014 in Freiburg zur Modernisierung des Familienrechts). Bezüglich dieser Tendenzen unterscheiden sich die drei Staaten nicht grundsätzlich voneinander, auch wenn die betreffenden Entwicklungen nicht zeitgleich erfolgt sind.

Als grundsätzlich gegenläufig ist die Entwicklung der Vertragsschranken zu bezeichnen. Die dogmatische Entwicklung der Generalklausel der «guten Sitten» und der übrigen erwähnten Vertragsschranken sowie der Gesetzgebung (besonders bezüglich der Inhaltskontrollen) verweist in der Tendenz eher auf eine zunehmende Einengung der Selbstbestimmung im Vertragsrecht, zugunsten einer Erhöhung des individuellen Schutzes. Dass den *wirtschaftlichen Tätigkeiten* zum Schutze der Bürgerinnen und Bürger prinzipiell Schranken gesetzt werden müssen, ist seit jeher anerkannt und unbestritten.⁹⁵⁵

Zudem ist weitgehend unumstritten, dass «Gier und Verantwortungslosigkeit» auch künftig nicht aus dem Marktverhalten und damit aus dem rechtsgeschäftlichen Verhalten im Vertragsrecht wegzudenken sein werden, woraus sich wiederum neue Schutzbedürfnisse zugunsten des Individuums und letztlich auch des Gemeinwohls ergeben werden. *Bei beiden dieser gegenläufigen Entwicklungen ist derzeit kein Ende in Sicht.* Die individuellen Selbstbestimmungsrechte werden aufgrund weiterer technischer, gesellschaftlicher und globaler Entwicklungen ausgedehnt und gestärkt werden und wir wissen noch nicht, worüber wir in 10–20 Jahren vertragsrechtlich verfügen (wollen) werden oder müssen. Auf der anderen Seite werden den Beteiligten die Ideen zum Missbrauch der rechtsgeschäftlichen Möglichkeiten resp. zur Übervorteilung der anderen Partei nicht ausgehen; vielmehr werden sich diese ebenfalls laufend weiterentwickeln. *Zum Schutz der verantwortungsvollen und insbesondere der vulnerablen Personen* wird daher der Selbstbestimmung im Vertrag weiterhin Grenzen zu setzen sein. Rechtlicher Schutz kann mittels Gesetzesvorschriften oder durch flexible Handhabe erfolgen: Letzteres kann durch einen individuellen Schutz herbeigeführt werden, indem an bestimmten rechtsethischen Vorstellungen der Gesamtrechtsordnung auch im Vertragsrecht festgehalten werden soll (öffentliche Ordnung) und indem die individuellen Willensstörungen (Irrtum, Täuschung und Übervorteilung, gemäss Art. 38–45 OR 2020, dazu gleich anschliessend) im Einzelfall beachtet werden.

⁹⁵⁵ Auf dem noch verbleibenden rechtlichen Gebiet der Selbstbestimmung im Vertragsrecht wird die Selbstbestimmung zudem faktisch stark eingeschränkt.

Die rechtlichen Mittel, die erforderlich sind, um diese beiden Entwicklungen im Griff zu behalten und zu steuern, sind im Grundsatz bereits vorhanden. In allen drei Privatrechtsordnungen besteht im Vertragsrecht mindestens *eine Generalklausel, die es ermöglicht, diese beiden Entwicklungen und ihre Folgen aufzufangen und eine flexible Orientierung an den Wertungen und Prinzipien der gesamten Rechtsordnungen zu bewerkstelligen*. Oder mit anderen Worten: Es existiert (jeweils?) eine Generalklausel, die das Potenzial hat, die privatrechtlichen und die öffentlich-rechtlichen, geschriebenen oder ungeschriebenen Wertungen und Prinzipien der Rechtsordnungen zu erfassen. Dabei ist nicht ausser Acht zu lassen, dass die Selbstbestimmung gleichzeitig auch ein *Grundprinzip der Rechtsordnungen* darstellt; somit gehören der Schutz und die Stärkung der Selbstbestimmung zu den anerkannten rechtsethischen Wertungen und Prinzipien der Rechtsordnungen. Das Individuum ist jedoch auch Teil dieser Gemeinschaft und benötigt diese, um sich entfalten zu können und wirtschaftlich tätig zu werden. Daher gilt es, die Gemeinschaft zu erhalten und vor missbräuchlichen oder zerstörerischen Rechtsgeschäften zu schützen. Dieses Grundprinzip der Rechtsordnung zu pflegen, zu entfalten und aufrechtzuerhalten, soll als zentraler Leitgedanke stets im Auge behalten werden, wenn über die Form und das Ausmass von Vertragsschranken nachgedacht wird.

Kapitel 6

Aktuelle Tendenzen im Schuldrecht und zu den Reformvorschlägen der «guten Sitten»

I. Zeitalter der Schuldrechtsreformen

Es bleibt, die bisherigen Ergebnisse der Untersuchung zu den begrifflich-dogmatischen Grundlagen der Generalklausel der «guten Sitten» und ihre Abgrenzungen in die aktuellen Tendenzen im Schuldrecht einzubetten und damit zum Ausblick überzuleiten.

Einschneidende technische Entwicklungen und gesellschaftliche Veränderungen haben im Laufe der Zeit in Asien wie auch in Europa und anderswo zu zahlreichen substanziellen Reformen von Zivilrechtsordnungen (allen voran des Obligationenrechts, aber auch des Familienrechts) und der entsprechenden Kodifikationen geführt – eine Tendenz, die weiterhin andauern wird. Die Gründe für diese Reformprozesse sind weltweit ähnlich:⁹⁵⁶ Einige der Bestimmungen oder Teile der Kodifikationen sind *nicht (genug) wirksam oder veraltet*⁹⁵⁷ und entsprechen nicht mehr der geltenden Rechtslage, da sich die Rechtsprechung und Lehre weiterentwickelt haben.

In der Schweiz wie auch in Japan stehen infolge der über 100 Jahre alten Kodifikationen und der Rechtsprechung sowie der Doktrin aktuelle Reformvorschläge zur Diskussion, die eine Anpassung an die wirtschaftlich-gesellschaftlichen Entwicklungen und eine Konsolidierung der geltenden Zivilrechtskodifikationen bewirken wollen.⁹⁵⁸ Was den japanischen Reformprozess betrifft, lassen sich nach der hier vertretenen Ansicht zwei weitere Motive hinzufügen: Erstens ist das geltende *Minpô* grundsätzlich weniger umfangreich als das OR und vor allem als das BGB (als eindrückliches Beispiel vgl. die Übersicht zu den Bestimmungen des Ehevertrags, Kap. 9 Ziff. VI.A.1); zudem weist es im Vergleich zum OR und dem BGB einige grundlegende Regelungslücken auf. So fehlen beispielsweise *Regelungen zur Stellvertretung und zu Antrag und Annahme, d.h. zum Konsens*. Zweitens wurde in der japanischen Doktrin immer wieder geäußert, dass sich das Zivilrecht des Landes vermehrt auf seine *japanischen Eigenheiten besinnen* sollte, statt sich allzu sehr an die ausländische Dogmatik und Theorie (insbesondere an die deutsche) zu halten. Diese Ansicht wurde

⁹⁵⁶ Kamo, 121 ff., 129 f.; Kano, ZJapanR Nr. 36 (2013) 249 ff., 252 f.; Hotz, Private Laws in East Asia, Rn. 869 ff.; Dernauer, Schuldrechtsmodernisierung, 418 f.; Grundmann, 15 f.; Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. OR 2020 N 1 ff.

⁹⁵⁷ Kamo, 121 ff., 125, 129 f.; so besagt z.B. Art. 403 *Minpô* noch, dass eine Forderung in einer fremden Währung *telquel* in japanische Währung umgerechnet werden könne.

⁹⁵⁸ Die Wünsche nach einer Reform des Obligationenrechts sind jedoch schon älter und wurden namentlich von Bucher in den 1980er-Jahren – 100 Jahre nach *Munzingers* aOR – formuliert: Bucher, Andreas, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR 1983, 257 ff. 276 ff., 337 ff.; vgl. später zum 100-jährigen Jubiläum des OR: Honsell, ZSR 2011 II, 5 ff.; Pichonnaz, Pascal: 100 ans du droit des obligations Suisse, ZSR 2011 II, 215 ff.

namentlich von *Takashi Uchida*, Professor *emeritus* der Universität Tokio vertreten, der mit US-amerikanischem Rechtsdenken besonders gut vertraut ist.⁹⁵⁹ Er war später sowohl einer der Vorsitzenden der akademischen Reformgruppe als auch Mitglied der anschliessend von der Regierung eingesetzten Gesetzgebungskommission des Justizministeriums (s. Ziff. III). Um zwei konkrete Beispiele zu nennen: *Uchida* ist zu Beginn dieses Reformprozesses für die Abschaffung des geltenden Pandektensystems eingetreten, denn dieses sei unnötig kompliziert. Gemäss diesem System basiert ein Kaufvertrag auf Bestimmungen aus dem besonderen und dem allgemeinen Vertragsrecht und im japanischen und deutschen Recht noch auf solchen der allgemeinen Bestimmungen, was für Laien bereits das alltägliche Kaufrecht zu einer schwierigen juristischen Materie macht. Neu sollen im japanischen Recht auch einige (in Deutschland oder in der Schweiz auch nicht kodifizierte) moderne Dienstleistungsverträge geregelt werden und es soll eine allgemeine – dem japanischen Rechtsdenken eher entsprechende – Regelung für eine erschwerte Auflösung von solchen Dauerschuldverhältnissen aufgenommen werden.⁹⁶⁰ Schliesslich spielte im japanischen Reformprozess auch eine Rolle, dass das japanische Justizministerium seit den 1990er-Jahren bereits weitere grosse Reformprojekte (Zivilverfahrensrecht, Gesellschaftsrecht) in Angriff genommen hatte, womit eine Revision des *Minpô* nicht nur als naheliegend, sondern auch machbar erschien.⁹⁶¹

In Deutschland sind seit der heftig debattierten *Schuldrechtsreform*, der sog. «Schuldrechtsmodernisierung» und dem Inkrafttreten des revidierten BGB im Jahre 2002⁹⁶² mittlerweile *fast 15 Jahre vergangen*,⁹⁶³ sodass man sich aus japanischer und schweizerischer Perspektive generell fragen könnte, was allenfalls aus dem älteren deutschen Reformprozess und dessen Wirkungen gelernt werden könnte.⁹⁶⁴ Deshalb sollten gewisse Erkenntnisse in die rechtsvergleichende Würdigung aufgenommen werden. Da man es aber damals in Deutschland unterliess, die «guten Sitten» (§ 138 BGB) zu reformieren, erübrigt es sich, hier im Detail weiter auf die deutsche Schuldrechtsreform einzugehen.⁹⁶⁵ Es ist jedoch generell festzuhalten, dass die Zivilrechtswissenschaften sowohl in Japan als auch in der Schweiz mit der vergangenen deutschen Schuldrechtsreform vertraut sind und der deutsche Reformprozess folglich im Hintergrund mitgedacht wurde, wobei dies beispielsweise in den Erläuterungen zum schweizerischen *Entwurf OR 2020* kaum explizit wird.

⁹⁵⁹ *Uchida*, Uniform Law Review, 706f. (2011); *idem*, *Minpô kaisei*; vor diesem bereits prominent: *Kitagawa*.

⁹⁶⁰ *Dernauer*, Schuldrechtsreform, 467.

⁹⁶¹ *Kamo*, 130.

⁹⁶² Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138), in Kraft seit 1.1.2002; vgl. zum Ganzen den Sammelband von *Arzt/Gsell/Lorenz*, Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014, s.a. Beiträge Schmidt-Ränscht, 141 ff. und Dauner-Lieb, 267 ff.; *Lorenz* in: *Tadaki/Baum*, 45 ff.: nach Grundmann beispielsweise, 17, wurde die deutsche Schuldrechtsmodernisierung bereits Mitte der 1980er-Jahre wissenschaftlich diskutiert.

⁹⁶³ Damals wurde vor allem das System der Leistungsstörungen reformiert.

⁹⁶⁴ Kritik an der deutschen Schuldrechtsmodernisierung ist freilich bis heute noch zu vernehmen: z.B. *Honsell*, SJZ 2013, 3, der diese nur als abschreckendes Beispiel sieht.

⁹⁶⁵ Hierzu bereits anderenorts: *Hotz*, 206 f.

II. OR 2020 – Vorentwurf vonseiten der Wissenschaft

A. Allgemeines zum Revisionsprozess

1. Stand des Revisionsprozesses

Der Revisionsprozess hat in der Schweiz erst zaghaft begonnen. Mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds (SNF) haben rund 25 Zivilrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler⁹⁶⁶ unter der Leitung von *Claire Huguenin* und *Reto M. Hilty* (Universität Zürich) während fünf Jahren einen akademischen Entwurf zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts erarbeitet: den Entwurf OR 2020 aus dem Jahre 2013.⁹⁶⁷ Dieser ist als Grundlage für die Revision des Obligationenrechts gedacht. Die entsprechenden *politischen Postulate* für ein modernes Obligationenrecht wurden denn auch ungefähr zeitgleich mit dem Erscheinen des Entwurfs OR 2020 im Frühling 2013 eingereicht; der Bundesrat hat beide Postulate gestützt und im Juni 2013 haben die beiden Räte die Postulate angenommen.⁹⁶⁸ – Seit anfangs des Jahres 2018 erscheint aber nunmehr vorerst entschieden, dass der Bundesrat *diese Revision des Allgemeinen Teil des Obligationenrechts nicht mehr weiter verfolgen wird*.⁹⁶⁹ Dies wird im Wesentlichen in seinem Bericht vom Juli 2017 damit begründet, dass auf ein so äusserst schwieriges, umfangreiches und Ressourcen benötigendes Vorhaben nur dann eingetreten werden könne, wenn ein sehr klarer Handlungsbedarf ausgewiesen sei. Diesen kann die Schweizerische Regierung derzeit nicht erkennen, wobei sie sich in ihrer Begründung auch auf entsprechende Ansichten der Praxis (Auftrag zur Online-Umfrage⁹⁷⁰), des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Bundesgerichts beruft (S. 7 ff.). Die Umfrageresultate hätten ergeben, dass sich die Regelungen des Allgemeinen Teil des Obligationenrechts insgesamt gut bewährten. Als weiteren Grund, der jedoch jeder Gesetzesrevision immanent ist, wird angeführt, dass die Rechtsunsicherheit zu gross würde. – Im Wissen, dass einmal angestossene Revisionsprozesse sich in der Regel kaum über längere Zeit aufhalten lassen, sei nachfolgend erlaubt, auf diesen Entwurf einzugehen. Zudem ist anzumerken, dass eine Rücklaufquote von 24% der Online-Befragungen als sehr gering anzusehen ist.

Der viersprachige Entwurf (D/F/I/E) ist in Buchform und elektronisch erhältlich. Zu jeder Bestimmung sind Erläuterungen (D/F) erhältlich. Was die Sprache des Entwurfs OR 2020 betrifft, fällt auf, dass diese bewusst einfach gehalten wird. So gibt es kaum Sätze, die länger als zwei Zeilen sind. Der Wortlaut ist auch für Nichtjuristinnen und -juristen verständlich. Die Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln sind ebenfalls sprachlich einfach und durchwegs knapp gehalten; zudem kommen sie oft ohne Literatur- und Rechtsprechungshinweise aus.

⁹⁶⁶ Darunter auch zwei Vertreter der Bundesverwaltung: die Direktorin des Instituts für Rechtsvergleichung und der Direktor des Bundesamtes für Justiz.

⁹⁶⁷ <www.or2020.ch> bzw. <www.co2020.ch>, zuletzt besucht am 8.1.2018.

⁹⁶⁸ Postulate 13.3217 Bischof und 13.3226 Caroni; AB 2013 N 1185.

⁹⁶⁹ Medienmitteilung vom 31.1.2018; Modernisierung des Obligationenrechts: Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 13.3217 Bischof und 13.3226 Caroni vom 31. Januar 2018, abrufbar unter: <www.bj.admin.ch>.

⁹⁷⁰ Ecoplan, Bedarfsanalyse für einen neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (OR AT) – Umfrageergebnisse, Schlussbericht vom 6. Juni 2017, 3 ff., abrufbar unter: <www.bj.admin.ch>.

2. Wichtigste Regelungsinhalte

Das Motto des Entwurfs OR 2020 lautet generell: *Bewährtes erhalten und Neuem Raum verschaffen*.

Der erste Abschnitt des Obligationenrechts soll – wie im geltenden Recht – der *Entstehung durch Vertrag* gewidmet sein und wird in fünf Unterabschnitte gegliedert: Im ersten Unterabschnitt wird, wie nach dem geltenden Recht, der Abschluss eines Vertrages geregelt. Wichtige Neuerungen sind die einheitliche Regelung eines *14-tägigen Widerrufsrechts* für alle Konsumverträge (Art. 16–18 OR 2020) – nach Ansicht der Autoren eine «Ankernorm» – und die Kodifizierung der *clausula rebus sic stantibus* (Art. 19 OR 2020).⁹⁷¹ Darauf folgen zwei neue Unterabschnitte, einer zu den Wirkungen des Vertrages und der andere zu dessen Auslegung (eine Bestimmung, die neu u.a. das Vertrauensprinzip ausformuliert). Im vierten Unterabschnitt finden sich – neu zusammengefasst – die Bestimmungen zu Form und Inhalt eines Vertrages (Art. 21–37 OR 2020).⁹⁷² Diese Sektion enthält zudem die hier besonders interessierende, neu formulierte allgemeine Bestimmung zu den Inhaltsschranken des Vertrages, nämlich Art. 30 OR 2020. Inhaltlich neu bzw. neu kodifiziert werden die besonderen Bestimmungen zur Kontrolle der Auslegung und des Inhalts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB): Art. 32 f. OR 2020. In Art. 31 OR 2020 soll die Geltendmachung der Ungültigkeit infolge Form- und Inhaltsmängel einheitlich geregelt werden, und zwar nach dem Grundsatz, dass ein Vertrag nur *dann für ungültig erklärt werden soll, wenn dies dem Willen der vom Mangel betroffenen Partei(en) entspricht*. In den Art. 34–37 OR 2020 werden sodann die Rechtsfolgen der Ungültigkeit oder Teilungültigkeit und der Heilung des Mangels gemeinsam für Inhalts- wie auch für Formmängel geregelt.

Aufgrund der geltenden Gesetzessystematik⁹⁷³ und zur Betonung des Willensstörungselementes soll die Übervorteilung (Art. 21 OR) neu den Regelungen zu den Willensmängeln (Art. 38–45 OR 2020) im fünften Unterabschnitt zugeordnet werden.

Es folgen die Abschnitte zur Entstehung der Obligation aus unerlaubten Handlungen (Art. 46–63 OR 2020) und aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 64–72 OR 2020). *Systematisch neu* schliesst daran die Entstehung aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 73–78 OR 2020) an und *inhaltlich neu geregelt ist* die Entstehung aus Liquidation (Art. 79–84 OR 2020). Ein Liquidationsverhältnis erfolgt bei einem ungültigen oder unwirksamen Vertrag.

Der 2. Titel zu den Wirkungen der Obligation wird aufgelöst und mit neuen Titeln in gleicher Hierarchie gegliedert: Nach dem neuen Titel zur «Erfüllung und Nichterfüllung der Obligation» folgt derjenige zum «Erlöschen einer Obligation», der neu auch allgemeine Bestimmungen zur Kündigung von Dauerschuldverträgen (Art. 144–147 OR 2020) enthalten soll. Die Verjährungsregelung und die neu aufgenommene Verwirkungsregelung (Art. 148–162 OR 2020) schliessen unter einem eigenen, neuen

⁹⁷¹ Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. OR 2020 N 39; *idem*, Vorbem. zu Art. 1–45 OR 2020 N 1, 4 ff.

⁹⁷² Huguenin/Hilty, Vorbem. zu Art. 1–45 OR 2020 N 14.

⁹⁷³ BK-Kramer zu Art. 19/20 OR N 205.

Titel an. Dabei ist – dem *allgemeinen Trend*⁹⁷⁴ entsprechend und im Hinblick auf jüngere Asbesturteile⁹⁷⁵ u.Ä. – neu auch eine Verjährungsregelung für Körper- und Umweltschäden vorgesehen, nämlich von drei Jahren ab Kenntnisnahme des Schädigers und der Verwirklichung des Schadens (Art. 150 OR 2020). Eine wesentliche Neuerung der geltenden Ordnung besteht schliesslich darin, dass die Regeln zum Stellvertretungsrecht nicht mehr dem Titel der Entstehung des Vertrags zugeordnet werden, sondern dem letzten Titel der «Besondere[n] Verhältnisse bei Obligationen» (Art. 187–197 OR 2020). In diesen letzten Abschnitt wurden auch die Regelungen zur Bedingung oder zur Konventionalstrafe verschoben.

Eine grundlegende Änderung soll das allgemeine *Leistungsstörungenrecht* erfahren (2. Abschnitt: Nichterfüllung Art. 118–134 OR 2020), das nach *internationalem Vorbild* (v.a. Art. 45 CISG) und nach *allgemeinem Trend*⁹⁷⁶ zum Konzept des einheitlichen Nichterfüllungstatbestands und einer Orientierung an den unterschiedlichen (gewünschten) Rechtsfolgen übergehen will. Die Aufzählung von Art. 118 OR 2020 vermittelt der Leserin und dem Leser den nötigen Überblick über die Rechtsbehelfe, die dem Gläubiger bei einer pflichtwidrigen Nichterfüllung seitens eines Schuldners zur Verfügung stehen.⁹⁷⁷ Das geltende Konzept, das von den unterschiedlichen Gründen einer Leistungsstörung ausgeht (Unmöglichkeit, Nicht- bzw. Schlechterfüllung, Verzug), an das Verschuldensprinzip anknüpft und unübersichtlich geregelt ist, soll verabschiedet werden.⁹⁷⁸ Eine Ausnahme stellt die Verzugsregelung dar (Art. 120 OR 2020), die beibehalten werden soll. Dabei wird aber klargemacht, dass auch der Verzug einen Anwendungsfall der Nichterfüllung darstellt.⁹⁷⁹

B. Art. 30 OR 2020: Grenzen des Gesetzes und der öffentlichen Ordnung

Mit Art. 30 OR 2020 soll die Generalklausel der «guten Sitten» zugunsten der Generalklausel der öffentlichen Ordnung aufgegeben werden. Der Änderungsvorschlag von *Claire Huguenin* lautet nach Art. 30 OR 2020: «Der Inhalt eines Vertrags kann in den Schranken des zwingenden Rechts und der öffentlichen Ordnung frei vereinbart werden.»

Mit diesem Vorschlag ist allerdings nur eine sprachliche Verbesserung vorgesehen und *keine inhaltliche Änderung*.⁹⁸⁰ Mittels einer Inhaltsschranke soll klargestellt werden, dass ein Vertragsinhalt keinerlei Werte der öffentlichen Ordnung und des zwingenden Rechts gefährden darf, was beispielsweise dann der Fall wäre, wenn Ver-

⁹⁷⁴ § 199 Abs. 2 BGB.

⁹⁷⁵ BGE 137 III 16 ff., BGE 136 II 187 ff.; EGMR vom 11.3.2014 *Affaire Howald Moore et autres c. Suisse* (Requêtes nos 52067/10 et 41072/11).

⁹⁷⁶ Vgl. nachfolgend gleich zum japanischen Recht, s.a. § 280 BGB, Art. 106 CESL.

⁹⁷⁷ Weshalb der Titel dieser wichtigen Ausgangsnorm schliesslich «Ausbleiben der Erfüllung» lauten soll, anstatt «Nichterfüllung» oder «Grundlagen der Nichterfüllung» u.Ä. – ob man einfach den Abschnittitel nicht wiederholen wollte oder ob ein Bedeutungsunterschied zwischen den Begriffen besteht, und wenn ja, welcher –, lässt sich aus den Erläuterungen nicht erschliessen; zum Begriff der Nichterfüllung s. *Müller-Chen*, Vorbem. Art. 118 OR 2020, N 3, 11 ff.

⁹⁷⁸ *Müller-Chen*, Vorbem. zu Art. 118–134 OR 2020 N 10; *idem*, Vorbem. zu Art. 118 OR 2020 N 3.

⁹⁷⁹ *Müller-Chen*, Vorbem. zu Art. 118 OR 2020 N 5 f.

⁹⁸⁰ *Huguenin*, Art. 30 OR 2020 N 11.

träge Persönlichkeitsrechte oder ein «anderes höherrangiges Gut» verletzen würden.⁹⁸¹ Mit dieser Formulierung lassen sich nach Ansicht der Verfasserin die geltenden Kontrollkriterien der «guten Sitten», der Persönlichkeitswidrigkeit, der Rechtswidrigkeit und der öffentlichen Ordnung nach Art. 19/20 OR angemessen und ohne Sinnverlust auf deren zwei reduzieren:⁹⁸² 1.) Die öffentliche Ordnung ist als Ergänzung zu den zwingenden Normen zu verstehen. Als «ausserrechtliches Kriterium» dient sie als Auffangtatbestand für alle notwendigen Inhaltsschranken, die ausserhalb der geltenden zwingenden Normen liegen.⁹⁸³ 2.) Unter öffentlicher Ordnung soll mit Berufung auf *Bucher de lege ferenda* die «Sozialethik» oder das diesbezügliche «konsensfähige Minimum» verstanden werden.⁹⁸⁴ Darunter fallen nach *den Erläuterungen* alle «sozialen, moralischen oder ethischen Werte», die im Rahmen einer Inhaltskontrolle überprüft werden, und denen überzeugende Qualität, Verallgemeinerbarkeit und Bedeutung zukommt. Oder anders gewendet: Die Vertragsgerechtigkeit soll der Vertragsfreiheit und dem Grundsatz von *pacta sunt servanda* vorgehen.⁹⁸⁵ 3.) Die Schranke der «guten Sitten» soll aufgegeben werden und die Sittenwidrigkeitsfälle sollen fortan materiell *als Anwendungsfälle eines Verstosses gegen die öffentliche Ordnung* eingestuft werden.⁹⁸⁶ 4.) Die zwingenden Normen sollen alle bisherigen Fälle von rechtswidrigen Vertragsinhalten umfassen.⁹⁸⁷ Ein persönlichkeitswidriger Vertrag wird neu als ein Verstoß gegen eine zwingende Norm verstanden.⁹⁸⁸

Begründet wird die *Streichung der Generalklausel der «guten Sitten»* und die materielle Subsumtion aller geltenden Sittenwidrigkeitsfälle unter die Generalklausel der öffentlichen Ordnung im Wesentlichen mit zwei Argumenten: Zum einen könnten mit der Generalklausel der «guten Sitten» *de lege lata* ohnehin nicht alle bis anhin darunter subsumierten Anwendungsfälle befriedigend erfasst werden. – Beispiele für dieses mangelhafte «*Fassungsvermögen*» werden indes keine genannt. Zum anderen assoziiere eine Nichtfachleserschaft mit Begriffen wie Sittenwidrigkeit oder Sittlichkeit die Sexualmoral, was jedoch möglichst vermieden werden soll.

Hinzu kommt – was wohl der wichtigste Grund für die vorgesehene Streichung der Generalklausel sein wird –, dass die öffentliche Ordnung als ausfüllungsbedürftige Generalklausel angesehen wird, die gleichermassen auf die sozialetischen Schranken der Vertragsfreiheit Bezug genommen hat. *Das wird allerdings in den Erläuterungen zur Streichung der «guten Sitten» nicht ausformuliert.*⁹⁸⁹ Mit anderen Worten: Es wird nicht substantiiert erklärt, warum die Generalklausel der öffentlichen Ordnung neu die bisherige Funktion der «guten Sitten» übernehmen könne.

⁹⁸¹ Huguenin, Art. 30 OR 2020 N 9.

⁹⁸² Huguenin, Art. 30 OR 2020 N 2; auch der Begriff der *Unmöglichkeit nach Art. 19/20 OR* wird als Kontrollkriterium eliminiert mit der Begründung, diese Art von anfänglichem Vertragsmangel stelle systematisch eher eine ausgebliebene Leistungserfüllung bzw. -störung dar, was nicht rechtfertige, den Vertrag von Anfang an für ungültig zu erklären (*ibid.*, N 16).

⁹⁸³ Huguenin, Art. 30 OR 2020 N 21.

⁹⁸⁴ Huguenin, Art. 30 OR 2020 N 15, N 24.

⁹⁸⁵ Huguenin, Art. 30 OR 2020 N 25.

⁹⁸⁶ Huguenin, Art. 30 OR 2020 N 13 f.

⁹⁸⁷ Huguenin, Art. 30 OR 2020 N 18 ff.

⁹⁸⁸ Huguenin, Art. 30 OR 2020 N 12.

⁹⁸⁹ So auch Honsell, SJZ 2013, 6.

Ferner soll in Art. 30 Abs. 2 OR 2020 gesetzlich neu verankert werden, dass ein Vertragsinhalt nur insoweit ungültig sein soll, als der Schutzzweck der verletzten Norm dies verlangt.⁹⁹⁰ Ebenso soll sich aus dem Normzweck ergeben, wer sich auf die Inhaltskontrolle berufen kann (Art. 31 Abs. 1 OR 2020). Nur dann, wenn die Einhaltung der Norm im «*öffentlichen Interesse*» steht, soll ein Inhaltsmangel von Amtes wegen geltend gemacht werden können (Abs. 2). Dies stellt eine Ausnahme hinsichtlich der bereits erwähnten, neueren Rechtsprechung dar (vgl. Kap. 5 Ziff. II.D.3)⁹⁹¹ und führt konzeptuell in Richtung der *Flexibilisierung der Ungültigkeitsregelung*, die vor einer *schematischen amtlichen* Anwendung schützen soll. Die Art. 34-37 OR 2020 führen neu gemeinsame Ungültigkeitsbestimmungen, die sowohl auf Form- wie auch auf Inhaltsmängel anwendbar sind. Ferner soll generell die Reduktion auf das erlaubte Mass zulässig sein.⁹⁹² Zudem sind zahlreiche Sondernormen vorgesehen, welche die Reduktion auf das erlaubte Mass ausdrücklich regeln.⁹⁹³

C. Art. 33 OR 2020: Besondere offene Inhaltskontrolle

Für vorformulierte, nicht individuell verhandelte Vertragsklauseln sollen *neu* unter dem gleichnamigen Abschnittstitel zwei Bestimmungen zu einer besonderen offenen Inhaltskontrolle formuliert werden: Art. 32 OR 2020 bezweckt, die *Unklarheitenregel* für die Auslegung von AGBs oder von Musterverträgen von Branchenorganisationen in Gesetzesform umzusetzen.⁹⁹⁴ Art. 33 OR 2020 hält *neu* fest, dass solche Vertragsklauseln einer Inhaltskontrolle unterliegen sollen: Begründen diese Klauseln ein erhebliches,⁹⁹⁵ ungerechtfertigtes und gegen Treu und Glauben verstossendes Missverhältnis, so sollen sie für ungültig erklärt werden können, sofern sich eine der Parteien innerhalb von zwei Jahren nach Vertragsschluss zu Recht auf deren Ungültigkeit beruft.⁹⁹⁶ Damit wird zum einen für weite Teile die heutige *Ungewöhnlichkeitsregel* aufgenommen (die jedoch bestehen bleibt und bereits beim Konsens einsetzt⁹⁹⁷) und zum anderen eine *besondere Inhaltskontrolle* für AGBs und Klauseln in Musterverträgen geschaffen. Die Tatsache, dass der Terminus AGB nicht als Zwischentitel oder Marginalie figuriert, ist als Hinweis dafür zu werten, dass diese Bestimmungen über eine gewöhnliche AGB-Kontrolle hinausgehen sollen.⁹⁹⁸ Das wird durch den Verzicht auf die Aufzählung von Fallgruppen und Klauselbeispielen noch unterstrichen.

Diese offene Inhaltskontrolle geht über Art. 8 UWG hinaus (i.d.F. vom 1.7.2012), indem sie sich *nicht auf Verbraucherverträge (bzw. Konsumverträge) beschränkt*.

⁹⁹⁰ Huguenin, Art. 30 OR 2020 N 4.

⁹⁹¹ Huguenin, Art. 31 OR 2020 N 2 ff.

⁹⁹² BK-Kramer Art. 19/20 OR N 380 ff.; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Rn. 681 ff.

⁹⁹³ Übersicht bei Schwenzer, Rn. 32.43.

⁹⁹⁴ Vogt, Art. 32 OR 2020 N 1, 4, 12.

⁹⁹⁵ Das Mass entspricht Art. 21 OR bzw. 41 OR 2020: Vogt, Art. 33 OR 2020 N 9.

⁹⁹⁶ Dies wird nach Art. 33 Abs. 2 OR 2020 allerdings durch eine absolute Verwirkungsfrist von einem Jahr relativiert; krit. auch Dedual/Fischer, 265.

⁹⁹⁷ Vogt, Art. 33 OR 2020, N 2 f., 14.

⁹⁹⁸ Allerdings wäre es doch sinnvoll gewesen, im OR zu definieren, welches AGB sind und bei welchen anderen/weiteren vorformulierten Bestimmungen es sich um nicht verhandelte Vertragsbestimmungen handelt.

Zudem wird darin auf das lauterkeitsrechtliche Element verzichtet. Die Inhaltskontrolle soll sich nicht nur auf AGBs, sondern auch auf Klauseln in Musterverträgen beziehen;⁹⁹⁹ insbesondere ist das Kriterium der vielfachen Verwendung der Klausel keine Voraussetzung mehr für die Kontrolle nach dem Wortlaut von Art. 32 OR 2020.¹⁰⁰⁰ Damit lassen sich u.a. auch die heute weitverbreiteten Muster-Betreuungsverträge, etwa bei einem Altersheimeintritt, besser erfassen, besteht doch bei denen infolge Zeitdruck, Krankheit oder Todesfall und/oder eingeschränkter Fähigkeiten der involvierten Partei (Hör- und Schreibprobleme) oft ein begrenzter Verhandlungsspielraum: Solange eine Bestimmung des Mustervertrags also nicht aktiv verhandelt worden ist, käme Art. 33 OR 2020 zur Anwendung. Dies gelte *de lege ferenda* unabhängig davon, wie oft derselbe Mustervertrag zur Anwendung gelangte.

Das heikle Kriterium des «irreführenden Verhaltens» in Art. 8 UWG wurde aufgegeben; stattdessen wird in Art. 33 OR 2020 ein Verhalten erwähnt, das gegen Treu und Glauben verstösst und ein leichter zu qualifizierendes Erfordernis darstellt.

Da die Inhaltskontrolle an den einzelnen mangelhaften Klauseln ansetzt, resultiert daraus entsprechend das Konzept der Teilungültigkeit (*lex specialis* zu Art. 34 OR 2020). Warum aber eine einjährige Verwirkungsfrist ab Vertragsschluss vorgesehen ist, bleibt im Dunkeln.

D. Art. 41 OR 2020: Schutz vor Übervorteilung

Im Entwurf OR 2020 wird an einer separaten allgemeinen Regelung der Übervorteilung i.S. von Art. 21 OR festgehalten.¹⁰⁰¹

Der von *Wolfgang Ernst* vorgeschlagene Art. 41 OR 2020¹⁰⁰² wird systematisch und terminologisch leicht modifiziert: Zum einen wird die Übervorteilung neu den Willensmängeln zugeordnet. Zum anderen soll dem Art. 41 OR 2020 inhaltlich die folgende, zeitgemäss formulierte, allgemeine Klausel hinzugefügt werden: «[...] oder jede andere Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit ausnützt». Damit sind gemäss den Erläuterungen jedoch ausdrücklich keine inhaltlichen Änderungen intendiert.¹⁰⁰³ Weitergehende Modifikationen werden explizit für unnötig angesehen; namentlich bedürfe es keiner besonderen Regelungen für die Bürgschaftsverträge im Nahbereich, denn das schweizerische Obligationenrecht schütze die Bürgerinnen und Bürger ausreichend vor unüberlegten Bürgschaftsverträgen.¹⁰⁰⁴ Das heisst, dass nach

⁹⁹⁹ Zu Art. 8 UWG besteht ein Konkurrenzverhältnis: *Vogt*, Art. 33 OR 2020 N 13 f., 4 ff.

¹⁰⁰⁰ *Vogt*, Art. 33 OR 2020 N 5; krit. *Dedual/Fischer*, 252 f.

¹⁰⁰¹ *Ernst*, Art. 41 OR 2020 N 2.

¹⁰⁰² Art. 41 OR 2020 lautet: «1) Die Partei, die bei Abschluss des Vertrages von der anderen übervorteilt wird, kann erklären, der Vertrag sei ungültig. 2) Eine Übervorteilung liegt vor, wenn die eine Partei die Notlage, den Leichtsinnsinn, die Unerfahrenheit oder jede andere Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der anderen Partei ausnützt, um sich eine Gegenleistung versprechen zu lassen, die mit ihrer Leistung in einem offenbaren Missverhältnis steht.»

¹⁰⁰³ *Ernst*, Art. 41 OR 2020 N 2.

¹⁰⁰⁴ *Ernst*, Vorbem. zu Art. 38–45 OR 2020 N 2 f., es könne vielmehr auf die bisherige Judikatur zurückgegriffen werden. Eine Bestimmung wie Art. 51 CELS (11.10.2011) sei unnötig, da: «a) diese Partei von der anderen Partei abhängig war, zu ihr in einem Vertrauensverhältnis stand, sich in einer wirtschaftlichen Notlage befand, dringende Bedürfnisse hatte oder unvorsichtig, unwissend, oder unerfahren war und b) die andere Partei davon wusste oder wissen

wie vor die gleichen Voraussetzungen für eine Berufung auf Art. 21 OR gelten sollen, nämlich ein offenkundiges Missverhältnis zwischen den gegenseitigen Vertragsleistungen, die Schwächesituation der einen Partei in Form einer Entscheidungsbeeinträchtigung¹⁰⁰⁵ sowie das Ausnutzen dieser Beeinträchtigung durch die andere Vertragspartei.¹⁰⁰⁶

Der neue Übervorteilungstatbestand nimmt ferner auch den Grundsatz der Flexibilisierung der Ungültigkeit auf und formuliert sogar explizit (Art. 42 Abs. 1 OR 2020), dass sich *nur die übervorteilte Partei* auf die Ungültigkeit berufen könne. Allgemein soll neu – wie für alle Willensmängel – die Teilungültigkeit gelten (Art. 43 Abs. 2 und Art. 34 OR 2020).

Eine bemerkenswerte inhaltliche Neuerung stellt die Fristenregel (Art. 42 Abs. 2 OR 2020) dar; laut dieser kann der Beginn der einjährigen Verjährungsfrist erst ab Ende der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit einsetzen.¹⁰⁰⁷

III. Vorschläge für eine Revision des *Minpô*

1. Allgemeines zum Revisionsprozess

a) Stand des Revisionsprozesses

Die Revision des japanischen Schuldrechts – wörtlich: des «*Forderungsrechts*», gemeint ist die Revision des «Allgemeinen Teils» des *Minpô* sowie der allgemeinen und besonderen Bestimmungen zum Vertragsrechts – nahm im Spätsommer 2006 mit den Debatten an der Jahreskonferenz der japanischen Zivilrechtswissenschaftlern ihren Anfang. Daraufhin bildete sich eine Reformgruppe, die sich aus rund 40 an den wichtigsten japanischen Universitäten lehrenden Wissenschaftlern zusammensetzte, und die in weniger als drei Jahren unter der Ägide von ein bis zwei Vertretern des Justizministeriums *mehr als 500 Vorschläge* zur Überarbeitung des Obligationenrechts erarbeitete. Der Bericht dieser Reformkommission zum japanischen Schuldrecht wurde im März 2009 unter dem Titel *Saiken hô keisai no kihon hôshin* publiziert, was wörtlich bedeutet «politische Leitlinien zur Revision des Obligationenrechts», wobei *saiken hô*, wie bereits erwähnt, wörtlich «*das Forderungsrecht*» heisst (fortan: *Reformvorschläge 2009*).¹⁰⁰⁸ Geleitet wurde diese akademische Grup-

musste und unter Berücksichtigung der Umstände und des Zwecks des Vertrags die Lage der ersten Partei ausgenutzt hat, um sich einen übermäßigen Nutzen oder unfairen Vorteil zu verschaffen.»

¹⁰⁰⁵ BSK OR I-Huguenin zu Art. 21 N 21; CHK-Kut/Schnyder, Art. 21 OR N 5.

¹⁰⁰⁶ BSK OR I-Huguenin zu Art. 21 N 1 ff., 5 f.; Belser, 562 ff.

¹⁰⁰⁷ Ernst, Art. 41 OR 2020, N 4.

¹⁰⁰⁸ 債権法改正の基本方針, zum Ganzen die Sonderausgabe *NBL No. 126* aus dem Jahre 2009; die Zusammensetzung der Reformkommission und die Vorschläge sind auf Englisch abrufbar auf der Homepage der Reformkommission: <http://www.shojihomu.or.jp/saikenhou/English/index_e.html> einsehbar, zuletzt besucht am 29. Oktober 2017, die Übersetzung lässt allerdings zu wünschen übrig; zum Revisionsprozess s. allgemein: *Tadaki*, 3 ff.; *Uchida, Minpô kaisei*, 23 ff. sowie für eine Kurzfassung auf Englisch vgl. die Rezension von *Riles, Minpô kaisei*, 122 ff.; *Wrbka*, Japan's Civil Code Reform Plan, vom 5. September 2014, abrufbar unter <<http://researchbulletin.kyudai.info/?p=480>>, zuletzt besucht am 29. Oktober 2017.

pe von *Kaoru Kamata* (Universität Waseda), vor allem aber, wie bereits erwähnt, von *Takashi Uchida*, der als Emeritus der Universität Tokio im Dienste des Justizministeriums stand und verschiedene wichtige Funktionen innehatte: So war er Mitglied des Leitungsausschusses, leitete eine der fünf Sektionen und stand als Generalsekretär einem Dutzend juristischer Sekretäre vor. Auch die anderweitig bereits mehrmals erwähnten Professoren *Ômura* und *Yamamoto* waren sowohl Mitglieder der akademischen Gruppe als auch der im Nachgang eingesetzten offiziellen Gesetzgebungskommission.

Auf der Grundlage dieser *Reformvorschläge 2009* wurde im Herbst 2009 vom Justizministerium eine gemischte Gesetzgebungskommission,¹⁰⁰⁹ die sog. *Hôsei shingikai minpô (saiken kankei)*, mit rund 40 Mitgliedern eingesetzt.¹⁰¹⁰ Die Kommission erarbeitete einen ersten Entwurf, den sie am 26. Februar 2013 als *Chûkan shian minpô (saiken kankei)* präsentierte und der hier fortan als *Interim Entwurf 2013* bezeichnet wird.¹⁰¹¹

Der *Interim Entwurf 2013* ist im Vergleich zu den akademischen *Reformvorschlägen 2009* allgemein formuliert, viel schlanker und enthält insbesondere wesentlich weniger Verbraucherschutzbestimmungen.¹⁰¹² Es wurden aber auch zahlreiche akademische Erkenntnisse, die im Reformvorschlag 2009 ihren Niederschlag gefunden hatten – wie beispielsweise die wohlüberlegten Aufzählungen missbräuchlicher Vertragsklauseln oder eine Umschreibung der Voraussetzungen und Grenzen der Verhandlungskapazität –, eliminiert. Mit anderen Worten: Der *Interim Entwurf 2013* spiegelt den Einfluss der japanischen Praxis, der Politik und der Wirtschaftsvertreter wider – wobei das japanische Ministerium für *Wirtschaft, Handel und Industrie* (METI)¹⁰¹³ sowie das japanische *Finanzministerium* (MOF)¹⁰¹⁴ als die wirtschaftsrelevanten Institutionen in Erscheinung treten.

Es gab noch weitere *alternative akademische Reformvorschläge*, auf die hier jedoch nicht mehr näher eingegangen wird: Ein Entwurf, der die Nähe der Kodifikation zu den Bürgerinnen und Bürgern betonen will, *Minpô Keisai Kenkyû kai (Prof. Kato Masanobu)*, *Minpô keisai kôkumin, hôsô, gakkai yûshi-an, Bessatsu Hôristu Jihô 2009*. Ein weiterer Entwurf, der speziell auf die Regelung der Verjährungsfristen ausgerichtet ist: *Jikô Kenkyû kai (Prof. Kanayama/Matsuhisa)*, NBL No. 122 (2008).

¹⁰⁰⁹ Aus Vertreterinnen und Vertretern der Rechtswissenschaften, der Advokatur und der Judikatur sowie von hohen Ämtern und namhaften Verbänden (z.B. Wirtschaftsverband) zusammengesetzt; ca. die Hälfte der am akademischen Entwurf beteiligten Wissenschaftlern waren involviert.

¹⁰¹⁰ 法制審議会民法（債権関係）.

¹⁰¹¹ S. Fn. 1008 sowie zu den einzelnen englischen Sitzungsprotokollen von Ende November 2009 bis April 2014 der Arbeitsgruppe zur Revision des Justizministeriums s. <http://www.moj.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR_00002.htmlab>, zuletzt besucht am 17. Oktober 2017.

¹⁰¹² Z.B. die Definitionen von Verbraucher, Unternehmer und Verbrauchervertrag oder die besonderen Bestimmungen über Fehler, die per elektronischem Vertragsschluss gemacht werden. Es existiert hierzu eine schematische, englische Gegenüberstellung von *Shôichirô Kozuka, Comparison of the Draft Proposals («Basic Policy for the Reform of the Law of Obligations») by the private Reform Commission and the Interim Report by the Working Group of the Legislative Council under the Ministry of Justice*, abrufbar unter: <http://blogs.usyd.edu.au/japaneselaw/2013_Comparison%20of%20the%20Draft%20Proposals%20and%20Interim%20Report.pdf.>, zuletzt besucht am 17. Oktober 2017, diese besagt, dass unter 35% der Bestimmungen und ca. 76 % der politischen Richtlinien übernommen worden sind.

¹⁰¹³ *Keisai sangyô*, Engl.: Ministry of Economy, Technic and Industry (METI), Stand 30. September 2013, vgl. Homepage METI <www.meti.go.jp> < besucht am 17. Oktober 2017.

Den *Reformvorschlägen 2009* und dem *Interim Entwurf 2013* liegen – der japanischen Gesetzgebungstradition entsprechend – umfangreiche rechtsvergleichende Arbeiten zugrunde. So konsultierte die Gesetzgebungskommission neben anderen nationalen Privatrechten (v.a. französischer CC; deutsches BGB, US-UCC 2) auch das CISG (dem Japan im Jahre 2008 beigetreten war) und die *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, i.d.F. 1.1.2010 (fortan: *Unidroit Principles* genannt), den *Draft of Common Frame of Reference* (fortan: DCFR), i.d.F. 1.1.2009 und die *European Principles of Contract Law* (fortan: PECL, 2003), i.d.F. 1.1.1999.¹⁰¹⁵

Daraufhin eröffnete das Justizministerium im Laufe des Jahres 2013 eine öffentliche Anhörung, der zahlreiche weitere Beratungen in der Kommission folgten. An der 96. Kommissionssitzung am 28. August 2014 gab das Justizministerium seine Zustimmung zu den Leitlinien zum Entwurf des *Minpô* 2014, den sog. *Yôkô Kari'an minpô* (*saiken kankei*), der anfangs September 2014 veröffentlicht wurde (nachfolgend: *Vorentwurf 2014*).¹⁰¹⁶ Dieser entspricht zwar inhaltlich im Grossen und Ganzen dem *Interim Entwurf 2013*, ist jedoch noch leicht gekürzt worden.¹⁰¹⁷ Am 31. März 2015 wurde der sog. *Vorentwurf 2014* dem Parlament erstmals vorgelegt und wurde seither aber nicht mehr als prioritär behandelt; mittlerweile erscheint ein Inkraftsetzen des revidierten *Minpô* wohl auf längere Zeit hinausgeschoben, nämlich auf Mitte 2019. Als offizielle Begründung steht im Raum, dass sicherheitspolitische Regelungen Vorrang haben.¹⁰¹⁸

b) Wichtigste Regelungsinhalte im Überblick

Aktuell betreffen die zentralen inhaltlichen Revisionspunkte folgende Bereiche und Bestimmungen des japanischen Obligationenrechts:

Im *Allgemeinen Teil* des *Minpô* (1. Buch, *sôsoku*) betrifft die erste – allerdings geringfügige – Änderung die Generalklausel *kôjo ryôzoku* nach Art. 90 *Minpô* (vgl. anschliessend Ziff. 2). Es folgt eine neue Definition zur fehlenden «Willensfähigkeit» in der Rechtsgeschäftslehre (*ishi noryôku*), die ebenfalls zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt. Daran schliessen unter dem Titel Willenserklärungen u.a. einige Änderungen zur Irrtumsregelung (Art. 95 *Minpô*)¹⁰¹⁹ und zur arglistigen Täuschung (Art. 98 *Minpô*) an, die im Wesentlichen aber eine Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung beinhalten. Ein grösserer Revisionspunkt betrifft die neuen

¹⁰¹⁴ *Zaimushô*, Engl.: Ministry of Finance (MOF), vgl. Homepage MOF <www.mof.go.jp>, besucht am 17. Oktober 2017.

¹⁰¹⁵ S.a. Nakata, ZJapanR 36, 203 ff.; vgl. den Vortrag von Kano, ZJapanR 36, 249 f.

¹⁰¹⁶ *Minpô saiken kankei no kaisei ni kansuru yôkô kari-an*, 民法債権関係の改正に関する要綱仮案, 平成 26 年 8 月 26 日決定 [w: Vorentwurf (in Leitlinien) zur Revision des Zivilgesetzbuchs Obligationenrecht vom 26.8.2014]; der Entwurf wurde am 8. September 2014 veröffentlicht und ist auf Japanisch abrufbar unter <<http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf>>, zuletzt besucht am 17. Oktober 2017.

¹⁰¹⁷ Kamo, 129 f., 132 ff.

¹⁰¹⁸ *Gemäss Sitzung vom 15. Januar 2016, der 190. Sitzung des Parlaments (190 回国会) wurde ein neuer Zeitplan aufgestellt, der ein Inkrafttreten des revidierten Minpô für Mitte 2019 in Aussicht stellt.*

¹⁰¹⁹ Die Irrtumsregel, die heute eine Generalklausel zu wesentlichen Inhalten eines Vertrags sind, soll neu differenziert geregelt werden.

Bestimmungen über die Stellvertretung (Art. 101 ff. *Minpô*), die im geltenden Recht praktisch nicht geregelt ist. Darauf folgen neue allgemeine Bestimmungen zur Ungültigkeit sowie zur Anfechtbarkeit von Verträgen. Eine wesentliche Änderung stellt sodann die Regelung der Verjährungsfristen dar, die gegenwärtig zum einen eher kurz angelegt sind und zum anderen je nach Forderung uneinheitlich gehandhabt werden (vgl. lit. c).

Der weitaus grösste Teil der Revision bezieht sich jedoch auf das dritte Buch des *Minpô*, das Obligationen- oder eben das «Forderungsrecht», genauer die allgemeinen Bestimmungen zum Vertragsrecht, *namentlich eine neue ausführliche Umschreibung der Vertragsfreiheit* (Abschnitt 26, Punkte 1-3, vgl. Ziff. 3) sowie der Vertragsentstehung (Abschnitt 27; Antrag- und Annahmeregeln gibt es *de lege lata* keine) und die Kodifizierung der Pflichten bei den Vertragsverhandlungen wie beispielsweise die Informations- und Aufklärungspflicht (*setsumei gimu*) einschliesslich einer Regelung zur Schadenersatzpflicht im Sinne der *culpa in contrahendo*.¹⁰²⁰ Erwähnenswert sind ferner die neue Bestimmung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage¹⁰²¹ sowie die neue Bestimmung zur Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen (dazu nachfolgend unter Ziff. 3). Des Weiteren wird die bisherige Rechtsprechung über die *Methoden der Auslegung* kodifiziert. Hingegen sind das Recht bezüglich der unerlaubten Handlung, das Recht hinsichtlich der ungerechtfertigten Bereicherung und die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht Gegenstand des japanischen Reformvorhabens.

Eine nennenswerte Neuerung ist ferner die *systematische Trennung zwischen Erfüllungs- und Schadenersatzansprüchen wegen Nichterfüllung* (und sodann im Besonderen die Änderungen des Nichterfüllungs- und Gewährleistungsrechts im Kaufvertrag). Will man hier ein Beispiel inhaltlicher Natur anfügen, so bieten sich die Revisionsvorschläge zur generellen Haftungsgrundlage im Schuldrecht an: Der geltende Art. 415 *Minpô* lautet auf Deutsch: «*Leistet der Schuldner nicht dem wesentlichen Inhalt seiner Verbindlichkeit entsprechend, so kann der Gläubiger Schadenersatz verlangen. Das gleiche gilt, wenn die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird.*»¹⁰²² Diese Bestimmung lässt von ihrem Wortlaut her die Frage offen, was alles als Nichterfüllung einer Verpflichtung qualifiziert werden kann. – Indirekt lässt sich diese Frage allerdings dennoch beantworten, da es sich dabei um eine der Bestimmungen des *Minpô* handelt, die vom französischen *Code Civil* abgeleitet wurden, konkret von Art. 1147 CC, der lautet: «*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.*» Dieser rechtshistorische Hinweis lässt bereits vermuten, dass mit Art. 415 *Minpô* sowohl die Nichterfüllung als auch der Verzug erfasst werden sollte. Darüber hinaus hatte die japanische Lehre bis zu den 1920er-Jahren basierend auf der deutschen Lehre¹⁰²³ die drei in der Schweiz heute noch geltenden verschiedenen Arten von Nichterfüllung in

¹⁰²⁰ *keiyaku teiketsu-jô no kashitsu ron*.

¹⁰²¹ *koi kishô no sôshitsu*.

¹⁰²² Üb. n. Kaiser.

¹⁰²³ Statt vieler Kitagawa, 69 ff.

ihr Recht aufgenommen: nämlich den Verzug, die Unmöglichkeit und die Nichterfüllung. Etwas später kamen durch die Theorienrezeption auch der Begriff und die Rechtsfigur der positiven Vertragsverletzung auf. – Heute wird das Potenzial dieser alten Generalklausel – mit dem geltenden UN-Kaufrecht im Hintergrund und dem Ziel, sich auch dem US-UCC 2 (Uniform Commercial Code) anzunähern¹⁰²⁴ – neu wiederbelebt. Unter dem Titel «Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Ausnahmen» heisst es in Punkt 1 des *Interim Entwurfs* 2013 zu den neuen Grundsätzen der Nichterfüllung nach dem neu entworfenen Art. 415 *Minpô*: Abs. (1) lautet: «*Leistet der Schuldner nicht seiner Verbindlichkeit entsprechend, so kann der Gläubiger Schadenersatz verlangen.*» Der Begriff und die Rechtsfigur der Unmöglichkeit soll aufgegeben werden. Ferner soll ein Schuldner nur zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet werden können, wenn er für die Nichterfüllung einstehen muss. Abs. (2) lautet: «*Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages kann nicht gefordert werden, aus Gründen, die der Schuldner im Hinblick auf alle Umstände des Vertrages¹⁰²⁵ nicht zu vertreten hat.*» In Abs. (3) steht abschliessend: «*Das Gleiche gilt bei Verzug der Leistung.*»

Hinzu kommt, wie schon, erwähnt eine Neuerung der *besonderen Bestimmungen zu den einzelnen Vertragstypen*. Diese betrifft vor allem den Kaufvertrag und im Besonderen das Sachgewährleistungsrecht. Ein Sachmängelanspruch besteht nach geltendem Recht, wenn der Vertragsgegenstand an einem Mangel bzw. einem Fehler leidet oder vom versprochenen Sollzustand abweicht,¹⁰²⁶ und führt zu einem Schadenersatzanspruch nach Art. 570 und 566 Abs. 1 *Minpô*; das Verhältnis zur Nichterfüllung nach Art. 415 *Minpô* bleibt dabei allerdings unklar. Neu wird deshalb u.a. geklärt, dass das Sachgewährleistungsrecht auch bei Gattungssachen zur Anwendung gelangen soll. Auch die Vertragsregelungen zum Mietvertrag sind überarbeitet worden; so auch in leichtem Masse jene zum Auftragsverhältnis und zur Schenkung. Darüber hinaus sind ferner neue Bestimmungen und Umschreibungen zum Darlehens- und zum Finanzierungsleasingvertrag vorgeschlagen worden.

Die verbraucherschützenden Bestimmungen hingegen sollen nicht Gegenstand dieser Revision sein. Die von den Experten ursprünglich vorgeschlagene Integration der verbraucherschützenden Inhalte in das *Minpô* und deren Verbesserung wurden in diesem Prozess relativ früh aufgegeben.

c) Stil und Systematik

Ein Blick auf die Sprache der Revisionsvorlagen zeigt, dass diese möglichst verständlich und einfach gehalten wird. So enthalten die Vorlagen kaum Sätze, die länger als zwei Zeilen sind; das gewählte Vokabular ist allgemeinverständlich – die Texte sind einfacher zu lesen als ein durchschnittlicher Zeitungsartikel.

¹⁰²⁴ Seit den 1970er-Jahren ist der deutsch-rechtliche Einfluss auf die japanische Doktrin generell zurückgegangen: *Shiomi*, 84 ff.; allerdings spielte wohl auch § 311a BGB eine Rolle: *Kitagawa*, *Identity*, 53 f.

¹⁰²⁵ *Wörtlich*: 契約の趣旨, *keiyaku no shushi*; was diese Umstände des Vertrags sein sollen, hat der Interim Draft 2013 in Abschnitt 8 Punkt 1 umschrieben: Berücksichtigung des konkreten Rahmens des Vertrags bez. Gegenstand, Zweck und Abschlusssituation.

¹⁰²⁶ *Yamamoto*, *Minpô* I, 201 f.

Aus schweizerischer Sicht dürfte v.a. die Systematik der Revision interessant sein: Der *Interim Entwurf 2013* ist in 47 Abschnitte¹⁰²⁷ eingeteilt, in denen die einzelnen *Revisionspunkte* systematisch abgehandelt werden. Diese sind nach ihrer thematischen Wichtigkeit und von abstrakt zu konkret gegliedert; sie werden also nicht primär chronologisch nach der Nummerierung der neuen Artikel erläutert, sondern nach thematischen Kriterien. Diese Methode ermöglicht, ein Thema nach dem anderen auf integrative Weise zu behandeln, indem neben den neuen Artikeln, die vorgeschlagen werden, mitunter auch Querverweise zu anderen Bestimmungen im *Minpô* und anderen Gesetzen getätigt werden. Hinzu kommen ausserdem sehr knappe, auf das Wichtigste reduzierte Kommentare. Ein Beispiel mag das Ausgeführte illustrieren:

Abschnitt 7 ist mit «*Verjährung*» betitelt und beinhaltet acht Revisionspunkte:

Punkt 1 lautet schlicht: Die Art. 170–174 *Minpô* werden aufgehoben. Dies ist der drastischste Revisionsvorschlag, denn damit werden die heute noch geltenden, unterschiedlichen Verjährungsfristen zwischen eins und drei Jahren je nach der jeweiligen Dienstleistung – seien es medizinische und ähnliche Dienstleistungen, Bauarbeiten oder seien es Leistungen von Künstlerinnen und Künstlern, von Rechtsanwälten und offiziellen juristischen Sachbearbeitern – aufgehoben.

Punkt 2 hält im Anschluss fest, dass die allgemeine Verjährungsfrist (unverändert) bei zehn Jahren seit Vertragsschluss liegen soll. Für die im Handelsgesetz geregelten Verträge zwischen Geschäftspartnern hingegen, soll die Frist (wie bis anhin) bei fünf Jahren liegen. Hinzugefügt wird unter diesem zweiten Punkt, dass die Verjährungsfrist für Verbraucherverträge gemäss dem japanischen Verbrauchervertragsgesetz bei drei Jahren liegt.

Punkt 3 regelt des Weiteren: Die Verjährungsfrist für periodische Zahlungen soll neu nach zehn Jahren ablaufen, statt (wie nach bisher geltendem Recht) erst nach 20 Jahren (Art. 168 *Minpô*).

Punkt 4 verweist auf die Verjährungsfrist für Ansprüche aus unerlaubter Handlung: Diese soll unverändert bei drei Jahren (ab Kenntnis des Schadens und der schädigenden Person liegen: Art. 724 Abs. 1 *Minpô*); gleichzeitig soll jedoch ein neuer Absatz 2 angefügt werden, der die absolute Verjährungsfrist auf 20 Jahre seit Eintritt des schädigenden Ereignisses festlegt.

Punkt 5 regelt die Ausnahme: Diese absolute Verjährungsfrist für unerlaubte Handlungen soll nicht für Personenschäden gelten. (Leider hat sich die Spätschadensproblematik in Japan im Zusammenhang mit der Katastrophe von Fukushima (2011) aktualisiert.)

Die *Punkte 6–8* zum Schluss sind überwiegend formaler Natur. *Punkt 6* besagt etwa, wie der Titel für die Unterbrechungsgründe der Verjährungsfristen offener formuliert werden kann (Art. 147 *Minpô*).

¹⁰²⁷ Wörtlich: *dai*, d.h. Kapitel.

2. Zur Revision von Art. 90 Minpô

a) Vorentwurf 2014

Im ersten Abschnitt des Vorentwurfs 2014 zum *Minpô* steht unter dem Titel «Rechtsgeschäft», dass Art. 90 *Minpô* künftig wie folgt geändert werden soll: «*Ein Rechtsgeschäft, das gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstösst, ist nichtig.*»¹⁰²⁸

Die im geltenden Recht noch vorhandene Präzisierung bzw. der Einschub «Gegenstand und Zweck des Rechtsgeschäfts» soll zugunsten der allgemeineren und einfacheren Formulierung «Rechtsgeschäft» gestrichen werden.¹⁰²⁹ Das ist nur eine sehr geringfügige Modifikation, die vor allem der sprachlichen Anpassung dient. Es können dabei auch Vertragsumstände gegen diese *Kôjo-ryôzoku*-Klausel verstossen.¹⁰³⁰ Gar nicht geändert werden sollen hingegen die Art. 91 und 92 *Minpô*.

Im Gegensatz zum Änderungsvorschlag des *Interim Entwurfs 2013* ist damit in letzter Minute und nach heftigen Diskussionen auf die ursprünglich beantragte Hinzufügung eines neuen, zweiten Absatzes zu einem *Wuchertatbestand* nach deutschem Vorbild verzichtet worden. Der Druck der Wirtschaftsvertreter im Justizministerium war zu gross. Diese vertraten im Wesentlichen die Auffassung, dass die Anforderungen an die Erfüllung des *Wuchertatbestands* zu unklar seien und deshalb eine Missbrauchsgefahr bestünde.¹⁰³¹

b) Interim Entwurf 2013

Im sog. Interim Entwurf 2013 war demgegenüber noch vorgesehen, dass Art. 90 *Minpô* einen neuen Abs. 2 bekäme, der übersetzt lautete: «*Wenn eine Partei die Tatsache ausnützt, dass die Gegenpartei sich in einer Notlage, einem Manko an Erfahrung oder Wissen oder in anderen Umständen befindet, die es ihr verunmöglichen, konkret zu beurteilen, ob sie ein Rechtsgeschäft eingehen will oder nicht, und [und wenn diese Partei deshalb] eine zu hohe Leistung oder einen übermässigen Verlust für die Gegenpartei vereinbart hat, so soll ein solches Rechtsgeschäft nichtig sein.*»¹⁰³²

¹⁰²⁸ 第1 公序良俗（民法第90条関係）：民法第90条の規律を次のように改めるものとする。
公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする（ôyake no chitsujô mata wa zenryô no fûzoku ni han suru hôritsu kô wa mukô to suru）。

¹⁰²⁹ 公の秩序又は善良の風俗に反する事項と目的とする法律行為は、無効とする（ôyake no chitsujô mata wa zenryô no fûzoku ni han suru jikô to mukuteki to suru hôritsu kô wa, mukô to suru）。

¹⁰³⁰ Protokolle des Justizministeriums zum Abschnitt 1 (dai 1), 7.–10. Sitzung, 535.

¹⁰³¹ Dialog zwischen Masami Okino (von der Universität Tokio) und Masaya Miyama (Rechtsanwalt) zur Revision der Rechtsgeschäftslehre bzw. dem Allgemeinen Teil des *Minpô* im Interim-Entwurf 2013 in: *Jurisuto* 1456 (2013), 17 ff.

¹⁰³² 公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とするものとする。

(2) 相手方の困窮，経験の不足，知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して，著しく過大な利益を得，又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は無効とするものとする(2 Aitegata no konkyû, keiken no fusoku, chishiki no fusoku sono hôka no aitegata ga hôritsu kô o suru ka dô ka o gôri-teki ni handan suru koto ga dekinai jijô ga aru koto o riyô shite, ichijirushiku kadaina rieki o e, mata wa aitegata ni ichijirushiku kadaina furieki o ataeru hôritsu kô wa mukô to suru mono to suru)。

Das Hauptargument zur Aufnahme eines Wuchertatbestandes lag in den zahlreichen Gerichtsentscheiden zu Wucherfällen in Japan. Der Wuchertatbestand ist wie schon ausgeführt der mit Abstand wichtigste Anwendungsfall von Art. 90 *Minpô* (vgl. Kap. 5 Ziff. V).¹⁰³³

Diese Bestimmung ist zwar § 138 Abs. 2 BGB nachgebildet, geht aber zugleich über die Wucherbestimmung hinaus, indem eine allgemeine Klausel zur *Be-schränkung der Entscheidungsfreiheit* explizit in die Bestimmung aufgenommen wurde. Diese Klausel ist im japanischen Entwurf ausgesprochen einfach und verständlich formuliert (sinngemäss): «[...] sodass die Gegenpartei nicht konkret beurteilen kann, ob sie ein Rechtsgeschäft abschliessen wolle oder nicht.»¹⁰³⁴ – Gerade diese Klausel erschien jedoch den Kritikern zu vage. Es sei unklar, was «beurteilen zu können» bedeuten solle.¹⁰³⁵

Allgemein unklar erschien den Kritikern, ab welchem Mass an Unangemessenheit ein Rechtsgeschäft für ungültig erklärt werden solle. Ferner wurde allgemein eingewendet, dass die Aufnahme einer solchen Regel in das *Minpô* dazu führen könnte, dass sich viele Personen nach dem Abschluss des Vertrages auf dessen Ungültigkeit berufen würden. Anders gewendet: Der Grundsatz *pacta sunt servanda* würde dadurch unterhöhlt. Von den Firmen wurde zudem dagegen eingewendet, der Austausch mit den Kunden würde darunter leiden.¹⁰³⁶

3. Umschreibung der Vertragsfreiheit

Schliesslich ist im Zusammenhang mit der Generalklausel von Art. 90 *Minpô* (*kôjo ryozoku*) relevant, dass bereits im Interims Entwurf 2013 die folgenden Vorschläge der Reformkommission von 2009 keine Berücksichtigung gefunden hatten: 1.) Ein Rechtsakt entfaltet Wirkung, sofern dieser auf einer Willensäusserung basiert und in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des *Minpô* und anderer Gesetze sowie Verordnungen erfolgt ist. 2.) Wenn die Parteien einen Willen bekundet haben, der gegen Gesetze und Verordnungen verstösst, so geht die Willenserklärung vor, es sei denn, dieser verstösse gegen die *Kôjo-ryôzoku-Klausel*. 3.) Wenn eine Gewohnheit oder ein Brauch in Zusammenhang mit diesem Rechtsakt steht, so geht diese vor, sofern sie nicht gegen die *Kôjo-ryôzoku-Klausel* verstösst (eingeschlossen die Fälle, in denen der Brauch gegen Gesetze und Verordnungen verstösst). Ebenfalls nicht aufgenommen wurde die Umschreibung des *Konsens*.¹⁰³⁷

Da es wie bereits ausgeführt im geltenden Recht keine besondere Regelung zur Rechtswidrigkeit von Verträgen gibt und es unklar ist, welche Gesetzesverstösse genau unter die Generalklausel von Art. 90 *Minpô* zu subsumieren sind, hätten diese beiden Bestimmungen, die neben einem neuen Art. 90 *Minpô* vorgeschlagen werden, das Verhältnis zwischen dem Verstoß zwischen Gesetzen und «Sitten» weitgehend geklärt. Zudem zeigt die dritte Bestimmung schön, dass Gewohnheiten und Bräuchen im japanischen Recht eine grosse Bedeutung zukommt.

¹⁰³³ Urteil vom 1.5. 1935 in: *Minshû* 13, 875 ff.

¹⁰³⁴ Vgl. *Miyama, Jurisuto* 1456 (2013), 17 ff.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, 18.

¹⁰³⁶ *Ibid.*, 18.; auch nach schriftlicher Auskunft von *Keizô Yamamoto*, Mitglied aller bisherigen Kommissionen (Januar 2015).

¹⁰³⁷ *Akematsu*, 177 ff., 179 ff.

4. Tendenz zu speziellen Inhaltskontrollen

Auch im japanischen Reformprozess wurden neue Regelungen zur besonderen Inhaltskontrolle vorgeschlagen: Bereits erwähnt wurde die Einführung der Bestimmungen zur Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen (*futsû keiyaku yakkan*). Während allerdings der akademische *Reformvorschlag 2009* noch eine *umfangreiche Liste missbräuchlicher Vertragsklauseln* sowie gemeinsame Rahmenbedingungen auch für Verbraucherverträge unter dem Titel «ungültige Vertragsklauseln» (契約条項の無効, *keiyaku jôkô no mukô*) umschrieben hatte, wurde die Liste missbräuchlicher Vertragsklauseln bereits im *Interim Entwurf 2013* fallengelassen. Man formulierte stattdessen eine allgemeine Bestimmung über die Auswirkungen von missbräuchlichen bzw. unbilligen Vertragsklauseln (不当条項の効力に関する一般規定). Daneben bleibt es dabei, dass die im japanischen Verbrauchervertragsgesetz geregelten Inhaltskontrollen (Art. 8–10) Geltung haben, also nicht in das *Minpô* integriert werden.

IV. Stellungnahme zu den Reformvorschlägen

1. Prozess, Form und Stil der Reformen

Soll das geschriebene Recht mit den sozialen und wirtschaftlichen Lebensrealitäten übereinstimmen, braucht es Gesetzesreformen – sei dies im Obligationenrecht oder im Familienrecht. Die Reformprozesse dieser beiden (in allen drei Rechtsordnungen) über 100 Jahre alten Zivilrechtskodifikationen drängen sich aufgrund des Zeitablaufs schlicht auf. Die Revisionsarbeiten sind denn auch schon im Gange und teils bereits umgesetzt (z.B. deutsches Schuldrechtsmodernisierung, Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge im schweizerischen und deutschen Familienrecht).

Im Vertragsrecht haben insbesondere Massenvträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen den Individualvertrag zu grossen Teilen verdrängt. Manche Vertragstypen figurieren heute in den Gesetzesbüchern gar nicht mehr, andere weit verbreitete wichtige Vertragstypen (z.B. Behandlungsvertrag,¹⁰³⁸ Lizenzvertrag) sind noch nicht legiferiert. Zudem hat die neue Heteronomie der Vertragsparteien und der wirtschaftlichen Geschäftstätigkeiten dazu geführt, so dass die Selbstbestimmung und die Grenzen der privatautonomen Gestaltung heute noch differenzierter zu betrachten sind. In anderen Worten ausgedrückt: Es bestand in Deutschland und es besteht heute in den japanischen und schweizerischen Rechtsordnungen ein gewisser Reformdruck. Im Unterschied zum vergangenen deutschen Reformprozess des BGB besteht aber weder in Japan noch in der Schweiz eine unmittelbare Notwendigkeit zur Umsetzung von europäischem Privatrecht. – Freilich ist gerade in der Schweiz der autonome Nachvollzug von europäischem Recht nicht unbeachtlich.¹⁰³⁹ – Veränderungen auf dem internationalen oder europäischen Rechtsparkett sind für die Schweiz wie auch für Japan von politischem und wirtschaftlichem Interesse. Ausserdem haben auch die Bürgerin und der Bürger einen Anspruch auf ein verständliches, gut leserliches Bürgerliches Gesetzbuch, denn sie sind die Adressatinnen und Adressaten dieser

¹⁰³⁸ Im BGB seit 2013 (BGBI. I S. 277).

¹⁰³⁹ *Probst*, Art. 16 OR 2020 N 1; vgl. *Hotz*, 257 f.

Kodifikationen. Etwas anderes zu vertreten, hiesse, ihnen die Selbstbestimmung vorzuenthalten und ihnen die Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse unnötig zu erschweren, wenn nicht gar zu verunmöglichen. Die prinzipielle Kritik an Reformen ist denn auch eher bescheiden.¹⁰⁴⁰ Dass gewisse Modifikationen vorgenommen werden, erscheint in beiden Rechtsordnungen grundsätzlich akzeptiert.

Das japanische Recht weist – im Vergleich zum geltenden OR und dem BGB – einige Regelungslücken auf. So fehlen darin zum Beispiel Regelungen zur Stellvertretung oder auch zu Antrag und Annahme (Konsens). Nach *Uchida* sind diese Lücken teilweise darauf zurückzuführen, dass der Kodifikationsprozess damals relativ schnell erfolgen musste, sodass kulturell heikle Punkte wenn immer möglich übergangen wurden. Letzteres lässt sich hinsichtlich der Regelung des Vertragsschlusses wohl auch damit erklären, dass Verträge nach traditionellem japanischem Verständnis in direktem Kontakt – also von Person zu Person – und eher in einem Prozess als in einem exakt auszumachenden Zeitpunkt abzuschliessen sind.

Wenngleich beide Reformvorhaben für sich genommen unbestritten sind, fragt sich natürlich, welche Anpassungen konkret sinnvoll sind (dazu nachfolgend Ziff. 2–5). Was das schweizerische Reformvorhaben betrifft, stellt sich zudem *generell die Frage*, ob man sich nicht – wie im japanischen und deutschen Reformprozess – zeitgleich den Modifikationen der besonderen Bestimmungen zu den Vertragstypen zuwenden sollte, statt sich dieser nächsten aufkommenden wichtigen Aufgabe erst wieder zehn bis 20 Jahre später zu widmen.¹⁰⁴¹

Aufgrund ihrer rechtsgeschichtlichen und -vergleichenden Tradition sind sowohl die japanische als auch die schweizerische Lehre (und in Japan zudem die Gesetzgebungskommission) mit dem Prozess und den Debatten der deutschen Schuldrechtsmodernisierung vertraut. Dennoch verweisen die Erläuterungen zum Entwurf OR 2020 erstaunlicherweise *praktisch nicht*¹⁰⁴² auf den vorangegangenen Reformprozess im nördlichen Nachbarland; dies im Gegensatz zum japanischen Reformprozess, der den Bezug zur deutschen Schuldrechtsmodernisierung anspricht. Darüber hinaus fehlen in den Erläuterungen zum Entwurf OR 2020 auch konkrete rechtsvergleichende Hinweise auf Zivilrechtsordnungen anderer Nachbarländer der Schweiz. – Dennoch dürfte nicht nur im japanischen, sondern auch im schweizerischen Reformprozess einiges rezipiert werden.¹⁰⁴³ Erwähnt sei hier nur, dass es sich bei den erörterten Reformvorschlägen zu den allgemeinen Widerrufsrechten, dem Wegfall der Geschäftsgrundlage sowie bei der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen und der allgemeinen Nichterfüllungs- bzw. Schadenersatzregelung um Änderungen handelt,

¹⁰⁴⁰ Eine generelle Kritik an der Notwendigkeit einer Revision ist selten (*Honsell*, SJZ 2013, 1 ff.).

¹⁰⁴¹ Aus dem deutschen Reformprozess wissen wir beispielsweise, dass die Bestimmungen zum Behandlungsvertrag rund zehn Jahre nach dem Schuldrechtsmodernisierungsprozess ins BGB aufgenommen worden sind.

¹⁰⁴² Ausnahmen sind: die Einleitung zur Revision des Leistungsstörungsrechts von *Müller-Chen*.

¹⁰⁴³ Wie in § 311a Abs. 1 und § 275 Abs. 2 BGB statuieren, soll etwa die anfängliche Unmöglichkeit weder nach schweizerischem Vorschlag (Streichen der Unmöglichkeit in *Huguenin*, Art. 30 OR 2020 N 16) noch nach dem japanischen *Interimentwurf* Art. 415 automatisch zur Ungültigkeit führen, sondern diese ist an eine Haftung wegen «Nichterfüllung» (so der japanische Text) oder allgemeiner: an ein Vertretenmüssen (so der deutsche Text) oder an einen «Ausfall der Leistung» (so Art. 118 ff. OR 2020) anzuknüpfen: *Lorenz*, Vergleich zu jap. Recht, 56 f.

mit denen sich auch die deutsche Schuldrechtsmodernisierung während vieler Jahre befasste, und diese schliesslich auch umsetzte.¹⁰⁴⁴

Hingegen fällt auf, dass in den Erläuterungen zum Entwurf OR 2020 regelmässig auf die vorgeschlagenen Bestimmungen hinsichtlich eines gemeinsam anwendbaren EU-Kaufrechts (*Common European Sales Law*, fortan: CESL) verwiesen wird.¹⁰⁴⁵ Dabei werden die mittlerweile relativ zahlreichen wissenschaftlichen Vorschläge zur Vereinheitlichung des Privatrechts bzw. die relevanten nicht bindenden Regelungswerke auf dem Gebiet des Vertrags- und Obligationenrechts zitiert¹⁰⁴⁶; Warum diese Referenzen aus wissenschaftlicher Perspektive erfolgen, wird nicht erläutert. Im Gegenteil: Es fällt auf, wie an mehreren Stellen der Erläuterungen zu diesem Entwurf explizit die «schweizerische Tradition» hervorgehoben und eine allgemeine Zurückhaltung vor einer denkbaren «Fremdbestimmung» zum Ausdruck gebracht wird.¹⁰⁴⁷ – Während also im japanischen Reformprozess die *internationale Ausrichtung* eines der erklärten Reformziele darstellt,¹⁰⁴⁸ wird dieses Ziel in der Schweiz erklärt.

Es lässt sich ferner auch gut erkennen, wie der japanische Reformprozess eigenständige Wege geht (z.B. in Bezug auf Stil und Systematik) und sich gerade der Reformvorschlag 2009 vertieft mit zahlreichen aktuellen Vertragstopoi wie den besonderen Inhaltskontrollen, Aufklärungspflichten, Überlegungen zur Geschäftsfähigkeit und Widerrufsrechten befasste. Insgesamt ist der Reformprozess wohl auch kritischer gegenüber fremden Einflüssen als dies noch vor 110 Jahren der Fall war, da weder eine direkte internationale politische Bedrohung besteht, «westliches» Recht aufzunehmen, noch vertiefte Kenntnisse über diese ausländischen Rechtsordnungen fehlen. Dennoch bleibt die Rechtsvergleichung, der Einfluss des CISG und der Beizug der neuen *soft laws* des Europäischen Vertragsrecht (CSCL, DCFR, PECL, PICL) sowie der UNIDROIT-Regeln von nicht zu unterschätzender Bedeutung im japanischen Reformprozess zum *Minpô*.

Zusammenfassend ist die Orientierung an internationalen Rechtsentwicklungen im allgemeinen Obligationenrecht und im Vertragsrecht aus Gründen der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung von Vertragsparteien zu begrüssen.

Was den *Umfang und den zeitlichen Stand der Reformprojekte* betrifft, unterscheiden sich das japanische und das schweizerische Reformvorhaben voneinander. Der japanische Revisionsprozess umfasst insbesondere auch Teile des besonderen Vertragsrechts und ist viel weiter fortgeschritten. Der japanische Reformprozess hat im Herbst des Jahres 2006 nach einer entsprechenden nationalen wissenschaftlichen Tagung zur Revision des Obligationenrechts seinen Lauf genommen und liegt nun rund zehn Jahre später in einer Endfassung vor. Dieser Zeitraum erscheint im Ver-

¹⁰⁴⁴ Hotz, 27; zum Ganzen Dörner/Staudinger, 41 ff., 48 ff.

¹⁰⁴⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Kaufrecht: Kom(2011) 635 endgültig vom 11. Oktober 2011.

¹⁰⁴⁶ Namentlich der Draft of Common Frame of Reference (fortan: DCFR) per 1.1.2009, die European Principles of Contract Law (fortan: PECL, 2003) per 1.1. 1999, die Unidroit Principles of International Commercial Contracts per 1.1.2010 (fortan: Unidroit Principles) und die Acquis Principles (ACQP), die Grundregeln des bestehenden Vertragsrechts der Europäischen Gemeinschaft per 1.1.2007.

¹⁰⁴⁷ Huguenin/Hilty, Einl. vor Art. 1 ff. OR 2020 N 14.

¹⁰⁴⁸ Uchida, Minpô Kaisai, 12 f.

gleich zur relativ kurzen Dauer des deutschen Schuldrechtsmodernisierungsprozesses¹⁰⁴⁹ grundsätzlich sinnvoll zu sein.

In welcher Form das schweizerische Obligationenrecht letztlich revidiert werden soll und wird, ist gegenwärtig offen. Der unterschiedliche Umfang der Reform hat nicht zuletzt auch damit zu tun, dass das geltende *Minpô* prinzipiell weniger umfangreich ist als das OR und erst recht als das BGB (vgl. als Beispiel die Übersicht zu den Bestimmungen des Ehevertrags Kap. 9 lit. IV.A.1). Ins Auge springt ferner, dass alle japanischen Reformentwürfe mit Erläuterungen von ihrem Umfang her ausführlicher Natur sind, Begründungen beinhalten und einen Aufbau aufweisen, der es der Leserschaft jederzeit ermöglicht, Querverbindungen herzustellen. Die Erläuterungen zum Entwurf OR 2020 sind im Vergleich schlanker und nach der hier vertretenen Ansicht – wohl zugunsten einer besseren Lesbarkeit für Bürgerinnen und Bürger – insgesamt etwas zu kurz ausgefallen. Dies mag zwar im Interesse der Allgemeinverständlichkeit plausibel erscheinen, erweist sich aber in Bezug auf den wissenschaftlichen Diskurs als unbefriedigend,¹⁰⁵⁰ denn die Leserin oder der Leser ist auf zahlreiche «*educated guesses*» verwiesen.

Mit Blick auf den *Stil, die Systematik und die Sprache* der Reformvorschläge fällt auf, dass der japanische *Interim Entwurf 2013* und der *Vorentwurf 2014* nicht nur ausführlicher sind, sondern auch systematisch überzeugen. Der Entwurf ist, wie dargelegt und anhand des Beispiels zu den Verjährungsbestimmungen näher ausgeführt, in 47 Abschnitte zu je einem Revisionsthema eingeteilt, unter denen die einzelnen Revisionspunkte abgehandelt werden. Diese sich von der schweizerischen Methode unterscheidende Herangehensweise ermöglicht es nicht nur, in eleganter Weise ein Thema nach dem anderen zu behandeln, sondern bei Bedarf auch neue Artikel (nach der künftig vorgesehenen Reihenfolge) auszuformulieren sowie Querverweise zu anderen, thematisch verwandten Artikeln zu machen und des Weiteren Kommentare einzubauen.

Die Revisionsbeispiele zur Regelung der Nicht- bzw. Schlechterfüllung im Vertrag zeigen etwa inhaltlich, dass in der Schweiz und in Japan – nicht anders als im deutschen Schuldrechtsmodernisierungsprozess – ein nachvollziehbares Bedürfnis nach einer Neuregelung des Leistungsstörungenrechts und einer Vereinfachung des Systems durch eine Einheitsnorm für eine pflichtwidrige Nichterfüllung besteht. Darüber hinaus zeigt das japanische Beispiel des neu vorgeschlagenen Art. 415 *Minpô* deutlich, wie das deutsche Recht und andere europäische Bestimmungen in Japan noch heute wahrgenommen werden. Dabei ist man in Japan keinem Purismus verpflichtet. Es ist weder eine Notwendigkeit noch ein Ziel der japanischen Experten, einer besonderen

¹⁰⁴⁹ Der Prozess wurde durch die EU-Verbrauchergüterkaufsrichtliche von 1999 losgetreten und ist mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des deutschen Schuldrechts vom 26. November 2001, das per 1. Januar 2002 in Kraft getreten ist (BGBl. I, 3138 ff.) abgeschlossen vgl. bereits *Hotz*, 206 ff.; krit. zur kurzen Dauer des Prozesses statt vieler: *Ernst, Wolfgang*: Zum Fortgang der Schuldrechtsreform, in: Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform – Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, Tübingen 2001*, 599 ff., 603 f.

¹⁰⁵⁰ Ähnlich *Honsell*, SJZ 2013, 1 ff.

Rechtsschule zu folgen. Stattdessen wird ein gewisser «*utilitaristischer Eklektizismus*» vertreten.¹⁰⁵¹

Während der japanische Expertenvorschlag aus dem Jahre 2009 tendenziell insgesamt zum einen noch stärker vom *Common Law* und dem US-amerikanischen Rechtsdenken beeinflusst war (z.B. Aufbau der pandektistischen Aufbaus war diskutiert), und zum anderen sämtliche «modernen Ideen der Zivilrechtsdogmatik» – wie Verbrauchervertragsrecht, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Inhaltskontrollen und Willensmängel sowie Rechtsfolgeregelungen – neu regeln wollte, ist der *aktuelle Entwurf 2014* gerade hinsichtlich des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts schlanker und schlichter ausgefallen; an der pandektistischen Struktur wird letztlich nun doch festgehalten.

2. *Inhalte und Umfang der Reformen*

Das japanische und das schweizerische Revisionsvorhaben verfolgen die Absicht, das Obligationenrecht bzw. ausgewählte Passagen aus dem Allgemeinen Teil desselben, insbesondere aus dem allgemeinen Vertragsrecht und in Japan auch aus dem besonderen Vertragsrecht, so zu revidieren und sprachlich zu bearbeiten, dass das daraus resultierende Gesetzbuch letztlich für eine Nichtfachleserschaft besser lesbar und leichter verständlich wird.

Zudem sollen in beiden Rechtsordnungen die Systematik vereinfacht, die Inhalte klarer präsentiert, die Widersprüche beseitigt und gewisse Gesetzesbestimmungen neu formuliert bzw. auch neu kodifiziert werden, sodass die gesuchten Gesetzesbestimmungen für die gesamte Leserschaft einfacher auffindbar werden. Zugleich sollen es beide Reformprozesse ermöglichen, an die bereits bestehende Rechtsprechung und Literatur anzuknüpfen. Das alles soll letztlich dazu beitragen, eine möglichst hohe Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Die Revision des japanischen Obligationenrechts soll *inhaltlich viel weiter gehen* als die vorgeschlagene schweizerische bzw. die erfolgte deutsche Revision des Schuldrechts, denn sie umfasst das gesamte allgemeine Schuldrecht bzw. Obligationenrecht und das Vertragsrecht; die beiden letzteren umfassen im Wesentlichen nur den «Allgemeinen Teil», das heisst, das allgemeine Schuldrecht und den privatrechtlichen Verbraucherschutz, verzichten jedoch auf die Neuregelung der besonderen Vertragstypen.

Bezüglich des eben erst angelaufenen schweizerischen Reformprozesses stellt sich etwa die Frage, ob eine Revision des «Allgemeinen Teils» des Obligationenrechts unter Ausschluss des «Besonderen Teils», der Neuregelung der Vertragstypen, überhaupt angebracht ist, oder ob es nicht sinnvoller wäre, über die allgemeinen und die entsprechenden besonderen Bestimmungen gleichzeitig zu reflektieren. Die neu vorgeschlagenen Bestimmungen zur Kündigung von Dauerschuldverträgen beispielsweise mögen zwar einem allgemeinen Bedürfnis zur Vermeidung von Ewigkeitsbindung dienen,¹⁰⁵² doch kann über deren Verhältnis nach der hier vertretenen Auffassung

¹⁰⁵¹ Terminus wurde von *John O. Haley* geprägt.

¹⁰⁵² Vgl. § 312 b BGB.

kaum sinnvoll befunden werden, ohne die bereits existierenden, besonderen Bestimmungen zur ordentlichen und ausserordentlichen Kündigung – etwa im Arbeits- oder Mietvertrag und den bisherigen Möglichkeiten der Auflösung eines Vertrags aus wichtigem Grunde – zu berücksichtigen. Hinzu kommt, dass oft erst infolge der Auseinandersetzung mit den besonderen Bestimmungen zu den Vertragstypen ein allgemeines Problem wie die Zulässigkeit zur Verkürzung ordentlicher Kündigungsvorschriften zum Vorschein kommen dürfte.¹⁰⁵³

Ferner ist es eine Tatsache, dass es sich bei vielen der heute in der Praxis relevanten Vertragstypen (z.B. Lizenzvertrag, Alleinvertriebs- oder Franchisingvertrag) um nicht geregelte Innominatverträge handelt. Abgesehen davon gibt es spezielle Formen von Dienstleistungsverträgen, die im Gesetz gar nicht figurieren, wie zum Beispiel der medizinische Behandlungsvertrag. Aktuelle Massenverträge, das heisst sowohl Musterverträge als auch Allgemeine Geschäftsbedingungen, haben immer grösseren Einfluss und nehmen je nach Vertragstyp andere Formen an. Sie erweisen sich als sehr unterschiedlich – je nachdem, ob sie dem Miet-, dem Finanz- oder dem Altenbetreuungsmarkt zuzuordnen sind, womit sich gewisse Differenzierungen aufdrängen würden.

Nicht durchzusetzen vermochten sich im japanischen Reformprozess die zahlreichen wissenschaftlichen Vorschläge aus dem Jahre 2009 zur Stärkung und Integration der geltenden Sondergesetze bzw. Sonderbestimmungen zum japanischen Verbraucherschutzrecht. Der *Interim Entwurf 2013* wie auch der aktuelle Vorentwurf 2014 verzichten auf eine Integration und eine Harmonisierung der Verbraucherschutzbestimmungen. Insofern scheint sich schon jetzt klar abzuzeichnen, dass das japanische Reformvorhaben konzeptionell einen Weg einschlagen wird, der von dem bereits umgesetzten, deutschen Schuldrecht abweicht. Mit anderen Worten dürfte es wohl eher zu einer «kleinen Lösung» kommen.¹⁰⁵⁴ Die vorgeschlagene, schweizerische Rechtsreform übt ebenfalls Zurückhaltung gegenüber Verbraucherschutzbestimmungen und tendiert in dieselbe Richtung. Der Entwurf beschränkt sich auf die Regelung eines *einheitlichen, 14-tägigen Widerrufsrecht für Konsumverträge* (Art. 16 ff. OR 2020). Dieser schweizerische Vorschlag orientiert sich an den europäischen Vorschlägen, insbesondere an Art. 40 ff. CESL und steht auch in Übereinstimmung mit der Revision der Regelungen zum Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen und dem Widerrufsrechts für Telefongeschäfte im schweizerischen Recht (in Kraft seit 1. Januar 2016).¹⁰⁵⁵ – Ob dies auch als ein Hinweis darauf zu werten ist, dass künftig weitere verbraucherschützende Regelungen in Spezialgesetzen untergebracht werden sollen, muss offenbleiben. In Japan ist die Sachlage insofern anders, als bereits ein *Verbrauchervertragsgesetz aus dem Jahre 2000* und eine Vielfalt von wei-

¹⁰⁵³ Im Rahmen der «guten Sitten» nach § 138 BGB zulässig: BGH, Urteil vom 7.5.1975 (NJW 1975, 1268 f.).

¹⁰⁵⁴ Die Frage der «kleinen oder grossen Lösung», d.h. ob die Verbraucherschutzbestimmungen ins BGB integriert werden sollten oder nicht, war der zentrale Streitpunkt im deutschen Reformprozess, vgl. zu den strukturellen Entscheiden wie Integration, Einheitskonzeption und ihren Grenzen: MüKo-Ernst, Einl. § 275 BGB Rn. 1 ff., 11 ff.; Herresthal, Carsten: Schuldrechtsmodernisierung 2002, in: Arzt, Markus/Gsell, Beate/Lorenz, Stefan: Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, Tübingen 2014, 280 ff., 304 ff.

¹⁰⁵⁵ Vgl. Art. 40a ff., insb. Art. 40b lit. d und Art. 40e Abs. 2 OR, AS 2015 S. 4107, zur Forderung von einheitlichen Widerrufsrechten s. bereits Hotz, 247 ff.

teren Verbraucherschutzbestimmungen (insb. *Cooling-off*-Regelungen), die auf verschiedene Gesetze verteilt sind, existieren. Eine Aufnahme von Verbraucherschutzregelungen in das *Minpô* drängt sich somit von der Sache her nicht auf. Allerdings ist die japanische Normenvielfalt nicht wirklich verbraucherfreundlich,¹⁰⁵⁶ denn dadurch wird ein wesentliches Reformziel des *Minpô*, nämlich möglichst verständlich und für alle Personen einfach anwendbar zu sein, letztendlich verfehlt. Der Widerstand gegen die Kodifizierung von Verbraucherschutzbestimmungen war schlicht zu gross. Die japanische Wirtschaft und die juristischen Praktiker – namentlich der japanische Anwaltsverband und das höchste Gericht – hatten frühzeitig ihre Bedenken geäussert, was dazu führte, dass die Reformvorschläge 2009 grösstenteils verworfen wurden.

Die Frage, ob dies wirklich einen grundlegenden Mangel der japanischen Reformvorschläge darstellt,¹⁰⁵⁷ ist je nach Perspektive rechtsvergleichend differenziert zu beurteilen: In der Schweiz jedenfalls existiert *de lege lata* kein vergleichbares Mass an Verbraucherschutzbestimmungen, die bereits in Sondergesetzen geregelt wären, so dass hier von Anfang an eine ganz andere Fragestellung angebracht wäre, die namentlich wie folgt lautet: Soll mit einer Revision des OR auch der Verbraucherschutz im Vertragsrecht erhöht werden? – Des Weiteren ist festzuhalten, dass die Integration und die Abstimmung der Verbraucherschutzbestimmungen im deutschen Reformprozess eines der grössten Streitthemen war und davon ausgegangen werden darf, dass all diese Argumente auch im japanischen Reformprozess hinlänglich bekannt sind. – Jedenfalls ist zwischenzeitlich hinsichtlich des japanischen Verbrauchervertragsrechts ein eigenes Revisionsverfahren vorgesehen, das von den Verbraucherschutzämtern und der Verbraucherschutzkommission angestossen wurde; die Inhalte für den Änderungsantrag sind jedoch zurzeit (Juni 2015) noch nicht abgeschlossen. Zudem gilt es zu bedenken, dass das *Minpô* seine zentrale Funktion im Privatrecht und für die Bürgerinnen und Bürger besser als schlankes, systematisches und gut lesbares Gesetzbuch wahrnehmen kann. Gesetzliche Ergänzungen zu einem kleineren, festen Gesetzeskörper erscheinen deshalb durchaus sinnvoll zu sein. Eine Beschränkung der neuen Regelungen auf das Wesentliche geht letztlich auch einher mit der allgemein wachsenden Tendenz zu *Opt-in*- oder *Opt-out*-Lösungen, die auch eine breitere politische Akzeptanz zu finden scheinen (Stichwort: «Privatisierung des Privatrechts»).

3. Reformvorschläge zu den «guten Sitten»

Der Reformvorschlag zu Art. 90 *Minpô* aus dem Jahre 2014 ist in letzter Minute weitgehend gestrichen worden. Die momentan vorgesehene, sprachliche Korrektur an Art. 90 *Minpô* ist marginal und wird kaum nennenswerte inhaltliche Auswirkungen zeitigen. Viele Kritiker liessen sich offenbar durch die Ungewissheit darüber, was unter dem Begriff «Missverhältnis» zu verstehen ist – d.h. durch den vagen Wortlaut – dazu bewegen, sich gegen die neue Ausformulierung eines Wuchertatbestands mittels einer offenen Klausel auszusprechen. Da die Rechtsprechung den Wucher *de lege lata* seit vielen Jahren anerkennt, ist diese Reaktion nur schwer nachvollziehbar. Es

¹⁰⁵⁶ Zum Ganzen anderenorts: Hotz, 158 ff.

¹⁰⁵⁷ Zu apodiktisch Dernaier, Schuldrechtsreform, 426 f.

muss vermutet werden, dass das Ausformulieren des groben Missverhältnisses im Vertragsverhältnis für japanische Verhältnisse etwas allzu klar angesprochen wurde und damit eine gewisse abschreckende Wirkung hatte. Da das japanische Denken im Hinblick auf Verträge auf einem gegenseitigen, in der Regel lange dauernden Vertrauensverhältnis beruht und Verträge gegenseitig wenn möglich flexibel angepasst werden, könnte einer solchen Wucherklausel möglicherweise eine negative Vorbildrolle zugeschrieben worden sein.

Stellt man hingegen aus einer deutschen Perspektive rechtsvergleichende Überlegungen an, so fragt es sich ernsthaft, warum es denn den ausdrücklichen Wuchertatbestand überhaupt gebraucht hätte. Sämtliche Arten von Wucherfällen haben sich bis anhin unter die Generalklausel von Art. 90 *Minpô* subsumieren lassen, und dies wird auch künftig weiterhin möglich sein. Inhaltlich wäre eine solche Neuregelung des Wuchertatbestands streng genommen nicht notwendig gewesen. Dennoch hätte die Ergänzung zu einer verbesserten Umschreibung der Generalklausel geführt, denn die *wichtigsten Anwendungsfälle von Art. 90 Minpô, die wucherähnlichen Geschäfte*, wären ausformuliert worden. Das hätte wohl eine gewisse Signalwirkung gehabt. Diese ursprüngliche Intention hat auch insofern etwas erstaunt, als nach deutschem Recht seit Langem klar ist, dass dem traditionellen Wuchertatbestand nach § 138 Abs. 2 BGB keine über den Absatz 1 hinausgehende Bedeutung zukommt. Dieses Gesetzgebungsbeispiel wiederum belegt aber eben auch sehr gut, dass der japanische Reformprozess sich *nicht* als eine Nachahmung der «deutschen Schuldrechtsmodernisierung» bezeichnen lässt.¹⁰⁵⁸

4. Reformvorschläge gehen hin zu besonderen Inhaltskontrollen

In Deutschland war § 138 BGB nach meinem Wissen zu keiner Zeit Gegenstand der Schuldrechtsreform. Die Generalklausel ist und bleibt, wie bereits erwähnt, heute weitgehend unumstritten, was wohl daran liegt, dass die rechtstechnische und -ethische Funktion der Generalklausel im modernen Wirtschaftsleben der sich laufend neu entwickelnden Marktpraktiken und unethischen Markthandlungen nicht infrage gestellt ist. – Das will freilich nicht heissen, dass die Generalklausel der «guten Sitten» in der deutschen Doktrin unkritisiert geblieben wäre.

Allerdings traten damals zahlreiche spezifische zwingende Bestimmungen in Kraft, die unter einem eigenen zweiten Abschnitt «*Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen*» (§ 305-310 BGB) ins allgemeine deutsche Schuldrecht aufgenommen wurden (d.h. integriert und präzisiert worden sind, denn es gab damals bereits ein Sondergesetz zur Regelung der AGB): Mit § 305 BGB umschreibt das BGB seit über 15 Jahren an prominenter Stelle was AGBs sind, nämlich vorformulierte Vertragsbedingungen, welche die eine Partei der anderen bei Vertragsschluss stellt (Abs. 1) und hält die allgemeinen Voraussetzungen für deren gültige Einbeziehung in den Vertrag fest (Abs. 2: Information, Kenntnisnahme und Einverständnis; d.h. also nichts anderes als ein «Informed-Consent»). Die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB besagt, dass Vertragsbestimmungen in

¹⁰⁵⁸ Diese Tatsache sollte sich auch sprachlich niederschlagen: Ausdrücke wie japanisches BGB oder japanische Schuldrechtsmodernisierung sind nach der hier vertretenen Ansicht in der Rechtsvergleichung von deutschem und japanischen Recht zu vermeiden.

AGBs unwirksam sind, «wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen». Dies kann auch durch eine unklare oder unverständliche Formulierung erfolgen (Abs. 2). § 308 und § 309 BGB regeln zusätzlich gewisse Klauselverbote, mit oder ohne Wertungsmöglichkeit¹⁰⁵⁹ und § 310 BGB differenziert den Anwendungsbereich zwischen Verbrauchern und Nichtverbrauchern.¹⁰⁶⁰ So ist im Verbraucherschutz etwa bereits die einmalige Verwendung eines Formularvertrags ausreichend.¹⁰⁶¹ Diese speziellen Inhaltskontrollen können als Zeichen dafür gewertet werden, dass zum einen der soziale Mindestschutz im Vertragsrecht zu wahren ist und dass zum anderen mittels dieser speziellen Bestimmungen einer einseitigen Benachteiligung in der rechtsgeschäftlichen Gestaltung durch die häufig auftretenden AGBs eine explizitere Schranke gesetzt wird. Das mag zumindest teilweise erklären, dass die allgemeine Inhaltsbeschränke der «guten Sitten» in dogmatischer Hinsicht in jüngerer Zeit wenig diskutiert wurde und wird. Die Tendenz geht jedenfalls auch mit Blick auf die aktuellen Reformvorschläge in der Schweiz und Japan dahin, spezifischere Inhaltskontrollen im Obligationenrecht (vgl. Art. 33 OR 2020) aufzunehmen. Ob daraus auch abzuleiten ist, dass die allgemeine Inhaltskontrolle der «guten Sitten» als unwichtiger eingestuft würde, kann hier nicht abschliessend beantwortet werden, denn dazu fehlen die konkreten Belegstellen. Es ist jedenfalls eine Tatsache, dass weder im schweizerischen, deutschen noch japanischen Reformprozess an eine Elimination der Generalklausel der «guten Sitten» gedacht wurde und wird. Einzig im schweizerischen Reformvorschlag wird für die sprachliche Aufgabe der «guten Sitten» zugunsten der Generalklausel der öffentlichen Ordnung plädiert (Art. 30 OR 2020).

Es erscheint jedoch insgesamt vernünftig, wenn in Zeiten der Pluralität der Moralvorstellungen die Regelung besonderer Vertragsschranken (ev. auch unbewusst) als der weniger riskante und damit der angemessenere Weg erachtet wird.¹⁰⁶² Hinzu mag kommen, dass eine gewisse Skepsis gegenüber Termini wie «gute Sitten» und Sittlichkeit erklärt wird. Dies insbesondere deshalb, weil die Schranke der «gute Sitten» traditionell mit sexuellen Moralvorstellungen assoziiert wird. Das zeigen etwa die Erläuterungen zu den Reformvorschlägen in der Schweiz.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass neben einem grundsätzlichen Festhalten an einer Generalklausel («der guten Sitten» oder einem Äquivalent) auch eine offen deklarierte Skepsis gegenüber eben dieser Generalklausel besteht. Diese wird im erst angelaufenen schweizerischen Reformprozess allerdings nur in Bezug auf sexuelle Moralvorstellungen explizit formuliert. Im japanischen Reformprozess ist diese kaum noch Thema, während die aktuelle Doktrin durchaus generelle Kritik an der General-

¹⁰⁵⁹ § 309 Ziff. 7 lit. a BGB besagt etwa, dass ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung bei Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit auch bei Fahrlässigkeit ausgeschlossen ist.

¹⁰⁶⁰ Fassung aufgrund des Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 22.7.2014 (BGBl. I S. 1218), in Kraft seit 29.7.2014. In der Lehre wird zwischen der allgemeinen Inhaltskontrolle bei AGB nach § 307 BGB und den speziellen Klauselverboten nach §§ 308 und 309 BGB unterschieden; Letztere gehen vor: NK-Looschelders, § 138 BGB Rn. 336 ff.

¹⁰⁶¹ Looschelders, NK-Looschelders, § 138 BGB Rn. 322.

¹⁰⁶² Dies ungeachtet dessen, dass auch die Umsetzungspflicht der EU-Richtlinien zum Verbraucherschutz (namentlich RL 93/137 EWG über die missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. N 95, S. 29) für den deutschen Reformprozess massgebend war.

klausel übt. Daneben besteht in beiden Rechtsordnungen (wie dies schon in der deutschen Schuldrechtsreform der Fall gewesen war) eine aktuelle Tendenz hin zur Regelung besonderer Inhaltskontrollen im Vertragsrecht.

5. Rechtsfolgeregelungen

Ein Thema, das in der japanischen Doktrin generell weniger diskutiert wurde und wird, ist die Flexibilisierung der Rechtsfolgen eines Vertrags, der gegen unzulässige Inhalte verstösst. Das soll aber nicht heissen, dass es diesbezüglich keine Änderungsvorschläge gegeben hat: Im vorgeschlagenen 4. Abschnitt des *Interim Entwurfs 2013*, der *telquel* im Vorentwurf 2014 übernommen worden ist, werden vielmehr neu allgemein die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit eines Vertrags resp. dessen Auflösung *ex tunc* zusammengefasst:

Punkt 1 stellt klar, dass die *Teilnichtigkeit eines Vertrags neu die Grundregel sein soll*; es sei denn, die betroffene Partei würde dies selbst nicht wollen oder ein Vertrag hätte ohne den nichtigen Vertragsbestandteil keine Bedeutung mehr.

Punkt 2 hält fest, dass nach einer Kündigung ein Vertrag rückabgewickelt wird.

Punkt 3 regelt, wenn im Falle zweier verbundener Rechtsgeschäfte eines nichtig wird, es als vernünftig erscheint, das zweite auch für nichtig anzusehen.

Punkt 4 hält fest, dass der Rücktritt von einem Vertrag innerhalb einer bestimmten Zeit erfolgen muss: drei Jahre von der Feststellung des Nichtigkeitsgrundes, und zehn Jahre vom Abschluss (Art. 126 *Minpô*).

Wenn ein Vertrag gegen das Persönlichkeitsrecht bzw. gegen *de lege lata* zwingendes Recht (Art. 27 f. ZGB) verstösst, müsste im Rahmen einer flexibilisierten Rechtsfolge-
regelung nach Art. 31 OR und der bisherigen Rechtsprechung¹⁰⁶³ argumentiert werden, dass die Trägerin oder der Träger von Persönlichkeitsrechten grundsätzlich selbstbestimmt entscheiden soll, wann sie/er ein solches Rechtsgeschäft für ungültig erklärt haben möchte und wann nicht (Art. 31 Abs. 1 OR). Handelt es sich aber um den Schutz des Kernbereichs der Persönlichkeit, so betrifft der Normzweck von Art. 27 f. ZGB das «*öffentliche Interesse*», womit die Ungültigkeit von Amtes wegen gerechtfertigt erscheint. Das wirft allerdings Fragen auf: Denn man kann nicht tatsächlich behaupten, nur der Schutz der Persönlichkeit im Kernbereich sei im *öffentlichen Interesse*, der zivil- und verfassungsrechtlich gewährleistete Persönlichkeitschutz dagegen nicht.

Des Weiteren erscheint terminologisch nicht befriedigend erklärt, wie ein Vertrag, der *de lege lata* gegen die «*öffentliche Ordnung*» verstösst, einzuordnen wäre. Aus der allgemeinen Konzeption von Art. 31 OR lässt sich prinzipiell schliessen, dass auch ein solcher Vertrag nicht immer von Amtes wegen für ungültig zu erklären wäre, sondern nur dann, wenn der Normzweck im «*öffentliche Interesse*» ist.¹⁰⁶⁴ Ist denn ein Vertrag, dessen Inhalt *de lege lata* gegen die öffentliche Ordnung verstösst – wobei der Schutzzweck dieses Verstosses nicht im öffentlichen Interesse läge –, überhaupt

¹⁰⁶³ BGE 129 III 209 ff.

¹⁰⁶⁴ *Huguenin*, Art. 31 OR 2020 N 2 f., N 11.

denkbar? Wohl kaum. Daher fragt sich einmal mehr, inwiefern das öffentliche Interesse überhaupt als taugliches Abgrenzungskriterium herangezogen werden kann.



V. Die Streichung der «guten Sitten»

1. Unterschiedliche Ausgangssituationen

In der Schweiz und in Japan blieben seit der Kodifizierung des ZGB/OR im 19. resp. anfangs 20. Jahrhunderts grössere Revisionen des Obligationenrechts und des Allgemeinen Teils des Schuldrechts aus.

Da die Änderungen, welche die deutsche Schuldrechtsmodernisierung aus dem Jahre 2001 mit sich brachte, erst knapp verdaut sind und die Gemüter sich etwas beruhigt haben, ist nach der hier vertretenen Ansicht zurzeit nicht zu erwarten, dass weitere Änderungen im Allgemeinen Teil des BGB ganz oben auf der Traktandenliste figurieren. Da ferner im deutschen BGB und der deutschen Rechtsordnung insgesamt rein schon wegen der Häufigkeit der Termini «die guten Sitten», sittliche Pflicht, Sittlichkeit und Sittengesetz diesbezüglich *nicht einmal feine Korrekturen* möglich wären – ein systematisch angewendeter Rotstift würde nachhaltige Lücken hinterlassen –, kann sich eine Diskussion um die Streichung der «guten Sitten» von Anfang an nur auf einem ganz anderen Niveau bewegen. Hinzu kommt jedoch ein weiterer entscheidender Unterschied gegenüber dem japanischen und dem schweizerischen Recht: Das geltende BGB weist den Terminus der öffentlichen Ordnung im geltenden Recht nicht auf. Das ist für ein entsprechendes Vorhaben ein entschiedener Nachteil.

In der allgemeinen Entwicklungstendenz kann jedoch für das deutsche Recht nichts anderes gelten als auch für das schweizerische oder das japanische: An den zugrundeliegenden Inhalten der Generalklausel der öffentlichen Ordnung und an den

grund- oder verfassungsrechtlichen Wertungen – also an den gesamten rechtsethischen Vorstellungen der Rechtsordnungen – kommt man heute beim Ausfüllen, Konkretisieren und Auslegen einer Generalklausel, welche die Selbstbestimmung im Vertragsrecht flexibel einschränken soll, nicht vorbei.

Die Streichung der Generalklausel der «guten Sitten» ist indes mit Bezug auf das schweizerische und das japanische Recht klar zu befürworten. In beiden Fällen ist der Zeitpunkt dafür reif.

2. Keine Frage des blossen Sprachgebrauchs

Die Bezeichnung dieser *flexiblen Klausel* ist zunächst einmal von untergeordneter Bedeutung. Dies obschon es nach der hier vertretenen Ansicht nicht nur eine Frage des Sprachgebrauchs ist, dass die «guten Sitten» gestrichen werden sollen:

Unter Verweis auf die ideengeschichtlichen und begrifflichen Ausführungen ist nicht einzusehen, weshalb der Terminus «die guten Sitten» bzw. die Sittlichkeit oder die Unsittlichkeit primär an die Sexualmoral und allgemein an die «*hier wenig bedeutende Sexualsphäre*»¹⁰⁶⁵ erinnern soll. Das deutsche BGB, das allein mehr als zwanzigmal den Begriff *sittlich* bzw. «*gute Sitten*» verwendet, wäre demnach seit vielen Jahren «übersexualisiert». Zugegebenermassen zeigen die dokumentierten Fälle zu den «guten Sitten» in allen drei Rechtsordnungen auf, dass es dabei oft um die *Einschränkung von Vereinbarungen ging, welche das Sexual- und das Familienleben der involvierten Personen betrafen*. Solche Fälle gehören jedoch heute weitgehend der Vergangenheit an.

Die befürwortete Streichung der Generalklausel der «guten Sitten» beruht auf der Erkenntnis, dass in den zunehmenden ethischen und religiösen Pluralitäten, die zu komplexeren Lebensverhältnissen führen und einen sozialetischen Konsens schwieriger machen, nur noch «rechtliche und rechtsethische Vorstellungen unserer Rechtsordnung» massgeblich sein sollen und damit in einer *inhaltlichen und begrifflichen Abkehr von der Grundformel des Anstandsgefühls und von den Vorstellungen von Sittlichkeit im Sinne einer spezifischen Sozialmoral*. Die rechtlichen und rechtsethischen Vorstellungen unserer Rechtsordnungen werden heute (bereits) von zahlreichen anderen gesetzlichen Schranken der Selbstbestimmungsmöglichkeiten (Rechtswidrigkeit, namentlich der Persönlichkeitsverletzung oder der öffentlichen Ordnung) und vor allem von den zahlreichen spezialgesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Selbstbestimmung sowie teils speziellen Inhaltskontrollen im Vertragsrecht gespeist, sodass ein heute noch flexibler anwendbarer Schutzmechanismus in Form einer Generalklausel entsprechend auch der individuellen Selbstbestimmung dienen sollte.

Das Spannungsverhältnis zwischen Faktizität und Normativität lässt sich auch mit einer Generalklausel der *öffentlichen Ordnung* (und darunter anwendbaren spezialgesetzlichen Normen und zugrunde liegenden rechtsethischen Vorstellungen nicht vollständig lösen, es handelt es sich aber bei einer so verstandenen Grundformel um

¹⁰⁶⁵ So lautet auch das Zitat von *Bucher*, OR AT, 255.

etwas inhaltlich-begrifflich viel Konturierteres als beim «Anstandsgefühl» oder bei der «Sozialmoral».

Hinzu kommt – und das ist letztlich der wichtigste Grund für die vorgesehene Streichung der Generalklausel – dass die *öffentliche Ordnung* als ausfüllungsbedürftige Generalklausel angesehen wird, die nicht nur das Potenzial bietet auf die sozialetischen Schranken der Vertragsfreiheit zu referenzieren, sondern in ihrer Begrifflichkeit die rechtsethischen Vorstellungen viel besser zu spiegeln vermag. *Dieser Aspekt wird in den Erläuterungen des 2020 zur Streichung der «guten Sitten» nicht formuliert.* Mit anderen Worten: Es wird nicht ausgeführt und erklärt, warum die Generalklausel der öffentlichen Ordnung neu die Funktion der «guten Sitten» übernehmen kann.¹⁰⁶⁶

3. *Zur Generalklausel der öffentlichen Ordnung oder den verwirklichten Wertvorstellungen der Rechtsordnung*

Dem aktuellen Vorschlag OR2020 ist insofern vorbehaltlos zuzustimmen, als die Generalklausel der öffentlichen Ordnung die Funktion der «guten Sitten» *de lege lata* prinzipiell zu ersetzen vermag. Die *Generalklausel der öffentlichen Ordnung* ist – wie die Ausführungen gezeigt haben – ebenfalls eine ausfüllungs- und konkretisierungsbedürftige Generalklausel, der das Potenzial innewohnt, alle notwendigen Funktionen der Sittenklausel zu erfüllen. Das zeigen die Rechtsgeschichte und der Rechtsvergleich. Die deutsche Entwicklung macht deutlich, dass man die beiden Begriffe als deckungsgleich verstand. Und die Tatsache, dass die schweizerischen wie auch die japanischen Zivilgesetzbücher über eine entsprechende Klausel verfügen, lässt sich nicht auf einen bewussten Entscheid zurückführen, sondern ist wohl eher dem Zufall zuzuschreiben.

Insgesamt erscheint es sinnvoll, die Grenzen der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung möglichst für alle Parteien verständlich, gleich, nüchtern und wertungskonsistent zu setzen. Darüber hinaus signalisiert eine solche *positive Erklärung eine klare Haltung*: namentlich die Absicht, die rechtsethischen Prinzipien als generellen Wertungsmaßstab der Generalklausel einzuhalten.

¹⁰⁶⁶ Honsell, SJZ 2013, 6.

4. *Fazit: Als schematische Übersicht*

Das führt schematisch zusammengefasst, etwa zu folgender neuen Einordnung der Vertragsschranken nach schweizerischem Recht:



Teil 3

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

Kapitel 7

Vertraglich vereinbarter Sex gegen Entgelt («Prostitutionsvertrag»)

I. Alte Debatte, neue Entwicklungen

A. Zwischen Prohibition, Abolition und Selbstbestimmung

Das Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und Sittlichkeitsvorstellungen zeigt und zeigte sich gerade in Fragen der sexuellen Selbstbestimmung.¹⁰⁶⁷ – Während die heterosexuelle Prostitution beispielsweise in der Schweiz seit dem Jahre 1942 legalisiert ist¹⁰⁶⁸ und die sexuelle Revolution der 1960er- und 1970er-Jahre der Selbstbestimmung und der Vermarktung von Sexualität generell neue Möglichkeiten öffnete – es sei hier etwa an die Kurzgeschichten von Tina¹⁰⁶⁹ oder an diejenige des Clubinhabers¹⁰⁷⁰ erinnert –, bleibt die *sog. Prostitutionstätigkeit bis heute stigmatisiert* (zu den Begriffsalternativen nachfolgend Ziff. V).¹⁰⁷¹ Die vertragliche Vereinbarung über sexuelle Handlungen gegen Entgelt galt lange Zeit als sittenwidrig und dies gilt vereinzelt immer noch; oder sie war verboten. Die Frage, ob es aus der Perspektive der Selbstbestimmung heute möglich ist oder sein soll, einen Vertrag über sexuelle Dienstleistungen gegen ein angemessenes Entgelt gültig abzuschliessen, steht im Mittelpunkt dieses Kapitels (Ziff. III–V).

Die Regulierung von Prostitution im Allgemeinen und die Prostitutionsverbote im Besonderen sind bis heute ein umstrittenes Themenfeld: Während die einen argumentieren, Verbote und andere Schranken wie die Sittenwidrigkeit seien im Hinblick auf die Menschenwürde sowie auf die Stellung und Gesundheit der betroffenen Frauen zu befürworten, halten andere rechtliche Verbote für kontraproduktiv, da sie Prostituierte in die Illegalität drängen und damit deren Sicherheit und Gesundheit (auf unsittliche Weise) gefährden würden. Argumente hinsichtlich der erforderlichen rechtlichen Schranken, wie beispielsweise im Falle der Sittenwidrigkeit eines Prostitutionsvertrags, stehen neben Überlegungen zum Schutz von Prostituierten und gehören zu den diskriminierenden Begleiterscheinungen von Prostitution.

Die derzeit geführten Debatten um das Für und das Wider einer strengerer Regulierung von Prostitution in Europa, beispielsweise in Deutschland und in der Schweiz, sind deshalb nicht neu.¹⁰⁷² Schon Ende des 19. Jahrhunderts fand etwa in Deutschland eine erste Diskussionswelle zur Abolition der Prostitution (*reale Ab-*

¹⁰⁶⁷ Holzleithner, Olympe 17/2002, 48 ff.; *idem*, 21, 39 ff., 41.

¹⁰⁶⁸ Vgl. Weitzer, 146 ff. für einen Vergleich der Prostitution mit Niederlande, Belgien und Deutschland.

¹⁰⁶⁹ In Deutschland ist dies rechtlich unproblematisch, da Prostitution legal ist; in anderen Ländern werden Umwege über ausländische Server gesucht Vgl. Bericht zu Prostitution und Internet: O.V., More bang for your buck, The Economist vom 9. August 2014.

¹⁰⁷⁰ Kap. 2 Ziff. II.B/2.

¹⁰⁷¹ Bowald, 28.

¹⁰⁷² Hürlimann, 47 ff.; Chimienti, 24 ff.; Malkmus, 48 ff.

schaffung von Prostitution, aber deren Legalisierung) und der «*Rettung von Prostituierten*» statt, die mit einer Entkriminalisierung einherging. Damals führte dies zu einem Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten (1927), was eine der Kernforderungen der Abolitionistinnen und Abolitionisten war und noch immer ist.¹⁰⁷³ Die heutigen Diskussionen erinnern auch an die feministischen Debatten zu Pornografie und Prostitution in den 1970er- und 1980er-Jahren. Deren Standpunkte stehen sich heute noch repräsentativ gegenüber: Autorinnen wie *Catharine A. MacKinnon* und *Kate Millet*¹⁰⁷⁴ treten für «radikal» feministische Positionen ein und fordern die *Abolition* oder die *Prohibition* vermarkteter sexueller Dienstleistungen ein, weil diese für sich genommen eine patriarchale Unterdrückung und eine Verletzung der Würde der Frauen darstellten. Seit fast 40 Jahren wird Prostitution von *MacKinnon* prominent als ultimative patriarchale Herrschaft über Frauen, ja sogar als eine Form der bezahlten «Vergewaltigung» angesehen.¹⁰⁷⁵ Dabei werden diejenigen Umstände ins Zentrum der Überlegungen gerückt, die belegen, dass niemand freiwillig zur Prostituierten werde, sondern z.B. infolge Armut oder Missbrauchs in der Kindheit. Gemäss dieser Auffassung kommt Prostituierten deshalb regelmässig eine *Opferrolle* zu. Autorinnen wie *Drucilla Cornell*¹⁰⁷⁶ hingegen kritisieren diese Zuschreibung einer Opferrolle der Betroffenen, die ihr Selbstbestimmungsrecht und ihre Selbstbestimmungsfähigkeit in den Hintergrund drängen und nehmen einen liberal feministischen Standpunkt ein. Sie treten generell für die Stärkung der Rechte von Prostituierten ein.¹⁰⁷⁷ Die sog. «liberalen» Feministinnen vertreten ein *Konzept der sexuellen Selbstbestimmung*, das sowohl die freie Wahl der Sexualpartner und deren Anzahl als auch die Art der gewünschten Sexualität umfasst. Dieses Denken umfasst auch die Vorstellung, dass für sexuelle Handlungen je nach eigenem Gutdünken auch ein Entgelt entgegengenommen und/oder der eigene Lebensunterhalt damit verdient werden darf.¹⁰⁷⁸

Zwischen diesen beiden Polen liegen diverse theoretische Abstufungen und Schattierungen, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen wird.¹⁰⁷⁹ Heute haben die Ansätze der *Queer Theory* das Denken über Sexualität weiter geschärft und stellen sowohl

¹⁰⁷³ *Malkmus*, 50; *Giesen/Schumann*, 143 ff.; die Bewegung kam im England des 19. Jahrhunderts auf; angeführt wurde der Kampf gegen das «Böse» von *Josephine Butler*, die 1874 die «Weltorganisation zur Bekämpfung der staatlichen Regulierung von Prostitution» gründete: *Ringdal*, 299 ff.

¹⁰⁷⁴ *MacKinnon*, 94 f.; *MacKinnon, Catharine A./Dworkin, Andrea* (Hrsg.): *The Harm's Way. The Pornography Civil Rights Hearings*, Cambridge M. 1987; symptomatisch: *Dworkin, Andrea*: *Life and Death: Anapologetic Writings on the Continuing War against Women*, New York 1997, 145; schon früher: *Millet, Kate*: *Sexual Politics*, New York 1970; *idem*, *Das verkaufte Geschlecht – Die Frau zwischen Gesellschaft und Prostitution*, München 1973, 73 ff., 75, 105, 107, nach der das Schlimmste an der Prostitution die Entwertung der eigenen Menschenwürde ist; s.a. schon *de Beauvoir*, 572 ff.

¹⁰⁷⁵ *MacKinnon*, 101; *Giesen/Schumann*, 143 ff.

¹⁰⁷⁶ *Cornell*, 23 ff.

¹⁰⁷⁷ *Lembke*, *Legalisierung und Repression*, 113, unterscheidet einen vierten Ansatz in der Prostitutionsgesetzgebung und -politik, der allerdings in Europa unbekannt ist: den *integrativen*.

¹⁰⁷⁸ «Liberales» Feministinnen von damals betonten mitunter, dass es *auch* Frauen freistehen müsse, polygam zu sein, und dass es auch ihnen erlaubt sein müsse, Geld für etwas zu verlangen, was sie sonst gratis erbringen müssten; vgl. auch *Weitzer*, der ein «*empowerment paradigm*» dem «*oppression paradigm*» vorzieht, 7 ff.

¹⁰⁷⁹ *Frug*, 1057 f.

die Heteronormativität¹⁰⁸⁰ wie auch die normativen Vorstellungen der romantischen Zweierbeziehung grundsätzlich infrage. Zudem hat die vermehrte Beschäftigung mit gleichgeschlechtlicher und Transgender Prostitution auch neue Einsichten zur möglichen Motivationen der Akteure zu Tage geführt (z.B. Identitätsfindung, Stärkung von Selbstwertgefühl).¹⁰⁸¹

B. Aktuelle Entwicklungen

1. Aktuelle Rechtsmodelle zwischen Selbstbestimmung und Abolition

a) «Schwedisches Modell»: Einseitige Kriminalisierung von Kunden

Der Gedanke, dass Prostitution grundsätzlich eine Entwürdigung darstelle und real und für immer abzuschaffen sei, liegt dem sog. «schwedischen» oder «nordischen Modell» zugrunde, d.h. dem schwedischen Gesetz zum Verbot des käuflichen Erwerbs sexueller Dienstleistungen, das per 1. Januar 1999 in Kraft getreten ist. Es kriminalisiert ausschliesslich die Kunden, die sexuelle Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Ziel dieses Konzepts ist die Abolition, die reale Abschaffung der Prostitution. Alle von der Prostitutionsindustrie profitierenden Personen, namentlich Zuhälter, Menschenhändler und Kunden, sollen kriminalisiert werden. Die Prostituierten sind dagegen zu schützen, indem ihnen Beratung, Ausstiegshilfe und ökonomische Alternativen zur Verfügung gestellt werden. Diesem Modell liegt im Vergleich zu einfachen Prostitutionsverboten ein *Perspektivenwechsel* zugrunde: Es will nur die Kunden bestrafen, während die Betroffenen zu schützen sind. Die einseitige Kriminalisierung soll zu einem längerfristigen Sinneswandel beitragen, sodass die Prostitution allmählich abgeschafft werden kann – *ohne Nachfrage keine Prostitution*.

Das Modell wurde zwischenzeitlich von Norwegen und Island (2006), Südafrika (2009), Kanada und Frankreich (2013, mit Wirkung ab 2014) rezipiert. Im Jahre 2014 hat auch das EU-Parlament eine entsprechende Empfehlung erlassen, die sich für die Übernahme dieses Modells ausspricht.¹⁰⁸²

In Deutschland und der Schweiz wurde und wird das «schwedische Modell» kontrovers diskutiert: Ein Hauptproblem dürfte darin gesehen werden, dass es möglich sein müsse, zu gewährleisten, dass nur Kunden von Zwangsprostituierten bestraft würden; doch das ist nur schwerlich realisierbar.¹⁰⁸³ In Deutschland sind die Würfel nunmehr gefallen, das Recht soll zwar eine Verschärfung der Regelungen zum Schutze vor Zwangsprostitution erfahren, eine pauschale Kriminalisierung von Kunden ist allerdings nicht vorgesehen (s. nachfolgend lit.b.). Auch in der Schweiz hat sich ein nationaler Expertenbericht aus dem Jahre 2014 grundsätzlich gegen das «schwedische Modell» ausgesprochen (dazu unter Ziff. 3.).

¹⁰⁸⁰ Z.B. lässt sich mit der Dominanztheorie von MacKinnon die Unterdrückung homosexueller Männer schlecht erklären.

¹⁰⁸¹ Weitzer, 9 m.w.H. zu entsprechenden Studien.

¹⁰⁸² Empfehlung 1983 (2014), eine sog. nicht bindende Resolution: REF 20140221IPR36644.

¹⁰⁸³ Demko, ZsR 128/2010, 177 ff.

b) «Deutsches Modell»: Prostitutionsgesetz und Prostituiertenschutzgesetz

Das sog. «deutsche Modell» kann grundsätzlich als repräsentativ für ein «liberales Modell» angesehen werden, das die Legalisierung der Prostitution und die Selbstbestimmung beinhaltet, aber die rechtlichen Rahmenbedingungen der Prostitution festlegt. Das am 1. Januar 2002 in Kraft getretene *deutsche Prostitutionsgesetz vom 20. Dezember 2001 (ProstG)* stand von Beginn weg für die Intention, die Sexarbeit als Gewerbeform anzuerkennen und den Anspruch von Sexarbeiterinnen und -arbeitern auf ein Entgelt zu schützen (zum ProstG gleich ausführlicher unter lit. III.B.1). Das Gesetz lässt jedoch einen Spielraum offen, indem es beispielsweise weder die Anforderungen an Bordellbetreiber und deren Betriebe regelt noch den sex-bezogenen Grenzverkehr).

Ein im Januar 2007 publizierter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes legte erstmals den Handlungsbedarf umfassend dar.¹⁰⁸⁴ Die Hauptkritikpunkte betrafen zusammengefasst: Entgegen den ursprünglichen Intentionen sind bedauerlicherweise die wenigsten Prostituierten seit dem Inkrafttreten des ProstG sozialversichert, sondern sie sind in Bordellen als Selbstständige angemeldet. Hinzu kommt als eines der grösseren Probleme, dass die Betreiber zunehmend sog. *Flatrates* angesetzt haben, sodass die Betroffenen ihr Entgelt für die Dienstleistungen nicht mehr selbstbestimmt vereinbaren können. – Insbesondere sollte es aber eine Gesetzesrevision bzw. ein neues Gesetz ermöglichen, effizienter gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution vorzugehen, denen vor allem jüngere Menschen zum Opfer fallen. Diese Regelungslücken sind inzwischen anerkannt und das Prostitutionsgewerbe wird neu geregelt werden.

Der Deutsche Bundestag hat nach langen Diskussionen am 6. Juli 2016 das neue *Gesetz zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen, das sog. Prostituiertenschutzgesetz (ProstSchG)* verabschiedet.¹⁰⁸⁵ Es ist am 1. Juli 2017 in Kraft getreten.¹⁰⁸⁶ Das neue ProstSchG wird *neben* dem bereits bestehenden Prostitutionsgesetz von 2001 gelten, wobei Letzteres kaum revidiert worden ist.

Dem ProstSchG liegen zusammengefasst folgende Neuerungen zugrunde: Erstens wird das Gesetz als «Prostituiertenschutzgesetz» betitelt, womit der Gedanke des Schutzes, vor allem des Schutzes vor Zwangsprostitution, zum Tragen kommen soll. Zweitens sind folgende Revisionspunkte beschlossen worden: 1.) Bordellbetriebe und andere Prostitutionslokale sollen künftig einer generellen Erlaubnispflicht unterste-

¹⁰⁸⁴ Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der es Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG) vom 25.1.2007 (Bundestagsdrucksache 16/4146).

¹⁰⁸⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 25. Mai 2016 Entwurf eines Gesetzes zur Regulierung der Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen, Drucksache 18/8556 mit leichten Änderungen des Ausschusses für Familie, Senioren, Familie, Frauen und Jugend vom 5. Juli 2016 sowie dessen Bericht vom 6. Juli 2016 gemäss Bundesdrucksachen 18/9036 resp. 18/908. Das Gesetz vom 21.10.2016 wurde im Bundesgesetzblatt Teil I 2016 Nr. 50 am 27.10.2016, S. 2372 (BGBl 2016 2372) verkündet. Die Koalition hatte sich Anfang des Jahres 2015 (3.2.2015) auf die wichtigsten Eckpunkte geeinigt; abrufbar unter: <<https://researchprojectgermany.files.wordpress.com/2014/08/eckpunkte-prostituiertenschutzgesetz.pdf>>, zuletzt besucht am 29.1.2018.

¹⁰⁸⁶ BGBl 2016 Nr. 50 2372.

hen (verbunden mit Befristungen und Auflagen) in Anlehnung an andere gewerbliche Materien und die Betreibenden sollen einer Zuverlässigkeitsprüfung¹⁰⁸⁷ unterliegen, die an gesetzliche Mindestanforderungen geknüpft werden. Das heisst, ein genehmigtes Betriebskonzept und adäquate persönliche Eigenschaften werden künftig vorausgesetzt (§§12-17 ProstSchG). Die Betriebsstätte muss zudem gewisse Mindestanforderungen erfüllen. 2.) Alle Prostituierten sollen sich bei der Behörde anmelden, was mit einem Informations- und Beratungsgespräch (u.a. in rechtlichen, sozialversicherungsrechtlichen Belangen) verknüpft wird. Die Anmeldepflicht besteht unabhängig davon, ob die Tätigkeit selbstständig oder im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird (§ 3 Abs. 3 ProstSchG). Sie müssen sich vorgängig zu einer *gesundheitlichen Beratung* (vormals galt eine Untersuchungspflicht) bei einer externen Stelle verpflichten. Sie sollen sich jedes Jahr aufs Neue anmelden müssen. Für 18–21-jährige Prostituierte gelten kürzere Fristen/Intervalle. Ausgenommen von der Registrierungspflicht ist einzig die private Wohnprostitution durch die betroffene Person selbst. Die Bescheinigung wird für zwei Jahre ausgestellt, mit Verlängerungsmöglichkeit. 3.) Den Kunden wird eine Kondompflicht auferlegt (§ 32 ProstSchG).¹⁰⁸⁸ 4.) Zudem wird das Weisungsrecht, welches die Bordellbetreiber gegenüber den Prostituierten haben, präzisiert, wobei die Bestimmungen des ProstG unberührt bleiben (§ 26 ProstSchG). 5.) Insgesamt wird das Beratungsangebot gestärkt. Die Prostitutionstätigkeit an sich untersteht keiner Bewilligungspflicht.

Bereits der Name des neuen Gesetzes bringt zum Ausdruck, dass es dabei letztlich um die alte Debatte geht: Warum müssen Prostituierte geschützt werden, wenn davon ausgegangen werden soll, dass diese eine selbstbestimmte Tätigkeit, nämlich *ein Gewerbe* betreiben? – Es gibt auch keine spezifischen Verkäuferinnen- oder Dachdeckerschutzgesetze, und das sind schliesslich ebenfalls gewerbliche Tätigkeiten, die eines gewissen (gesundheitlichen) Schutzes bedürfen. Andererseits gibt es aus sehr gutem Grunde die Arbeits-, Miet- oder Verbraucherschutzgesetze. Ferner steht die Frage im Raum, ob ein Gesetz, das alle Prostituierten und alle Arten von Prostitutionsstätten (Begleitservice, Grossclub, Kleinlokal ohne Restaurationsbetrieb) gleichermassen einer Registrierungspflicht unterstellt und das Führen einer Meldedatei vorschreibt, wirklich den Betroffenen Schutz bietet¹⁰⁸⁹ – oder ob dieser Gesetzesentwurf nicht dem öffentlichen Interesse – etwa der Polizeiruhe oder der Gesundheit – dient und für geregelte Steuereinnahmen sorgt.¹⁰⁹⁰ Während die politischen Entscheidungsträgerinnen und -träger der Auffassung sind, eine Registrierungspflicht erhöhe vor allem den Schutz möglicher Betroffener vor dem Menschenhandel, sind die Kritikerinnen aus der Praxis der Auffassung, die Registrierungspflicht diene diesem spezifischen Zweck, nämlich dem Schutz vor Menschenhandel, eben gerade

¹⁰⁸⁷ Zum Beispiel dürfen Betreibende keine einschlägigen Vorstrafen aufweisen.

¹⁰⁸⁸ Weiter sind ausbeuterische Angebote wie *Flatrate*-Modelle und entsprechende Werbungen vorgesehen, denn diese schränken die Selbstbestimmung ein: vgl. §§ 14 ProstSchG.

¹⁰⁸⁹ *Lembke*, Das «Prostituiertenschutzgesetz» kommt; *idem*, Menschenrechte, ein Bündnis aus Deutschem Frauenrat, Deutscher AIDS-Hilfe, Deutschem Juristinnenbund, Diakonie Deutschland, Dortmunder Mitternachtsmission und dem Notdienst Frauentreff Olga haben schon im Januar 2015 davor gewarnt, Menschenhandel und Prostitution miteinander zu vermengen und dadurch die Situation legal arbeitender Prostituierter zu verschärfen: <<http://ots.de/7KonP>>, zuletzt besucht am 19.1.2018.

¹⁰⁹⁰ Die Registrierung bei den Finanzämtern und das Einnehmen von Steuern funktioniert allerdings schon lange (seit den 1960er Jahren).

nicht,¹⁰⁹¹ denn illegal in Deutschland anwesende Frauen und Männer, die sich prostituieren, würden sich ohnehin nirgends anmelden. Dadurch, dass diesen Personen eine Anmeldepflicht auferlegt werde, lasse sich grundsätzlich keine Vertrauensbasis schaffen. Eine solche wäre aber eine dringend benötigte Voraussetzung, um in der Lage zu sein, vom Menschenhandel betroffenen, traumatisierten Personen tatkräftig und rechtlich zu helfen, denn diese haben oft berechtigterweise Angst vor Repressionen seitens ihrer Angehörigen oder aus ihrem persönlichen Umfeld.¹⁰⁹² Schliesslich dürften sich viele betroffene Frauen dagegen sträuben, sich mit ihrem richtigen Namen anzumelden, denn das Erbringen sexueller Dienstleistungen gegen Entgelt geht nach wie vor mit einer Stigmatisierung einher.

Die *Entstigmatisierung ist aber gerade eines der prioritären aktuellen Ziele* der zuständigen Fachpersonen in diesem Arbeitsbereich.¹⁰⁹³ Dem Vorwurf der Stigmatisierung durch ein Prostituiertenschutzgesetz lässt sich allerdings wiederum entgegenhalten, die Akzeptanz der Prostitution sei letztlich nur eine Frage der Zeit, und einmal legalisiert, sei diese denn auch tatsächlich wie «jedes andere Gewerbe» zu behandeln – wobei allenfalls mit einer Übergangszeit zu operieren wäre. Generell wäre auch darzulegen, in welchen Gewerben denn sonst noch eine solche Anmeldepflicht zum eigenen Schutz des Dienstleistungsanbieters gilt.

2. *Entwicklungen in der Schweiz*

Die deutsche Entwicklung in der Prostitutionsgesetzgebung war und ist für die Schweiz von Bedeutung. Zum einen haben einige Kantone anfangs 21. Jahrhunderts auch Prostitutionsgesetze erlassen (dazu unter Ziff. III.A.2.b) und zum anderen hat die Schweizerische Bundesverwaltung sich ebenfalls mit der Erhöhung des Schutzes von Opfern der Zwangsprostitution und mit möglichen Verschärfungen der Prostitutionsbestimmungen beschäftigt.

Der Bundesrat hat am 5. Juni 2015 einen über 100 Seiten langen *Bericht zum Thema Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung* veröffentlicht, in dessen Rahmen das Phänomen Prostitution vor allem im Hinblick auf den Menschenhandel umfassend aufgearbeitet wurde (fortan: Prostitutionsbericht 2015).¹⁰⁹⁴ Der Prostitutionsbericht 2015 hält als Erkenntnisse und Schlussfolgerungen fest (S. 97– 102), dass die Datenlage in der Schweiz insgesamt mager und die «Faktenlage komplex» seien und es – auch mit Blick aufs Ausland (z.B. auf das schwedi-

¹⁰⁹¹ Nur um einige Beispiele zu nennen: Prostitutionsschutzgesetz. Kritikpunkte und Forderungen zur Umsetzung des Prostitutionsschutzgesetzes des Bündnisses der Fachberatungsstellen für Sexarbeiterinnen und Sexarbeiter (BuFa) vom 10.11.2016, aktualisiert 17.1.2017, abrufbar unter: <<http://www.bufas.net>>, zuletzt besucht am 29.1.2018, oder die Evangelische Frauenhilfe von Westfalen, die drei Beratungsstellen führt: <http://www.lz.de/owl/20330495_Kritik-am-Prostitutionsgesetz.html>, zuletzt besucht am 29.1.2018; sowie die Berufsverbände der deutschen Sexarbeiterinnen und Sexarbeiter: Bundesverband für erotische und sexuelle Dienstleistungen: <<http://berufsverband-sexarbeit.de/schutz-schirm-zwang-gaengelage>> und Bundesverband für sexuelle Dienstleistungen: <<http://www.bsd-ev.info/mediapool/145/1456069/data/GesetzesentwurfJuni2014.pdf>>, zuletzt besucht am 29.1.2018.

¹⁰⁹² *Dahinden/Stants*, 49 ff.

¹⁰⁹³ Stellungnahme BuFa, *ibid*.

¹⁰⁹⁴ Abrufbar unter: <https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/kriminalitaet/menschenhandel/ber-br-prost-mh-d.pdf> zuletzt besucht am 20.10.2016.

sche Modell) – keine einfachen Lösungen geben könne. Im Grundsatz soll aber die Prostitution in der Schweiz, im Sinne von einem Verbot des Angebots und der Nachfrage, künftig nicht verboten werden (vgl. Schlussfolgerungen, Ziff. 7.2) Die verschiedenen Probleme in diesem Zusammenhang müssten jedoch ernst genommen werden und die Prostitution solle nicht als beliebiger Beruf behandelt werden: Insbesondere sollen im Interesse der Betroffenen Massnahmen zur Risikominimierung (bezüglich Gesundheit, Gewalt und Straftaten) getroffen, die Missbrauchsbekämpfung erhöht und die Datenlage verbessert werden. Der Prostitutionsbericht 2015 soll dem schweizerischen Parlament künftig als Grundlage dienen, wenn es darum geht, über den konkreten Handlungsbedarf und die Umsetzung geeigneter Massnahmen zu entscheiden. Dieser Bericht erfolgt in Erfüllung mehrerer jüngerer politischer Postulate aus dem Parlament.¹⁰⁹⁵ Insbesondere wurde auch eine Standesinitiative des Kantons Bern mit dem Titel «*Prostitution ist nicht sittenwidrig*» von beiden Räten angenommen.¹⁰⁹⁶ Diese wurde allerdings zwischenzeitlich, im Jahre 2016, von beiden Kammern des schweizerischen Parlamentes abgeschrieben, mit der Begründung, dass sich eine nationale Legiferierung im Lichte des ersten Entscheides aus Horgen erübrigt habe (Ziff. III.A.2, dieser hat den Vertrag als gültig angesehen), und zudem sei nicht absolut sicher, dass ein Gesetz tatsächlich dem Schutze von Prostituierten diene.¹⁰⁹⁷ In diesem Punkt hält der Prostitutionsbericht 2015 ebenfalls relativ knapp fest, dass ein Prostitutionsvertrag nach gegenwärtigen Anschauungen nicht mehr als sittenwidrig angesehen werden könne. Dies werde das Bundesgericht wohl bald auch einmal «nachvollziehen». Nach Ansicht des Bundesrats erübrigt sich deshalb eine privatrechtliche Regelung der Prostitution.¹⁰⁹⁸

Zuvor, im März 2014, wurde vom Bundesamt für Migration ein Bericht zum Umgang mit dem Erotikgewerbe und dem Tänzerinnenstatut in der Schweiz veröffentlicht. Der unter der Leitung der St. Galler Altregierungsrätin *Kathrin Hilber* entstandene Bericht (fortan: Bericht *Hilber* 2014) lehnt das «schwedische Modell» ebenfalls im Wesentlichen ab mit der Begründung, das Erotikgewerbe würde ansonsten in die Illegalität abgedrängt.¹⁰⁹⁹ Der Bericht *Hilber* 2014 empfahl eine Reihe von Massnahmen zum Schutz der betroffenen Frauen, d.h. konkret zu ihrer Sicherheit im Arbeitsalltag, zur Stärkung ihrer Selbstbestimmung und zum Abbau ihrer strukturell bedingten Diskriminierung. Namentlich wird aufgrund dieses Berichts schliesslich *per 1. Januar 2016* das sog. *Cabaret-Tänzerinnen-Statut* abgeschafft – es sei an dieser Stelle an die Kurzgeschichte von Tänzerin Anna erinnert (vgl. Kap. 2, Ziff. II.B.1) – und auf dieses

¹⁰⁹⁵ Postulate *Streiff-Feller* 12.4162, «Stopp dem Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung», *Caroni* 13.3332, «Stärkung der rechtlichen Stellung von Sexarbeitenden», *Feri Yvonne* 13.4033, «Bericht über die Situation der Sexarbeiterinnen und -arbeiter in der Schweiz», und *Fehr Jacqueline* 13.4045, «Prostitution und Sexarbeit. Länderstudie». S.a. die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation IP 143321 der NR *Feri Yvonne* zur Neuregelung der Sexarbeit vom 2.7.2014.

¹⁰⁹⁶ Standesinitiative Kanton Bern 12.317.

¹⁰⁹⁷ Entscheide des Ständerats vom 16.3.2016 (AB 2016 S 216) und des Nationalrats vom 17.6.2016.

¹⁰⁹⁸ Prostitutionsbericht des Bundesrats 2015, 19; ob dies angesichts der nachfolgenden Ausführungen zu den Schwierigkeiten der Qualifikation des Vertrags zu überzeugen vermag, ist fraglich.

¹⁰⁹⁹ Bericht der nationalen Expertengruppe (Vorsitz *Kathrin Hilber*) «Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe», publiziert am 24. März 2014, abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bfm/publiservice/berichte/ber-schutz-erotik_gewerbe-d.pdf>, zuletzt besucht am 29.1.2018.

Datum hin eine ordentliche Rechtsgrundlage für die Finanzierung von Präventionsprojekten im Prostitutionsmilieu geschaffen.¹¹⁰⁰ Zudem empfiehlt auch dieser Bericht bereits die grundsätzliche Anerkennung des Prostitutionsvertrags und plädiert insofern für die Abschaffung der Sittenwidrigkeit in diesem Bereich.¹¹⁰¹

3. Entwicklungen in Japan

Japan wurde im Jahre 2009 von den CEDAW-Berichterstatte(r)innen dazu aufgefordert, weitere Massnahmen einzuleiten, um effizienter gegen den grassierenden Menschenhandel vorzugehen, dem zahlreiche japanische und ausländische Frauen bis anhin zum Opfer gefallen seien.¹¹⁰² Daraufhin sind zwar in der Tat viele Massnahmen zum Opferschutz und zur Vermeidung von Menschenhandel eingeführt worden,¹¹⁰³ doch das «Palermo-Übereinkommen» zur Verhinderung des grenzüberschreitenden Frauen- und Kinderhandels hat Japan nach wie vor noch nicht ratifiziert.¹¹⁰⁴ Immerhin haben sich aber die Verhaftungen infolge Menschenhandels innerhalb von drei Jahren fast verdoppelt: Von 28 (2009) auf 44 (2012). – Nach Aussage der *Soziologin Ueno* ist auch in Japan eine scharfe Trennlinie zwischen Migrantinnen und Japanerinnen im Prostitutionsgewerbe zu ziehen: Thailänderinnen, Koreanerinnen, Taiwan(es)innen und Philip(p)innerinnen sind seit vielen Jahren in grossen Zahlen im japanischen Sexgewerbe tätig¹¹⁰⁵ und leiden – wenn es sich nicht um Frauenhandel und Zwangsprostitution handelt – unter den spezifischen Aspekten der Migrationsprostitution: Sie sprechen die Sprache nicht, sind sozial ausgeschlossen und haben weniger Zugang zu Beratungsangeboten usw. Zudem sind die ausländerrechtlichen Bestimmungen in Japan besonders streng und ausländische Prostituierte haben einen besonders tiefen sozialen Stand, sowohl unter den Prostituierten also auch im Allgemeinen.¹¹⁰⁶

Auf privatrechtlicher Ebene zeichnen sich allerdings keine Entwicklungen ab, welche die Prostitution betreffen.

¹¹⁰⁰ SR 142.201; Bericht 2015, 26. Das Statut ermöglichte, dass Frauen aus Drittstaaten ein 8-monatiges Tänzerinnen-Visum für die Schweiz bekamen.

¹¹⁰¹ Bericht *Hilber* 2014, X.

¹¹⁰² Rn. 39 ff. Bericht vom 7. August 2009. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/ngos/JNNC_joint_report_June_09.pdf>, zuletzt besucht am 15.3.2015.

¹¹⁰³ Der UN-Bericht vom 16. Juli 2014 zur Einhaltung von Menschenrechten zeigt sich über die Fortschritte in diesem Punkt zufrieden: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14878&LangID=E#sthash.ycHFw4At.dpuf>>, zuletzt besucht am 10.11.2016.

¹¹⁰⁴ Fakultatives Zusatzübereinkommen zum UN-Abkommen gegen die grenzüberschreitend organisierte Kriminalität.

¹¹⁰⁵ Jap. Polizeiberichte: *Keishi-cho* (1997, 232) s.a. 2011 US Department of State Trafficking in Persons Report.

¹¹⁰⁶ Weiterführend: *Piper*, 69 ff.; *Weiner*, 6 f.; *Mesiendick, Martha*: Woman, Migration and Prostitution in Thailand, *International Social Work* 40 (1997), 163 ff.

II. Vertragsrechtliche Perspektive als Reduktion

A. Vertragsrechtliche Fragestellungen

1. *Praktische Relevanz*

Im Vertragsrecht stellt sich die Kernfrage zur Prostitution folgendermassen: Verstösst eine selbstbestimmte Vereinbarung zur Erbringung einer sexuellen Dienstleistung gegen ein angemessenes Entgelt gegen die vorherrschenden gesellschafts- und rechtsethischen Vorstellungen der jeweiligen Rechtsordnung, d.h. gegen deren «gute Sitten», *die öffentliche Ordnung oder ein gesetzliches Verbot*, sodass der betreffende Vertrag über die sexuelle Dienstleistung nichtig ist?

Ein Ergebnis der Betroffeneninterviews aus dem Raum Zürich lautet, dass Prostituierte in der Praxis von ihren Kunden nicht standardisiert vorab bezahlt werden. Ein Schweizer Anwalt berichtete bspw. von einem Fall aus dem Jahre 1998 aus der Sadomaso-Szene: Die «Domina» traf ihren Kunden regelmässig; er hatte ein Zimmer gemietet, das sie benutzen konnte. Der Kunde versprach ihr von Woche zu Woche ihr Entgelt. Da dieses jedoch nie geleistet wurde, entschied sie sich, rechtliche Schritte gegen ihn einzuleiten. Weil sie kein Geld hatte, beantragte der Anwalt unentgeltliche Prozessführung. Das Gericht wies das Gesuch ab mit der Begründung, der Prozess sei aussichtslos, weil ein Prostitutionsvertrag sittenwidrig sei. Damit erweist sich die Frage der Gültigkeit des Prostitutionsvertrags, d.h. der allfälligen Sitten- oder Rechtswidrigkeit des Prostitutionsvertrags, nicht nur als juristisch-dogmatisch interessant, sondern *tatsächlich auch als relevant*.

2. *Frage der sexuellen Selbstbestimmung*

Aus vertragsrechtlicher Perspektive interessieren besonders der Konsens und die Fähigkeit zur Selbstbestimmung. Letztere wird gerade im Zusammenhang mit der Prostitution heftig debattiert. Das Spektrum der Fachmeinungen reicht von der Ansicht: «Niemand prostituiert sich freiwillig» bis hin zur Annahme: «Diese Frauen sind nicht naiv», sondern wissen, was sie tun.¹¹⁰⁷

3. *Verschiedene Arten von Prostitutionsverträgen*

Hinzu kommt, dass prostituierende Personen sich nicht als homogene Gruppe zusammenfassen lassen. Dementsprechend kann es auch nicht nur den einen Prostitu-

¹¹⁰⁷ Während die einen «Freiwilligkeit» im Zusammenhang mit Prostitution kategorisch verneinen, unterstreichen die andern – oft die Sexworkerinnen selbst –, es handle sich dabei um eine selbstbestimmte Entscheidung: vgl. hierzu die in der NZZ in kurzer Zeitfolge hintereinander erschienenen Berichte zweier Soziologinnen aus dem Jahr 2009, welche je das Gegenteil hinsichtlich der Freiwilligkeit von Prostituierten zum Ausdruck bringen: Zu dem ersten Standpunkt *Milena Chimienti*, NZZ vom 9.8.2009 (Autorin von «Prostitution et migration, La dynamique de l'agir faible», Diss. Neuchâtel 2009) und zum zweiten Standpunkt *Laura María Agustín*, NZZ am Sonntag vom 26.7.2009 (Autorin von «Cessons de parler de victimes: reconnaissons aux migrants leur capacité d'agir», in: *Christine Verschuur/Reysoo Fenneke*, Genre, nouvelle division internationale du travail et migration, Cahier de genre et développement, Nr. 5, Genf 2005, 109 ff.).

tionsvertrag geben, der allenfalls sittenwidrig wäre, sondern verschiedene einschlägige Verträge, die je nach ihrem Inhalt hinsichtlich eines Verstosses gegen die «guten Sitten» resp. die «öffentlich Ordnung» zu beurteilen sind.¹¹⁰⁸

Zudem ist vertragsrechtlich bedeutend, ob eine Prostituierte unselbstständig oder selbstständig erwerbend ist: Im ersten Fall liegen zunächst zwei Verträge vor, die voneinander abzugrenzen sind, während es im zweiten Fall nur um einen Vertrag geht. Ferner liegt bei unselbstständiger Tätigkeit eine Art Rahmenvertrag vor, der sich wohl meist aus miet-, kauf- und auftragsrechtlichen oder aber aus arbeitsvertragsähnlichen Vertragselementen (z.B. «Arbeit auf Abruf») zusammensetzt (s. unter Ziff. VI/V.).¹¹⁰⁹ Eng mit diesen Erwägungen verbunden ist auch die Frage nach der *sozialversicherungsrechtlichen Absicherung von Prostituierten*: Im Grundsatz gilt sowohl nach deutschem wie auch nach schweizerischem Recht die Gleichbehandlung mit allen anderen selbstständigen und unselbstständigen Erwerbstätigen im Hinblick auf die Alters- und Hinterlassenenversicherung, die Invalidenversicherung, die berufliche Vorsorge, die Familienzulagen oder die obligatorischen Unfall- und Krankenversicherungen.¹¹¹⁰

4. *Verschiedene Arten von Prostitutionsstätten und -formen*

Ebenso wenig gibt es nur eine Form der Prostitutionsstätten, sondern vielfältige. Es ist ein Unterschied, ob jemand für sich selbst in seiner eigenen Wohnung bzw. in einem Kleinbordell mit wenigen anderen Kolleginnen und Kollegen tätig ist oder aber in einer grossen Stätte mit 30 Beschäftigten. Die Prostitution im Luxussegment (z.B. Escortservice) trägt wiederum ganz andere Züge, hat sie vor allem unter Einhaltung absoluter Diskretion zu erfolgen. Ferner bestehen, unabhängig von der Grösse und der Organisation der Prostitutionsstätten, sehr unterschiedliche Leistungsangebote. Es macht einen Unterschied, ob eine Prostituierte den Kunden ins clubinterne Sexkino begleitet, ob sie in einem Etablissement animiert, tanzt¹¹¹¹ oder Champagner verkauft oder ob sie «nur» sexuelle Dienste anbietet. Bei Hostessen in Japan steht die Animierung klar im Vordergrund; bei den betreffenden Frauen handelt es sich demnach in der Regel gar nicht um Prostituierte im klassischen Sinn. Was die Tänzerin-

¹¹⁰⁸ Hürlimann, 14.

¹¹⁰⁹ Prostitutionsbericht des Bundesrats 2015, 20 f.; Hürlimann, 228 ff.; *ibid.* zu den Arten der Prostitution: 14 ff.

¹¹¹⁰ Prostitutionsbericht des Bundesrats 2015, 26 ff.; Bericht des Bundesministeriums zu den Auswirkungen der Prostitution 2007, 14 ff., 18 ff.

¹¹¹¹ Tänzerinnen schliessen grundsätzlich weder einen Prostitutionsvertrag noch einen Bordellvertrag ab, damit sind diese Verträge von allem Anfang an *per se* nicht sittenwidrig. Die betreffenden Frauen schliessen mit dem Inhaber des Etablissements oder der «Bar» eine Art von Arbeitsvertrag ab oder sie stehen in einem Auftragsverhältnis. Mit dem Kunden schliessen sie offiziell nur als Stellvertreterinnen des Arbeitgebers oder Auftraggebers einen Bewirtungsvertrag ab. Entscheidend ist sowohl in Japan als auch in Europa, welche Leistungen dieser Vertrag mit dem «Etablissement» noch umfassen darf, damit sich die Frauen in ihrer Persönlichkeit nicht übermässig beeinträchtigt fühlen. Es bleibt also zu klären, ab welchem Mass, die als «Tänzerinnen» oder «Hostessen» arbeitenden Frauen zum Trinken von Alkohol animiert werden, indem ihr Einkommen an den Konsum des Kunden geknüpft wird. – Eine klare vertragsrechtliche Regelung könnte für Tänzerinnen Abhilfe schaffen. – Anders verhält es sich, wenn eine Tänzerin in dieser Situation freiwillig einen Prostitutionsvertrag mit einem Kunden eingeht, da sie selbstständig noch etwas dazu verdienen will.

nen angeht, ist ihre Situation sowohl in der Schweiz wie auch in Japan eher unklar; es kommt in der Regel weitgehend auf die Stätte an, für die sie tätig sind. Nach *Bugnon et al.* arbeiten zwei Drittel der Prostituierten in der Schweiz in Etablissements; der Escortbereich mit bloss 2% sei also vernachlässigbar.¹¹¹²

Sexuelle Praktiken können sich sodann bezüglich ihres Eingriffs in die persönliche Intimsphäre der Prostituierten erheblich von einander unterscheiden¹¹¹³: Eine sexuelle Massage etwa ist zu unterscheiden von Oral- oder Analverkehr oder von speziellen SM-Diensten. Japanische Praktiken wie «*sôpu rando*» oder «*deriheru*»¹¹¹⁴ beinhalten sodann je besondere Vertragsinhalte, die so angelegt sind, dass sie sich im gesetzlichen Rahmen bewegen (vgl. Ziff. III.C): Während im Ersteren beim «Einseifen» im Salon Genitalmassagen stattfinden, ist Letzteres ein privater «Krankenbesuch» bei einem Kunden zu Hause oder im Hotel, bei dem i.d.R. Oralverkehr stattfindet (bzw. jede sexuelle Handlung ausser Geschlechtsverkehr¹¹¹⁵). Wie in Deutschland oder der Schweiz gibt es auch SM-Stätten und Striplokale. Letztere unterscheiden sich aber insofern, als es in Japan *ab initio* um spezielle Nacktdarbietungen geht.¹¹¹⁶

Am meisten verbreitet sind in Japan jedoch die sog. *Liebeshotels* (umgangssprachlich *rabuhô* genannt),¹¹¹⁷ von denen es rund 30'000 gibt, die insgesamt einen Umsatz von 25 Milliarden Yen p.a. erzielen. – *Nomen est omen* lässt sich sagen, denn diese Stätten werden heute gleichermassen von jungen und alten Liebespaaren, Ehepaaren, Gelegenheitspaaren¹¹¹⁸ sowie von Prostituierten und Kunden besucht. Damit erklärt sich, dass ihre Frequentierung weder als «unsittlich» noch als «unzüchtig» angesehen wird.¹¹¹⁹ Die engen und ringhörigen Raumverhältnisse und die relativ häufig vorkommenden Mehrgenerationenfamilien (ein Drittel aller Haushalte) bieten seit jeher generell wenig Raum für Intimsphäre.¹¹²⁰ Zeitlich entwickelten sich die *rabuhô* aber parallel zu den initiierten gesetzlichen Restriktion der Prostitution und des Vergnügungssektors (vgl. Ziff. III.C.1.b): einem Gesetz zur Regelung des Vergnügungssektors (1948) und einem weiteren zur Verhinderung der Prostitution (1958).¹¹²¹ Historisch gehen sie auf die etablierten «Teehäuser» aus der *Edo-Zeit* (1600–1868) zurück, als sie bis ins 20. Jahrhundert hinein als Restaurationsstätten (häufig Nudelrestaurants mit entsprechenden *Separées*) und Begegnungsstätten (w: *machiai*) auch als Orte

¹¹¹² *Bugnon et al.*, Teil 3, 14 ff., 15.

¹¹¹³ S.a. Bericht des Bundesministeriums zu den Auswirkungen der Prostitution 2007, 14 ff., 18 ff.

¹¹¹⁴ Vom Englischen «*soap land*» bzw. «*health*» abgeleitet; *Braw/Gunnarson*, 159.

¹¹¹⁵ *West*, *Lovesick Japan*, 145 ff.

¹¹¹⁶ *West*, *Lovesick Japan*, 151.

¹¹¹⁷ Wörtlich: *rabu hoteru* (ラブホテル); *Kim Ikkyon*, *Rabu hoteru shinka ron* [Zur Entstehung der Love Hotels], und *Seiai kukan no bunka shi: Tsurekomi yado kara rabuho made* [Kulturgeschichte des Raums für Sex: Von den «Tsurekomi» Hotels zu den Love Hotels]; *Hanada*, 6 ff.; *West*, *Everyday Japan*, 145 ff., 151.

¹¹¹⁸ Eine ältere Untersuchung aus dem Jahr 1971 ergab: 3% der Frauen haben aussereheliche Beziehungen und 20% der Männer gaben zu, eine zu haben: *Muzik*, 145.

¹¹¹⁹ Zudem kann es je nach Uhrzeit und Wochentag günstiger sein, etwa 50 CHF für fünf Stunden am Nachmittag eines Wochentags. Die normalen Preise bewegen sich um die 30 CHF pro Stunde und 100–200 CHF pro Nacht.

¹¹²⁰ *Bornhoff*, 17 ff.; nach *Inoue*, 68 ff., haben sich viele Liebespaare bis ins 20. Jahrhundert «im Freien» getroffen.

¹¹²¹ *Fûzoku egyô to kisei gyômu no tekiseika ton i kansuru hôritsu* (sog. Gesetz zur Regulierung des Unterhaltungsgewerbes) 1948/No. 22.

gewerblicher sexueller Aktivitäten verstanden wurden. Heute sind diese Hotels sehr differenziert auf unterschiedliche Bedürfnisse der Unterhaltungskultur zugeschnitten. Es stehen den Kunden bestimmte Themen und Sujets als Kulisse zur Wahl wie z.B. «auf Hawaii», «in der Polizeistation», «bei den Hobbits» oder «im Wilden Westen».

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang schliesslich auch, dass *japanische Geishas*, die aus einer «westlichen Perspektive» oft zum Luxussegment der Prostitution gezählt werden, *sich selbst nicht als Prostituierte sehen*. Es ist daher ein weitverbreiteter *Fauxpas*, etwas anderes anzunehmen und von einem Prostitutionsvertrag auszugehen.¹¹²² – *Geishas* werden für ihre hochstehenden klassischen Kunstdarbietungen (Musik, Tanz, Rezitation) besucht und bezahlt sowie für ihre Unterhaltung engagiert. Sie leben in einer abgeschlossenen Welt, die schwer kennenzulernen ist und über die viele Missverständnisse bestehen. *Geishas* sind öffentlich registriert. *Geishas* sind *keine Prostituierten*. Sie sind jederzeit befugt, Kunden und/oder Angebote zu sexuellen Diensten abzulehnen. Trotzdem kann es im Rahmen ihres künstlerischen und unterhaltenden Engagements zu sexuellen Handlungen kommen und es gibt auch *Geishas*, die sog. doppelt, also als Prostituierte und *Geisha* registriert sind. *Geishas* sind seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs in Gewerkschaften organisiert und fordern bis heute eine strenge Trennung ihrer Tätigkeit von derjenigen von Prostituierten.¹¹²³

5. *Abgrenzung zu anderen Formen geschlechtlicher Beziehungen (oder die Frage des Entgelts)*

Vertraglich vereinbarter Sex gegen Entgelt steht in der Regel einer unentgeltlichen konsensualen sexuellen Beziehung gegenüber, ist aber auch zu unterscheiden von anderen Formen der konsensualen geschlechtlichen Hingabe, die auf eine Form der Gegenleistung ausgerichtet sind. – Ist die *Entgeltlichkeit* der sexuellen Handlung gesellschaftlich verpönt oder ist es die *ökonomische Motivation* der Person, die nicht akzeptiert wird? Kommt es allenfalls auf das Mass dieser ökonomischen Motivation an? Wenn beispielsweise eine Prostituierte nicht «nur» ihren Lebensunterhalt verdient, sondern mit der vereinbarten «*Sexcare*»¹¹²⁴ auch noch «Gutes tun will», wäre dann ein entgeltlicher Prostitutionsvertrag eher legitim? Und was wäre dann genau der Unterschied zu einer Prostituierten, die neben Sex *auch* Gesellschaft leistet? Ist es das Mass des Entgelts, das irritiert? Erscheint Prostitution im Luxissegment akzeptabler, weil das Entgelt der Dienstleistung sehr hoch ist? Und schliesslich sei auch noch die bereits von *Simone de Beauvoir* gestellte, altbekannte Frage erlaubt: Wa-

¹¹²² Das ergaben die Interviews mit *Geishas* sowie mit Fachkräften (aus den Jahren 2006–2009).

¹¹²³ Entsprechend wird im japanischen Sprachgebrauch unterschieden zwischen: 1.) *Geisha*, die Künste (Musik, Tanz, Rezitation) darbietet, keine sexuellen Dienste erbringt, und 2.) *Jōro*, die Künste und sexuelle Dienste anbietet, 3.) *Shōgi*, welche die registrierte, steuerpflichtige Prostituierte ist, der es öffentlich-rechtlich erlaubt ist, sexuelle Dienstleistungen gegen Geld zu erbringen und 4.) *Shishō*, einer illegalen und nicht registrierten Prostituierten, die in einem Teehaus ihre potenziellen Kunden kennenlernt und sich dann extern verabredet.

¹¹²⁴ *Sexcare* existiert seit 2014 und ist eine Sexualbegleitung für Männer mit Behinderung; vgl. <www.sexcare.ch>, zuletzt besucht am 29.1.2018; es werden auch Dienste von Frauen für Frauen mit Beeinträchtigungen angeboten.

rum sollen real zu erwartende Gegenleistungen, die eine Person bekommt, wenn sie eine geschlechtliche Beziehungen führt, rechtlich anders behandelt werden?¹¹²⁵

B. Strafrechtliche Fragestellungen: Abgrenzung gegenüber Menschenhandel, Zwangsprostitution und Kinder- oder Jugendprostitution

1. Abgrenzung zu Menschenhandel, Zwangsprostitution und Kinderprostitution

Es gibt viele Opfer von Menschenhandel, Zwangsprostitution und Kinder- oder Jugendprostitution (vgl. Schweizerischer Prostitutionsbericht 2015). Auch Opfer von Gewalt und sexuellem Missbrauch *in der Familie* gibt es (zu) viele.¹¹²⁶ Zahlreiche Opfer sind in illegale Prostitution, Migration und Menschenhandel verwickelt. Hierbei handelt es sich um äusserst komplexe und aktuelle Phänomene, die jedoch mittlerweile in der Schweiz, in Europa und in der Welt vielseitig angegangen werden.¹¹²⁷ Dass diese Formen *unfreiwilliger, erzwungener Prostitution als Verstoß gegen die Menschenwürde und die sexuelle Selbstbestimmung streng zu verfolgen sind, ist unzweifelhaft richtig*. Das heisst aber nicht, dass nicht noch mehr gegen den Menschenhandel unternommen werden könnte (gerade die Anzahl der unbegleitete nach Europa migrierenden Kinder steigt), oder dass es nicht möglich wäre, bei der Strafverfolgung von Schlepperbanden international besser zu kooperieren,¹¹²⁸ oder dass Opfer eines Strafverfahrens nicht vermehrt noch zivilrechtliche Genugtuungs-forderungen stellen könnten.¹¹²⁹

Der Zwangsprostitution, der Kinder- und Jugendprostitution und dem Menschenhandel muss das Strafrecht beikommen. Ansonsten sind aber Fragen der Prostitution nur als *ultima ratio* mittels des Strafrechts zu lösen. Weder die mangelnde soziale Absicherung der Prostituierten (z.B. punkto Erwerb, Miete, Gesundheit) noch die Abhängigkeiten und die Gewaltprobleme im Sexmilieu noch die Migrationsbewegung infolge der Prostitutionstätigkeit lassen sich mit dem Strafrecht lösen. Diese Probleme sind vielmehr Sache des Zivil-, Sozial- und Ausländerrechts.

Die Grenze zwischen strafbarer Prostitution und legaler Prostitution, und damit höchstens im Einzelfall möglicherweise sittenwidrigem Vertragsinhalt, ist allerdings nicht immer einfach zu ziehen: Die strafrechtliche Rechtsprechung zum Menschen-

¹¹²⁵ So auch *Rother*, AcP 172 (1972), 498.

¹¹²⁶ Der UN-Bericht über Verbrechen und Drogen 2016 (United Nations Office on Drugs and Crime, UNODC) geht bei den Opfern von Zwangsprostitution und Menschenhandel weltweit von einem Drittel Kindern aus, 71% der Opfer sind Frauen und Mädchen.

¹¹²⁷ Vgl. Zusatzprotokoll zur Verhinderung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels (in Kraft seit 26.11.2006, SR 0.311.542), UN-Kinderrechtskonvention vom 20.11.1989 (SR 0.107), die von der Schweiz und von Japan ratifiziert worden ist, sowie das Fakultativprotokoll zur Kinderrechtskonvention vom 25.5.2000 zum Schutze von minderjährigen Sexarbeiterinnen (in Kraft seit 19.10.2006, SR 0.107.2); «European Conference on Sex Work, Human Rights, Labor and Migration», Brüssel im Oktober 2005; neuer Art. 182 StGB zum Menschenhandel; relativ neue Prostitutionsgesetze der Kantone Waadt (in Kraft seit 1.9.2004) und Neuenburg (in Kraft seit 1.7.2006).

¹¹²⁸ Neuerdings *Rudolf*, 2/2014 STREIT, 50 ff.

¹¹²⁹ *Bertschi*, NFP, 24.

handel¹¹³⁰ kann aber auch in Bezug auf die Beurteilung der Selbstbestimmung und des Konsenses des konkreten Vertrags aufschlussreich sein. So fragt es sich denn auch, inwiefern eine erwachsene Person mit Migrationshintergrund überhaupt fähig sein kann, selbstbestimmt einen Prostitutionsvertrag zu schliessen: Handelt es sich dabei um eine Frau, die von einem Zuhälter zwangsweise ins Ausland geschickt wird, um Geld zu verdienen, oder um eine Person, die Schulden hat oder ihre Kinder unterstützen muss und diesen Weg «von sich aus» angetreten hat, oder aber um eine Studentin, die sich so nur einen Nebenerwerb verdient.¹¹³¹ Stets wird die Selbst- bzw. Fremdbestimmung im Einzelfall zu beurteilen sein.

Dieser Abschnitt zum Vertragsrecht beschränkt sich auf selbstbestimmten vertraglich vereinbarten Sex von Erwachsenen, d.h. von Personen ab 18 Jahren. – Alle drei Länder haben das fakultative Zusatzabkommen zur UN-KRK, das die Prostitution für Minderjährige generell verbietet,¹¹³² unterzeichnet. Das *allgemeine sexuelle Schutzalter* liegt jedoch teils tiefer als in der Schweiz: In Deutschland bei 14 Jahren (§ 176 Abs. 1 StGB) und im japanischen Strafgesetzbuch bereits bei 13 Jahren (Art. 176 *Keihô*) angesetzt wird, während es bekanntlich in der Schweiz bei 16 Jahren liegt (Art. 187 StGB, Art. 186 ff. StGB). Eine 16- oder 17-jährige Person für sexuelle Dienstleistungen zu entlohnen oder zu vermitteln, bleibt aufgrund des Ausgeführten verboten, selbst wenn das eigentliche Schutzalter tiefer liegt. Entsprechend wird unter dem Terminus Erwachsenenprostitution nachfolgend einheitlich die Prostitution ab 18 Jahren verstanden.¹¹³³

¹¹³⁰ Die strafrechtliche Rechtsprechung in der Schweiz beispielsweise besagt, dass eine aus einem Land mit sehr schwierigen wirtschaftlichen Bedingungen stammende Person nicht in der Lage sei, wirksam in die Prostitution einzuwilligen: seit BGE 128 IV 117 ff.

¹¹³¹ *Dahinden/Stants*, 70 ff.

¹¹³² Das Zusatzprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention gegen Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornografie der Generalversammlung der UNO vom 25.5.2000 Nr. 54/263 trat am 18.1.2002 in Kraft; in Deutschland wurde es im Dezember 2004 ratifiziert, in Japan im August 2004 und in der Schweiz im Juni 2002; es konkretisiert u.a. Art. 34 UN-KRK, der die Vertragsstaaten bereits dazu verpflichtet hat, Massnahmen zu ergreifen, um Kinder vor allen Formen der sexuellen Ausbeutung und des sexuellen Missbrauchs zu schützen: vgl. für Deutschland §§ 174 ff. StGB, die Schweiz Art. 186 ff. StGB und Japan Art. 176 ff. *Keihô*. Ferner stammt das japanische Gesetz zum Schutz der Kinder vor Kinderprostitution und -pornografie aus dem Jahre 1999/Nr. 52 und erhöhte das «Mindestalter» auf 18 Jahre.

¹¹³³ Seit der Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB), in Kraft seit dem 1. Januar 2007, besteht ausserdem eine verbesserte Grundlage zur Bekämpfung des Kindersextourismus. Vgl. die Beantwortung der Interpellation *Hubmann* 06.3812 – Interpellation vom 28.2.2007: Namentlich ist es gemäss Artikel 5 StGB (Straftaten gegen Unmündige im Ausland) neu möglich, Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz, die im Ausland schwere Sexualdelikte und Menschenhandel an Kindern begangen haben, unabhängig von ihrer Staatszugehörigkeit und ohne Rücksicht auf das ausländische Recht in der Schweiz zu verfolgen und zu bestrafen (Universalitätsprinzip). Reiseveranstalter, die offen oder versteckt auf die Möglichkeit sexueller Kontakte mit Kindern im Zielland hinweisen, können sich der Beteiligung an der im Ausland begangenen Tat in Form von Anstiftung oder Gehilfenschaft strafbar machen.

2. Gesetzliche Grenzen der Erwachsenenprostitution

a) Schweizerisches Strafrecht

Die selbstbestimmte Erwachsenenprostitution ist straflos in der Schweiz, dies zumal seit dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs im Jahre 1942 die heterosexuelle Prostitution *legal* ist (s.a. Ziff. I.A).

Mit der am 1. Oktober 1992 in Kraft getretenen Revision des *schweizerischen Sexualstrafrechts* haben sich die Bestimmungen zur Ausübung der Prostitution wesentlich geändert:¹¹³⁴ Statt wie bis anhin traditionelle Sittlichkeitsvorstellungen zu schützen und bestimmte *Formen* von Prostitution zu kriminalisieren (z.B. homosexuelle Prostitution), sollte neu nur noch die Beeinträchtigung der «sexuellen Integrität» einer Person strafrechtlich geschützt werden. Sofern eine Person aber freiwillig in eine sexuelle Handlung einwilligt, sollte diese fortan nicht mehr gesetzeswidrig sein. Damit wurde *das Konzept der Sittlichkeit offiziell aus dem Sexualstrafrecht verbannt*. Vertragsrechtlich betrachtet, ist diese Form der Rechtswidrigkeit seither also kein Thema mehr (Art. 19 f. OR). Da der Anwendungsbereich der «guten Sitten» aber darüber (und über Verbotsgesetze) hinausgehen kann, heisst das noch nicht, dass damit jegliche Art von Prostitution und jeder Prostitutionsvertrag zulässig wären.

Dennoch gibt es Formen der Erwachsenenprostitution, die strafbar bleiben sollen. Namentlich sind Personen davor zu bewahren, unfreiwillig der Prostitution zugeführt oder in diesem Gewerbe festgehalten zu werden.¹¹³⁵ Art. 195 StGB («*Förderung der Prostitution*»¹¹³⁶) zählt auf, welche *Formen nach wie vor strafbar sind*: 1.) Das Zuführen einer erwachsenen Person in die Prostitution bzw. in dieses Gewerbe, vorausgesetzt es liegen Abhängigkeitsverhältnisse vor oder es locken Vermögensvorteile. 2.) Es liegen Beeinträchtigungen bei der Ausübung vor: z.B. Überwachung von Zeit und Ort. 3.) Ein Festhalten der betroffenen Person in der Prostitutionstätigkeit. Zudem schreibt lit. a von Art. 195 (in Kraft seit dem Juli 2014)¹¹³⁷ explizit fest, dass keine minderjährige Person zur Prostitution zugeführt oder in der Absicht, daraus Vermögensvorteile zu erlangen, in ihrer Prostitutionstätigkeit gefördert werden darf. Art. 196 StGB stellt ferner sämtliche sexuellen Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt unter Strafe.¹¹³⁸ Das Verbot des *Menschenhandels* ist ausserdem beson-

¹¹³⁴ Botschaft zur Revision des Sexualstrafrechts von 1992: BBl. 1985 II, 1064; Rehberg, AJP 1/1993, 29 ff.; s. bereits Hürlimann, 47 ff.

¹¹³⁵ Erfasst wird damit sowohl die hetero- wie auch die homosexuelle Prostitution: Hürlimann, 4 f.; BSK StGB II-Meng/Schwaibold zu Art. 195 N 2 ff., 6.

¹¹³⁶ Nach der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts wird Prostitution als ein *gelegentliches oder gewerbsmässiges Anbieten* oder Preisgeben des eigenen Körpers an eine beliebige Person verstanden: Erfasst wird damit sowohl die hetero- wie auch die homosexuelle Prostitution: Hürlimann, 4 f.; BSK StGB II-Meng/Schwaibold zu Art. 195 N 2 ff., 6.

¹¹³⁷ Fassung gemäss Anhang Ziff. 1 des BB vom 27. September 2013 (Lanzarote-Konvention), in Kraft seit 1. Juli 2014 (AS 2014 1159; BBl. 2012, 7571).

¹¹³⁸ Diese Bestimmung ist ebenfalls in Kraft per 1. Juli 2014. Der Schutz von Kindern wird auch durch Art. 187 StGB gewährleistet; ausserdem hat die Schweiz das Übereinkommen vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes (UN-KRK, SR 0.107), das Palermo-Abkommen, das UN-Zusatzprotokoll zu Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels (insbesondere des Frauen- und Kinderhandels) zum Übereinkommen vom 15.11.2000 gegen die grenzüberschreitend organisierte Kriminalität (SR 0.311.542) sowie das UN-Übereinkommen vom

ders in Art. 182 f. StGB geregelt.¹¹³⁹ Die Rechtsprechung hat in diesem Rahmen etwa die *Selbstbestimmungsfähigkeit eines Opfers zur Einwilligung in die Prostitution verneint*.¹¹⁴⁰ Art. 199 StGB sanktioniert schliesslich ausdrücklich, wenn kantonale Vorschriften zu Ort, Zeit und Art der Prostitution verletzt werden (z.B. wenn der kantonale Strichplan nicht eingehalten wird). Das kantonale und kommunale Recht darf indes die bundesrechtlich zulässige Prostitution nicht behindern; das lässt sich bereits aus dem Vorrang des Bundesrechts folgern (Art. 123 BV, Art. 49 BV).¹¹⁴¹

b) Deutsches Strafrecht

Es bestehen auch im deutschen Recht strafrechtliche Schranken zur Prostitution. Verbotsnormen zum Prostitutionsvertrag im Sinne von § 134 BGB finden sich insbesondere in §§ 176, 180–182 des *deutschen Strafgesetzbuches* (StGB), welche die Prostitution von unter 16-Jährigen gänzlich verbieten und sie für die 16- bis 18-Jährigen auf Dauer einschränken. § 184 StGB statuiert zudem explizit ein Prostitutionsverbot in der Nähe von Schulen und dergleichen. Hinzu kommt eine Reihe von deutschen Gesetzesbestimmungen, die Kinder und Jugendliche speziell vor der Gefährdung durch die Prostitution schützen sollen. Namentlich erwähnt sei hier nur das *Jugendschutzgesetz* (JuSchG), das unter 18-Jährigen den Besuch von Nachtclubs und dergleichen untersagt und sie von sog. «jugendgefährdenden» Orten fernhalten will. Nach dem Schrifttum und der Rechtsprechung sind damit alle Orte gemeint,¹¹⁴² an denen Prostitution stattfindet.

§ 181a StGB verbietet – ähnlich wie das schweizerische Recht die «Zuhälterei» – das gewerbsmässige Fördern sowie das Festhalten in der Prostitution. Mit dem Prostitutionsgesetz wurde die Tatbestandsvoraussetzung einer konkreten «Beeinträchtigung der persönlichen oder wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit» hinzugefügt, die bei einer verbotenen gewerbsmässigen Prostitutionsausübung (Art. 181a Abs. 2 StGB) vorliegen muss.¹¹⁴³ Die selbstbestimmte Vereinbarung von Zeit, Ort und Mindestentgelt eines Bordellbetreibers und einer Prostituierten erfüllt diesen Straftatbestand aber noch nicht;¹¹⁴⁴ «*Arbeitet also eine Prostituierte freiwillig in einem Bordell oder bordellähnlichen Betrieb, liegt allein in der Eingliederung in eine Organisationsstruktur*

18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau ratifiziert (CEDAW, SR o.108).

¹¹³⁹ Menschenhandel bedeutet nach der international gültigen Definition insbesondere: «*Menschen anwerben, anbieten, vermitteln, beherbergen oder annehmen zum Zweck der Ausbeutung*». Das Übereinkommen des Europarates vom 16. Mai 2005 zur Bekämpfung des Menschenhandels wurde von der Schweiz im Dezember 2011 ratifiziert und ist am 1. April 2013 in Kraft getreten: Die Ausbeutung kann sexueller Natur sein oder auch eine Arbeitskraft im Care-Sektor (Ausbeutung von Care-Migrantinnen) betreffen. Nach Angaben des Bundesamts für Statistik hat die Anzahl der Strafverfahren in Sachen Menschenhandel und der betreffenden Opferberatungen sowie die «Förderung der Prostitution» von 2012 auf 2013 stark zugenommen (Stand 30.06.2014).

¹¹⁴⁰ Seit BGE 128 IV 117 ff.

¹¹⁴¹ Strassenprostitution ist gesteigerter Gemeingebrauch, der eingeschränkt werden darf, aber die Verbote müssen verhältnismässig bleiben: BGE 99 Ia 504 ff., BGE 101 Ia 473 ff.

¹¹⁴² *Malkmus*, 71.

¹¹⁴³ *Malkmus*, 115 ff., 121; BT-Drucks. 14/5958, 5 f.

¹¹⁴⁴ BGH, Urteil vom 10. Februar 2010 (Az. 5 StR 328/09) Rn. 13–14; s.a. NJW 2010, 1615; BGHSt 48, 314 ff., 317, 319; zur Kritik an der diesbezüglich unklaren Gesetzesformulierung s. *Malkmus*, 122.

tur mit einer Vorgabe von festen Arbeitszeiten, Einsatzorten und Preisen noch kein «Bestimmen» im Sinne von § 181a Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. StGB» vor.¹¹⁴⁵ Ferner liegt ein «Bringen zur Prostitution» bei einer Person, die bereits der Prostitution nachgeht, nur dann vor, wenn sie diese reduzieren oder ganz aufgeben will und daran gehindert wird.¹¹⁴⁶ Während also die selbstbestimmte Prostitution erlaubt ist, auch wenn sich die betroffene Person den Arbeitsbedingungen der Betreiberin oder des Betreibers eines Bordells untergeordnet hat, ist die Prostitution, wenn sie aus prekären wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeitsverhältnissen erfolgt, fremdbestimmt.¹¹⁴⁷ Es wird indes prinzipiell von einer straffreien Prostitution nach § 181a StGB ausgegangen, und zwar auch dann, wenn eine Betreiberin oder ein Betreiber etwa sozialversicherungs- oder steuerrechtliche Vorschriften verletzt.¹¹⁴⁸ Darin zeigt sich, dass der Gesetzgeber primär das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung schützen will.

Auch das Festlegen von Mieten und gewisser Zahlungspflichten für die Prostituierten ist grundsätzlich zulässig, sofern damit auch Leistungen seitens der Organisation des Prostitutionsgewerbes in Verbindung stehen. Hingegen wird nach BGH die *Selbstbestimmung der Prostituierten dann übermässig eingeschränkt*, wenn diese Leistungspflichten «willkürlich» – ohne Gegenleistung und pauschal – angesetzt sind und bei deren Nichtleistung Sanktionen erhoben werden, welche die Selbstbestimmung von Prostituierten faktisch einschränken: wenn z.B. ein pauschales Standgeld erhoben wird, das eine Prostituierte in jedem Fall täglich zu leisten hat. Interessant an diesem BGH-Entscheid ist der Vergleich mit den üblicherweise zulässigen Regelungsinhalten eines gültigen Arbeitsverhältnisses und dem, was bei einer selbstständigen Berufsausübung zulässig sein muss.¹¹⁴⁹ Dies belegt, dass Verträge im Prostitutionsgewerbe nach allgemeinen vertragsrechtlichen (insb. arbeitsvertraglichen) Standards gemessen werden sollen.

Noch heteronomer als in der Schweiz präsentieren sich allerdings in den einzelnen Ländern die jeweiligen Rechtsordnungen mit ihren vielen ordnungs- und strafrechtlichen Vorschriften, welche die Prostitution an bestimmten Orten überhaupt oder zu bestimmten Tageszeiten verbieten (§ 184 StGB).

c) Japanisches Strafrecht

Die japanischen Sondergesetze zur Prostitution und der Regelung des Unterhaltungsgewerbes (dazu unter Ziff. II.C.) weisen für sich genommen vergleichbare Strafbestimmungen gegen die Zuführung einer Person zur Prostitution und das Festhalten einer Person in der Prostitution auf. Weitere ausserhalb der erwähnten Gesetze stehende strafrechtliche Regelungen zur Prostitution gibt es deshalb nur wenige: So stellt das japanische Strafgesetzbuch die Förderung einer Person zum Geschlechtsverkehr, die keine entsprechenden Gewohnheiten hat, unter Strafe (Art. 182 *Keihô*). Die Vergewaltigung und die Schändung gelten als Antragsdelikte (Art. 177 f.

¹¹⁴⁵ BGH, Beschluss vom 1. August 2003 (Az. 2 StR 186/06).

¹¹⁴⁶ BGH, Urteil vom 17. März 2004 (Az. StR 474/03).

¹¹⁴⁷ AnwaltKommentar StGB-Grabow, § 181a StGB, Rn. 16 f.

¹¹⁴⁸ BGHSt 48, 314 ff., 321; AnwaltKommentar StGB-Grabow, § 181a StGB, Rn. 17, 25 ff.

¹¹⁴⁹ Es ging im BGH-Urteil vom 10.2.2010, Rn. 14. konkret um ein «Standgeld» von 30 EUR sowie um eines von 15 EUR an «Nichtwerktagen».

i.V.m. Art. 180 *Keihô*¹¹⁵⁰).¹¹⁵¹ Allerdings musste der Antrag noch bis ins Jahr 2000 innert sechs Monaten gestellt werden.¹¹⁵² Bereits erwähnt wurde, dass die Kinderprostitution seit dem Jahre 1999 speziell geregelt ist und alle sexuellen Handlungen mit Kindern und Jugendlichen unter 18 Jahren unter Strafe gestellt sind.¹¹⁵³

Ende der 1980er-Jahre kam auch in Japan das Thema sexuelle Belästigung im Arbeitsverhältnis, das «*seku-hara*»,¹¹⁵⁴ aufs Tapet. Rund zehn Jahre später (1998) wurde schliesslich eine entsprechende Bestimmung ins *Kinto-hô*, dem japanischen Chancengleichheitsgesetz im Arbeitsleben, aufgenommen. Allerdings ergeht bei einer sexuellen Belästigung bis heute *keine* strafrechtliche Sanktion.¹¹⁵⁵ In einem Fall von «*seku-hara*» wurde einer Frau, die sexuell belästigt worden war und der infolgedessen eine Rache-kündigung ausgesprochen worden war, gestützt auf Art. 709 *Minpô* (unerlaubte Handlung) ein Schadenersatzanspruch von 1200'000 Yen (ca. 10'000 CHF) zugesprochen.¹¹⁵⁶ Begründet wurde dieses Urteil u.a. mit dem Argument, dass die sexuelle Selbstbestimmung – als Teil des Persönlichkeitsrechts der betroffenen Frau – dadurch verletzt worden sei.¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁰ Gesetz Nr. 45/1907, i.d.F.v. Nr. 26/2010.

¹¹⁵¹ Im Urteil des *Chisai Osaka* vom 12. März 1971 ging es um eine Vergewaltigung einer Frau nach Art. 177 *Keihô*, *Hanrei Taimuzu* Nr. 267, 376 f.; Art. 177 *Keihô* lautet: Wer eine Frau oder ein Mädchen von über 13 Jahren mit Gewalt oder Drohung zum Geschlechtsverkehr zwingt, soll wegen Vergewaltigung zu mindestens 2 Jahren Gefängnis verurteilt werden. Das gleiche gilt für den Verkehr mit unter 13-jährigen Mädchen.

¹¹⁵² *Burns*, 36.

¹¹⁵³ *Kôsai Tokio*, Urteil vom 10.6.2002, *Geppô* 55 (5), 172: Bestrafung eines Inhabers mehrerer Lokalitäten im Sexgewerbe, der eine 16-Jährige beschäftigte, ohne dies jedoch zu wissen; die entsprechende Kenntnis seines Geschäftsführers wurde dem Inhaber angerechnet, obschon der Geschäftsführer von ihm die Anweisung erhalten hatte, keine Minderjährigen anzustellen. Es wurde dem Inhaber u.a. angelastet, dass er als Vorbestrafter ungenügende Vorsichts-massnahmen hinsichtlich der Alterskontrolle getroffen habe; zu diesem Fall schon *West, Lovesick Japan*, 145 f. Auch in diesem Fall hat sich das englische Lehnwort «*sexual harassment*» im Japanischen durchgesetzt, obschon es japanische *Termini* dafür gäbe, beispielsweise: «*seiteki iyagarase*».

¹¹⁵⁴ Abk. für *Koyô no bun'ya ni okeru danjo no kintô na kikai oyobi taigû no kakuho-tô ni kansuru hōritsu* 雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律 [abg. Chancengleichheitsgesetz im Arbeitsleben; *Equal Employment Opportunity Law*] ursprüngl. Nr. 113/1972, rev. 45/1985, in Kraft seit 1986; rev. Nr. 92/1997, rev. Nr. 82/2006. Seit der Revision (2007) umfasst es auch gleichgeschlechtliche sexuelle Belästigungen. Nicht zu verwechseln ist dieses Gesetz mit dem «*Danjo kyōdō sankaku shakai kihon hō*» Nr. 78/1999, dem sog. Partizipationsgesetz vom 28. Juni 1997. Dabei handelte es sich um ein Rahmengesetz zur Schaffung einer Gesellschaft, an der sich Männer und Frauen gleichermaßen beteiligen sollten. Das Gesetz gegen häusliche Gewalt und für den Opferschutz («*Bōshi-hō*» Nr. 31/2001) trat am 11. Januar 2008 in Kraft.

¹¹⁵⁵ *Saikōsai*, Urteil vom 16.7.1999 zu einem zivilrechtlichen Forderungsprozess infolge sexueller Belästigung am Arbeitsplatz und einer entsprechenden Rache-kündigung, «*Rodô Hanrei*» Nr. 767 (1999), 14 ff., 16 ff.: Der stellvertretende Direktor Y der Firma F hatte die Arbeitnehmerin X auch als Haushälterin bei sich zu Hause angestellt. X macht geltend, dass sie unmissverständlich zu einer sexuellen Beziehung von Y aufgefordert worden sei, und als sie sich verbal zur Wehr setzte, habe Y ihr gegenüber mit Gewalt und der Androhung eines Bonusentzugs reagiert. Schliesslich erhielt sie von ihm eine ordentliche Kündigung wegen «ungenügender Arbeitsmoral».

¹¹⁵⁷ In einem anderen Fall von *seku-hara* an einer öffentlichen Grundschule wurde der betroffenen Lehrerin aufgrund der Persönlichkeitsverletzung ein Schadenersatzanspruch von 500'000 Yen (ca. 4500 CHF) geleistet (*Chisai Osaka*, Urteil vom 6. November 1999, «*Rodô hanrei*» Nr. 767 (1999) 18 f.).

C. Ausländerrechtliche Fragestellungen

Eng verbunden mit den strafrechtlichen sind die ausländerrechtlichen Fragestellungen, denn ohne eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung kann eine Prostituierte keiner Erwerbstätigkeit in der Schweiz nachgehen. Es erstaunt deshalb wenig, dass viele Fragen rund um die Ausbeutung im Prostitutionsgewerbe verknüpft sind mit unerfüllbaren ausländerrechtlichen Aufenthaltsbestimmungen und daher mit entsprechenden Ängsten vor Sanktionen. So verlangt etwa die Schweiz von EU/EFTA-Angehörigen bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit eine Arbeitsbescheinigung; für Personen aus Drittstaaten ist die Prostitutionstätigkeit keine arbeitsmarktqualifizierende Zulassungsvoraussetzung.¹¹⁵⁸

D. Rechtstheoretisch-grundrechtliche Fragestellungen

Die Frage nach der Selbstbestimmung wird *rechtstheoretisch-grundrechtlich* mit derjenigen nach der Menschenwürde verbunden: Im Zusammenhang mit der Prostitutionstätigkeit stellt sich die Frage, ob jede Form der Prostitution eine gesellschaftlich inakzeptable Kommodifizierung der eigenen Person darstellt, welche die Menschenwürde verletzt, und deswegen der rechtsgeschäftlichen Disposition entzogen werden soll. Die Würde eines Menschen resultiert allerdings gerade *auch aus seiner Fähigkeit zur Selbstbestimmung*.¹¹⁵⁹ – Dass auch fremdbestimmte bzw. urteilsunfähige Personen eine Menschenwürde haben, wird hier als selbstverständlich vorausgesetzt. – Will man aber begründen, dass eine selbstbestimmte Prostitution gegen die Menschenwürde verstösst, müsste die Menschenwürde als ein objektiver, von der einzelnen Person nicht verfügbarer Wert gedacht werden können, der sich unabhängig von der individuellen Selbstbestimmung festlegen lässt.¹¹⁶⁰

Aus *grundrechtlicher Perspektive* fragt sich ferner, ob eine sich ohne Zwang prostituierende, erwachsene Person geschützt werden muss, ob also seitens des Staates eine Pflicht besteht, eine solche Person vor einer eventuellen Selbstschädigung zu schützen. Jede Person gefährdet sich grundsätzlich, wenn sie sich zu sexuellen Handlungen bereit erklärt. Allerdings muss es selbstbestimmten erwachsenen Menschen grundsätzlich erlaubt sein und zugestanden werden, über ihren Körper und ihre Intimsphäre insofern zu entscheiden, als sie selbstbestimmt sexuelle Handlungen vornehmen dürfen. Dies entspricht ihrem Recht *auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit* (Art. 10 BV, Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 13 *Kenpô*) und muss auch dann gelten, wenn eine der Parteien damit Geld verdient. Bloss weil ein Entgelt im Spiel ist, kann nach der hier vertretenen Ansicht prinzipiell weder von einer nicht konsensualen Sexualität ausgegangen werden (denn sonst wären alle Arbeiternehmenden nicht konsensual erwerbstätig) noch davon, dass entgeltlicher Sex *per se* etwas *menschenunwürdiges* sei, denn das würde bedeuten, die grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung des Individuums zu ignorieren. Zudem wäre damit auch

¹¹⁵⁸ BGE 140 II 460 ff., E. 4.1.4 betr. selbständige oder unselbständige Tätigkeit einer Prostituierten nach schweizerischem Ausländergesetz und dem dazugehörigen Verordnungsrecht (SR 240.200/201); Prostitutionsbericht des Bundesrats 2015, 23 f.

¹¹⁵⁹ VG Berlin, Urteil vom 1.12.2000, Az.: VG 35 A 570/99, STREIT 2001, 11 (15), «Café Pssst!».

¹¹⁶⁰ VG Neustadt, Beschluss vom 21.5.1992, Az. 7 L 1271/92, NVwZ 1993, 98 (99).

das *Recht auf freie Berufswahl* eingeschränkt. Dies gilt auch dann, wenn man davon ausgeht, dass es sich nicht um einen Beruf wie jeden anderen handelt.

Aus der feministisch-theoretischen Perspektive stellt sich die bereits einleitend erwähnte, grundlegende Frage nach der systematischen Geschlechterdiskriminierung, welche der Prostitution zugrunde liegt bzw. durch diese konstruiert wird. Körpererfahrungen entlang der Geschlechtergrenzen sind verschieden, was sich u.a. auch in sexuellen Machtpraktiken äussert. Deshalb haben Wissenschaftlerinnen sich seit Beginn der Gleichstellungsdebatten für die körperliche Selbstbestimmung von Frauen eingesetzt, also auch dafür, dass der eigene Körper der Kontrolle durch andere entzogen werden soll. Da Prostitution bislang noch zu mehr als 80% von Frauen für Männer vorgenommen wird, *ist das Thema fraglos genderrelevant*. Die zunehmende Machtverschiebung zwischen den Geschlechtern hat zwar auch das Prostitutionsgeschäft von Männern für Frauen aktiviert¹¹⁶¹, doch stehen die Zahlen derzeit – zumindest in der Schweiz, Deutschland und Japan – noch in keinem ausgewogenen Verhältnis zueinander. Ein Erklärungsgrund hierfür ist die geltende *geschlechtsspezifische Verteilung der ökonomischen Ressourcen*.¹¹⁶² Der *historische Ausschluss der Frauen von Beruf, Einkommen und Vermögen* trug dazu bei, dass ihre Wahlfreiheit bis heute mehr oder weniger eingeschränkt geblieben ist und sie auf der Seite der Anbieter sexueller Dienstleistungen wesentlich stärker vertreten sind.¹¹⁶³ Wäre ein gleichberechtigter Zugang von Frauen zur Berufs- und Erwerbswelt (weltweit) eine Realität, ist fraglich, wie viele Frauen nach wie vor gewillt wären, ihr Geld mit selbstbestimmter Prostitution zu verdienen. – So lautet zumindest die berechnete Argumentation der Abolitionistinnen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass beispielsweise eine in einem grossen Club in der Schweiz arbeitende Prostituierte im Monat rund dreimal mehr verdienen kann als eine Verkäuferin an der Kasse im Lebensmittelgeschäft¹¹⁶⁴ und eine Studentin, die in der Stadt Zürich eine halbstündige sexuelle Massage anbietet, für das gleiche Entgelt ca. 15 Stunden lang Fussnoten korrigieren muss. Ferner gibt es auch Frauen, die in einem Alter sind, in dem sie nicht mehr in den Arbeitsmarkt finden und sich deshalb prostituieren.¹¹⁶⁵ – Und es muss allgemein die Frage erlaubt sein, wann das Entgelt für eine Dienstleistung in unseren Rechtsordnungen eine Rolle spielen darf, und wann nicht; und *wem es erlaubt ist*

¹¹⁶¹ Wobei Männerprostitution auch schon historisch belegt ist, ist ferner die Prostitution von Transgender Personen ein neueres Phänomen: *Weitzer*, 9.

¹¹⁶² OECD, Gender Equality in Education, Employment and Entrepreneurship: Final Report to the MCM 2012, abrufbar unter: <<http://www.oecd.org/employment/50423364.pdf>>, zuletzt besucht am 29.1.2018, Rn. 13-2.; s.a. den Gender Data Browser der OECD: <<http://www.oecd.org/gender/>>, zuletzt besucht am 15.3.2015. Die UN stellt eine gewisse Stagnation in der Entwicklung der Verteilung der Arbeiten zwischen den Geschlechtern fest: Transforming Work for Womens Rights, Chapter 2, <<http://progress.unwomen.org/en/2015/chapter2/>>, zuletzt besucht am 29.1.2018. Nach dem GNI per capita (PPP), female (2011) <<http://hdr.undp.org/en/content/estimated-gni-per-capita-ppp-female-constant-2011-ppp>>, zuletzt besucht am 29.1.2018, das heisst dem GNI speziell für Frauen ausgerechnet, figurieren die Schweiz an dritter und Deutschland an sechster Stelle, während Japan an 17. Stelle aufgelistet ist.

¹¹⁶³ Bereits darauf hingewiesen hat: *Gilman, Charlotte Perkins*: Women, Migration and Prostitution in Thailand, *International Social Work* 40 (1997) (erstmalig 1898), 182 ff.; s.a. *Chimienti*, 88 ff.; *Müller*, 114 ff.

¹¹⁶⁴ Angaben von vier Frauen einer Stätte im Jahre 2009.

¹¹⁶⁵ Vgl. das Porträt einer 50-jährigen alleinerziehenden mehrfachen deutschen Mutter, die rund 5000 Euro im Monat verdient, m.w.N. zu Expertinnenmeinungen: *Fichter*, 3.

und sein soll, mittels eines menschlichen Körpers Geld zu verdienen, und wem nicht. Zu denken ist hier beispielsweise an die Schönheitschirurgie, bei der viele Männer (und Frauen) an Frauenkörpern (und zunehmend an Männerkörpern) sehr gut verdienen, ohne dass das Argument der Menschenwürde in diesem Zusammenhang artikuliert wird.

Auf den Punkt gebracht dürfte die hier massgebliche genderrechtliche Fragestellung demnach lauten: Warum sollen Frauen (alle Erwachsenen), die sich prostituieren möchten, einmal mehr an einer selbstbestimmten, möglicherweise sogar lukrativen Erwerbstätigkeit – z.B. durch die vertragsrechtlichen Schranken der «guten Sitten» – gehindert werden? Und *wer* hat das Recht, ihnen diese Tätigkeit zu verbieten? Das gesetzgebende Parlament oder das urteilende Gericht – also Institutionen, die in keinem der Länder je geschlechtergleich besetzt sein dürften? Der Prostitutions-debatte im Allgemeinen und den Vertragsschranken im Besonderen liegen also die grundrechtliche Fragestellung nach dem Zugang von Frauen zu Ausbildung und Arbeit, nach ihren materialen Berufschancen und ihren Arbeitsbedingungen und ihrem Gesundheitsschutz zugrunde.¹¹⁶⁶

Hinzu kommen *kulturelle Differenzen*, die zu beachten sind:

In der herrschenden japanischen Wissenschaft hat Sexualität ausserhalb der Gesundheitswissenschaften noch wenig Bedeutung, dies obschon das Sexgewerbe («*mizu shobai*») weit verbreitet ist; etwas besser untersucht sind die Straftatbestände (Vergewaltigung).¹¹⁶⁷ Vorstellungen weiblicher Sexualität vonseiten der (Haus-)Frauen sind gar nicht untersucht.¹¹⁶⁸ Allerdings ist anzumerken, dass die japanischen Feministinnen die Diskussion um sexuelle Selbstbestimmung und Frauenhandel bereits Ende des 19. Jahrhunderts aufgegriffen haben und sich gegen den Verkauf von jun-

¹¹⁶⁶ Vgl. nur Art. 5 CEDAW Convention Against All Discrimination of Women 1980 (1981, in Deutschland und Japan in Kraft seit 1985, in der Schweiz seit 1997): «*States Parties shall take all appropriate measures:*

(a) To modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women;

(b) To ensure that family education includes a proper understanding of maternity as a social function and the recognition of the common responsibility of men and women in the upbringing and development of their children, it being understood that the interest of the children is the primordial consideration in all cases.»

S.a. schon Art. 1 und 3 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1.12.1966 (i.d.F. 1976, in der Schweiz seit 1992 in Kraft, in Deutschland seit 1973, in Japan seit 1979). OECD, Gender Equality in Education, Employment and Entrepreneurship: Final Report to the MCM 2012, abrufbar unter: <<http://www.oecd.org/employment/50423364.pdf>>, zuletzt besucht am 29.1.2018, Rn. 13-2.; s.a. den Gender Data Browser der OECD: <<http://www.oecd.org/gender/>>, zuletzt besucht am 29.1.2018. Die UN stellt generell (die Schweiz figuriert darin nicht) eine gewisse Stagnation in der Entwicklung der Verteilung der Arbeiten zwischen den Geschlechtern fest: Transforming Work for Womens Rights, Chapter 2, <<http://progress.unwomen.org/en/2015/chapter2/>>, zuletzt besucht am 29.1.2018.

¹¹⁶⁷ Burns, 67 ff.; West, Lovesick Japan, 145 ff. (der aber auch das Sexgewerbe untersucht hat).

¹¹⁶⁸ Interview mit der bekannten feministischen Rechtsanwältin Fumiko Kanazami in den 1990er-Jahren, in: Buckley, 76 f.; beispielsweise ist nach Kanazami Sexualität in Scheidungsfällen kaum ein Thema; in den Scheidungsfällen, die West (Lovesick Japan, 176 ff.) analysiert hat, scheint sich das aber zu ändern.

gen Töchtern an Prostitutionsstätten wehrten.¹¹⁶⁹ Während der Menschenhandel also schon früh verurteilt wurde, sind Vorstellungen über Sexualität, Reproduktion und Ehe in der japanischen Gesellschaft bis heute teilweise unterschiedlich im Vergleich zur Schweiz oder zu Deutschland.

So kann beispielsweise der Gruppenbesuch unter japanischen Arbeitskollegen in einer Stätte neben rechtlichen Aspekten für die Prostituierten auch durchaus reale arbeitsrechtliche Auswirkungen für die betreffenden Männer haben. Wenn ein junger Arbeitnehmer beispielsweise nicht mitmacht, riskiert er, bei einer Beförderung übergangen zu werden.¹¹⁷⁰

E. Familienrechtliche Fragestellungen

Familienrechtliche Fragen stellen sich im Zusammenhang mit Prostitution weniger, denn weder die Familienplanung noch die Abstammungsrechte sind direkt davon betroffen. Trotzdem bestehen natürlich gewisse Zusammenhänge: Sexualität war und wird traditionell in der Partnerschaft oder Ehe gelebt («kanalisiert»). Sie war und ist nur teilweise mit Liebe und Familie verbunden. Zwar ist Sexualität nach wie vor auch mit Fortpflanzung verbunden, allerdings in sehr viel geringerem und weniger wichtigen Masse als in der Vergangenheit (z.B. aufgrund von Verhütungsmitteln und Reproduktionstechnologien).

1. Konsensuale Sexualität innerhalb und ausserhalb der Ehe

Die *konsensuale Sexualität* zwischen zwei Erwachsenen, die sich lieben oder nicht, ist heute jenseits des familienrechtlichen Status grösstenteils toleriert und *erfolgt ohne Leistung eines Entgelts*. Das veranschaulichen Phänomene wie der «Seitensprung» oder der sozial allgemein akzeptierte «*One-night-stand*», die in keinem der drei Länder gegen ein explizites Entgelt erfolgen und keine direkte (familien-)rechtlichen Folgen haben; insbesondere sind auch die Trennungs-/Scheidungsrechte heute nicht mehr verschuldensabhängig konzipiert. – Auch die Problematik der Entgeltlichkeit im Zusammenhang mit dem «*pretium stupri*», der zum Ehebruch anleiten sollte, und daher sittenwidrig war, wird heute anders beurteilt (vgl. dazu Ziff. III.A.4.a).

Das *japanische Familien- und Ehe*recht unterscheidet sich hinsichtlich konsensualer Sexualität zwischen Partnern innerhalb und ausserhalb der Ehe nicht grundlegend von dem deutschen und schweizerischen Recht und der Kultur. Auch die Prostitution wird diskutiert und nicht unbeschränkt toleriert, wie gleich zu sehen sein wird. Es lässt sich aber behaupten, dass die *Ehe und Sexindustrie* in Japan seit Langem gut koexistieren: Das scheint damit in Zusammenhang zu stehen, dass ausserehelicher Sex mit Prostituierten in Japan sowohl historisch-traditionell (vgl. Ziff. IV.A) wie auch heute noch gesellschaftlich mehr toleriert wird. Es hat aber auch damit zu tun,

¹¹⁶⁹ Die Diskussion um die jungen Frauen, die ihren verarmten Familien «dienen», gilt als Beginn des japanischen Feminismus: *Yayoi*, Interview, 11; *idem*, *Feminism and Imperialism*, in: *Buckley*, 1997, 25.

¹¹⁷⁰ *McLelland/Dasgupta*, 101 ff.; *Allison*, 154 ff.

dass die Fortpflanzung innerhalb der Ehe für eine Frau einen nach wie vor sehr hohen Stellenwert hat (vgl. Kap. 8-9).

Zugleich sind die durchschnittlichen Erwartungen an die eheliche Sexualität nicht besonders hoch angesetzt. Die bekannte feministische Soziologin und Emerita der Tokio Universität *Ueno Chizuko* (*1948) erklärt in einem Interview aus den 1990er-Jahren¹¹⁷¹ (und dessen Inhalt sie der Autorin gegenüber im Jahre 2007 bestätigte):

«As you know Japanese couples get married for the institution and not out of romantic love. The *Hanakozoku*¹¹⁷² go into marriage with very low expectations of romantic or sexual satisfaction. They choose the institution of marriage because of the material advantages it offers to them. They secure their lives financially and socially with a good match. That is not to say that they give up their sexual desire. There is no question of this. They simply don't pursue that desire within marriage.»

Haben in der japanischen Kultur aussereheliche sexuelle Beziehungen zu Prostituierten (heute zunehmend auch von Frauen eingegangen¹¹⁷³) zusammenfassend eine weniger negative Konnotation, so ist auch zu vermuten, dass die Einstellung zur Entgeltlichkeit der Prostitution in Japan eine andere ist.

2. Unterschiedliche Vorstellungen von Sexualität

Im japanischen Recht gelten grundsätzlich die gleichen Abstammungsregeln wie im deutschen und schweizerischen Familienrecht: Es gilt die Geburtsmutterregel, und die rechtliche Elternschaft des Vaters wird durch Heirat gesichert (Art. 772 *Minpō*). Das Kindesverhältnis kann u.a. ferner *durch eine Anerkennung des Vaters oder der Mutter* begründet werden (Art. 779 *Minpō*). Im Unterschied zu den gegenwärtigen schweizerischen und deutschen Lebensrealitäten kommen die allermeisten japanischen Kinder jedoch in der Ehe zur Welt (98%). Es sind wie etwa in Südkorea und Griechenland weit unter 10% der Kinder, die ausserehelich geboren werden: 1-2 %.¹¹⁷⁴

Es kann daher nicht weiter erstaunen, wenn die Reproduktion an die Vorstellung von Ehe gebunden ist. Ist die Fortpflanzung an die Vorstellung von Ehe gebunden, so ist es auch die Sexualität, dies zumindest teilweise bei Sexualität mit den potenziellen (Ehe)Frauen. Die Vorstellung von *Sexualität als einem «Spiel», als einer Erholung und einem Vergnügen*, wird hingegen traditionell ausserhalb der Ehe in der Sexindustrie angesiedelt.¹¹⁷⁵ – In dieser Dichotomie spiegelt sich etwa auch die Vorstellung von einer zügellosen männlichen Sexualität als Konstrukt und normgebender Faktor. Zugleich entspricht diese Unterscheidung von Sexualitäten der auch in

¹¹⁷¹ Von *Sandra Buckley*, abgedruckt in *Buckley*, 285; Prof. *Ueno* bestätigt dies der Autorin gegenüber auf Fragen im Jahre 2009.

¹¹⁷² «*Hanakozoku*» sind die Hochglanzmagazine lesenden Frauen; «*Hanako*» sind Hochglanzmagazine zu Konsumgütern und Lifestyle.

¹¹⁷³ Schon *Ueno*, in: *Buckley*, 285; Zahlen des Gesundheitsministeriums für aussereheliche Beziehung: im Jahre 2008: Männer 20%, Frauen 11%.

¹¹⁷⁴ Jp. Longitudinalstudie 2001-2011, 13; Übersicht der OECD aus dem Jahre 2011, wobei die Zahlen von Japan aus dem Jahr 2007 stammen (Stand 31.1.2014), Seite 2 <http://www.oecd.org/els/family/SF2_4_Births_outside_marriage_and_teenage_births.pdf>, zuletzt besucht am 29.11.2016.

¹¹⁷⁵ Interview mit *Chizuko Ueno*, in: *Buckley*, 285; *Matsui*, in: *Buckley*, 147 f.

Deutschland und in der Schweiz alt hergebrachten bekannten Doppelmoral von «guten» Frauen und «schlechten» Frauen, die für eine Heirat infrage kommen oder nicht.¹¹⁷⁶ – Wobei die «schlechten Frauen» meist nur das tun und leben, was bei den Männern seit jeher als normal angesehen wird.¹¹⁷⁷

Im Unterschied zur Schweiz und Deutschland mag es jedoch sein, dass eine ausser-eheliche sexuelle Beziehung mit einer Prostituierten eher hingenommen wurde und wird. Und es darf davon ausgegangen werden, dass es zunehmend Frauen gibt, die ebenfalls aussereheliche Beziehungen leben.¹¹⁷⁸

Untrennbar mit der Vorstellungen von (A-)Sexualität und der Mutterrolle existiert auch ein weiteres japanisches Phänomen: *mazâkon*. Die Bezeichnung, die in den 1980er-Jahren erstmals von *Chizuko Ueno* geprägt worden ist und heute Eingang in den Alltagssprachegebrauch gefunden hat, beschreibt die intensive Bindung zwischen Mutter (*mazâ* von *mother*) und Sohn (*kon* von *son*). Weil der durchschnittliche japanische Vater arbeitsbedingt absent ist,¹¹⁷⁹ richten sich Liebe und Fürsorge der Mutter auf den Sohn. Das extrem kompetitive und teure japanische Schul- und Studiensystem trägt dazu bei, dass der Sohn um jede Hilfe dankbar ist und dies bis an sein Lebensende bleibt.¹¹⁸⁰ – Eine japanische Mutter ihrerseits weiss, dass sie im Alter auch auf Hilfe angewiesen sein wird (das externe Altenpflegesystem ist rudimentär ausgebaut).

Da in der japanischen Kultur aussereheliche Beziehungen zu Prostituierten weniger negativ ins Gewicht fallen, liegt auch die Vermutung nahe, dass die Einstellung zur Entgeltlichkeit von sexuellen Diensten in Japan eine andere ist.

III. Schranken zu vertraglich vereinbartem Sex gegen Entgelt in der Schweiz, Deutschland und Japan *de lege lata*

A. Rechtslage in der Schweiz

1. Keine Regelung des Prostitutionsvertrags

a) Rechtlicher Rahmen

Der Prostitutionsvertrag ist im schweizerischen Recht nicht besonders geregelt. Es kommen demnach die allgemeinen und besonderen Bestimmungen des Obligationenrechts auf einen solchen Vertrag zur Anwendung. Weder im Vertragsrecht noch im übrigen Privatrecht oder im öffentlichen Recht existieren jedoch explizite gesetzli-

¹¹⁷⁶ Matsui, in: Buckley, 148.

¹¹⁷⁷ Miller/Brandsley, 8: z.B. in der Meiji-Zeit Fahrrad fahren und heute «auf der Strasse», beides war/ist akzeptiert von Männern.

¹¹⁷⁸ Ibid.; vgl. zeitnaher die koreanische Soziologin: Ho, Journal of Anthropology 77 (2012) 3.

¹¹⁷⁹ Das japanische Arbeitssystem ist so ausgestaltet, dass es «Familiencharakter» hat, mit guter Kooperation, lebenslanger Anstellung und strengem Senioritätsprinzip.

¹¹⁸⁰ Oft ist es leider heute noch so, dass der Ausbildung der Töchter nicht die gleiche Wichtigkeit beigemessen wird.

che Schranken, die eine selbstbestimmte Vereinbarung über sexuelle Dienstleistungen gegen ein angemessenes Entgelt verbieten oder einschränken würden; zur Anwendung kommt traditionellerweise die Grenze der «guten Sitten». *Neuere kantonal- bzw. kommunale Gesetzeswerke* wie das Berner Prostitutionsgesetz (2012), der Gesetzesentwurf zur Sexarbeit aus dem Kanton Luzern (2015) oder die Prostitutionsgewerbeordnung der Stadt Zürich (2012) gehen heute explizit davon aus, dass eine vertragliche Vereinbarung über Sex gegen ein Entgelt gültig ist (nachfolgend Ziff. 2).

Es ist ferner seit Langem anerkannt, dass sich eine prostituierende Person sich auf Art. 27 BV, d.h. auf ihre Berufs- und Wirtschaftsfreiheit berufen darf.¹¹⁸¹ Auch der Betreiber einer Prostitutionsstätte kann dieses Verfassungsrecht anrufen.¹¹⁸² Ferner ist unbestritten, dass es einer Prostituierten zusteht, sich auf ihre persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV zu berufen.¹¹⁸³ Einschränkungen dieser Grundrechte bedürfen regelmässig einer gesetzlichen Grundlage und müssen verhältnismässig sein (Art. 36 BV). Demnach steht in der schweizerischen Rechtsordnung ausser Zweifel, dass eine erwachsene Person ihren Lebensunterhalt grundsätzlich mittels der Prostitution bestreiten darf und dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit untersteht. Unbekümmert darum, wie ihre Erwerbstätigkeit sittlich zu bewerten ist, wird sie nach ihrem Einkommen und Vermögen besteuert.¹¹⁸⁴

b) Lehrmeinungen

Gemäss einem Teil des schweizerischen Schrifttums wird heute ein Prostitutionsvertrag *nicht mehr als sittenwidrig angesehen*.¹¹⁸⁵ Ebenso ist ein Bordellvertrag mit einer gewissen eingeschränkten Präsenzpflicht, jedoch ohne Sexdienstleistungspflicht nach diesen Lehrmeinungen zulässig.¹¹⁸⁶ Eine Minderheit der Lehre hält indes die Prostitution trotz Wandels der Sittlichkeitsvorstellungen und der jüngsten politischen Entwicklungen erklärtermassen für sittenwidrig.¹¹⁸⁷ In einigen Fällen werden

¹¹⁸¹ BGer 2C_106/2015 vom 26. Juni 2015, E. 4.1 bestätigt dies jüngeren Datums ausdrücklich, *in casu* wird aber entschieden, dass die Wirtschaftsfreiheit der Prostituierten nicht verletzt sei, wenn der Strassenstrich nur in der Innenstadt von Zürich, auf öffentlichem Grund, von zehn auf vier Stunden in der Nacht beschränkt werde; BGE 137 I 167 ff., E. 3.1, E. 4 zum Genfer Prostitutionsgesetz: Das Bundesgericht befand, das Erfordernis, dass die Prostitutionsstättdbetreibende die betreffenden Hauseigentümer um ihre Einwilligung bitten müssten, schränke die Wirtschaftsfreiheit unverhältnismässig ein; BGE 111 II 295 ff., E. 2d, BGE 101 Ia 473 ff., E. 2b noch zu Art. 31 aBV: «Le fait que la prostitution puisse considérée comme contraire aux moeurs n'as pas pour effet de priver les personnes qui s'y livrent professionnellement du droit d'invoquer l'art 31 Cst.»; BGE 99 Ia 504 ff., 509.

¹¹⁸² So ausdrücklich BGE 137 I 167 ff., E. 3.1.

¹¹⁸³ Bericht Hilber 2014, 11.

¹¹⁸⁴ BGE 137 I 167 ff., E. 3.1.; s.a. BGer 6B_188/2011 vom 26.10.2011, E.2.3; E2.5. Hinzu kommt, dass ein Prostitutionseinkommen nicht per se «durch eine Straftat erlangt worden» sei und deswegen eingezogen werden könne nach Art. 70 Abs. 1 StGB. Das Strafrecht schütze nämlich mit Art. 195 StGB die selbstbestimmte Ausübung der Erwachsenenprostitution.

¹¹⁸⁵ Hürlimann, 178, 222 ff.; BSK OR I-Huguenin zu Art. 19/20 N 38 m.w.N.; *idem*, §4 Rn. 414; Furrer/Müller-Chen, 159 f.; Krauskopf/Kim Sommer, 57 ff.; Guillod/Steffen, CR CO-I- 19 f. N 70 – Letztere zwar nicht ausdrücklich, aber doch sinngemäss, indem sie die «sexuellen Belange» zwar noch als möglichen Anwendungsfall bezeichnen, aber als konkretes Beispiel den BGE 129 III 604 ff. zum Telefonsex zitieren, in dem der Vertrag eben gerade nicht als sittenwidrig angesehen wurde.

¹¹⁸⁶ Hürlimann, 231 ff.; BSK OR I-Huguenin zu Art. 19/20 N 38.

¹¹⁸⁷ So Schmid (2014) in: Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Rn. 672 f.

Vereinbarungen zu sexuellen Belangen (z.B. Telefonsex) bzw. der Prostitutionsvertrag jedoch immer noch als Standardbeispiele entweder für die Sittenwidrigkeit (Art. 19 f. OR)¹¹⁸⁸ oder die Persönlichkeitswidrigkeit (Art. 27 Abs. 2 ZGB)¹¹⁸⁹ bezeichnet.

c) Bericht des Bundesrates (2015)

Der Bundesrat geht in seinem Prostitutionsbericht aus dem Jahre 2015 (S. 20, dazu später mehr unter Ziff. II.B.2) – wie bereits in seiner schriftlichen Antwort auf die entsprechende Interpellation 12.3157 im Jahre 2012 – davon aus, dass der «Dirnenvertrag» für sich genommen *nicht* sittenwidrig sei und sich deswegen *eine bundesrechtliche Regelung des Prostitutionsvertrags und des Sexgewerbes erübrige*. Der Bundesrat stützt seine Ansicht dabei vor allem auf die neuere kantonale und kommunale Gesetzgebung (dazu nachfolgend unter Ziff. 3) sowie auf die Tatsache, dass es seit dem letzten Bundesgerichtsentscheid, der von einer Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags ausging, bereits 25 Jahre her seien; zudem gebe es mittlerweile auch einen gegenteiligen Entscheid einer unteren Gerichtsinstanz (dazu nachfolgend unter Ziff. 4).

2. *Kantonale und kommunale Regelungen zur Prostitution: Festschreibung der Vertragsgültigkeit*

Heute regeln zahlreiche kantonale Gesetze die Prostitutionstätigkeit und das Prostitutionsgewerbe. Sie schränken das Gewerbe ein und richten es an den sozialen Gepflogenheiten unseres Zusammenlebens aus, gleichzeitig möchten die Gesetze die Prostituierten schützen.¹¹⁹⁰ Bei diesen Regelungen handelt es sich meist einerseits um Einschränkungen in räumlicher oder persönlicher Hinsicht und andererseits um besondere Schutzpflichten bzw. Verantwortlichkeiten. Im Einzelnen unterscheiden sich diese kantonalen Gesetze jedoch erheblich von einander, sowohl in ihrem Regelungsgegenstand als auch in ihrem Detaillierungsgrad.

In der Schweiz stammen die ersten kantonalen Gesetze zur Prostitution aus dem Tessin und der Romandie: «*Legge sull' esercizio della prostituzione*» vom 25. Juni 2001,¹¹⁹¹ «*Loi sur l'exercice de la prostitution*» vom 30. März 2004 aus dem Kanton Waadt,¹¹⁹² «*Loi sur la prostitution et la pornographie*» vom 29. Juni 2005 aus dem

¹¹⁸⁸ Schwenzer, Rn. 32.28; Koller, § 13 Rn. 170; BK-Kramer, Art. 19/20 OR N 188 ff.; Berger, Rn. 1094; KuKo OR-Herzog zu Art. 19 N 15; CHK-Kut, zu Art. 19-20 OR N 25. Die drei letztgenannten Beiträge enthalten leider keine eigenen Stellungnahmen, obwohl sie neueren Datums sind.

¹¹⁸⁹ BK-Bucher, Art. 27 ZGB N 165. Nach h.L. umfassen die sittenwidrigen auch die persönlichkeitswidrigen Rechtsgeschäfte nach Art. 27 Abs. 2 ZGB, BSK ZGB I-Huguenin/Reitze zu Art. 27 N 8; BSK OR I-Huguenin zu Art. 19/20 N 43 ff.; a.A.: BK-Bucher, Art. 27 ZGB N 162 ff.; BGE 129 III 209 ff., 213, wobei das Motiv hierfür nicht inhaltlich-substanzialer Natur ist, sondern bei den unterschiedlichen Rechtsfolgen liegt: Teilnichtigkeit nach Art. 27 Abs. 2 ZGB und Nichtigkeit nach Art. 19/20 OR.

¹¹⁹⁰ Vgl. die kantonalen Regelungsübersichten im Prostitutionsbericht des Bundesrats 2015, 35 ff.

¹¹⁹¹ 1.4.1.3.

¹¹⁹² In Kraft seit dem 1. September 2004. Dieses Gesetz erfasst die Gelegenheitsprostitution nicht. Erwähnenswert ist ferner, dass im Kanton Waadt etwa auch ein spezieller «Ehrenkodex» (Stand 2010) besteht, der die Betreiberinnen und Betreiber einer Stätte verpflichtet, die in der Prostitu-

Kanton Neuenburg,¹¹⁹³ das Gesetz über die Ausübung der Prostitution vom 17. März 2010 aus dem Kanton Freiburg¹¹⁹⁴ und die «*Loi sur la prostitution*» vom 17. Dezember 2011 aus dem Kanton Genf.¹¹⁹⁵ Auch im Kanton Wallis ist jüngst ein Prostitutionsgesetz erlassen worden.¹¹⁹⁶ Die Ziele dieser im Einzelnen unterschiedlichen Gesetze¹¹⁹⁷ lassen sich auf drei wesentliche Punkte reduzieren: 1.) die Kriminalität im Milieu, d.h. die Gewalt und die Ausbeutung, soll verhindert werden, 2.) Gesundheitsproblemen soll vorgebeugt werden und 3.) es wird eine klare Regelung der Modalitäten der Prostitution und deren Kontrolle bezweckt (z.B. Ort, Zeit, Art).

Sämtliche kantonale Gesetze sehen eine *Bewilligungspflicht für Prostitutionsstätten und Regelungen zur Strassenprostitution vor*. Hinzu kann je nach Kanton auch eine *persönliche Anmeldepflicht* für die Prostituierten kommen, so beispielsweise in der Waadtländer Ausführungsverordnung zum Prostitutionsgesetz¹¹⁹⁸ sowie in den Gesetzen der Kantone *Tessin, Freiburg* und *Genf*. Art. 4 des Genfer Prostitutionsgesetzes erweist sich in seiner Registrierungspflicht als auffallend detailliert. Auch das Walliser Prostitutionsgesetz sieht eine persönliche Anmeldepflicht für Prostituierte vor.¹¹⁹⁹

Bereits die Tatsache, dass diese Kantone Bestimmungen zur Prostitution erlassen haben, bringt zum Ausdruck, dass eine Form der legalen, selbstbestimmten Erwachsenenprostitution anerkannt wird und dass somit auch Prostitutionsstätten und Vertragsverhältnisse mit solchen Etablissements grundsätzlich zulässig sind. Ferner ergibt sich, dass eine rechtliche Rahmenordnung zur verbesserten Kontrolle und zum verbesserten Schutz intendiert ist. Auch wenn die Erwachsenenprostitution implizit oder explizit als Arbeit bzw. als Gewerbe anerkannt (z.B. explizit im VD-Ehrenkodex 2010) wird, muss davon ausgegangen werden, dass diesen Anerkennungen gültige Verträge zugrunde liegen, selbst wenn dies *nicht ausformuliert* wird.

Die jüngeren Regelwerke aus der Deutschschweiz sind diesbezüglich expliziter: Namentlich zu erwähnen sind das im Jahre 2013 in Kraft getretene Berner Pro-

tion Tätigen als Arbeitnehmerinnen zu behandeln und zu schützen (z.B. sozialversicherungstechnisch abzusichern).

¹¹⁹³ In Kraft seit dem 1. Juli 2006.

¹¹⁹⁴ ASF 2010_045; wer ein Etablissement betreibt oder Wohnungen an Sexarbeiterinnen vermietet, muss seit dem 1. Juli 2014 ein Register mit der Identität aller Prostituierten führen und auflisten, welche Leistungen den Frauen geboten werden und was dafür kassiert wird.

¹¹⁹⁵ In Kraft seit dem 1. Mai 2010 (RSG I 2 49); ein interessantes Detail ist in Art. 2 Abs. 2 geregelt: professionelle Sexdienste für Menschen mit Behinderung sind von diesem Gesetz explizit ausgenommen und werden damit nicht als Prostitution verstanden: «*Les assistants sexuels pour personnes handicapées au bénéfice d'une formation adéquate n'entrent pas dans le champ d'application de la présente loi*».

¹¹⁹⁶ Das Prostitutionsgesetz (*Loi sur la prostituion*, LProst) ist mit der 2. Lesung vom 15. März 2015 angenommen worden. Das Gesetz mit dazugehöriger Verordnung ist per 1. Januar 2016 in Kraft getreten (Mitteilung vom 23.9.2015, Formation et sécurité, Article du B).

¹¹⁹⁷ Ein hervorzuhebender Unterschied ist, dass die Regelungen der Kantone NE und GE die Gelegenheitsprostitution vom gesetzlichen Anwendungsbereich ausnehmen und nur die Prostitution «*habituelle*» erfassen.

¹¹⁹⁸ «*Règlement d'application de la loi du 30 mars 2004 sur l'exercice de la prostitution (RLPros)*» vom 1.9.2004 (RSG 943.05.1).

¹¹⁹⁹ U.a. mit der Begründung, dass anderenfalls ca. 3'500'000 CHF Mieteinnahmen un versteuert blieben (s. Fn. 71).

stitutionsgesetz (PGG)¹²⁰⁰ und der entsprechende Gesetzesentwurf mit Botschaft zur Sexarbeit im Kanton Luzern,¹²⁰¹ der das Prostitutionsgewerbe umfassend regeln sollte.¹²⁰² – Der Luzerner Gesetzesentwurf wurde indes nach langen Diskussionen mit Entscheid vom 14.9.2015 nicht angenommen. Dennoch kann festgehalten werden, dass diese beiden kantonalen Regelungswerke u.a. ausdrücklich festhalten, dass Vereinbarungen über Sex gegen Entgelt im Rahmen des übergeordneten Rechts gültig seien.

Ebenso ist laut Art. 2 der Prostitutionsgewerbeverordnung (PGVO) der Stadt Zürich vom 7. März 2012 die Vornahme von «sexuellen Handlungen gegen Entgelt» zulässig und Rechtsgeschäfte im Rahmen des Bundesrechts sollen erlaubt sein: «Bei der Ausübung der Prostitution entstehen im Rahmen des übergeordneten Rechts gültige *Verträge*».¹²⁰³ Zudem ist es ein erklärtes Ziel der Zürcher Stadtregierung, die Prostituierten zu schonen und die Anwohner zugleich besser vor Lärm und Störung durch Prostituierte und Freier zu schützen (z.B. durch Strichpläne, zeitliche Einschränkungen und neuerdings durch sog. Strichboxen).¹²⁰⁴ – Hervorzuheben ist ferner, dass die PGVO die Bewilligungspflicht der Stätten (ab drei Prostituierten) an das Vorlegen eines relativ detaillierten Betriebskonzeptes knüpft, das v.a. auch Auskunft über das Rechtsverhältnis und die Preisvereinbarungen zwischen dem Betrieb und den Prostituierten geben können muss (Art. 13 Abs. 1 PGVO/Art. 4 Abs. 4 und Abs. 5 sowie Art. 5 Ausführungsbestimmungen [AfB] PGVO), namentlich darüber, ob Eintritts-

¹²⁰⁰ Art. 2 Gesetz über das Prostitutionsgewerbe vom 7.7.2012 (BSG 953.90); betr. unselbständige Tätigkeit s.a. BGer 9C_347/2013 vom 3.7.2013, E.5.3; weiterführend zur Regelung im Kanton Bern: Krauskopf/Kim Sommer, 57 ff., 64 ff.

¹²⁰¹ Verträge «über die Ausübung von Sexarbeit» sind gültig: § 3 Gesetzesentwurf; dieser wurde mit Botschaft des Regierungsrates B 138 vom 3. Februar 2015 an die Kantone überwiesen.

¹²⁰² *Einschränkungen in räumlicher Hinsicht*: Es wird regelmässig ein räumlicher Bereich für die Strassenprostitution festgelegt (sog. Zonen- oder Strichplan). Prostitution soll nicht in Wohnquartieren oder in der Nähe von Schulen oder Kirchen stattfinden. In der Stadt Zürich gibt es stark eingeschränkte Zonen, einen Strichplan und Verrichtungsboxen. *Einschränkungen in persönlicher Hinsicht*: Die Betreiberin oder der Betreiber einer Prostitutionsstätte (Vermietung von Räumen, Vermittlung von Kunden) braucht eine persönliche Bewilligung, die von den individuellen Voraussetzungen der betreffenden Person (wie Leumund, Strafregisterauszug, korrekte Buchführung) abhängig gemacht und nur befristet erteilt wird. Ausgenommen von der Bewilligungspflicht sind meist nur Einpersonenunternehmen, die sexuelle Dienste in ihren Wohnungen anbieten (z.B. Art. 6 Abs. 1 PGVO). *Verantwortungen werden benannt*: Die Betreiberin oder der Betreiber wird dafür verantwortlich gemacht, dass keine minderjährigen Personen und keine Zwangsprostituierten in der Prostitutionsstätte tätig sind; ferner dass die gesundheitlichen Schutzvorschriften sowie polizeirechtlichen Ruhevorschriften eingehalten werden. *Schutzpflichten und Präventionsangebote*: Externe Informationsstellen sollen zudem für Gesundheits- und Berufsberatung sorgen. – Der Kanton Basel-Stadt beispielsweise regelt demgegenüber mit der Strassenprostitutionsverordnung vom 19.12.2006 (724.500) nur diesen Zweig des Gewerbes und hält dies erklärtermassen für genügend.

¹²⁰³ Kantonales Zivilrecht kann nur im Rahmen des Bundesrechts legiferiert werden (Art. 5 ZGB), da aber das Bundesrecht diese Frage, wie gleich ausgeführt wird, nicht explizit regelt und die Bundesgerichtsentscheide nach der hier vertretenen Ansicht keine vertiefte Begründung für die Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrages bietet, sind die entsprechenden kantonalen Regelungen vertretbar.

¹²⁰⁴ Die PGVO trat am 1. Juli 2012 in Kraft. Sie stellt ferner neu nach Art. 8 und 11 die Nutzung des öffentlichen Grundes zur Ausübung der Strassenprostitution sowie die Salonprostitution unter eine Bewilligungspflicht und sanktioniert nach Art. 17 PGVO die Ausübung der Strassen- und Fensterprostitution ausserhalb der zugelassenen Gebiete und Zeiten ohne Bewilligung; vgl. BGer 2C_106/2015 vom 26.6.2015.

preise verlangt werden und welche Leistungen diese ggf. umfassen, ob von der dienstleistungserbringenden Person ein Mietpreis für das Zimmer verlangt wird oder ob die Kosten, welche der Betrieb hat, über einen Abgabemodus abgerechnet werden und wenn ja, über welchen. Zudem muss ausgeführt werden, ob die Dienstleistungserbringenden auch separat im Betrieb wohnen und/oder übernachten können, welche Zusatzleistungen der Betrieb ggf. erbringt (Wäsche-, Reinigungsdienst, Gesundheitskontrollen) und wie Schäden am Inventar zu decken sind. Überdies ist anzugeben, wie die sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Vorgaben einzuhalten sind (Art. 4 Abs. 3 lit. f AfB PGVO) und wie die Mehrwertsteuer abgerechnet werden soll. Wenn also auch nach PGVO die einzelnen Prostituierten und Kleinstbordelle keiner Bewilligung bedürfen, so können (auch) die ganz kleinen Etablissements nach der Bau- und Zonenordnung der Stadt Zürich nur dort betrieben werden, wo der Wohnanteil unter 50 % liegt.¹²⁰⁵

Im Resultat bleibt in diesen Kantonen kein Raum mehr zur Annahme, ein Prostitutionsvertrag sei sittenwidrig.

3. *Rechtsprechung zu vertraglich vereinbartem Sex gegen Entgelt*

a) *Rechtsprechung des Bundesgerichts*

Es gibt grundsätzlich nur wenig Bundesgerichtsentscheide, die sich unmittelbar mit Vereinbarungen über sexuelle Dienstleistungen gegen ein Entgelt auseinandersetzen. Allgemein ist davon auszugehen, dass viele Fälle den Weg an die Gerichte aus naheliegenden (finanziellen und gesellschaftlich-stigmatisierenden) Gründen nicht machen dürften.

Es ist aber festzuhalten, dass bis in die 1980er-Jahre hinein das Schweizerische Bundesgericht sinngemäss entschied, dass der Prostitutionsvertrag bzw. der Dirnenvertrag sittenwidrig (nach Art. 19 f. OR) und damit ungültig sei.¹²⁰⁶ Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit des Vertrages war regelmässig, dass die betroffene Person das Entgelt für ihre erbrachte sexuelle Leistung bei keinem Gericht einfordern konnte.¹²⁰⁷ Das Bundesgericht führte in seinem bekannten *zivilrechtlichen Leitentscheid zur Prostitution aus dem Jahre 1985* aus, eine «Dirne» habe nach einem Unfallereignis Anspruch auf Entschädigung für ihren Verdienstaufschlag – und zwar unabhängig davon, ob die Tätigkeit, die sie ausübe, sittenwidrig sei oder nicht. Es erklärt wörtlich:¹²⁰⁸ «Grundsätzlich ist indes festzuhalten, dass Verträge mit Prostituierten, die im Hinblick auf ihre Tätigkeit geschlossen werden, sittenwidrig sind.» Eine Begründung, warum diese Tätigkeit gegen die «guten Sitten» verstossen soll, fehlt in diesem Leit-

¹²⁰⁵ Art. 24c Abs. 3 BZO (AS 700.100 i.d.F. vom 20. August 2014, in Kraft seit dem 2.4.2015). Nach der Fraueninformationszentrale (FIZ) hätten neu etliche Kleinstbordelle keine Chance mehr auf Bewilligung, womit die Frauen in grosse Stätten oder in die Illegalität gedrängt würden (Mehr Platz für Sexgewerbe, NZZ vom 4.6.2015).

¹²⁰⁶ BGE 111 II 295 ff., 301; ZR 85 (1986) Rn. 28: weitere Beispiele für Auswirkungen auf Hilfsgeschäfte: BGE 91 IV 69, 70 betr. Unsittlichkeit des Gewerbes der Dirne, welche nicht zur Folge habe, dass die Pfändung ihres Lohnes ausgeschlossen sei; BGE 39 II 85 ff., 89, E. 3 vom 15.3.1913 betr. Sittenwidrigkeit einer Zuwendung im Konkubinats; BGE 20 I 992 ff., 998 f., E. 3 (vom 3.11.1894).

¹²⁰⁷ Vgl. lit. B.1.a.

¹²⁰⁸ BGE 111 II 295 ff., E. 2

entscheid des höchsten Gerichts. Die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts wurde als ein Grundsatz rezipiert. Im betreffenden Zusammenhang hat sich eine Begründung allerdings auch tatsächlich erübrigt.

Ein strafrechtlicher Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 2011 greift die Thematik der Sittlichkeit im Allgemeinen und die der Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags im Besonderen im Zusammenhang mit der Beschlagnahmung von Geld aus Prostitution auf. In der Erwägung (E. 2.3) wird diesbezüglich auf zwei gegensätzliche Lehrmeinungen im Zivilrecht verwiesen und angefügt (E.2.3):¹²⁰⁹ *«Es ist weiterhin davon auszugehen, dass die Unsittlichkeit des auf entgeltlichen Geschlechtsverkehr gerichteten Prostituiertenvertrags zu bejahen ist»*. – Eine Begründung, warum ein Prostitutionsvertrag im Jahre 2011 noch sittenwidrig sein soll, fehlt in diesem Fall ebenfalls. Damit lässt sich auch aus diesem jüngeren strafrechtlichen Entscheid nach der hier vertretenen Ansicht in Bezug auf die Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags nichts Substanzielles ableiten.

Hinzu kommen einzelne Entscheide des Bundesgerichts zu den Anforderungen an das vertragliche Verhältnis zwischen Massage- bzw. Clubdamen und der jeweiligen Stätte, in der sie tätig sind. In einem jüngeren Entscheid aus dem Jahre 2013 wird in diesem Zusammenhang erstmals *die sozialversicherungsrechtliche Abgabefrage der Stätte zugunsten von Clubdamen thematisiert und bejaht*, wobei das Bundesgericht dabei jegliche Erwägungen zur Sittenwidrigkeit des Bordellvertrags unterlässt.¹²¹⁰ Daraus lässt sich schliessen, dass auch im Ausländer- und Arbeits-(sozialversicherungs)recht von einem gültigen Vertrag über sexuelle Handlungen für Dritte gegen Entgelt ausgegangen werden kann. – Hervorzuheben sind in diesem Kontext auch die bereits älteren Urteile zu *Mietverträgen mit Prostituierten*, die seit Mitte der 1980er-Jahre nicht mehr *per se* als sittenwidrig angesehen wurden.¹²¹¹

Ein interessanter zivilrechtlicher Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 2003 betrifft sodann die Beurteilung der Gültigkeit *eines Vertrags über Telefonsex, d.h. sog. Mehrwertdienste* von *«téléphone rose»*. Das Bundesgericht kommt in besagtem Entscheid u.a. zum Schluss, dass der Vertrag zwischen dem Benützer des Telefonanschlusses und den Anbietern von erotischen und pornografischen Dienstleistungen weder rechts- noch sittenwidrig sei.¹²¹² Das Bundesgericht führt in diesem Entscheid

¹²⁰⁹ BGer 6B_188/2011 vom 26. Oktober 2011, E. 2.3.

¹²¹⁰ BGer 9C_347/2013 vom 3. Juli 2013, E. 5.3.

¹²¹¹ Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 26.10.1985 in ZR 85 (1986) N. 28: betr. Ausweisungsbegehren wegen einer die «geschlechtliche Unsittlichkeit fördernde[n] Tätigkeit»: Daran kann das Obergericht im Jahre 1985 u.a. nicht festhalten, da der Zürcher Stadtrat die Zonen für die Prostitution ausgeschieden habe (einen Strichplan von Zürich gibt es heute noch) und die Prostitution nicht strafbar sei, was *e contrario* bedeute, dass die Prostituierten irgendwo wohnen müssten (mit Hinweis auf *Hafer*, Schweizerisches Strafrecht 1974, 141); s.a. SJZ 82 (1986) Nr. 41, 264 ff.; Urteil des Mietgerichts Zürich (MP 2/1992, 2 ff.). Anders noch: Urteil des Obergerichts Luzern vom 2.3.1982 in SJZ 81 (1985) N. 10. Keine gesonderte Prüfung der Zumutbarkeit ist ausserdem erforderlich, wenn Räume statt als Büro als Massagesalon benutzt werden (BGE 132 III 109 ff.).

¹²¹² BGE 129 III 604 ff.; s.a. auch zur Problematik BGE 128 IV 177 ff.; dieser Entscheid kann freilich aus einer Konsumentenschutzperspektive durchaus krit. angesehen werden, vgl. *Schöbi*; grundsätzlich befürwortend, krit. betr. verkürzter Begründung: *Ogorek*, FS Wiegand 2005, 573 ff., 579 f. mit Rechtsvergleich zu den vielen widersprüchlichen deutschen Telefonsexurteilen (dazu nachfolgend Lit. B/3.).

knapp und vergleichend aus, dass der Vertragsinhalt insbesondere deshalb nicht sittenwidrig sei, weil im Gegensatz etwa zur Prostitution keine direkten Körperkontakte im Spiel seien; wörtlich: «[e]n l'espèce, fournir des prestations de nature érotique ou pornographique par téléphone n'équivaut pas à offrir son corps contre rémunération.» Im Übrigen sei davon auszugehen, dass die Vorstellungen von Sittlichkeit sich geändert hätten: Wenn ein Bundesamt für die Vergabe solcher Telefonnummern zuständig sei und Werbung mache, dürften die Bürgerinnen und Bürger durch die reine Existenz solcher Telefonsexdienste sich nicht (mehr) brüskiert fühlen (allerdings war der Dienst zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch in der Hand der Swisscom): «Si un office fédéral procède à une telle attribution, il faut croire que les services en question ne choquent pas la morale ambiante.» Im Resultat musste der 21-jährige Abonnent seine hohe Rechnung von rund 16'000 CHF begleichen.¹²¹³ – Es ist hier zunächst nur festzuhalten, dass auch in diesem Entscheid eine Begründung, warum ein Prostitutionsvertrag sittenwidrig sein soll, fehlt.

Ferner wird auch die vertragliche Verpflichtung zur *Hochschaltung eigener erotischer Bilder*, wie schon ausgeführt, vom Bundesgericht als gültig angesehen, wobei das Gericht in diesem Entscheid allgemein erwägt, dass im «Lichte der heutigen Moralvorstellungen und der Verbreitung pornografischen Materials»¹²¹⁴ bei einem solchen Vertrag nicht von einem Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB ausgegangen werden könne.

b) Bezirksgerichtsurteil von Horgen (Kanton Zürich) vom 9. Juli 2013

Ein jüngerer Entscheid des Bezirksgerichts Horgen vom 9. Juli 2013 beurteilte den Prostitutionsvertrag unter Würdigung der gewandelten Sittlichkeitsvorstellungen und im Hinblick auf das neue kommunale Gesetz in der Stadt Zürich sowie unter Berücksichtigung der zahlreichen politischen Vorstösse auf Bundesebene für nicht mehr sittenwidrig. *Dies gelte zumindest im Grossraum Zürich.* Gestützt auf diesen Entscheid, verurteilte der Einzelrichter einen Kunden zur Bezahlung des mit der Prostituierten vereinbarten Entgelts.¹²¹⁵

4. Stellungnahme

a) Keine Begründung nötig im Zeitalter des Sittlichkeitswandels?

Eine genauere Betrachtung bringt zum Vorschein, dass es nicht nur wenig höchsterichterlichen Entscheide zur Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags gibt, sondern auch praktisch keine, die begründen, warum ein solcher Vertrag sittenwidrig sein soll.¹²¹⁶ Die Fundiertheit der in den Entscheiden getroffenen Annahmen und deren Wiederholungen können deshalb infrage gestellt werden. Nun mag man dagegen

¹²¹³ BGE 129 III 604 ff., 617, E. 5.3.

¹²¹⁴ BGE 136 III 401 ff., E. 4.2.3, 5.4.2.; die fragliche Person konnte mithin gültig erklären bzw. einwilligen: «Meine Bilder können im Original ins Internet, wenn man das Gesicht fast nicht erkennt.»

¹²¹⁵ FV120047; ZR 112/2013 Nr. 85, 295 ff., E.2.1.3. und vgl. Anm. 299, dass das Urteil rechtskräftig ist; *Hürlimann, Brigitte*: Prostitution ist nicht sittenwidrig, NZZ vom 4.12.2013, 15; *Krauskopf/Kim Sommer*, 65 f.

¹²¹⁶ Im Ergebnis ähnlich *Krauskopf/Kim Sommer*, 57 ff., 62 f.; die auf die vielen *obiter dicta* hinweisen.

einwenden wollen, dass dies eben gerade nicht erstaunlich sei, denn in den älteren Entscheiden musste das sog. Anstandsgefühl eben gerade nicht hinterfragt werden. Aber zumindest von höchstrichterlichen Entscheiden im 21. Jahrhundert, die sich mit einem Sittenverstoss in höchstpersönlichen Angelegenheiten auseinanderzusetzen haben, darf (gerade vor dem Hintergrund der neueren Lehre) mehr als die blossе Referenz auf alte Rechtsprechung erwartet werden: eine Begründung, warum ein Prostitutionsvertrag für sittenwidrig anzusehen ist.

Dazu gehörte auch die Beantwortung der nach wie vor offenen Frage, wie es denn juristisch zu begründen sei, dass eine Prostituierte und ein Betreiber einer Stätte sich zwar unbestrittenermassen seit Langer Zeit *erfolgreich* auf die verfassungsrechtliche Wirtschafts- und Berufsfreiheit (Art. 27 BV) berufen konnten, ohne einen gültigen Vertrag miteinander geschlossen zu haben (kein rechtswidriger, aber doch ein sittenwidriger)? Wie ist das in der Rechtsrealität – jenseits strenger Dichotomie von öffentlichem und privatem Recht – konstruierbar, zumal sich die Vertragsfreiheit anerkanntermassen aus der Wirtschaftsfreiheit ableitet? Sollten in den vergangenen Jahrzehnten und in all den bekannten Fällen nur Realkontrakte oder ungerechtfertigte Bereicherungen entstanden sein, weil die jeweiligen Verträge ungültig waren? Und warum genau sollte einer Prostituierten zwar wegen Verdienstauffalls ein *Anspruch aus unerlaubter Handlung* gegenüber einer Drittperson zustehen, zugleich aber der diesem Schadenersatzanspruch zugrunde liegende Vertrag ungültig sein? – *Es erscheint dogmatisch nicht ausreichend*, sich in diesem Punkt mit der blossen Feststellung der Widersprüchlichkeit zu begnügen und diese nicht einmal ansatzweise auflösen zu wollen.¹²¹⁷ Insbesondere dann nicht, wenn neuere Entscheide implizit von «Arbeitsverhältnissen», «Arbeitsbewilligungen» und/oder einem gültigen Bordellvertrag zwischen Prostituierten und ihren Arbeitsstätten ausgehen und wenn entgeltliche Verträge über Telefonsex oder das Aufladen von eigenen erotischen Bildern für legitim angesehen werden. Vielmehr müsste nach Art. 36 BV dargelegt werden können, dass für die Beschränkung der wirtschaftlichen und persönlichen Freiheit (Art. 27 BV, Art. 10 Abs. 2 BV) eine genügende Gesetzesgrundlage besteht, und dass die auferlegten Vertragsschranken verhältnismässig sind. – Ein einheitliches Bundesgesetz zur Regelung der Sexarbeit, das die vertragsrechtlichen Belange klarstellt, andere Rechtsbereiche (Sozialversicherungsrecht, Ausländerrecht) regelt und die Schranken der Ausübung der Prostitution zumindest in einer Rahmenordnung bundesweit festlegt, könnte nach der hier vertretenen Ansicht durchaus zeitgemäss sein.

Im Gegensatz zum jüngsten Bericht des Bundesrates (2015)¹²¹⁸ kann es deshalb letztlich nicht ausreichen, abzuwarten, bis das Bundesgericht seinen nächsten Prostitutionsentscheid fällen und den Prostitutionsvertrag eindeutig der Sittenwidrigkeit entziehen wird. Gerade weil es sich um einen besonderen Vertrags-typ handelt, besteht ein Regelungsbedarf, der über die gültige vertragsrechtliche Entgeltforderung hinaus geht: Insbesondere sollte das jederzeitige Widerrufsrecht allen betroffenen Personen bekannt sein und es sollten keine angeblichen Nicht- oder Schlechterfüllungsansprüche entgegengehalten werden können (dazu nachfolgend unter Ziff. V).

¹²¹⁷ Hürlimann, 29 ff., 32.

¹²¹⁸ Prostitutionsbericht des Bundesrats 2015, 20 ff.

b) Sexuelle Dienstleistungen – rechtliche Differenzierung aufgrund des Körperkontakts?

Die beiden jüngeren zivilrechtlichen Entscheide zum Telefonsex und zum Hochladen von erotischen Bildern sprechen explizit den Wandel der Sittlichkeitsvorstellungen an. Beide Entscheide lassen grundsätzlich Vertragsinhalte sexueller oder erotischer Natur zu. – Der Entscheid zum Telefonsex (BGE 129 III 604) differenziert *in einem Nebensatz* zwischen Prostitution als körperlicher sexueller Dienstleistung und anderen sexuellen Dienstleistungen wie Telefondiensten. Dass dies in der Lebensrealität zwei verschiedene Arten von sexuellen Dienstleistungen sind, sei zunächst unbestritten. Es ist aber eine andere Frage, ob eine rechtliche Differenzierung sich wertungsmässig widerspruchsfrei auch begründen liesse. Ferner fragt sich, ob sich aus diesem kursorischen und unbegründeten Vergleich schliessen lässt, dass der Prostitutionsvertrag heute noch sittenwidrig ist bzw. sein soll. Letzteres kann gestützt auf den Wortlaut von E. 2.5 verneint werden. Das bedeutet freilich noch nicht, dass das Bundesgericht in seinem nächsten Entscheid alle Vereinbarungen zu sexuellen Dienstleistungen gegen Entgelt für gültig ansehen wird.

Kritisch lässt sich fragen, ob und inwiefern rechtliche Differenzierungen (betr. Sittenwidrigkeit) im Hinblick auf die Kommerzialisierung von Sexualität aufgrund des *Ausmasses des Körperkontakts* der sich prostituierenden (d.h. der sich hingebenden) Person möglich sind bzw. künftig möglich sein sollen: Denn erstens werden die Grenzen zwischen gar keinem Körperkontakt, d.h. zwischen verbalen bzw. virtuell-bildlichen Formen des entgeltlichen sexuellen Kontakts über Formen mit wenig Körperkontakt (z.B. sexuelle Massagen, Kostümierung) bis hin zu einem vollen Körperkontakt (Geschlechtsverkehr) nicht immer einfach zu ziehen sein. Zweitens ist der Zweck all dieser Formen sexueller Handlungen der gleiche: die Lustbefriedigung einer Person durch die selbstbestimmten sexuellen Handlungen anderer Personen gegen ein Entgelt. – Wollte man also die vertragliche Vereinbarung von körperlichem Sex gegen Entgelt noch als sittenwidrig ansehen, müsste man sich (wieder) die Frage gefallen lassen, was es denn genau sei, das angeblich mit der «Sittenordnung» unvereinbar und wovor der Schutz stattfinden soll: Vor der Lustbefriedigung? Vor dem Körperkontakt? Vor einer sexuellen Dienstleistung für sich genommen? Oder vor der Geldleistung?

In diesem Kontext erscheint die Diskussion des *SM-Beispiels* interessant, denn dabei muss eine Sexarbeiterin («Domina») nicht in direktem Körperkontakt mit ihrem Kunden stehen. Und es ist auch nicht zu erkennen, warum sie als Objekt behandelt oder in ihrer Menschenwürde verletzt wird, wenn es doch die andere Person ist, die in Fesseln liegt. Auch der Anwendungsfall der «*Sexcare*», der entgeltlichen sexuellen Dienstleistungen für Menschen mit Behinderung, fügt sich nicht in ein binäres Denken von sexuellen Dienstleistungen mit Körperkontakt, die sittenwidrig sein sollen, und solchen ohne Körperkontakt, die akzeptabel sein sollen, denn es wird sich bei Sexcare regelmässig um fließende Übergänge und oder besondere Dienstleistungen zwischen Sex und Care handeln. – Der Kanton Genf hat jedenfalls die «*Sexcare*» aus-

drücklich vom gesetzlichen Anwendungsbereich des Prostitutionsgesetzes ausgenommen (Art. 2 Abs. 2).¹²¹⁹

Daraus lässt sich der Schluss ziehen: Es ist schwerlich eine rechtliche Differenzierung zwischen sittlichen oder unsittlichen sexuellen Handlungen gegen Entgelt auszumachen, die kohärent entlang der Grenzen Körperkontakt/kein Körperkontakt oder entlang der Frage nach dem Entgelt/kein Entgelt verlaufen könnte. Besteht also ein Wandel der Wertvorstellungen hinsichtlich sexueller Dienstleistungen gegen Entgelt, wie es das Bundesgericht ausführt, so sollte dies grundsätzlich einmal für jede Art von vertraglich vereinbarter sexueller Handlung gegen angemessenes Entgelt gelten (ohne kriminelle Begleiterscheinungen).

Fragt sich abschliessend noch, ob sich eine rechtliche Differenzierung aufgrund des unterschiedlichen Motivs des Vertragsschlusses zu sexueller Handlung gegen Entgelt rechtfertigen kann? Eine sog. unsittliche Geldleistung für sexuelle Handlungen steht bzw. stand bekanntlich auch bei den Fällen des sog. «*pretium stupri*» zur Debatte (insbesondere bei Klauseln des sog. «Geliebtentestaments»):¹²²⁰ Das Bundesgericht beurteilte Geldzuwendungen zwischen ausserehelichen Paaren jedoch nur dann als unsittlich, wenn die Zuwendung dazu bestimmt war, das «ehebrecherische Verhalten» zu fördern. Dass die Fälle des «*pretium stupri*» sich inhaltlich mit denjenigen der Prostitution gleichsetzen lassen, kann nicht behauptet werden, denn neben einem beschränkten Anwendungskreis (auf Ehegatten beschränkt) und neben dem Schutz der Sittlichkeit wurde in den Fällen von «*pretium stupri*» vor allem auch der *soziale Schutz der Familienangehörigen* intendiert. Indes sind beide Sachverhalte auch nicht grundverschieden. Da aber mittlerweile ein Drittel der Paare im Konkubinat leben und von einer Scheidungsrate von zwischen 40-50% auszugehen ist,¹²²¹ rechtfertigt sich dieser Schutz nicht mehr. – Entsprechend dem Wandel der Sittlichkeitsvorstellungen und einem verminderten Schutzbedürfnis von Familien vor ausserehelichen Partnerschaften und nicht ehelicher Sexualität liegen auch keine neueren Gerichtsentscheide zu diesem Thema vor.

- c) Welches können die rechtsethischen Vorstellungen sein, die der Gesamtrechtsordnung zugrunde liegen?

Zusammenfassend erscheint es fraglich, ob das Schweizerische Bundesgericht vor dem Hintergrund der zahlreichen neuen kantonalen und kommunalen Regelungen, dieses jüngsten Zürcher Entscheids sowie angesichts der aktuellen politischen Situation im Allgemeinen und den diskutierten Bundesgerichtsentscheiden einen Prostitutionsvertrag heute noch als sittenwidrig beurteilen würde. Selbst wenn man davon ausginge, dass es «objektive Gesichtspunkte der Moral und der guten Sitten»¹²²² gäbe

¹²¹⁹ Es sei die Anmerkung erlaubt, dass eine laufende juristische Untersuchung der Universität Frankfurt a.M. existiert, die sich mit dem verfassungsrechtlichen Anspruch von behinderten Menschen auf Sexcare beschäftigt.

¹²²⁰ BGE 109 II 15 ff., 17, E. 1b; BGE 101 Ia 473 ff., 476, E. 2b; BGE 85 II 378 ff. (sog. Geliebten-testament); BGE 39 II 85 ff., 89, E. 3 (1913) betr. Sittenwidrigkeit einer Zuwendung im Konkubinat; BGE 20 I 992 ff., 998 f., E. 3 (1894), mit dem Hinweis, dass nur Verträge mit direktem Bezug zu sexuellen Belangen ungültig seien, andere Verträge zwischen Konkubinatspaaren könnten gültig sein; BGE 18 I 324 ff., 328, E. 4. (1892).

¹²²¹ Bericht zur Modernisierung des Familienrechts März 2014.

¹²²² BGE 136 III 401 ff., 408.

– was jedoch bestritten wird –, müsste das Bundesgericht in der Lage sein, diese «objektivierten Gesichtspunkte», die gegen eine selbstbestimmte Erwachsenenprostitution sprechen, zunächst einmal zu belegen.

Das Bundesgericht würde, wie in Kapitel 5 ausgeführt, bei einem Beizug der Sittenklausel auf die *rechtsethischen Vorstellungen und Wertungen unserer Gesamtrechtsordnung* zurückgreifen müssen. Da aber *de lege lata* ein Prostitutionsvertrag im Kanton Bern und im kommunalen Recht der Stadt Zürich explizit gültig ist und demnach nicht *telquel* gegen die «guten Sitten» verstösst, wäre es ein schwieriges Unterfangen zu erklären, warum ein Prostitutionsvertrag *grundsätzlich* (so das vielzitierte Wort) den rechtsethischen Vorstellungen widersprechen sollte. – Zumal der Kanton Bern in diesem Punkt ein bewusstes Zeichen setzen wollte¹²²³ und die kantonalen Regelungen im Verhältnis zum Bundesrecht nur das aufnehmen, was ohnehin schon gilt bzw. gelten soll – auch für das Zivilrecht (Art. 122 BV).

Nichtsdestotrotz stellt sich die Frage, wie diese kantonalen Regelungen zur Bundesrechtsprechung zu den «guten Sitten» stehen. Klar ist, dass diese bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Bundesrecht zählt und dass das Vertragsrecht als Bundesprivatrecht den kantonalen Regelungen vorgeht. Hingegen liegt die Gesetzgebungskompetenz im Bereiche der Sicherheit, Schutz und Gesundheitsprävention in Sachen Prostitution bei den Kantonen. Die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften über Ort, Zeit oder Art der Ausübung liegen ebenfalls bei den Kantonen.¹²²⁴ Es gelten Vorbehalte zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts nach Art. 6 ZGB; im Vertragsrecht gibt es keine kantonalen Vorbehalte im Sinne von Art. 5 Abs. 1 ZGB. Wenn nun ein Kanton zum Schutz der Prostituierten ein Prostitutionsgesetz erlassen hat und in dessen Rahmen wiederum zu deren Schutz als eine Massnahme einen Vertrag für rechtsgültig erklärt, verlaufen die Grenzen der Kompetenzen unscharf. Als rechtsethische Wertungen unserer Rechtsordnung können diese kantonalen und kommunalen Bestimmungen indes nicht ignoriert werden.

Auch der Horgener Entscheid aus dem Jahre 2013 bekundet eine rechtliche, und gesamtschweizerisch betrachtet, eine rechtsethische Wertvorstellung zugunsten der Rechtsgültigkeit eines Prostitutionsvertrags. Diese wurde von den politischen Entscheidungsträgern auch bereits so aufgenommen (Bericht des Bundesrates 2015, Entscheid des Parlaments im Jahre 2016 zur Abschreibung eines «Prostitutionsgesetzes»). Das heisst nach der hier vertretenen Ansicht aber nicht, dass ein anderes kantonales Gericht sich *zwingend* an diesen Zürcher Entscheid zu halten hätte. Der Entscheid beschränkt die Wirkungen (selbst) auf den *Zürcher Grossraum*. Das erscheint aufgrund der bundesrechtlichen Natur der «guten Sitten» auch angemessen. Der Horgener Entscheid kann aber als eine rechtsethische Wertung zur Rechtsgültigkeit des Prostitutionsvertrags im Sinne von Art. 19 f. OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB *nicht ignoriert werden*.

¹²²³ Krauskopf/Kim Sommer, 65.

¹²²⁴ Bericht Bundesrat (2015), 19 f.

Angesichts der Tatsache, dass der Kanton Bern¹²²⁵ und die Stadt Zürich zusammen rund 1'400'000 Einwohnerinnen umfassen, sieht man sich zusätzlich mit der Tatsache konfrontiert, dass für fast *ein Fünftel der schweizerischen Bevölkerung* davon ausgegangen werden kann, dass ein Vertrag über sexuelle Dienstleistungen gegen ein Entgelt, der keine straf- und zivilrechtlichen Ausbeutungselemente enthält, gültig ist und keinen Verstoß gegen die «guten Sitten» darstellt. Zählt man noch die Einwohnerinnen und Einwohner der Romandie und des Kantons Tessin dazu – da diese Kantone ja diesbezüglich von einem Gewerbe (sprich einem Beruf) ausgehen, das sie näher regeln, und da sie insofern auch von gültigen Vertragsverhältnissen ausgehen müssen –, darf daraus geschlossen werden, dass heute rund 3 Millionen Schweizerinnen und Schweizer nicht mehr von der Sittenwidrigkeit eines Prostitutionsvertrags ausgehen.

Selbst wenn gewisse rechtsethische Vorstellungen unserer Rechtsordnung hinsichtlich der Sittlichkeitsvorstellungen und des Prostitutionsvertrags abweichen sollten, so lässt sich aufgrund dieser diversen, regional verteilten kantonalen Regelungen der gemeinsame Schluss ziehen, dass Prostituierte in ihrer rechtsgeschäftlichen Tätigkeit kontrolliert und geschützt und das Prostitutionsgewerbe geregelt werden sollen, was schlussendlich nur auf der Grundlage von gültigen Verträgen funktioniert. Solange also eine Vertragspartei nicht in ihren privaten Interessen (z.B. Gesundheit, Sicherheit) beeinträchtigt wird und Dritte nicht durch diese *Form des Gewerbes* beeinträchtigt werden, muss die Vermutung der zulässigen Selbstbestimmung der Prostituierten in der Ausübung ihrer rechtsgeschäftlichen Tätigkeiten gelten; gleichermaßen wie in unserer Rechtsordnung auch deren Urteils- und Geschäftsfähigkeit vermutet wird. Eine andere rechtsethische Wertung lässt sich unserer Rechtsordnung nicht entnehmen.

Hinzu kommt, dass in der aktuellen wertungspluralen Gesellschaft eine Diskussion über verschiedene Formen der sexuellen Dienstleistungen und eine ggf. begründete Differenzierung stattfinden muss, denn die Vorstellung und Formen von gelebten sowie bezahlten sexuellen Handlungen sind sehr vielfältig geworden (z.B. Beispiele von sexuellen Handlungen zum Nebenerwerb, zu Sexcare oder zu SM-Handlungen) und werden je anders bewertet. Es kann in älteren Bundesgerichtsentscheiden (ohne Begründung) kein verlässlicher Richtungsmaßstab mehr gefunden werden, und einen anderen als kantonale und kommunale Gesetze, die in einem demokratischen Prozess zustande gekommen sind und letztlich die rechtsethischen Vorstellungen und Grundwertungen der Gesamtrechtsordnung ausmachen, gibt es nicht.

Im Resultat ergibt sich daraus, dass nur gestützt auf die rechtsethischen Vorstellungen dieser Gesamtrechtsordnung und Gesamtgesellschaft, m.a.W. auf die *de lege lata* existierende *rationes leges* der kantonalen Prostitutionsgesetze, Entscheide und politischen Vorstöße und Interpretationen derselben eine sexuelle Handlung gegen Entgelt als sittenwidrig angesehen werden könnte.

¹²²⁵ Vgl. Bevölkerungsstatistik des Kt. Bern des Jahres 2013: <<http://www.fin.be.ch/fin/de/index/finanzen/finanzen/statistik/bevoelk.html>>, zuletzt besucht am 15.3.2015; Bevölkerungsstatistik Stadt Zürich: <<https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/statistik/themen/bevoelkerung/bevoelkerungsentwicklung/bevoelkerungsbilanz.html>>, zuletzt besucht am 15.3.2015.

Das soll freilich nicht bedeuten, dass im Einzelfall die Selbstbestimmung einer sich prostituierenden Person nicht zweifelhaft sein könnte, sodass der betreffende Prostitutionsvertrag gegen die Vorstellungen der *öffentlichen Ordnung* verstossen würde und damit ungültig sein dürfte, beispielsweise infolge gänzlich fehlender Ausgewogenheit. – Ein Zivilgericht hat einer selbstbestimmten vertraglichen Vereinbarung von Sex gegen Entgelt nur dann Schranken zu setzen, wenn dieses Minimum an sozialem Schutz (öffentliche Ordnung) gefährdet ist. Die Generalklausel darf nicht dazu missbraucht werden, die Persönlichkeitsrechte von Erwachsenen hinsichtlich ihrer Sexualität einzuschränken. Diese Absolutheit des Bindungsausschlusses mag zwar heute im Zeitalter des technisch, medizinisch und finanziell zunehmend Machbaren als verständlicher Kontrapunkt (bzw. als moralischer Mahnfinger) zu begrüßen sein,¹²²⁶ kann aber nicht wörtlich genommen werden. Gerade der Kernbereich der Persönlichkeit und die Entscheidungen über die Kernbereiche der eigenen Person betreffen die Selbstbestimmung. Diese Bereiche gehören weder in Gotteshand noch in staatliche Hände in Form einer aufgedrängten Fürsorge, sondern sie stehen alleine der selbstbestimmten Person zu;¹²²⁷ hier gilt es, von der Sache her die Selbstbestimmungsmaxime aufrechtzuerhalten (Anerkennung, Stärkung und Schutz der Selbstbestimmung) bzw. demokratisch legitimierte Gesetzesschranken zu errichten. Hinzu kommt, dass dem «absoluten Bindungsausschluss» bereits rechtlich Genüge getan werden kann, wenn der Prostitutionsvertrag *ab initio* nur als einseitig verpflichtendes Vertragsverhältnis verstanden wird, das den Kunden verpflichtet, ein Entgelt zu leisten.¹²²⁸

d) Fazit

Es erscheint nach dem Ausgeführten deshalb als nicht mehr wertungskohärent, von einem generellen «Bindungsausschluss» im sexuellen Bereich auszugehen. Dem entspricht in der Sache das Bundesgericht, welches zwar theoretisch noch von einem «absoluten Bindungsausschluss» im Kernbereich der Persönlichkeit ausgeht, sich im Zusammenhang mit dem Hochladen der eigenen erotischen Bilder aber dann in der Sache dennoch für die Selbstbestimmung der betreffenden Person ausspricht.¹²²⁹ Es würde vielmehr über das öffentliche Interesse eines minimalen Sozialschutzes hinausschiessen, in diesem Fall von einer absoluten Vertragsungültigkeit auszugehen (bzw. von einem absoluten Entzug der rechtsgeschäftlichen Handlungsdisposition im sexuellen Bereich).

Das Bundesrecht verbietet den Vertrag über sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt nicht. Ob das Bundesgericht einen Prostitutionsvertrag im Sinne von körperlichen sexuellen Dienstleistungen gegen Entgelt heute im Lichte des Sittenwandels für gültig ansehen würde, ist letztlich ungewiss. Tatsache ist aber, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003 einen Vertrag über Telefonsex ausdrücklich für gültig angesehen hat, womit das Bundesgericht zu begründen hätte, wieso eine körperliche

¹²²⁶ Bereits Bächler, FS Rey, 166 ff., 187.

¹²²⁷ Brückner, Rn. 401, 449 (zur Vermarktung von Bild, Name, Stimme); s. bereits im Zusammenhang mit dem Peepshow-Urteil dezidiert: Höfling, NJW 1983, 1582 ff. und s. Kap. 4.

¹²²⁸ Dies entspricht der *deutschen Lösung* (dazu gleich nachfolgend); s.a. Hürlimann, die vom jederzeitigen Widerrufsrecht (Art. 404 OR) ausgeht, was im Resultat ebenfalls diesen bezweckten «Bindungsausschluss» bewirkte.

¹²²⁹ BGE 136 III 401 ff., 407, E. 5.4.; Hausheer/Aebi-Müller, Rn. 11.28.

sexuelle Dienstleistung anders zu behandeln wäre. Ferner kann festgehalten werden, dass der letzte zivilrechtliche Leitentscheid aus dem Jahre 1985 keine Begründung für die gegenwärtige Annahme einer Sittenwidrigkeit eines Prostitutionsvertrags mehr bieten kann. Die kantonalen Bestimmungen, die eine sexuelle Dienstleistung im Rahmen des Bundesrechts für gültig ansehen, kommen deswegen derweil ohne Weiteres zur Anwendung.

Eine erwachsene Person, die sich prostituiert, bedarf somit nur bei Hinweisen auf fehlende Selbstbestimmung bzw. auf Fremdbestimmung eines vertragsrechtlichen Schutzes im Sinne von Art. 19 f. OR/Art. 27 Abs. 2 ZGB;¹²³⁰ andernfalls sind die im Rahmen der Erwachsenenprostitution abgeschlossenen Rechtsgeschäfte grundsätzlich als gültig anzusehen.

B. Rechtslage in Deutschland

1. Regelung des Prostitutionsvertrags

a) Entwicklung hin zum deutschen Prostitutionsgesetz

Die rechtliche Entwicklung verlief in Deutschland vergleichbar wie in der Schweiz, bloss dass sie dort bereits einige Jahre früher einsetzte. Das Phänomen Prostitution war lange Zeit als den «vorherrschenden sozialetischen Überzeugungen» Widersprechendes eingestuft worden.¹²³¹ Der «Dirnenvertrag» galt als sittenwidrig und war zivilrechtlich ungültig, weil «eine Prostituierte durch ihre Betätigung (in der Regel) gegen die guten Sitten verstösst. Dies ist im Zusammenhang mit § 138 BGB seit jeher anerkannt»: Im Leitentscheid vom 6. Juli 1976¹²³² setzte sich der BGH erstens mit der Sittenwidrigkeit des Dirnenvertrags und den Wertungswidersprüchen in der rechtlichen Behandlung der Prostitution (die der BGH alle verneint) und zweitens mit dem Ersatz des Verdienstausfallschadens einer Prostituierten auseinander. Das Gericht kam zum Schluss, dass der «sittliche und soziale Unwert» der Prostitution unbestritten sei. Nichts anderes könne sich u.a. aus den Materialien zur Strafrechtsliberalisierung ergeben, denn für diese hätten kriminalpolitische Gründe gesprochen. Trotz veränderter Einstellungen zu Fragen der Sexualität in weiten Kreisen der Bevölkerung werde die «Prostitution in der öffentlichen Meinung und im Rechtssinne als sittenwidrig angesehen». Dass es sich um ein gesellschaftliches Übel handle, das es zu verhindern gälte, daran habe sich nichts geändert, selbst wenn dies teils inkonsequente diskriminierende Aspekte beinhalten könne. Der «sittliche Unwert» gründet nach dem BGH vielmehr in der «Unverzichtbarkeit der personalen Würde» und in der unwürdigen Art und Weise, wie der «Intimbereiche zur Ware» herabgesetzt werde. Dies muss aber nach dem BGH nicht dazu führen, dass ein Erwerbsausfallschaden der Prostituierten vollständig verneint werde. Anderenfalls würde der Schädiger, der aus unerlaubter Handlung dazu beigetragen hat, dass die Prostituierte ihrer gewohnten Erwerbstätigkeit nicht nachgehen kann, ungerechtfertigt begünstigt. – Der BGH anerkennt damit zehn Jahre früher als das Schweizerische Bundesgericht

¹²³⁰ Krauskopf/Kim Sommer, 70 f.

¹²³¹ BVerwG, Urteil vom 30. Januar 1990 (BVerwGE 84, 314).

¹²³² BGHZ 67, 119 ff.

(BGE 111 II 295 ff.) einen konkret berechenbaren (teilweisen) Schadenersatzanspruch aus Erwerbsausfall, trotz Festhaltens an der Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags.¹²³³

In der Folge fand die Rechtsprechung, dass Prostitution etwas Sittenwidriges sei – wie in der schweizerischen Rechtsprechung – auch Eingang in andere rechtliche Bewertungen und schlug sich beispielsweise in der Sittenwidrigkeit von Peepshows bzw. der Verweigerung der gewerberechtlichen Bewilligungen oder baunutzungsrechtlichen Untersagungen für Bordelle nieder sowie in der Verweigerung der Anmeldung für Prostituierte. Dann liberalisierten sich die Vorstellungen zur Sexualität langsam und die Strafrechtsbestimmungen wurden dementsprechend gelockert,¹²³⁴ womit die Strafbarkeit und die Sittenwidrigkeit schliesslich mehr und mehr auseinanderfielen: Nachdem in den 1960er-Jahren auch die Steuerpflicht für Prostituierte eingeführt worden war,¹²³⁵ sah man sich im damaligen Deutschland mit einer ähnlich widersprüchlichen rechtlichen Situation konfrontiert wie in der Schweiz.

Mit dem Entscheid des *Berliner Verwaltungsgerichts vom 1. Dezember 2000 zum «Café Pssst!»* kam schliesslich vieles ins Rollen:¹²³⁶ Das Gericht hob den Widerruf einer Gaststättenerlaubnis wegen Anbahnung von Prostitution auf, mit der Begründung, dass ein Restaurantbetrieb, der Kunden von Prostituierten einen Kontaktraum verschaffe, weder grundsätzlich die Menschenwürde der Frauen verletze noch die Triebhaftigkeit der Kunden ausbeute. Vielmehr könne die selbstbestimmte Prostitution ohne kriminelle Begleiterscheinungen nicht mehr als sittenwidrig angesehen werden. Der Entscheid wurde u.a. auch deshalb berühmt, weil das Berliner Verwaltungsgericht erstmals 50 wissenschafts-, kirchen-, industrie- und prostituiertennahe Personen und Institutionen befragt hatte und das Ergebnis der Antworten (knapp über die Hälfte) als eindeutig betrachtete: Das *«Anstandsdenken aller billig und gerecht Denkenden»* in Hinblick auf Prostitution hatte sich in Deutschland gewandelt.¹²³⁷ Dieser Wandel der Moralvorstellungen zeigte sich zeitgleich auch in höchst-richterlichen Entscheiden: Im einem Entscheid vom 23. Februar 2000 zur Besteuerung von Einkünften aus Telefonsex¹²³⁸ erklärte der Bundesfinanzhof – allerdings in einem *obiter dictum* –, seine eigene Praxis zur Besteuerung der Prostitution sei zu

¹²³³ Ebenso OLG Düsseldorf, NJW 1970, 1852; BGHZ 53, 369 ff., 375 (Geliebtentestament); BGHZ 63, 365 ff. (Sittenwidrigkeit eines Pachtvertrags wegen Betreibens eines Bordells); BVerwGE 84, 314; BVerwGE 64, 274 (Sittenwidrigkeit von «Peep-Shows»); vgl. insb. ältere Komm. *Staudinger/Sack*, § 138 BGB Rn. 453 (2003); *MüKo-Armbrüster/Mayer-Maly*, § 138 BGB Rn. 50 je m.w.H.; *Flume*, AT Bd. 2, § 18, 80.

¹²³⁴ Zum Ganzen schon *Rother*, AcP 172 (1972) 498 ff., 509.

¹²³⁵ Urteil des Bundesfinanzhofs vom 3. August 1961 zur Besteuerung von Einkünften aus Bordellbetrieben und ähnlichen Betrieben (BFHE 73, 692); Urteil des Bundesstraßenverkehrsgerichts vom 1. August 1984 zu einem Fall der Steuerhinterziehung: Zur Entstehung einer Lohnsteuerpflicht sei es unerheblich, ob der zugrunde liegende Vertrag einer Bühnendarstellerin von sexuellen Handlungen nach § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig sei, womit das Gericht nicht weiter auf die Frage der Sittenwidrigkeit eingehen musste (BGHSt 33, 35); allerdings wurde Eigentumsschutz der Prostituierten in Bezug auf ihren Lohn mit BGH, Urteil vom 7. Mai 1953 (BGHSt 6, 379) anerkannt.

¹²³⁶ Az.: VG 35 A 570/99; STREIT 2001, 11 ff., 15; NJW 2001, 983 ff.; vgl. schon *Hürlimann*, 241 ff., 263 ff.

¹²³⁷ *Staudinger/Fischinger*, Anh. zu § 138 BGB §1 ProstG Rn. 1.

¹²³⁸ BFH, NJW 2000, 2919.

überdenken. Auch in der Bejahung der Frage, ob sich eine Prostituierte allenfalls auf die Niederlassungs- und Dienstfreiheit im EG-Raum berufen könne, manifestierte sich der Wertewandel.¹²³⁹

So gelangten die politischen Entscheidungsträgerinnen und -träger zunehmend zur Auffassung, dass eine rechtliche Rahmenordnung zur Regelung der Prostitution nötig sei. In der Folge kam es zum deutschen Prostitutionsgesetz vom 20. Dezember 2001 (ProstG), das anfangs 2002 in Kraft getreten ist.

b) Rechtswirksame Vereinbarung nach § 1 Prostitutionsgesetz

§ 1 ProstG lautet: *«Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung. Das Gleiche gilt, wenn sich eine Person, insbesondere im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses für die Erbringung derartiger Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt für eine bestimmte Zeitdauer bereithält.»*

Nach diesem Gesetzeswortlaut begründen sexuelle Handlungen gegen ein vereinbartes Entgelt eine *«rechtswirksame Vereinbarung»*, also einen gültigen Vertrag. Hingegen wird der Typus *«Prostitutionsvertrag»* darin weder *expressis verbis* benannt noch gesetzlich umschrieben und schon gar nicht umfassend geregelt bzw. je nach Vertragsinhalten differenziert.¹²⁴⁰ Über die dogmatische Natur dieser rechtswirksamen Vereinbarung besteht keine Einigkeit:

Vor allem laut *dem Gesetzgeber* und nach dem *Münchener, dem Staudinger und dem BeckOK* Kommentar handelt es sich dabei um einen *einseitig verpflichtenden Vertrag*.¹²⁴¹ Das bedeutet: Nur der Kunde verpflichtet sich, nach den vereinbarten sexuellen Diensten ein Entgelt zu leisten. Dem Kunden steht also kein Erfüllungsanspruch auf die betreffende sexuelle Handlung zu, auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich festgehalten ist. – Das Beharren auf einer versprochenen sexuellen Handlung, welche die involvierte Person aus beliebigem Grund nicht mehr vornehmen möchte, ist allerdings schon zufolge der sexuellen Selbstbestimmung, des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 1 Abs. 1 GG sowie auch zufolge der rechtsethischen Vorstellungen nach § 138 BGB nicht durchsetzbar. § 1 ProstG kann diesbzüglich als *lex specialis* zu § 138 BGB und generell als Spezialbestimmung im Verhältnis zu § 134 und §§ 138 f. BGB aufgefasst werden.¹²⁴²

Nach anderer Ansicht, etwa derjenigen der Verfasser des *Palandt-Kommentars* und von *Dieter Medicus (2010)*,¹²⁴³ bleibt der Vertrag zwischen einer Prostituierten und

¹²³⁹ BT-Drucks 14/5958; s.a. Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts zur Verweigerung der Ausweisung von Prostituierten aus dem EG-Raum bzw. zu ihrer Unterstellung unter die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit vom 18.9.2001 (Az. 1 C 17/00), EuGH, NVwZ 2002, 339.

¹²⁴⁰ Kommentar aus schweizerischer Sicht zum ProstG s.a. *Hürlimann*, 254 ff.

¹²⁴¹ BT-Drucks. 14/5958, 6; *MüKo-Armbrüster*, ProstG § 1 Rn. 7, 19; *BeckOK-Wendtland*, § 1 ProstG Rn. 5; *Staudinger/Fischinger*, Anh. zu § 138 BGB, § 1 ProstG Rn. 10 ff. m.w.H., § 138 BGB Rn. 29; *Malkmus*, 77; s.a. den Wortlaut von § 2 S. 2 ProstG.

¹²⁴² BGH, Beschluss vom 1.8.2013 (4 Str 189/13), Rn. 8; *Staudinger/Sack*, § 138 BGB Rn. 455 (11. Aufl., 2003) § 1 ProstG Rn. 10 ff.; *MüKo-Armbrüster*, ProstG § 1 Rn. 7, 18 ff.; s.a. Art. 888 Abs. 3 ZPO.

¹²⁴³ *Medicus*, BGB AT, Rn. 701; *Palandt/Ellenberger*, § 138 BGB Rn. 52; § 1 ProstG Rn. 1; so bereits *Palandt/Heinrichs* (67. Aufl., 2008), § 138 BGB Rn. 52, § 1 ProstG Rn. 2; *Staudinger/Sack*, § 138

ihrem Kunden auch nach Inkrafttreten des ProstG sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB, und damit nichtig, weil die vertragliche Verpflichtung der Prostituierten zu sexuellen Handlungen undenkbar, das heisst rechtswidrig ist. Nach dieser Lehrmeinung handelt es sich entsprechend auch nicht um einen einseitig verpflichtenden Vertrag, der mit der gegenseitigen Vereinbarung entsteht. Vielmehr entstehe mit der Regelung von § 1 ProstG erst nachträglich von Gesetzes wegen *ex nunc* ein Entgeltanspruch, wenn die sexuelle Handlung bereits erbracht worden ist.

Dafür, dass der Entgeltanspruch erst nach Erbringen der vereinbarten sexuellen Handlung entsteht, spricht der Wortlaut des Gesetzes.¹²⁴⁴ – Insofern ist die Ansicht des «*ex nunc*-Anspruchs» nachvollziehbar. Daraus jedoch schliessen zu wollen, das Verpflichtungsgeschäft sei sittenwidrig, geht mit Blick auf die Intentionen des Gesetzgebers und auf die Entstehungsgeschichte zu weit. Vielmehr dient die Formulierung, der Entgeltanspruch entstehe nach der Erbringung der sexuellen Handlung, angesichts des einseitig verpflichtenden Vertrags konkret dazu, zu vermeiden, dass der Kunde verpflichtet sein könnte, für Dienste aufzukommen, die gar nicht geleistet worden sind. Folgte man der Ansicht eines *ex nunc*-Anspruchs, würde sich zudem die Frage stellen, *wann und wie der Vertragskonsens zustande gekommen sein soll*. Aus der Perspektive des Vertragsrechts lautet die entscheidende Frage jedoch: Warum sollte ein vertraglicher Entgeltanspruch *ex nunc* nicht mehr sittenwidrig, d.h. nicht mehr ungültig sein, obschon dem Vertrag die genau gleichen *essentialia negotii* (sexuelle Handlung gegen Entgelt) zugrunde liegen? Selbst wenn das Verfügungsgeschäft *ex nunc* gültig sein sollte, so braucht es noch ein Verpflichtungsgeschäft, das nicht gegen die «guten Sitten» verstösst. Geht es nur um die Verhinderung der Durchsetzung der sexuellen Verpflichtung, so erfüllt die einseitig verpflichtende Vertragskonstruktion ihren Zweck. Und selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Entgeltforderung *ex lege* (§ 1 ProstG) unabhängig von der Frage der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik und der Sittenwidrigkeit legiferiert worden wäre (wofür es keine Hinweise gibt), so würde das den eingangs zitierten Intentionen der Gesetzesverfasser (namentlich der Verbesserung der sozialen Absicherung und der Abschaffung der Sittenwidrigkeit) widersprechen.¹²⁴⁵

Für die Qualifizierung des betreffenden Vertrags als einseitig verpflichtend spricht neben dem Persönlichkeitsrecht, dem allgemeinen Schuldrecht und dem Normzweck von § 1 ProstG auch die sprachliche Formulierung von § 1 und § 2 ProstG. Im Wortlaut von § 1 ProstG wird nämlich die Einzahl «*rechtswirksame Forderung*» verwendet. Es handelt sich demnach nur um die Forderung der Prostituierten, die wirksam sein soll.¹²⁴⁶ *Von einem Erfüllungsanspruch seitens des Kunden ist bewusst nicht die Rede*. Zudem hält § 2 ProstG fest, dass diese rechtswirksame Forderung nicht abgetreten, sondern nur im eigenen Namen geltend gemacht werden kann. Entsprechend

BGB Rn. 454 f. (2003); Larenz/Wolf, § 49 Rn. 47; Mayer, NJW 2008, 1926 ff.; neuerdings auch Pichler, 75, für den es «ausser Zweifel» steht, dass auch seit dem Inkrafttreten des deutschen ProstG von der Sittenwidrigkeit von vertraglich vereinbartem Sex gegen Entgelt auszugehen sei.

¹²⁴⁴ MüKo-Armbrüster, ProstG § 1 Rn. 8; Pichler, 76; Malkmus, 79 f.; v. Galen, 16 ff.; Kohler, 345-348, 346.

¹²⁴⁵ BT-Drucks. 14/5958 S. 6; Theben, 40 f./Fn. 145 weist zwar diesbezüglich auf einen gewissen Wertungswiderspruch hin, der aber nicht so verstanden werden kann.

¹²⁴⁶ Malkmus, 78.

wird in § 2 Satz 2 ProstG festgehalten, dass gegen eine rechtswirksame Forderung nach § 1 Satz 1 ProstG nur die volle Nichterfüllung geltend gemacht werden könne. Das zeigt, dass es dem Gesetzgeber um den rechtlichen und sozialen Schutz der Prostituierten ging¹²⁴⁷ und dass deren persönliche Forderung rechtswirksam und durchsetzbar sein soll, während der Kunde der Entgeltforderung grundsätzlich bloss die vollständige Nichterfüllung entgegenhalten kann. – Dass die vollständige Nichterfüllung nach § 2 ProstG eine der einzigen zulässigen Einreden des Kunden oder des Bordellbetreibers darstellt, spricht generell auch dafür, dass das betreffende Verpflichtungsgeschäft letztlich Vertragscharakter hat, da ihm ein gültiger Vertrag zugrunde liegt.¹²⁴⁸

Auch aus Sicht der allgemeinen Vertragsentstehungsregeln (§ 145 BGB) und nach dem praktischen Verlauf eines Vertragsschlusses erscheint es dogmatisch kohärent, anzunehmen, dass der Vertragsschluss vor dem geschlechtlichen Akt zu erfolgen hat, nämlich *zum Zeitpunkt des Verhandelns zwischen der Prostituierten und dem Kunden* – zumindest dann, wenn von einer selbstbestimmten Prostitution ausgegangen werden kann. Insofern ist ab diesem Zeitpunkt von einem konsensualen Vertragsschluss zwischen der Prostituierten und dem Kunden im Hinblick auf eine einseitig verpflichtende künftig zu erbringende Leistung auszugehen.¹²⁴⁹ Raum für einen zweiseitig verpflichtenden Vertrag besteht nicht, denn ein solcher wäre, wie bereits ausgeführt, grundrechtswidrig.

Als Ausfluss des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung müssen Prostituierte jederzeit die Möglichkeit haben, die Prostitution aufzugeben; so bestimmt es bereits der Gesetzgeber.¹²⁵⁰ Entsprechend müsste auch ein Arbeitsverhältnis mit einer entsprechenden sexuellen Verpflichtung, z.B. mit einem Bordellbesitzer nach § 138 Abs. 1 BGB, nichtig sein.¹²⁵¹ Ebenfalls klar ist vor diesem Hintergrund, dass kein Anspruch eines Bordells auf Vermittlung von arbeitslosen Prostituierten bestehen kann. Das Bundessozialversicherungsgericht hat im Jahre 2009 *den Arbeitsvermittlungsagenturen in dieser Hinsicht eine unmissverständliche Schranke gesetzt*.¹²⁵²

Dem entspricht auch, dass § 3 ProstG festhält, dass das Weisungsrecht eines Bordellbetreibers gegenüber einer unselbstständigen Prostituierten eingeschränkt ist. Dies

¹²⁴⁷ Normzweck von § 2 ProstG ist auch der soziale und rechtliche Schutz der Prostituierten: Es ist zu verhindern, dass die Prostituierte mit ihren rechtswirksamen Forderungen dem Bordellbesitzer gegenüber für dubiose Schulden geradestehen muss, und Gegenforderungen sind möglichst auszuschliessen: BeckOK-*Wendtland*, § 138 BGB Rn. 1 ff.; alle rechtshindernden Einwendungen wie die Aufrechnung (Verrechnung), die Leistung an Erfüllung statt oder der Erlass sind denn auch unzulässig: BT-Drucks. 14/5958 S 6; s.a. v. *Galen*, 36 f. krit. zum Entzug der Dispositionsfreiheit über die eigene Entgeltforderung n. § 2 ProstG.

¹²⁴⁸ Ob der Aufrechnungsausschluss nicht nur für den Kunden, sondern auch für die Prostituierte gilt, wird zu ihrem eigenen Schutz mehrheitlich angenommen: *Pichler*, 148.

¹²⁴⁹ Krit. zur Ansicht *Heinrichs* bereits früh BGH-Richter *Walter Dehner*, NJW 2002, 3748 f., der die Auffassung für «mit dem Gesetzestext schlechthin unvereinbar ansieht»; *Armbrüster*, NJW 2002, 2763 ff.

¹²⁵⁰ BT-Drucks. 14/5958 S 5.

¹²⁵¹ *Staudinger/Sack*, § 138 BGB Rn. 398 (2003).

¹²⁵² Ein solcher Vermittlungsauftrag würde gegen sozialversicherungsrechtliche Vorschriften sowie gegen § 138 BGB verstossen: BSG, Urteil vom 6. Mai 2009 (Az. B 11 AL 11/08).

soll jedoch der Annahme eines arbeitsvertraglichen Rechtsverhältnisses gegenüber den Sozialversicherungen nicht entgegenstehen.

c) Wegfall der Sittenwidrigkeit

Kann also ein «rechtswirksamer» und einseitig verpflichtender Vertrag über sexuelle Handlungen gegen Entgelt (§ 1 ProstG) noch sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB sein? – Nein; spätestens seit dem Inkrafttreten des ProstG kann ein solcher Vertrag nicht mehr wegen der vereinbarten sexuellen Handlung sittenwidrig sein, höchstens aus einem anderen Grund.¹²⁵³ Denkbar wäre ggf., dass die Entgeltforderung der Prostituierten *wuchermässig hoch* wäre¹²⁵⁴ oder die sexuelle Handlung von anderen erniedrigenden Handlungen begleitet werden müsste (z.B. von Präsenzpflichten rund um die Uhr oder extremen Pflegeleistungen). Durch das ProstG ist eine tiefgreifende rechtliche Änderung eingetreten.

Dennoch hat sich die Frage der Sittenwidrigkeit – wie bereits im Zusammenhang mit der Natur des Vertrags ausgeführt – teils auch noch nach dem Inkrafttreten des ProstG gestellt. Ein Grund dafür liegt in der Formulierung von § 1 ProstG und des gesamten Prostitutionsgesetzes, denn darin fehlt ein expliziter Hinweis zum Wegfall der Sittenwidrigkeit und zum Verhältnis zu § 138 BGB. Ein weiterer Grund dürfte darin zu sehen sein, dass die Anstandsformel aufgrund von § 138 BGB, die lange Zeit Geltung hatte, noch nachwirkte bzw. immer noch nachwirkt.¹²⁵⁵ – Mitunter wird in der Diskussion auch ausdrücklich auf die Trennung von Moral und Recht hingewiesen: Was rechtens sei, nämlich eine Entgeltforderung nach ProstG, müsse nicht dem allgemeinen Anstandsgefühl entsprechen und bedeute nicht, dass Prostitution nichts Anstössiges sei. – Selbst das Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend verknüpft in seinem Evaluationsbericht aus dem Jahre 2007 den Begriff der Sittenwidrigkeit noch immer mit der Diskriminierung von Prostituierten. Die Verfasserinnen und Verfasser des Berichts glauben nämlich, zum besseren Verständnis der Leserinnen und Leser ausformulieren zu müssen, dass die «*Sittenwidrigkeit kein prostitutionsspezifischer Rechtsbegriff*» sei, sondern dass auch viele andere Verträge als sittenwidrig beurteilt werden können.¹²⁵⁶

Daraus ist die Erkenntnis zu ziehen, dass die einst von den deutschen Gesetzgebern angestrebte Nüchternheit im Umgang mit dem Prostitutionsverhältnis, welche die soziale Absicherung in den Vordergrund stellen wollte, noch nicht vollständig realisiert ist. In der deutschen Lehre erscheint, wie bereits erwähnt, jedoch die Meinung zu überwiegen, dass die Sittenwidrigkeit eines Vertrags über sexuelle Handlungen gegen Entgelt mit dem ProstG weggefallen ist. Unbestritten ist, dass die sexuelle Handlung einer Prostituierten weder von einer Person noch von einer Vertragspartei eines gültigen Prostitutionsvertrags eingefordert werden kann. – Dies würde dem

¹²⁵³ MüKo-Armbrüster, § 138 BGB Rn. 3; Staudinger/Fischinger, Anh. zu § 138 BGB, § 1 ProstG Rn. 10 ff. m.w.H.; Dehner, NJW 2002, 3747.

¹²⁵⁴ Palandt/Ellenberger, § 138 BGB Rn. 54; Pichler, 147; a.A. v. Galen, 32.

¹²⁵⁵ Palandt/Heinrichs, Anh. zu § 138 BGB, § 1 ProstG Rn. 2; so auch Theben, 40, 50 ff., allerdings neuerdings anders im Interview «Käuflicher Sex kann auch Spass machen», in: «Die Welt» vom 27.1.2014; s.a. die Übersicht Bericht BMFSFJ (2007) zur rechtlichen Bewertung des ProstG, 33 ff. m.w.H. zu den politischen Ansichten der Länderregierungen.

¹²⁵⁶ Bericht BJFSFJ (2007), 30.

grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht, § 138 Abs. 1 BGB und dem ProstG gleichermassen widersprechen. Ob das ProstG insoweit als *lex specialis* zu § 138 BGB zu gelten habe, ist letztlich nicht praxisrelevant. Entscheidend ist, dass vertraglich vereinbarter Sex seit dem Inkrafttreten des ProstG nicht mehr *für sich genommen* unter den Anwendungsbereich von § 138 BGB fällt.¹²⁵⁷

Ebenso sind die Verträge über den Kauf oder die Belieferung von nicht verbotenen Bordellen sowie Mietverträge mit Prostituierten nicht mehr für sich genommen sittenwidrig. Das heisst, solange etwa nicht § 180a StGB verwirklicht wird (womit ein Fall von § 134 BGB vorliegen würde) oder wucherische Preise bezahlt werden. Ob Verträge über Zeitungsanzeigen weiterhin nach § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG i.V.m. § 134 BGB nichtig sind, bleibt streitig (vgl. dazu Ziff. 3).

2. Rechtsprechung

a) Widersprüchliche Rechtsprechung zum Prostitutionsvertrag

Nach einem zivilrechtlichen Entscheid des BGH aus dem Jahre 2006 wird eine Vereinbarung über sexuelle Handlungen gegen Entgelt klar dem «*Verdikt der Sittenwidrigkeit*» *entzogen*.¹²⁵⁸ Auch drei relativ früh nach dem Inkrafttreten des ProstG ergangene, strafrechtliche Entscheide des BGH zur Förderung der Prostitution oder/und des Menschenhandels gehen davon aus, dass mit § 1 ProstG eine Wertentscheidung gefallen ist.¹²⁵⁹ Sodann hat auch das Bundesverwaltungsgericht im Jahre 2002 festgehalten, dass mit dem ProstG ein Wertewandel vollzogen worden sei.¹²⁶⁰

Es gibt jedoch auch höchstrichterliche zivilrechtliche Entscheide, die eine andere Sprache sprechen: Zum Beispiel das Urteil des BGH aus dem Jahre 2007, in dem zwar ausdrücklich festgehalten wird, dass eine Entgeltforderung zum vertraglich vereinbarten *Telefonsex* nach ProstG zulässig sei und einem solchen die Sittenwidrigkeit nicht mehr entgegengehalten werden könne. Es findet sich in diesem Entscheid dennoch die folgende Formulierung:¹²⁶¹ «*Mögen diese Geschäfte auch weiterhin mit dem Makel in ethisch-moralischer Hinsicht behaftet sein [...].*» Wenn schon ein Entgelt für den Prostitutionsdienst erhoben werden dürfe, so müsse dies erst recht für den Telefonsex gelten, denn bei diesem handle es sich «*um weniger anstössige Vorgänge als bei der Prostitution im engeren Sinne*».

Hinsichtlich der *Thematik der Sittenwidrigkeit und Vertragsdogmatik* ist ferner ein jüngeres strafrechtliches Urteil vom 11. August 2011 aufschlussreich, dem folgender

¹²⁵⁷ MüKo-Armbrüster, ProstG § 1 Rn. 7–8.

¹²⁵⁸ BGH, Urteil vom 13.7.2006 (I ZR 231/03), Rn. 26: In diesem Fall wurde ein Verbot von Kontaktanzeigen Prostituiertem ausgesprochen, was der BGH jedoch aufgrund der gewandelten Vorstellungen zur Prostitution und v.a. aufgrund des neuen ProstG nicht stützte.

¹²⁵⁹ BGH, Urteil vom 7. Mai 2003 (Az. 5 StR 536/02), S. 4; BGH, Urteil vom 1. August 2003 (Az. 2 StR 186/02), S. 11 (dieses Urteil setzt sich ausführlich mit der Abgrenzung zur illegalen Förderung der Prostitution auseinander); BGH, Urteil vom 17. März 2004 (Az. 2 StR 474/03).

¹²⁶⁰ BVerwG, Urteil vom 6.11.2002 (Az. 6 C 16/02), NVwZ 2003, 603 ff., 604: Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit der Prostitution sind nicht mehr sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB. Insbesondere sollen Prostituierte ihren Erlös aus der Prostitution nunmehr rechtlich einfordern und ggf. auch Schadenersatzansprüche geltend machen können.

¹²⁶¹ BGH, Urteil vom 8. November 2007 (Az. ZR III 102/07), Rn. 13.

Sachverhalt zugrunde liegt: Ein Freier gab vor, eine entgeltliche sexuelle Handlung vereinbaren zu wollen. Stattdessen nötigte resp. vergewaltigte er die Prostituierte. Der BGH entschied, dass zum Zeitpunkt der Tat noch keine dienstvertraglichen Ansprüche entstanden seien; ggf. könne die Prostituierte jedoch deliktsrechtliche Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung (§ 823 BGB i.V.m. § 177 StGB) geltend machen. Der dritte strafrechtliche Senat hielt dabei u.a. fest, § 1 ProstG sei eine «Ausnahmevorschrift zu § 138 Abs. 1 BGB», welche «die Wirksamkeit des Anspruchs der Prostituierten auf das vereinbarte Entgelt [...] trotz Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts» sichere.¹²⁶² – Diese Begründung spricht – ohne dass sie jedoch weiter ausgeführt wurde – für die Lehrmeinung eines «ex nunc-Anspruchs» (vgl. Ziff. 1.c).

In einem weiteren Entscheid zur unfreiwilligen Prostitution urteilt die 4. Strafkammer des BGH am 1. August 2013 über folgenden Sachverhalt:¹²⁶³ Als ein Kunde nach dem Preis von «Geschlechtsverkehr mit Strapsen» fragte, gab eine Prostituierte zur Antwort: «100 Euro». Kurz danach kehrte der Kunde zurück und ging mit ihr auf das Zimmer. Dort erkundigt dieser sich, welche Leistungen es ggf. für mehr als 100 Euro gäbe, worauf die Prostituierte ihm ein neues Angebot unterbreitete. Darauf ging der Kunde jedoch nicht ein und die Prostituierte forderte ihn auf, die vereinbarten 100 Euro zu leisten. Daraufhin kam es zum Gewaltakt. – Nach Auffassung des BGH beschränkt sich der Anwendungsbereich des Prostitutionsgesetzes auf die *freiwillige Prostitution*. Bei einer zwangsweisen Prostitution liege die Rechtsgutverletzung ausschliesslich in der Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung. Die Vorinstanz war noch davon ausgegangen, dass eine vorsätzliche Verletzung eines Vermögenswerts vorgelegen hatte, weil der Täter um den Entgeltsanspruch der Prostituierten nach § 1 ProstG wusste bzw. diesen hätte kennen müssen. – Es blieb bei dieser Argumentation allerdings offen, wie der BGH den Vertrag hinsichtlich seiner Entstehung beurteilte (betr. Zeitpunkt und Natur, d.h. ob als einseitig verpflichtend oder eher als «ex nunc-Anspruch»).

b) Andere Rechtsgeschäfte, die sexuelle Belange betreffen

Ein Wandel der Moralvorstellungen hinsichtlich der sexuellen Selbstbestimmung im Rechtsgeschäftsverkehr zeigt sich auch in anderen Rechtsgeschäften, die sexuelle Belange betreffen:

Heute kann etwa die Entgeltforderung für die Erbringung von *Telefonsex* (inkl. deren Vermittlung und Vermarktung) durchgesetzt werden. Dies wurde bereits ausgeführt. Ein Entscheid aus dem Jahre 2007 geht hierzu auf die Frage der *Sittenwidrigkeit der Telefonsexverträge* ausdrücklich ein.¹²⁶⁴ Geebnet hat der BGH den Weg zur Anerkennung der Entgeltforderungen aus Telefonsexverträgen allerdings schon im Jah-

¹²⁶² *Ibid.*, Urteil vom 18. Januar 2011 (Az. 3 StR 467/10), Rn. 4 f.

¹²⁶³ *Ibid.*, Urteil vom 1. August 2013 (Az. 4 StR 189/13), Rn. 3, 7 f.

¹²⁶⁴ Allerdings unterlässt der BGH trotzdem die bereits zitierten Referenzen auf das «Anstössige» in BGH, Urteil vom 8. November 2007 (Az. ZR III 102/07), Rn. 11–13 nicht; deswegen erscheint eine gewisse Vorsicht geboten. Das entspricht heute auch der herrschenden Lehrmeinung: MüKo-Armbrüster, ProstG § 1 Rn. 7–8; Staudinger/Sack (2003), § 138 BGB Rn. 453; Palandt/Heinrichs, § 138 BGB Rn. 52a; Bamberger/Roth/Wendtland, § 138 BGB Rn. 68.

re 2004.¹²⁶⁵ Die Wirksamkeit von Verträgen über Telefonsex war jedoch in der Rechtsprechung längere Zeit umstritten und es existieren dazu einige divergierende unterinstanzliche Urteile.¹²⁶⁶ – Was die Sittenwidrigkeit von Telefonsexverträgen betrifft, legte sich der BGH erstmals im Jahre 2001, also kurz vor dem Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes, nicht mehr fest, sondern stellte lediglich fest, dass «*in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten eine erhebliche Liberalisierung dieser Vorstellungen stattgefunden*» habe. Die Frage musste indes auch nicht entschieden werden, denn hinsichtlich des Vertragsverhältnisses über den dauerhaften Telefondienstvertrag kam das Gericht zum Schluss, dass keine Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses vorliegen könne (§ 138 Abs. 1 BGB). Damit bestehe der Entgeltanspruch des Telekommunikationsunternehmens grundsätzlich unabhängig von allfälligen Sexdienstleistungen. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Telefonnetzbetreiber und dem Abonnenten sei vielmehr «wertneutral». Der Kunde könne sich demnach nicht darauf berufen, die in Rechnung gestellten Mehrwertdienste nicht zu bezahlen, bloss weil es sich dabei um «sittenwidrige» Sexdienste gehandelt habe. – Dies obschon die Telefonunternehmung bereits einen Anteil der Einnahmen des konkreten Mehrwertdiensteanbieters einkassiert hatte. Das Urteil wurde kritisiert¹²⁶⁷ und die Rechtslage in der Folge zum Schutz des Kunden geändert.¹²⁶⁸ – Vor der Entstehung des Prostitutionsgesetzes galten Telefonsexverträge in ständiger Rechtsprechung als sittenwidrig im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB und nichtig, weil durch diese ein bestimmtes Sexualverhalten der Kunden in «verwerflicher Weise» ausgenutzt wurde.¹²⁶⁹

Das gewandelte Rechtsverständnis zeigt sich auch in einem *gelockerten Werbeverbot für entgeltliche sexuelle Handlungen*: Das Verbot wird vorab beschränkt auf Anwendungsbereiche des Jugendschutzes bzw. allgemein formuliert auf Fälle, in denen Rechtsgüter der Allgemeinheit oder die öffentliche Ordnung betroffen sind.¹²⁷⁰

Ebenfalls ähnlich wie in der schweizerischen Judikatur, nur zeitlich etwas früher, nämlich bereits in den 1970er-Jahren, erklärte der BGH zuerst die *Mietverträge* mit Prostituierten und danach auch die Miet- bzw. *Pachtverträge mit Bordellbetreibern*

¹²⁶⁵ Das Urteil des BGH vom 4. März 2004 (Az. III ZR 96/03) zur Problematik der 0190-Dialer bestätigte, dass von zwei Vertragsverhältnissen auszugehen sei und dass die Verantwortlichkeit für einen allfälligen sittenwidrigen Inhalt grundsätzlich nur den Dienstbetreiber treffe, und nicht die Telekommunikationsunternehmung. Das Urteil ging von der Zulässigkeit der Entgeltforderung bei Telefonsexverträgen aus (a.a.O. S. 205); Urteil des BGH vom 16.11.2006 (III ZR 58/06).

¹²⁶⁶ Vgl. zum Ganzen *Ogorek*, FS Wiegand, 574 ff.; a.A. *Mayer*, NJW 2008, 1926 ff.

¹²⁶⁷ BGH, Versäumnisurteil vom 22. November 2001 (Az. ZR III 5/01), in: NJW 2002, 361; dass die Sittenwidrigkeit der Leistung des Diensteanbieters den Anspruch des Netzbetreibers auf das für die Herstellung der 0190-Sondernummer-Verbindung geschuldete, erhöhte Entgelt unberührt lässt. Zur Kritik u.a. *Hoffmann*, ZIP 2002, 1705 ff.; *Spindler*, JZ 2002, 408 ff.

¹²⁶⁸ Die Nutzung von Mehrwertdienstnummern ist nunmehr in §§ 13a-15 Telekommunikations-Kundenschutzverordnung so geregelt, dass ein Kunde sich auch bei der Telekommunikationsunternehmung für in Rechnung gestellte Dienste beschweren kann.

¹²⁶⁹ BGH, Urteil vom 9. Juni 1998 (Az. XI ZR 192/97), in: NJW 1998, 289 m.w.H.; bejahend OLG Stuttgart, NJW-RR 1999, 1430; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 1431; verneinend OLG Köln, MMR 2001, 43, 44.

¹²⁷⁰ BGH, Urteil vom 13. Juli 2006 (Az. I ZR 231/03), Rn. 27 f.; MüKo-Armbrüster, ProstG § 1 Rn. 17; *Malkmus*, 125 ff.; v. *Galen*, Rn. 391 ff.; vgl. *Lembke*, Legalisierung und Repression, 117 mit Hinweis auf zwei Entscheide, welche davon ausgehen, dass die Prostitution gegen die Menschenwürde verstosse.

für nicht mehr sittenwidrig.¹²⁷¹ Diese Verträge verstossen seitdem nicht mehr *per se* gegen die «guten Sitten» – es sei denn, die Höhe des Mietpreises führe zu einer wirtschaftlichen Ausbeutung der Prostituierten oder besondere Vereinbarungen mit der Person, welche die betreffende Wohnung verpachtet, führen zu weiteren Beschränkungen der individuellen Freiheit der Prostituierten. Es bleibt jedoch beispielsweise anerkannt, dass die Nutzung von gewerblichen Räumen als Bordell meldepflichtig ist, denn damit gehe die Gefahr eines «kriminellen Milieus» einher,¹²⁷² oder dass eine Wohneigentümergeinschaft verlangen kann, dass die Nutzung einer der Wohnungen zur Prostitution unterlassen werde.¹²⁷³

3. *Stellungnahme*

Es kann festgehalten werden, dass in Deutschland seit dem Inkrafttreten des *Prostitutionsgesetzes* im Jahre 2002 eine grundsätzlich dem liberalen Lager zurechenbare, aber reglementierte staatliche Lösung zur Prostitution besteht. Die Regelung des Prostitutionsvertrags ist allerdings nur fragmentarisch ausgefallen und es regelt nicht alle Lebensbereiche der Prostituierten und/oder des Prostitutionsgewerbes. Aus diesem Grund ist zusätzlich das viel umfangreichere *Prostituiertenschutzgesetz* im Juli 2016 verabschiedet worden.

Insgesamt kann von einer Befolgung und Akzeptanz des Prostitutionsgesetzes ausgegangen werden. Vor allem ist aber seit dem Inkrafttreten des Gesetzes die Gültigkeit der Entgeltforderung von vertraglich vereinbarten sexuellen Handlungen bzw. Diensten gegen ein Entgelt regelmässig von den Gerichten anerkannt worden. Damit hat das ProstG unbestreitbar eines der ursprünglich intendierten Ziele erreicht.¹²⁷⁴ Während Verträge über geschlechtliches Verhalten bis wenige Jahre vor dem Inkrafttreten des ProstG noch als sittenwidrig und damit gem. § 138 Abs. 1 BGB als nichtig angesehen wurden, wird seit dem Inkrafttreten von § 1 Satz 1 ProstG der Entgeltanspruch von Prostituierten regelmässig anerkannt.

Da die Bereitschaft zu geschlechtlichem Verhalten um der Menschenwürde und des Persönlichkeitsschutzes willen jederzeit widerruflich sein muss, kann hinsichtlich der Leistung der Prostituierten kein Erfüllungsanspruch bestehen. Darin ist man sich ebenfalls einig. Daran hat auch das Prostitutionsgesetz nichts geändert – und nichts ändern wollen. Streitig ist höchstens, ob dies heute neben den Grundrechten aus § 138 Abs. 1 BGB folgt oder aus dem ProstG selbst. Doch letztlich ist dies irrelevant, denn es besteht kein gültiger Erfüllungsanspruch.

Dogmatisch ist nach der hier vertretenen Ansicht von *einem einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäft* auszugehen. Die Lehrmeinung, dass das Verpflichtungsgeschäft zur sexuellen Handlung weiterhin sittenwidrig nach § 138 BGB sei und das ProstG nur

¹²⁷¹ BGH, Urteil vom 17.4.1970 (I ZR 124/68), NJW 1970, 11179; betr. Bordellpacht: BGH, JZ 1975, 248 f.; Rother, AcP 172 (1972), 498 ff., 509 ff.; Honsell, JZ 1975, 439 ff. *in fine*.

¹²⁷² BGH, Urteil vom 20.6.2012 (IV ZR 150/11), Rn. 11.

¹²⁷³ BGH, Urteil vom 5.12.2014 (V ZR 5/14); weiterführend Armbrüster, NJW 2008, 362 ff.

¹²⁷⁴ Andere wichtige Ziele wie die erhöhte arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Absicherung von Prostituierten haben sich freilich nicht durchsetzen können: BSG, Urteil vom 6. Mai 2009 (Az. B 11 AL 11/08), Rn. 22; Bericht des Bundesministeriums zu den Auswirkungen der Prostitution 2007, 14 ff., 18 ff.

eine spezielle gesetzliche Rechtsfolge anordne (*ex nunc*-Anspruch), wird abgelehnt. Es sprechen sowohl die Intention des Gesetzgebers als auch die Formulierung und die abschliessende Regelung des ProstG dafür, dass von einem grundsätzlichen Wertewandel ausgegangen wurde und vertragsdogmatisch findet der Vertragsschluss regelmässig vor der Vornahme der sexuellen Handlung statt. § 1 ProstG ist in dem Sinne als Erfüllungsmodalität zu verstehen. Der Entgeltanspruch wird fällig, wenn die sexuelle Handlung erbracht ist. Nur wenn im Einzelfall weitere Umstände wie die Ausbeutung einer Willensschwäche hinzutreten, kann die Vereinbarung sittenwidrig und damit auch hinsichtlich der Entgeltabrede nichtig sein.

Auch Verträge über den Kauf oder die Belieferung von nicht verbotenen Bordellen und Mietverträge mit Prostituierten sind, solange nicht § 180a StGB verwirklicht wird (dann gemäss § 134 BGB rechtswidrig) oder wucherische Preise bezahlt werden, nicht mehr sittenwidrig. – Ob Verträge über Zeitungsanzeigen weiterhin nach § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG i.V.m. § 134 BGB nichtig sind, bleibt streitig. Es ist eine Forderung, welche das revidierte Prostitutionsschutzgesetz aufrechterhalten möchte.

Die *gesetzgeberische Entwicklung in Deutschland* erscheint damit klar: Vertraglich vereinbarter Sex fällt mit dem deutschen ProstG nicht mehr *für sich genommen* unter den Anwendungsbereich von § 138 BGB. In vielen Rechtsgeschäften, in sexuellen Belangen, die in der Vergangenheit noch als eine «Förderung der Unzucht» angesehen wurden, wird seit dem Inkrafttreten des ProstG und der Rechtsprechung zu anderen Rechtsgeschäften, die sexuelle Belange betreffen (z.B. Telefonsex), anstelle der «Sittenwidrigkeit» des Vertrags vermehrt nur noch der Wuchertatbestand (§ 138 BGB), das heisst der minimale Sozialschutz und der *Schutz vor Ausbeutung* einer Partei treten: Untersagt sein sollen heute nur noch erheblich unausgewogene, die eine Vertragspartei ausnützende und ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit einschränkende Vertragsverhältnisse.

Hinsichtlich der Frage der *Moralität der Prostitutionstätigkeit müssen die Lehre und die Rechtsprechung jedoch immer noch als teils widersprüchlich angesehen werden*,¹²⁷⁵ was wohl folgenden Gründen zuzuschreiben ist:

1.) Es war für die Gerichte jahrzehntelang selbstverständlich, die Prostitution als sittenwidrig im Sinne der *«vorherrschenden sozial-ethischen Überzeugungen»* zu beurteilen.¹²⁷⁶ Mit anderen Worten ist es nicht erstaunlich, dass diese Auffassungen bei den urteilenden Personen, die schon lange im Amt sind, noch nachwirken.

2.) Würdigt man ferner die über zehn Jahre alte, höchstrichterliche Rechtsprechung zum deutschen ProstG, so ist allgemein festzuhalten, dass seither relativ wenige Entscheide des BGH zum deutschen Prostitutionsgesetz und der Frage der Sittenwidrigkeit ergangen sind. Zudem stammt die Mehrheit dieser (spärlichen) höchstrichterlichen Entscheide *von einem strafrechtlichen Senat* und betrifft von der Sache her die Trennlinien zwischen strafbaren und legalen sexuellen Handlungen. Damit erklärt

¹²⁷⁵ *Lembke*, Legalisierung und Repression, 116 ff. auch zur Inkonsistenz der Ober- und Untergeichte.

¹²⁷⁶ Bis zum berühmten Entscheid des Berliner Verwaltungsgerichts vom 1.12.2000 (Az.: VG 35 A 570/99), der alles ins Rollen gebracht hatte; vgl. STREIT 2001, 11, 15; zuvor siehe: BVerwG, Urteil vom 30.1.1990 (Az. 1 C 26/87); BVerwGE 84, 314 (318).

sich, dass die Frage der «Sittenwidrigkeit» der Prostitution und anderer sexueller Handlungen jeweils nur am Rande, unbegründet teils in *obiter dicta*, angesprochen wird. Das zivilistische Problembewusstsein um die vertragsrechtliche Thematik der «Sittenwidrigkeit» mag möglicherweise weniger vertraut sein. Tatsache ist, dass die Begründungen oder sachlichen Erwägungen fehlen. Es wird zur vermeintlichen Bestärkung des eigenen Arguments oder zur politischen Beschwichtigung der Abolitionisten und Prohibitionisten *en passant* ein Halbsatz angefügt, der besagt, dass die Engeltforderung nach ProstG rechtswirksam und gültig sei, unabhängig von der Frage der «Sittenwidrigkeit» oder des «moralischen Makels» der Prostitution.

Diese Reminiszenzen zur Sittenwidrigkeit mögen sich aber auch damit begründen, dass das Prostitutionsgesetz diesbezüglich nicht klar und nur fragmentarisch formuliert ist. Festzuhalten ist aber, dass die meisten zitierten Hinweise zur Sittenwidrigkeit allesamt ohne vertiefte Auseinandersetzung mit der Thematik (es handelt sich um bloße Verweise) erfolgt sind – was heisst, dass sich daraus nicht mehr als eine Unsicherheit ablesen lässt.

Selbst wenn man aber trotz Inkrafttretens des ProstG von einer nach wie vor umstrittenen Rechtslage ausgehen wollte, so spräche diese für sich genommen schon gegen das Vorhandensein eines «gesamtgesellschaftlichen Konsenses» hinsichtlich der Frage der Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags.

Im Resultat ergibt sich: Von einem «gesamtgesellschaftlichen Konsens» hinsichtlich der Sittenwidrigkeit kann bei einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung wie dem deutschen ProstG nicht mehr ausgegangen werden. Das ProstG und das ProstSchG bilden vielmehr zusammen mit dem Persönlichkeitsschutz und dem Schutz der Berufsfreiheit die der Rechtsordnung zugrunde liegenden rechtsethischen Vorstellungen und Wertungen (im Sinne von § 138 BGB). Der Umstand, dass eine Entgeltforderung einer Prostituierten unbestrittenermassen rechtlich anerkannt wird, auch wenn ihre Tätigkeit immer noch vereinzelt als amoralisch bezeichnet wird, bedeutet nichts anderes, als dass die «guten Sitten» und die einfache «Sittlichkeit» als moralische Begriffe letzten Endes vom Recht klar unterschieden werden und auch zu unterscheiden sind. In diesen Fällen kommt ihnen in der Rechtsordnung jedenfalls keine eigenständige Bedeutung zu.

C. Rechtslage in Japan

1. Keine Regelung des Prostitutionsvertrags

a) *Baishun boshi-hô* (1958)

Das in Japan seit 1958 geltende Prostitutionsgesetz *Baishun boshi-hô* (売春防止法) ist nach dem 2. Weltkrieg unter dem Einfluss der amerikanischen Besatzungsmacht entstanden und bedeutet übersetzt so viel wie «Gesetz zur Prävention der Prostitution». Es datiert vom 24.5.1956/Nr. 118, ist seit 1958 in Kraft und wurde zuletzt am 1.4.2005/Nr. 25 geändert.

General *MacArthur* hatte schon im Jahre 1946 die Forderung nach einem solchen Gesetz artikuliert. Eine Umfrage aus dem Jahre 1948 hatte jedoch ergeben, dass Bor-

delle von der Mehrheit der Befragten (70%) als gesellschaftlich anerkannt angesehen wurden. Zudem entsprach es wohl den eigenen Interessen der amerikanischen Soldaten, die *Geisha*-Praktik nicht gesetzlich regulieren zu lassen, und zwar weder durch das von *MacArthur* vorgesehene Gesetz noch durch die Unterhaltungsindustrie (nachfolgend lit. c).¹²⁷⁷ Das soll aber nicht bedeuten, dass in den 1950er-Jahren nicht auch von Japanerinnen und Japanern selbst Kritik an der Sexindustrie und deren Konnex zur regierenden Partei der Liberaldemokraten (LDP) geübt und die Frauenfeindlichkeit der Prostitution öffentlich thematisiert wurde.¹²⁷⁸

Das *Baishun boshi-hô* war nicht das erste japanische Gesetz zur Prostitution. Schon in der *Meiji*-Zeit, genauer im Jahre 1872, wurde die *Shôgi kaihô rei* erlassen, eine Verordnung, die den Frauenhandel mit Prostitutionsstätten hätte verbieten sollen. Allerdings blieb damals die selbstbestimmte vertragliche Vereinbarung mit den Stätten offen, sodass das Gesetz weitgehend unwirksam war. Viele junge Frauen mussten damals *de facto* die von ihren Eltern gewährten Darlehen «abarbeiten»¹²⁷⁹ (vgl. nachfolgend Ziff. 3). Ferner gab es bereits in der *Edo*-Zeit (1600–1868) Gesetze zur Prostitution, die aber weitgehend unbeachtet blieben.

Das *Baishun boshi-hô* aus dem Jahr 1958 dient nach seinem Zweckartikel (Art. 1) dem Schutz der Menschenwürde, der sexuellen Moral und der Verhinderung der Prostitution in der Gesellschaft.

Art. 2 *Baishun boshi-hô* umschreibt die Prostitution als den «mit einer beliebigen Person gegen Entgelt oder gegen ein Versprechen von Entgelt ausgeübtem Geschlechtsverkehr». Damit werden prinzipiell alle übrigen sexuellen Praktiken nicht vom sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst. Ebenso wenig ist der Geschlechtsverkehr mit einer nicht beliebigen, also einer «bestimmten Person» vom Anwendungsbereich erfasst.

Art. 3 regelt das Verbot und hält ausdrücklich fest, dass niemand Prostitution im zuvor genannten Sinne begehen oder *einen entsprechenden Vertrag* eingehen darf. Die Marginalie zu dieser Gesetzesbestimmung erscheint in ihrem Wortlaut klar: Entgegen dem Titel des Gesetzes lautet sie auf «*Verbot der Prostitution*» (w: «*baishun kinshi*»). Das bedeutet, dass in Japan im Rahmen dieser sehr engen Definition des

¹²⁷⁷ Die Japaner hatten in der Nachkriegszeit (zu Recht) Angst, dass die amerikanischen Soldaten nicht vor den japanischen Frauen Halt machen würden. So kam es u.a. deshalb zur Gründung einer «Recreation and Amusement Association», die im grossen Stil Frauen als «*ianfu*» suchte (d.h. Frauen im Alter von 18–25 Jahren, zum «Trösten» der alliierten Truppen), worauf sich ca. 50'000 Frauen meldeten. *Geishas* waren unter den amerikanischen Soldaten allerdings noch beliebter als die *ianfu*. Da die Alliierten jedoch zuerst zur Kenntnis nehmen mussten, dass *Geishas* keine Prostituierten waren, entstand ein neuer Typ von Prostituierten: «*pampan*». Dabei handelte es sich um selbstbewusste professionelle Prostituierte, die als organisierte Geschäftsfrauen auf die Amerikaner zugehen, nachdem sie sich in der Nähe ihrer Stützpunkte niedergelassen hatten. So kam es, dass beispielsweise in der Stadt Tachikawa auf 55'000 Einwohner rund 5000 *pampan* fielen. Zur besseren Abgrenzung von ihnen haben sich die *Geishas* seither in Gewerkschaften engagiert: *Koyano*, 181; *Norma*, 37 ff.; *West*, *Everyday Japan*, 152; *Muzik*, 145; *Braw/Gunnarson*, 159.

¹²⁷⁸ *Norma*, 45 ff.; *Wakao*, *Jurisuto* Nr. 1237 (2003) 184 ff.

¹²⁷⁹ *Burns*, 26; *Okubô*, *Shiro/Shelley*, *Louise*: *Human Security, Transnational Crime and Human Trafficking: Asian and Western Perspectives*, New York 2011, 216; *Wakao*, *Baishun*, 167.

Begriffs von einem Prostitutionsverbot auszugehen ist.¹²⁸⁰ Diese Form von Prostitution ist folglich zwar gesetzlich verboten, zieht aber keine Straffolgen nach sich.¹²⁸¹

Strafrechtlich sanktioniert sind dagegen – ähnlich wie in der schweizerischen und deutschen Rechtsordnung – die Anwerbung zur Prostitution (Art. 5 Abs. 1, «baishun kanjû»), die Vermittlung zwecks Prostitution (Art. 6 Abs. 1, «baishun shûsen»)¹²⁸² sowie die Prostitution aufgrund von Abhängigkeits- oder Druckverhältnissen u.Ä. (Art. 7, «konwaku nado»). Ferner werden die vertragliche Verpflichtung einer Person zur Prostitution («baishun wo saseru keiyaku»), d.h. die «Kuppelei» nach Art. 10 Abs. 1 und die Verpflichtung zum Betrieb eines Prostitutionsgewerbes nach Art. 12 («baishun wo saseru gyô») explizit ausformuliert und strafrechtlich sanktioniert.¹²⁸³

Diese enge Umschreibung des Begriffs «Prostitution» führt beispielsweise konkret dazu, dass ein selbstbestimmter Besuch zweier Erwachsener in einem sog. Liebeshotel (dazu gleich unter lit. b), bei dem vereinbart wird, dass eine sexuelle Massage gegen ein Entgelt erfolgen soll, nicht gegen das betreffende Gesetz verstösst und damit weder strafrechtlich relevant noch zivilrechtlich rechtswidrig ist. – Ob der Vertrag über die sexuelle Leistung als unsittlich angesehen wird, ist eine andere Frage, auf die gleich einzugehen sein wird (lit. c). Ein weiteres Beispiel: Eine private Vereinbarung zwischen zwei miteinander bereits bekannten Personen über eine sexuelle Leistung (inkl. Geschlechtsverkehr) gegen Entgelt wird von diesem Gesetz ebenso wenig erfasst und gilt daher nicht als unrechtmässig.¹²⁸⁴ – Im konkreten Einzelfall wird es der japanischen Polizei allerdings kaum möglich sein, nachzuweisen, um welche Form der sexuellen Handlungen es sich handelt, ob die involvierten Personen einander fremd oder miteinander bekannt sind bzw. ob ein Paar, das ein Liebeshotel besucht, einvernehmlichen Sex hat – sei es mit oder ohne Vereinbarung eines Entgelts.

Inwiefern eine derart strikte, wortlautgetreue Auslegung des Begriffs «Sex» künftig gerichtlichen Bestand haben wird, lässt sich kaum abschätzen. Das viel jüngere japanische Gesetz zur Kinderpornografie und Kinderprostitution vom 26.5.1999/Nr. 52¹²⁸⁵ jedenfalls umschreibt den Terminus «Sex» (Art. 2) nicht mehr bloss mit dem Geschlechtsverkehr, sondern zählt auch alle anderen Formen von sexuellen Handlungen dazu und benennt sie konkret, damit keine Missverständnisse aufkommen – so beispielsweise das Berühren von Genitalien oder Brüsten.

¹²⁸⁰ Hervorzuheben ist auch Art. 4, der die Anwendbarkeit des Gesetzes unter den Vorbehalt stellt, dass dieses nicht gegen (anderes) nationales Recht verstösst. – Ob sich in diesem Sinne interpretieren liesse, das Gesetz verstosse gegen die Privatautonomie (Art. 13 *Kenpô*), wird in der japanischen Literatur – soweit erkennbar – nicht thematisiert.

¹²⁸¹ So auch *West*, *Lovesick Japan*, 145 ff., 147 f., jedoch ohne weitere Präzisierungen des Inhalts.

¹²⁸² Relativ streng: *Saikôsai*, Urteil vom 7. 9. 2003, *Keishû* 65-5-889 (Az. 2013 (a) 1721); zum Umstand, dass sog. *Pinkubira* (Telefonkabinen mit pink leuchtenden Lämpchen) unter den Tatbestand der Vermittlung fallen: *Kôsai Osaka*, Urteil vom 7.7.1989 (Az. 1989 (u) 316).

¹²⁸³ Zur Abgrenzung zwischen selbstbestimmter Prostitution, der Kuppelei (Art. 11 Abs. 2) bzw. fremdbestimmter Prostitutionsstätte (Art. 12) vgl. *Chisai Gifu*, Urteil vom 4. 9. 2013 (Az. 2013 (wa), 3); *Saikôsai*, Urteil vom 8.2.1964, *Keishû* 18-2-43.

¹²⁸⁴ So bereits *Bayley*, 107 ff.

¹²⁸⁵ *Jidô kaishun, jidô poruno ni kakaru kôido nado no shôbatsu oyobi jidô no hogo tô ni kansuru hôritsu* 児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律 Nr. 52/1999: Als Kinder definiert Art. 2 lit. (i) Personen unter 18 Jahren.

Das *Chisai Tokio* hat etwa mit Urteil vom 28. April 2015 die Schadenersatzforderung einer Ehefrau gegen eine «Mama-San» einer Stätte abgelehnt, der Ehemann der Klägerin hatte seit sieben Jahren eine intime Beziehung mit dieser. Der Sachverhalt falle nicht unter das *Baishun boshi-hô*, denn es habe eine rein geschäftliche Beziehung zwischen dem Mann und der Lokalität bestanden und deswegen sei kein Vertrag zwischen «Mama-San» und Ehemann entstanden und es sei keine direkte Auswahl i.S.v. Art. 2 *Baishun boshi-hô* erfolgt. Privat sei die Chefin der Stätte frei zu tun und zu lassen, was sie möchte. Zudem gefährde eine solche aussereheliche Beziehung das Eheglück kaum.¹²⁸⁶ – Hinzuzufügen ist dem, dass Schadenersatzforderungen «wegen Störung der Ehe» in Japan grundsätzlich verbreitet sind.¹²⁸⁷

Es kann damit festgehalten werden, dass das *Baishun boshi-hô* (1958) weder damals noch heute die Prohibition oder Abolition der Prostitution vorsieht, sondern vielmehr rechtliche Rahmenbedingungen setzen will. In diesem Sinne folgt das japanische Gesetz ebenfalls einer grundsätzlich liberalen Tradition. Der Name des Gesetzes bringt dies treffend zum Ausdruck, indem nicht etwa von einem Verbot die Rede ist, sondern von Prävention. Der oftmals verwendete, englische Terminus «*Anti-Prostitution Law*» ist insoweit als unzutreffend anzusehen.

Im Gegensatz zum deutschen Prostitutionsgesetz liegt der hauptsächliche Normzweck dieses älteren Gesetzes *möglicherweise weniger* im Schutz der individuellen Prostituierten, sondern primär in der Aufrechterhaltung der im *Prostitutionsgewerbe geltenden öffentlichen Ordnung*. Dem Schrifttum ist hierzu auch zu entnehmen, dass es immer eine Intention des Gesetzes war, dass die Prostitution *möglichst diskret erfolgen sollte*.¹²⁸⁸ – Es wird auch behauptet: Das Gesetz sei, falls zum Schutze, so dann bestenfalls zum Schutz der amerikanischen Soldaten erlassen worden.¹²⁸⁹

Im Resultat ergibt sich: De facto wird in Japan ungeachtet dieses älteren Prostitutionsgesetzes auch Geschlechtsverkehr gegen Entgelt angeboten. Diesem beschränkt anwendbaren Gesetz fehlt es zweifelsohne an Schutzbestimmungen, welche vergleichbar wären mit den deutschen Regelungen zu Betriebskonzept und den Vorschriften zur Betriebsstätte, zu persönlichen Eignung von Betreibern und dem Umgang mit den Dienstleistungsanbieterinnen.

b) *Fûzoku eigyô tô no kisei oyobi gyômu no tekiseika tô ni kansuru hôritsu* (1949/1999)

Diese enge Umschreibung von Prostitution hat u.U. dazu geführt, dass sich in Japan eine grosse Vielfalt von fantasievollen sexuellen Gewerben entwickelt hat, die grundsätzlich alle Arten von sexuellen Handlungen gegen Entgelt anbieten, nur keinen Geschlechtsverkehr.¹²⁹⁰ Die betreffenden Stätten und Lokale fallen unter den Anwen-

¹²⁸⁶ Vgl. *Japan Times* vom 10. Juni 2015; s.a. *Hanrei Taimuzu* Nr. 1410, 64

¹²⁸⁷ *Minshû* 33-303; Urteil *Saikôsai* vom 26. März 1996, in: *Minshû* 50, 993 in casu Schadenersatz verneint; s.a. Urteil des *Saikôsai* vom 5. September 1963 zu einer Schadenersatzforderung wegen Auflösung des Verlöbnisses (Eheversprechens), in: *Minshû* 17- 942.

¹²⁸⁸ *Bayley*, 114.

¹²⁸⁹ *Frühstück*, 186 ff.

¹²⁹⁰ Bildmaterial der Dokumentarfotografin *Joan Sinclair*, *Pink Box, Inside Japan's Sex Clubs, 2006-2015*, abrufbar unter <<http://www.pinkboxjapan.com>>, zuletzt besucht am 15.3.2016; *West, Lovesick Japan*, 147 ff.

dungsbereich des aus dem Jahre 1948 (Nr. 22/1948) stammenden *Fûzoku eigyô tô no kisei oyobi gyômu oyobi no tekiseika tô ni kansuru hôritsu*,¹²⁹¹ also des Gesetzes über die Regulierung von Geschäften, welche die «öffentliche Moral» und die Korrektheit des Sexgewerbes betreffen.

Dieses Gesetz wurde bzw. wird laufend revidiert,¹²⁹² muss es doch den vielen jeweils unterschiedlichen Formen der Unterhaltungsindustrie Rechnung tragen: den sog. *Liebeshotels*,¹²⁹³ den *Sôpurando*, den *Terekura*, den Hostessenbars, den *Tabledance*-Lokalitäten, Cabarets, «Cafés», aber auch allen Bars und Spielkasinos (v.a. den *Pachinko*, den *Automatengeldspielen*¹²⁹⁴) etc. Daraus lässt sich ebenfalls schliessen, dass niemals die Intention bestand, das Sexgewerbe mittels dieses Gesetzes zu behindern oder gar seine Ausübung zu verhindern, sondern vielmehr bezweckt wurde, es an die aktuell geltenden Formen des «Unterhaltungsgewerbes» anzupassen. Des Weiteren ist hervorzuheben, dass die Geisha-Stätten *nicht* unter den sachlichen Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen. Eine spezielle Regelung des «*Geisha-Systems*» ist wohl absichtlich nicht vorgesehen, stattdessen gelten hierfür ausschliesslich die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts und des *Minpô*.

Dieses Gesetz wird vom japanischen Justizministerium pragmatisch als «Law Regulating Adult Entertainment Business» oder kurz als das «Entertainment Law» übersetzt. Es legt die Rahmenbedingungen des Unterhaltungs- und Sexgewerbes fest und soll dadurch in erster Linie *zum Jugendschutz beitragen* (Art. 1). So unterstehen alle einschlägigen Unternehmensformen einer lokalen Bewilligungspflicht (Art. 3 f., Art. 9), die im Falle einer Nichteinhaltung an strafrechtliche Sanktionen geknüpft ist. Beispielsweise wird die Bewilligung nicht erteilt, wenn das Unternehmen gegen die Verbotsbestimmungen des *baishun boshi-hô* oder des Gesetzes zur Verhinderung der Kinderprostitution verstösst (Art. 4-2).¹²⁹⁵ Zudem regelt das Gesetz die wichtigsten Rahmenbedingungen wie etwa Abstandsvorschriften zu Schulen (Art. 28 Abs. 2),¹²⁹⁶ Öffnungszeiten der Stätten (Art. 52) und Werbung für dieses Gewerbe (Art. 53).

De facto sieht es jedoch anders aus als auf dem Papier. Beispielsweise sind sehr viele «*rabuhô*» entgegen dieser Vorschriften nicht registriert, da sie entweder aus der Zeit

¹²⁹¹ *Fuzoku eigyô tô no kisei oyobi gyômu no tekisei-ka tô ni kansuru hôritsu* 風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律; i.d.F. Stand 2011/Nr. 55; vgl. Sammlung Kommentar der Materialien aus dem Jahre 1985: 1985.

¹²⁹² West, *Everyday Japan*, 148.

¹²⁹³ Während das *Entertainment Law* eine sehr offene Definition vorsieht: sinngemäss ein Ort, der zum Übernachten geeignet ist, besteht seit der *Revision aus dem Jahre 1985* noch eine zusätzliche Verordnung zur Durchsetzung des Gesetzes (*Fuzoku eigyô tô no kisei gyômu oyobi tekiseika tô ni kansuru hôritsu kankei hôrei shu*, 1984/Nr. 319). Darin wird spezifiziert, dass es sich u.a. um eine Lokalität handelt, die von Personen unterschiedlichen Geschlechts besucht wird und die weder eine Rezeption aufweist noch ein Restaurant führt – oder nur in einem sehr begrenzten Rahmen. Zudem sollte ein *Lovehotel* nach Art. 3 Abs. 2 über sich drehende Betten, grosse Spiegel oder andere Gegenstände zur sexuellen Stimulierung verfügen. – Das heisst, wenn nur schon diese Art von Betten oder die Spiegel fehlen, so fällt das betreffende *Lovehotel* nicht unter den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung.

¹²⁹⁴ *Saikôsai*, Urteil vom 3. März 2015 (2014 *gyô hi* 225), betr. ein *Pachinko-Verbot*, das die Moral und die Gesundheit gefährden soll (Art. 26 Abs. 1).

¹²⁹⁵ *Kôsai Tokio*, Urteil vom 19. Mai 2003 (2003 *wa* 549).

¹²⁹⁶ *Chisai Nagoya*, Urteil vom 25. Juni 2003 (2004 *gyô u* 46), betr. Distanz von 200 Metern bis zu einer Schule.

vor 1985 stammen und somit noch nicht von diesem Gesetz (und der entsprechenden Revision) erfasst werden, oder weil sie so ausgestattet werden, dass sie wiederum nicht unter die enge Definition des Gesetzes fallen.¹²⁹⁷ Andererseits kann aus diesem Sachverhalt aber auch nicht geschlossen werden, dass besagtes Gesetz gar nicht zur Anwendung komme. Tatsächlich sind einige Urteile zu nicht erteilten oder entzogenen Bewilligungen bekannt,¹²⁹⁸ aber auch – interessanterweise – zu Schadenersatzforderungen im Rahmen von Urheberrechtsverletzungen wenn es beispielsweise um Aufführungen geht.¹²⁹⁹ Illustrativ ist diesbezüglich das bereits erwähnte Urteil des *Chisai Gifu* aus dem Jahre 2013, das eine Abgrenzung zwischen zulässiger selbstbestimmter Prostitution und der Kuppelei bzw. dem fremdbestimmten Betreiben einer Stätte vornimmt.¹³⁰⁰ In diesem Urteil wird zudem erörtert, dass das Einkassieren von 60-70% der Einnahmen der Prostituierten durch den Betreiber der Stätte deren Selbstbestimmung übermässig einschränke.

Insgesamt ist zu konstatieren, dass letztlich die lokalen Verhältnisse entscheidend sind – ähnlich wie in Deutschland und der Schweiz. Über die Frage, inwiefern im lokalen japanischen Bewilligungsverfahren u.U. auch Bestechungen eine Rolle spielen, kann hier bloss spekuliert werden.¹³⁰¹ Gewiss ist einzig, dass das japanische Verwaltungsverfahren anders funktioniert als ähnliche Verfahren bzw. Institutionen in der Schweiz.¹³⁰²

c) Lokale Regelungen

In Japan werden die von den betreffenden Stätten angebotenen Leistungen und deren Kosten in der Regel sehr detailliert festgehalten und meist bereits ausserhalb der Lokalität an gut ersichtlicher Stelle angebracht. Diese Preislisten werden – in Analogie zu den bei den Restaurants ausgeschriebenen Menus und ihren Preisen – «*Menu-listen*» genannt.

Zusätzlich gelten innerhalb der Stätte meist strikte Hausordnungen und Verhaltensvorschriften, an die sich die Kunden zu halten haben. Daher weiss ein Kunde ziemlich genau, was ihn erwartet. Der Rahmen der Vertragsinhalte ist konkret ausformuliert. – Allerdings sind Antrag und Annahme der Vertragsentstehung im geltenden japanischen Vertragsrecht *de lege lata* nicht im *Minpô* festgeschrieben, sodass das finale Entgelt und die Leistung *in praxi* letztlich mündlich vereinbart werden dürfen.

d) Zur Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags

Der Prostitutionsvertrag (sog. *baishun keiyaku*, 売春契約) als solcher ist in keinem der beiden erwähnten Sondergesetze geregelt. Insofern stellt sich die Frage, ob ein derartiger Vertrag im dargelegten gesetzlichen Rahmen – der die Prostitution und das Unterhaltsgewerbe grundsätzlich gestattet – zulässig ist oder nicht bzw. ob er aufgrund von Art. 90 *Minpô* als sittenwidrig einzustufen ist. Vor allem fragt sich:

¹²⁹⁷ West, *Everyday Japan*, 166 ff., 177 m.w.N. geht davon aus, dass nur ca. ein Drittel der existierenden *Lovehotels* registriert sind.

¹²⁹⁸ *Chisai Tokio*, Urteil vom 24. Juni 2014 (2012 *wa* 32).

¹²⁹⁹ *Chuo-ku Tokio*, Urteil vom 30. April 2014 (2012 *wa* 964).

¹³⁰⁰ *Chisai Gifu*, Urteil vom 4. September 2013 (2013 *wa* 24), 3.

¹³⁰¹ West, *Lovesick Japan*, 71.

¹³⁰² Hotz, *Japan*, Rn. 18.70 ff.

Müssen letztlich alle Verträge zu sämtlichen Arten dieses Gewerbes als sittenwidrig angesehen werden? In der privatrechtlichen Lehre wird nämlich der Prostitutionsvertrag nur an wenigen Stellen erwähnt – und wenn dies der Fall ist, dann als Beispiel für einen *sittenwidrigen Vertrag*.¹³⁰³ So verstossen nach *Katô* Prostitutionsverträge und insbesondere «Jugendprostitutionsverträge» (*enjô kôsai keiyaku*) heute «selbstverständlich» gegen die japanischen Moralvorstellungen.¹³⁰⁴ Auch Verträge, die künftige Heiratsversprechen oder fragwürdige Vereinbarungen zwischen Ehegatten beinhalten – beispielsweise die Ausübung der elterlichen Rechte des andern Elternteils zu beschränken oder auch die Absicht, zu keinem Zeitpunkt zusammenzuleben –, verstossen nach *Katô* gegen die Generalklauseln von Art. 90 *Minpô*.

2. Rechtsprechung

Höchststrichterliche Urteile, die sich direkt mit der Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags zwischen einer sich prostituierenden Person und ihrem Kunden auseinandersetzen würden, hat die Autorin nicht gefunden. Die Vertragsverhältnisse von Prostituierten werden jedoch hin und wieder erwähnt.¹³⁰⁵

Ebenso wenig sind japanische Urteile zur Sittenwidrigkeit von Mietverträgen, die mit Prostitution im Zusammenhang stünden, bekannt. Ein Grund dafür mag sein, dass ein japanischer Vermieter von Anfang an persönlich angefragt wird und somit eingeweiht ist. Ausserdem müssen Mieterinnen in Japan bei Abschluss des Mietvertrags nicht nur eine hohe Kautions hinterlegen, sondern auch einen «ehrenwerten Bürgen» angeben.

Am nächsten kommen dem Phänomen Prostitutionsvertrag in der Rechtsprechung diejenigen Verträge, mit denen gewisse japanische Eltern früher ihre Mädchen für die Dauer von rund zehn Jahren an Prostitutionsstätten zu vermitteln pflegten. Dafür erhielten sie einen Geldbetrag, das sog. «*minoshiro kin*» – was wörtlich so viel bedeutet wie: «Geld für den Körper». Die betreffenden Verträge hiessen «*gei shôgi keiyaku*», wörtlich: Vertrag zur Vermittlung einer Kunstleistung. Erst wenn die Mädchen bzw. jungen Frauen den Betrag, der ihren Eltern entrichtet wurde, wieder eingebracht hatten, durften sie die Prostitutionsstätte verlassen.¹³⁰⁶ Heute figurieren diese Entscheide im japanischen Schrifttum als Beispiele für Menschenrechtsverletzungen und gelten daher als rechts- und sittenwidrig.¹³⁰⁷ Im westlichen Schrifttum werden «*gei shôgi keiyaku*» mitunter – zu Recht – auch als Lehrvertrag zur Prostitution (w: «*indentured prostitution contract*»¹³⁰⁸) betitelt oder aber als «Arbeitsverträge»¹³⁰⁹ bezeichnet – was bereits belegt, dass sich dieses Phänomen aus unterschiedlichen Perspektiven betrachten lässt. Nach der japanischen Rechtsprechung galt ein solcher «*gei shôgi keiyaku*» bis zum Urteil des obersten Gerichtshofs im Jahre 1955 nicht als sittenwidrig gemäss Art. 90 *Minpô*.¹³¹⁰

¹³⁰³ Yamamoto, *Minpô*, 240 m.w.H, wobei u.U. auch nur auf Teilnichtigkeit erkannt wird (285).

¹³⁰⁴ Kato, 252.

¹³⁰⁵ Frühstück, 186 ff., 190; West, Lovesick, 137 f.

¹³⁰⁶ *Minroku* 24-1954, *Minroku* 27-177 und *Minshû* 9-11-1616.

¹³⁰⁷ *Katô*, 225 f.

¹³⁰⁸ Ramseyer, Vol. 7 1991, 91.

¹³⁰⁹ Marutschke, 116.

¹³¹⁰ Die Ansichten darüber sind jedoch nicht einheitlich: vgl. z.B. Tanaka/Smith, 116 f. m.w.N.

Urteil des *Saikô sai* vom 7. Oktober 1955 (*Minshû* 9-11-1616): Dieser *Leading case* betrifft einen solchen «*gei shôgi keiyaku*» eines unter 16 Jahre alten «*Geisha-Mädchens*» mit einer Lokalität, von der die Jugendliche offiziell als Bardame angestellt worden war.¹³¹¹ Das Gericht erklärte sowohl diesen von den Eltern im Namen der Jugendlichen geschlossenen Arbeitsvertrag als auch den damit verknüpften Darlehensvertrag der Eltern mit einem Darlehensgeber für nichtig, da eine sittenwidrige Verknüpfung zwischen den beiden Verträgen bestünde.

Ferner sind einige Urteile zu *Bürgschaftsverträgen von Hostessen bzw. Bardamen des Unterhaltungsgewerbes bekannt*, die als sittenwidrig eingestuft wurden:¹³¹² Mit einem Bürgschaftsvertrag sicherte sich die Inhaberin einer Lokalität, wie es im Unterhaltungsgewerbe Usus ist, gegen das Ausfallrisiko ab, welches sich daraus ergibt, dass Kunden ihre Ess- und Trinkschulden gelegentlich nicht begleichen. Da die Bardamen in direktem Kontakt zu den Gästen stehen, könnten sie in der Regel besser beurteilen, welche Gäste kreditwürdig seien, und welche nicht – so die Überlegungen und die Argumentation seitens der Bürgschaftsgläubigerin. Die Bardamen gehen aber diese Bürgschaftsverträge mit den Kunden erstens unentgeltlich ein und zweitens in der Regel ohne Haftungsbeschränkung, denn Angaben zum Höchstbetrag der Bürgschaft fehlen. Allein deswegen ist jedoch ein Bürgschaftsvertrag nach *Saikô sai* noch keineswegs nichtig, denn als einseitig verpflichtender Vertrag sei er von Natur aus unausgeglichen. Zudem bevorzuge ein solcher Bürgschaftsvertrag die Gläubigerin nicht übermässig. Die Bürgin habe schliesslich selbstbestimmt ihre Einwilligung dazu gegeben und die Gläubigerin habe keinen Druck auf sie ausgeübt.

Zudem habe die Bürgin durch den Bürgschaftsvertrag den Kunden, mit dem sie liiert war, stärker an sich binden können und dadurch neben ihrem Gehalt ein Zusatzeinkommen erzielt.¹³¹³ Bei solchen Bürgschaftsverträgen von Hostessen verhält es sich allerdings doch oft so, dass sich der Gläubiger in der vorteilhafteren Ausgangslage befindet, was ihm ermöglicht, das Geschäftsrisiko auf seine Arbeitnehmerin zu überwälzen. Würden also umgekehrt diese Bürgschaftsverträge generell für gültig angesehen, so sähen sich die betroffenen Bardamen beispielsweise oft in ihrer Selbstbestimmung, den Arbeitsort zu wechseln oder in Pension zu gehen, beschränkt. So etwa argumentierte zumindest das Tokio *Chisai* vom 25. März 1975.¹³¹⁴

Als Fallgruppe ordnet beispielsweise *Yamamoto* diese Bürgschaftsverträge von Hostessen für Konsumationsschulden ihrer Kunden nach Art. 90 *Minpô* dem *Wuchertatbestand* (暴利行為, *bôri kôî*) zu.¹³¹⁵ Hinsichtlich der Bürgschaftsverträge von Bardamen, aber auch bezüglich sämtlicher anderer Wuchergeschäfte, lässt sich aus den obigen Erwägungen schliessen, dass der Schutz des Vermögensrechts massiv eingeschränkt würde, erachtete man jeden dieser Bürgschaftsverträge als gültig. Ab welchem Betrag so ein Vertrag eingeschränkt werden soll, ist jedoch eine aktuelle Frage

¹³¹¹ Wörtlich: «*shafuku*»; das ist eine Art Bardame.

¹³¹² *Kô sai* Tokio, Urteil vom 29.6.1977 in *Honshûji* Nr. 853, 51; *Kô sai* Osaka, Urteil vom 29.3.1973, *Hanrei Jihô* Nr. 937, 49; *Kô sai* Osaka, Urteil vom 19.11.1980, *Hanrei Taimuzu* Nr. 444, 127; *Kô sai* Osaka, Urteil vom 13.5.1981, *Hanrei Taimuzu* Nr. 454, 97. Das Urteil vom 25.12.1975 des *Kô sai* Tokio war dagegen in Bezug auf die Sittenwidrigkeit nicht eindeutig.

¹³¹³ So lautete die Begründung im Urteil vom 20. November 1986: *Hanrei Jihô* 1220, 61.

¹³¹⁴ *Hanrei Jihô* 797, 115 f.

¹³¹⁵ *Yamamoto*, *Minpô*, 216 f.

des japanischen Vertragsrechts und der Vertragsfreiheit, die nicht objektiv, sondern nur *von Fall zu Fall* beurteilt werden kann.¹³¹⁶

In der älteren japanischen Rechtsprechung bekannt sind zudem die bereits beim Fallgruppenvergleich zu den «guten Sitten» (Kap. 5) erwähnten Urteile zu den «*Geleibtentestamenten*».¹³¹⁷

3. *Stellungnahme*

Die japanische Sexindustrie ist über 400 Jahre alt und die verschiedensten Formen der Prostitution gehören auch heute zum Alltagsleben. Seit dem Inkrafttreten der beiden japanischen Gesetze im Jahre 1949 und 1958 hat sich eine Vielzahl von neuen schillernden sexuellen Gewerbebezügen und -betrieben entwickelt, die in Deutschland und der Schweiz in dieser Varianz nicht bekannt sind. An vielen dieser Stätten geht es nicht nur um Sex, zumindest nicht nur um den Geschlechtsverkehr. Die jüngsten Phänomene des Gewerbes, wie die entgeltlich zu vereinbarenden gemeinsamen Spaziergänge mit Jugendlichen oder das Nicht-alleine-schlafen-müssen gegen Bezahlung, bestätigen dies. – Die illegale Jugendprostitution (*enjō kōsai*) bleibt dennoch bis heute ein nicht zu unterschätzendes Problem.¹³¹⁸ Auch die Vergangenheit der *Geishas* darf nicht idealisiert werden, denn während langer Zeit wurden auch Kinder für *Geisha*-Dienste angeworben. Ob derart sozialisierte *Geishas* tatsächlich immer von der Zwangsprostitution befreit waren, darf zumindest angezweifelt werden.¹³¹⁹

Viele Stätten des Sexgewerbes bewegen sich heute in einem Graubereich zwischen Legalität und Illegalität: Zum einen fördert die enge gesetzliche Definition von Prostitution die Tendenz, sich der Polizeikontrolle entziehen zu wollen, und zum anderen gibt es so viele derartige Lokalitäten, dass längst nicht alle eine Bewilligung haben dürften.¹³²⁰ Die japanische Sittenpolizei gibt sich generell zurückhaltend und geht vor allem gegen auffällige Prostituierte vor, insbesondere gegen solche, die öffentlich Freier anwerben oder eine Vermittlungstätigkeit ausüben, sowie gegen in der Öffentlichkeit auftretende Zuhälter. Gemäss der Polizeistatistik kommt es hingegen kaum

¹³¹⁶ *Ibid.*, Fn. 37.

¹³¹⁷ Erstmals mit Urteil des *Saikōsai* vom 20. November 1986 wurde ein solches Testament nicht mehr für sittenwidrig und damit auch nicht mehr für ungültig angesehen. Folgende Argumente lagen dem Urteil zugrunde: 1.) Der Erblasser hinterliess seiner «Geliebten» lediglich zwei Drittel des Nachlasses, so dass die Tochter einen Drittel bekam, weil die Ehe zum Zeitpunkt des Todes nicht mehr bestand 2.) Die Beziehung des Liebespaares dauerte zum Todeszeitpunkt bereits sieben Jahre, und 3.) war das Testament bereits ein Jahr vor dem Tod des Erblassers errichtet worden. In einem Urteil des *Chisai Tokio* vom 6.7.2006 (*Hanrei Jihō* Nr. 1967, 96 ff.) wurde hierfür der Begriff des Paares, das wie ein Ehepaar zusammenlebte, geprägt: *fufu dozen* (夫婦同然); die Schenkung eines Grundstückanteils des einen Partners an den anderen auf den Todesfall hin wurde entsprechend nicht als «sittenwidrig» angesehen.

¹³¹⁸ Die UN Spezialberichterstatterin *de Maud* hat zum Widerwillen der japanischen Regierung etwa öffentlich erklärt, dass nach wie vor 13% der Schulmädchen in der Jugendprostitution tätig seien (Japan Times vom 10. November 2015).

¹³¹⁹ *Norma*, 37 ff., die den Intellektuellendiskurs zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des *baishun boshi-hō* untersucht hat, argumentiert etwa, dass das Gesetz so formuliert worden ist, damit die Geishas als Prostituierte des Establissemments in Ruhe weiter arbeiten konnten.

¹³²⁰ *Sinclair*, 15.

zu Einträgen aufgrund von Art. 3 *Baishun boshi-hô*.¹³²¹ Das Sexgewerbe kann insgesamt als diskret und sauber angesehen werden. – Die Kriminalität ist in diesem Kontext wenig sichtbar; so kommt etwa die Drogenprostitution praktisch nicht vor. Allerdings gilt es in diesem Gewerbe – wie in der Schweiz und Deutschland – eine scharfe Trennlinie zwischen Migrantinnen und Japanerinnen zu ziehen.

Die Prostitution ist tatsächlich und offenkundig so stark verbreitet, dass sich die Frage stellt, ob die japanische Gesellschaft Prostitution und den Prostitutionsvertrag «wirklich je für sittenwidrig» gehalten hat.¹³²² Bis in die 1950er-Jahre hinein verstiesenen Prostitutionsverträge (o.ä. Verträge) jedenfalls unbestrittenerweise noch nicht gegen Art. 90 *Minpô*.

Eng verknüpft mit der beschriebenen Haltung gegenüber der Prostitution sind die gegenseitigen Erwartungen der Partner hinsichtlich der sexuellen Treue im Rahmen der Ehe. Entsprechend galt Sex ausserhalb der Ehe, d.h. Ehebruch – zumindest was die Aktivitäten des Ehemanns anbelangte¹³²³ – in Japan bis in die 1960er-Jahre hinein nicht als etwas «Anstössiges».¹³²⁴ Für diese Form der Doppelmoral existiert beispielsweise der Ausdruck «*uwaki wa otoko no kaishô*» (浮気は男の甲斐性), der sinngemäss besagt, dass Ehebruch ein Symbol für den *Reichtum* des Manns sei – ein Denken, das dem kontinental-europäischen auch nicht fremd ist. Ferner scheint es noch heute so zu sein, dass ein Ehebruch, in den eine Prostituierte involviert ist, für Ehefrauen eher akzeptabel ist.¹³²⁵ Zudem wird nach japanischem Verständnis die Rolle der Mutter streng von der Rolle der Liebenden getrennt: In der Regel ist eine Frau entweder das eine oder das andere, jedoch nicht beides zugleich. Gesellschaftlich betrachtet hat Sex für ein japanisches Ehepaar nicht so einen hohen Stellenwert¹³²⁶ und ist auch nicht Ausdruck einer tiefen emotionalen Bindung. Hier lässt sich eine Brücke zu den Ausführungen zur Ehe in Japan schlagen, denn die «Heirat aus Liebe»¹³²⁷ hat sich in Japan erst in den letzten 60 Jahren verbreitet. Eine weitere japanische Eigenheit besteht andersherum wohl darin, dass eine Prostituierte – und insbesondere die «*Mama-San*», die Club- oder Bordellbetreiberin – als durchaus respektierte Persön-

¹³²¹ *Seisaku no tokei* [Kriminalstatistiken] 2010: rund 400 Verhaftungen wegen Verstosses gegen das *Baishun boshi-hô*; 2013: 52; *Keishi-chô no tôkei* [Polizeistatistik] 2013; *Baishun Taisaku Shingikai*, *Baishaku taisaku no Genkyô* [Massnahmen zum Schutz des Prostitutionsgeschäfts] 1986, 93 ff., s.a. bereits *Bayley*, 109 f.; *West*, *Everyday Japan*, 153.

¹³²² *Mizuno*, *ZJapanR* Nr. 7 (1999) 132; *West*, *Livesick*, 136 f.; s. bereits *Benedict* (1947), 130 ff., mind. früher nicht; allerdings ist dieses «Standardwerk» heute zu Recht kritisch hinterfragt: vgl. *Aoki*; *Fukui/Ueda*, 555–58; *Mouer*, *Ross/Sugimoto*, *Yoshio*: *Images of Japanese Society: A Study in the Social Construction of Reality*, London 1986, 27 ff.; *Benedict's* «Patterns of Culture» – Ansatz (gleichnamiges Buch aus dem Jahre 1934) wird heute mit als ein Ursprung des «*Nihonjinron*» der Nachkriegszeit gesehen. *Nihonjinron* ist die Lehre bzw. Literatur, welche die japanische kulturelle Einzigartigkeit erforscht.

¹³²³ Der Ehebruch war für Frauen bis im Jahr 1947 strafbar, für Männer hingegen nie.

¹³²⁴ *Hendry*, 15 f.; *Mizuno*, *ZJapanR* Nr. 7 (1999) 132; *Frühstück*, 186 ff.

¹³²⁵ *Kawakami*, hist. Soziologie, 23 f.; *Ueno*, in: *Buckley*, 274; *idem*, *Kazoku*, 14 f.; *Kôsai Tokio*, Urteil vom 29. September 1997, *Hanrei Jihô* 1633, 90: In diesem Fall ging es allerdings um den Ehebruch einer Ehefrau, den das betreffende Gericht noch nicht als genügenden Trennungsgrund für die Frau betrachtete.

¹³²⁶ *Kawakami*, hist. Soziologie, 41.

¹³²⁷ *West*, *Lovesick Japan*, 98 f. m.w.N.; *idem*, *Everyday Japan*, 68 ff., eine Heirat «ohne Liebe» entspreche vielmehr der gängigen Erwartung; Sex wird bei der Heirat jedoch erwartet (105 ff.).

lichkeit gilt, die (weit über die sexuellen Handlungen hinaus) primär die Funktion hat, zu begleiten und zuzuhören.¹³²⁸

Dem ist allerdings abschliessend noch hinzuzufügen, dass eine künftige Mutter auch in Japan besser keine Vergangenheit im Sexgewerbe haben sollte!¹³²⁹

IV. Rechtsvergleichende Würdigung der Prostitution im Lichte der aktuellen und vergangenen Entwicklungen

A. Prostitutionstätigkeit als alte Tradition

1. Historisch-kulturelle Realität

Prostitution hat unzweifelhaft eine sehr lange Tradition. Dies gilt gleichermassen für Europa wie für Asien.¹³³⁰ Ob sie auch – wie oft zitiert – eines der «ältesten Gewerbe der Welt» ist, darf jedoch angezweifelt werden. Dies muss eher als nonchalante Verharmlosung bewertet werden, denn zu einer Zeit, als Frauen keine Rechte hatten, war Prostitution nicht selten auch mit «Sklaverei» gekoppelt.¹³³¹

Die ersten in die Annalen eingegangenen Stätten zu diesem Zweck eröffnete der altgriechische Staatsmann *Solon* im 6. Jh. v. Chr.¹³³² Als weit herum bekanntes Zeugnis des Sexgewerbes zu römischen Zeiten gilt das *Lupanar zu Pompeji* (1. Jh. n. Chr.). Zudem existieren Hinweise auf die Tradition der Tempelprostitution im Alten Mesopotamien.¹³³³ Ferner finden sich zahlreiche Stellen im *Gilgamesch-Epos* wie auch im Alten Testament, die belegen, dass die Prostitution auch in jenen Kulturepochen durchaus ihren Platz hatte.¹³³⁴

Auch in *Japan* stehen das Sex- und Unterhaltungsgewerbe («*mizu shobai*») sowie die *Prostitution in einer langen Tradition*. Dies ist gut belegt und lässt sich bis zum Ende der *Heian*-Periode im 12. Jahrhundert zurückverfolgen.¹³³⁵ So wird schon dem ersten *Shōgun* der *Kamakura*-Periode, *Minamoto no Yoritomo* (1147–1199), nachgesagt, dass er die Prostitution mittels einer «Kontrollstation» regelte, um Reisende und Samurai vor diesem damals offenbar wachsenden Treiben zu *schützen*: Einige Jahr-

¹³²⁸ Psychotherapien sind in Japan beispielsweise viel weniger verbreitet als in Deutschland oder der Schweiz: s. *Ditmore*, *Encyclopedia of Prostitution*.

¹³²⁹ *Chisai Tokio*, Urteil vom 7. Juni 1996, *Hanrei Taimuzu* 915, 171 f.

¹³³⁰ Dies lässt sich durch zahlreiche Stellen in der Bibel, aber auch im *Gilgamesch-Epos* belegen. Das heisst aber nicht, dass Prostitution überall vorgekommen wäre: Zum Ganzen sei auf das Werk von *Ringdal* verwiesen, insb. 16–131, 250–263; aus japanischer Perspektive: *Ditmore*, *Encyclopedia of Prostitution*, 157 ff.; *Scott*, 125 ff.; vgl. auch *Ryuhoku*, 18 ff.; s.a. zu Prostitution und Recht: *Malkmus*, 21 ff.; *Hürlimann*, 4 ff.

¹³³¹ *Lerner*, *Signs* 11/2 (1986), 236 f.; *Ringdal*, 19; s.a. *Lüscher*, *Geneviève*: Der Mythos vom ältesten Gewerbe, *Tages-Anzeiger* vom 7.12.2013, ein Bericht mit der schweizerischen Historikerin *Caroline Arni* und der deutschen Historikerin *Tanja Scheer*.

¹³³² *Ringdal*, 21 ff.

¹³³³ *Lerner*, *Signs* 11/2 (1986), 236.

¹³³⁴ *Ringdal*, 42 ff.

¹³³⁵ Perioden: *Muromachi* (1336–1573), *Kamakura* (1185–1133), *Heian* (794–1185); die ersten Schilderungen finden sich jedoch schon im «*Man'yōshū*» (万葉集), einer Lyrikkompilation ca. aus dem 8. Jh.: *Hatano/Shimazaki*; *Stanley*, 10 ff.

hunderte später, 1600–1868, verfügten alle drei grossen Städte der *Edo-Zeit*, *Kyoto*, *Osaka* und *Edo* (das spätere Tokio) über geregelte und gut organisierte und teils bewilligungspflichtige Prostitutionsquartiere, die aus Sicht der Prostituierten als durchaus positiv, jedenfalls nicht als negativ angesehen werden konnten.¹³³⁶

Das in Edo gelegene *Yoshiwara* war lange Zeit Japans berühmtestes Freudenquartier. Dort waren damals durchschnittlich über 3000 Frauen registriert, die nebst vielen weiteren, nicht registrierten Prostituierten in jenem Quartier arbeiteten. *Shimabara* hiess der entsprechende Bezirk von Kyoto, der beispielsweise auch ein Subquartier für gleichgeschlechtliche sexuelle Aktivitäten umfasste.¹³³⁷ Die *Meiji-Zeit* (1868–1912) kennzeichnete sich v.a. durch kriegerischen Aufschwung und Expansionsdrang;¹³³⁸ parallel dazu nahmen die Nachfrage nach Prostituierten und die Anzahl der Bordelle zu. Die Prostitution wurde damals zentral vom Staat geregelt, was bedeutete, dass eine Kontrolle durch die Regierung in den Präfekturen und die Polizei erfolgte.¹³³⁹ Am einfachsten dürfte die Regulierung über obligatorische Gesundheitsuntersuchungen (z.B. bezüglich Syphilis und Gonorrhoe) gelungen sein. – Nach der Historikerin *Yuki Fujime* der *Universität Osaka*¹³⁴⁰ sollte dieses Vorgehen auch dazu dienen, den westlichen Staaten gegenüber als «zivilisiert» zu erscheinen.¹³⁴¹ Die bereits erwähnte Verordnung, die den Frauenhandel mit Prostitutionsstätten verbot, war jedoch schon im Jahre 1872 erlassen worden.

In der *Meiji*-Regierungszeit erlangte auch die *Vorstellung von Monogamie* Bedeutung und zwar auch als einen Ausdruck von Fortschrittlichkeit.¹³⁴² So wurde im Jahre 1883 – zumindest offiziell – das Halten von Konkubinen verboten; ausgenommen von der Regel war einzig der Kaiser. Hand in Hand mit dieser Entwicklung erfolgte der Aufruf zur Stärkung der Ehe¹³⁴³ und die damit verbundene Bestrebung, den allzu

¹³³⁶ *Stanley*, 29 ff.: zu diesem Schutz gehörte etwa auch, dass z.B. bei den zuständigen Magistraten wirtschaftliche Überlegungen und die Sicherheit der Frau im Vordergrund standen, keine moralisierenden Überlegungen zu ihren Tätigkeiten (Frauen hatten allgemein viele Rechte); dadurch, dass mit der Zeit die unterschiedlichen Rollen der Frauen vermehrt festgelegt wurden (208 f.), sollte aber letztlich auch mehr Schutz erzielt werden.

¹³³⁷ *Saikaku*, *The Consequences of Adultery*, übersetzt von *William de Bary*, 13 ff.; *idem*, *Courtesans and the Sex Trade*, 188 ff.

¹³³⁸ China (1895), Russland (1905), 1. Weltkrieg, Beteiligung an der russischen Revolution gegen die Bolschewiken, bis 1910 folgten die Annexionen von Okinawa (1855), Taiwan, Korea (*Chonse*).

¹³³⁹ *Ryang*, 51.

¹³⁴⁰ *Japanese Feminism and Commercialized Sex: The Union of Militarism and Prohibitionism*, *Social Science Japan Journal* (2009) 12 (1): 45 ff.

¹³⁴¹ Das Gesetz fiel in eine Zeit, als die öffentliche Auseinandersetzung um Menschen- und Frauenhandel in Japan kontrovers geführt wurde: Damals brachte das portugiesische Schiff «*Maria Luz*» Tausende von chinesischen Sklaven, die um staatliche Hilfe ersuchten, nach Japan. Angesichts dieses Vorkommnisses klappten westlich-christliche und japanische Ansichten auseinander: Historiker *Leupp*, *Gary P.*: *Interracial Intimacy: Western Men and Japanese Women, 1543–1900*, London 2003, 190 ff. m.w.H.

¹³⁴² *Yukichi Fukuzawa* (1835–1901) geschult in Holländisch, Englisch und Medizin, erklärte der japanischen Bevölkerung damals in seinen populären Schriften «den Westen». Später verfasste er wissenschaftliche Werke und begründete mit seiner Schule die heute angesehene *Keiō*-Universität in Tokio. Zudem war er Übersetzer und begleitete den *Shōgun* nach Europa und Nordamerika. In seiner Biografie schildert er, wie ihn die westliche Kultur der Monogamie beeindruckte und warum er sich für diese einsetzte: *The Autobiography of Yukichi Fukuzawa*, übersetzt von *Eiichi Kiyooka*, 2007, New York, 305 f.

¹³⁴³ *Fuess*, 137 f.

hohen Scheidungsraten entgegenzuwirken.¹³⁴⁴ Gleichzeitig wurde damals infolge des zunehmenden westlich-europäischen Einflusses, der in der *Meiji*-Zeit mit Fortschrittsdenken gleichgesetzt wurde, die organisierte Prostitution unter Strafe gestellt. Erst unter dem amerikanischen Einfluss der Nachkriegszeit entstand das heute noch geltende *Baishun boshi-hô*.

2. Umgang mit Sexualität

Die weite Verbreitung der Prostitution in Japan bedeutete faktisch auch, dass ausserheheliche sexuelle Beziehungen und das Frequentieren von Prostituierten im Alltag eines Manns akzeptiert waren. Diese Sitten waren bis ins 20. Jahrhundert hinein gesellschaftlich nicht anrühlich – einer Frau war der Ehebruch allerdings verboten. Wie bereits erwähnt, ist die Ehe in Japan eine institutionelle Angelegenheit, obwohl sie nicht sakral, sondern durch einen einfachen Vertrag geschlossen wird. Die heutzutage übliche «Liebesheirat» stellt in Wirklichkeit kaum die Erfüllung eines romantischen Traums dar; vielmehr handelt es sich dabei (wie in der Schweiz oder in Deutschland) in der Regel um ein Arrangement. Das Besondere am durchschnittlichen japanischen Eheleben besteht jedoch darin, dass befriedigende sexuelle Erlebnisse nicht als Teil dieses Arrangements gelten und insofern auch weniger an das Eheleben gekoppelt sind. Vielmehr können sexuelle Bedürfnisse seitens des Ehemanns traditionell ebenso gut ausserhehelich befriedigt werden, etwa bei einer Prostituierten.

Die in Deutschland oder der Schweiz historisch-kulturell gewachsene Gegenüberstellung von Prostitution als «Sünde» und Ehe als «Moral» ist der japanischen Tradition eher fremd, was sich u.a. in den laxen Regelungen zur Prostitution und zum Unterhaltungsgewerbe generell sowie in der nicht gerade konsequenten Rechtsdurchsetzung niederschlägt. Eine diesbezügliche Gemeinsamkeit zwischen Europa und Japan besteht in der Vorstellung, dass im Rahmen der traditionell normgebenden männlichen Promiskuität die Prostitution als «notwendiges» Pendant zu einer (monogamen) Ehe gilt.¹³⁴⁵ – Dementsprechend werden einheimische Prostituierte nach der japanischen Tradition grundsätzlich gesellschaftlich nicht tiefer eingestuft als andere japanische Frauen, wenngleich auch unterschieden wird zwischen Frauen, die geheiratet werden und anderen, die nicht geheiratet werden (dazu Kap. 9):¹³⁴⁶ Die bekannte Feministin und Journalistin *Matsui Yayori* (1934–2002), die sich in bedeutender Weise gegen den Frauenhandel einsetzte, kam zum Schluss, dass die Frau nicht nur in der Prostitution, sondern gleichermassen auch in der Ehe zum «Objekt» degradiert werde. Einmal stehe die Gebärmutter im Vordergrund und ein andermal seien es die Geschlechtsorgane: «*We can say, that women were divided in women with*

¹³⁴⁴ Erst ab anfangs des 20. Jahrhunderts begann man eine Scheidung als etwas Schamvolles zu deuten; infolgedessen sanken die Scheidungsraten 1898–1940, und die Kompensationsleistungen für die geschiedenen Frauen (als Zeichen ihrer «Unschuld») nahmen zu: *Fuess*, 141 f.

¹³⁴⁵ *Lerner*, *Signs* 11/2 (1986), 236 f.; nach *Bloch* ist die Prostitution in monogamen Gesellschaften stärker ausgeprägt; vgl. schon *Engels, Carl Friedrich*: *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*, Berlin 1884, wobei das Umschlagen von Konvenienzen in die Prostitution oft vorkomme.

¹³⁴⁶ Dazu ist anzumerken, dass sich die Migrationsprostitution nicht mit der Prostitution von Japanerinnen gleichsetzen lässt; hier ist also nur vom Letzteren die Rede.

wombs and women with sexual organs, both types were treated as mere objects, not as human beings with dignity.»¹³⁴⁷

Der in Japan übliche Umgang mit der Sexualität hängt nicht zuletzt auch damit zusammen, dass Sexualität weder im Buddhismus noch im Shintoismus als etwas Unsittliches betrachtet wird, sondern vielmehr als etwas Alltägliches, Irdisches. Hinzu kommt, dass dem Shintoismus das Konzept von Gut und Böse generell fremd ist, also auch im Zusammenhang mit Sexualität oder einer bestimmten sexuellen Praxis. Sex dient schlicht der Befriedigung eines alltäglichen Bedürfnisses.¹³⁴⁸ Im Buddhismus gilt das Bedürfnis nach Sex zwar grundsätzlich als ein fragwürdiges, d.h. nicht unbedingt positiv zu bewertendes Verlangen.¹³⁴⁹ Trotzdem wird davon ausgegangen, dass Sexualität im Alltag gelebt wird und auch gelebt werden soll.¹³⁵⁰ Sexualität ist in Japan infolge des weit verbreiteten Sex- und Unterhaltungsgewerbes, der Pornografie, der Werbung und den *Mangas* mit sexuellen Inhalten *allgegenwärtig* und wird im Grossen und Ganzen als unproblematisch angesehen.¹³⁵¹ Dementsprechend sind auch Abtreibungen sowie die Freigabe von Kindern zur Adoption häufiger und gehen kaum mit einer Stigmatisierung der betreffenden Personen einher.¹³⁵² – Die moralisierende Wertung der Sexualität hielt in Japan erst im 16. Jahrhundert Einzug, importiert von portugiesischen Handelsleuten, die katholische Christen waren. In diesem Zusammenhang kam damals (wie bereits anderweitig ausgeführt) das Gesetz auf, das den Frauenhandel verbieten sollte. In der *Meiji*-Zeit verstärkte sich die Monogamie propagiert wurden, was sich u.a. darin bemerkbar machte, dass verschiedene Begriffe für die Liebe aufkamen, die zwischen intimer Liebesbeziehung und rein sexuellem Begehren (*iro*) unterschieden (dazu mehr in Kap. 9).

Schwieriger zu verstehen ist der japanische Umgang mit der Sexualität, wenn es sich um Fälle von sexuellen Belästigungen oder von Gewalttätigkeiten handelt (*seku-hara* vgl. Lit. C/2.): *seku-hara* wird nicht strafrechtlich sanktioniert, zudem werden von den Gerichten in derartigen Fällen relativ tiefe «Schadenersatz- bzw. Genugtuungssummen» gesprochen und der gesellschaftlichen Durchsetzung des Schutzes vor solchen Belästigungen sind Schranken gesetzt. – Indes kann daraus nach der hier vertretenen Ansicht nicht ohne Weiteres der Schluss gezogen werden, dass in Japan die sexuelle Selbstbestimmung von Frauen rudimentär, ja sogar inexistent sei. Doch sind die herrschenden Verhältnisse zweifellos ein trauriges Zeugnis dafür, dass die japanische Gesellschaft nach wie vor stark patriarchal geprägt ist, was wiederum mit äusserst ungleichen Lebensrealitäten von Frauen und Männern einhergeht.

¹³⁴⁷ Buckley, Interview mit, 131ff., 140.

¹³⁴⁸ Hatano/Shimazaki; Bornhoff, 14 f., 89 f.

¹³⁴⁹ «Yōku» als Verwerliches: Morikawa, 175.

¹³⁵⁰ *Ibid.*; Hatano/Shimazaki; Lopez, Donald S.: Critical Terms for the Study of Buddhism, Chicago University Press 2012, 274 ff. m.w.H. auf Pali monastic law book.

¹³⁵¹ So zumindest der «Kulturvermittler» Justin Velgus: Ai, love you? Finding Friendship, Romance and Heartbreak in Japan, Tokyo 2012, 69.

¹³⁵² Zu kulturellen Aspekten der Adoption z.B. Coulmas, 62 ff.

B. Die Regelungen zur Prostitution im Vergleich

1. Gesetzgebung zur Prostitution

In allen drei Rechtsordnungen bestehen auf internationaler und nationaler Ebene strafrechtliche Sanktionen gegen Menschenhandel, Zwangsprostitution und Prostitution mit Minderjährigen (18 Jahren).

In Deutschland bestehen seit dem Inkrafttreten des ProstG (seit 1.1.2002) und dem ProstSchG (seit 1.7.2017) öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Rahmenbedingungen für die legal Erwachsenenprostitution und das Prostitutionsgewerbe. Das ProstG hält fest, dass ein Prostitutionsvertrag zu einem Entgeltanspruch berechtigt und dass dieser nach überwiegender Meinung auch nicht mehr sittenwidrig ist. In der Schweiz bestehen zwar auf Bundesebene keine vergleichbaren Gesetzesregelungen (und auch keine aktuelle höchstrichterlicher Rechtsprechung), aber einige Kantone haben ebenfalls Gesetze zur Regelung des Prostitutionsgewerbes geschaffen, die zwar für sich genommen, sehr unterschiedlich sind, aber eine allgemeine Tendenz wiedergeben, dass der Prostitutionsvertrag nicht mehr als unsittlich, sondern als gültig anzusehen sei.

Der Bericht des Schweizerischen Bundesrates zur Prostitution (2015) hält den Grundsatz fest, dass Erwachsenenprostitution künftig nicht verboten werden soll. Der Schutz der Betroffenen (bezüglich Gesundheit, Gewalt und Straftaten) müsse aber verbessert und die Missbrauchsbekämpfung erhöht werden. Der Bericht hält ferner fest, dass ein Prostitutionsvertrag nach gegenwärtigen Anschauungen nicht mehr als sittenwidrig angesehen werden könne, was das Bundesgericht wohl bald auch einmal «nachvollziehen» werde. Allerdings sind die Ausführungen zu diesem Punkt sehr knapp. Nach Ansicht der Schweizerischen Regierung und des Parlaments erübrigt sich deshalb eine privatrechtliche Regelung der Prostitution (Bericht 2015, vgl. Ablehnung Standesinitiative Bern 2016).

In Japan existieren dagegen zwei ältere Gesetze, die aus der Zeit nach dem 2. Weltkrieg stammen und die Prostitution einschränken und das Gewerbe kontrollieren sollen. Ersteres erscheint ohne Erfolg. Auf privatrechtlicher Ebene zeichnen sich in Japan indes keine Entwicklungen ab, welche die Prostitution betreffen.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass keine der drei untersuchten Rechtsordnungen bisher dem sog. «*schwedischen*» oder «*nordischen Modell*» gefolgt ist, dass alle Kunden kriminalisieren will, die sexuelle Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Damit lässt sich auch schliessen, dass die Abolition, das heisst die reale Abschaffung der Prostitution, in keiner der drei Rechtsordnungen heute ein offizielles Normziel darstellt. Die aktuellen gesetzlichen Regelungen sollen vielmehr einen gesetzlichen Rahmen bieten, der sowohl Schutz der Betroffenen als auch staatliche Kontrolle erlaubt. Der Nutzen oder der Schaden der neuen deutschen Regelungen des ProstSchG für die Betroffenen ist indes – zu Recht – noch infrage gestellt. Konkret steht die Anmeldepflicht infrage, inwiefern die Regelungen zur Entstigmatisierung und zur Akzeptanz der Prostitutionsgewerbe beitragen.

2. *Entwicklung der Rechtsprechung zum Prostitutionsvertrag*

In der Schweiz wie auch in Deutschland kann von einer allgemeinen Entwicklung hin zur Lockerung der Sittlichkeitsvorstellungen gegenüber dem Prostitutionsvertrag ausgegangen werden. *Das ist jedoch alles andere als selbstverständlich*: So dauerte es doch sehr lange, bis sich schliesslich im deutschen ProStG (seit 2002) sowie in der schweizerischen und deutschen Rechtsprechung (2014) eine eher anerkennende Haltung gegenüber der Prostitution niedergeschlagen hat.

Nicht nur die Vereinbarung eines Entgelts für sexuelle Handlungen erwies sich als problematisch, sondern der Vertragsinhalt für sich genommen wurde als inkompatibel mit einer vertraglichen Vereinbarung erachtet, und damit als sittenwidrig angesehen. Dabei ging es (wohl) primär um den Schutz der Bürgerinnen und Bürger vor etwas Anstössigem (das aber immer gelebt wurde) und um die Aufrechterhaltung einer gewissen Lebensform (Anstandsformel). Es ging aber auch immer um die Einschränkung der Dispositionsfähigkeit von Prostituierten über ihre Persönlichkeitsrechte. Mit Letzteren einher ging der Gedanke des Schutzes der Prostituierten vor dem Kunden; und generell der Schutzgedanke ihrer Menschenwürde. Heute schiessen solche Annahmen über das Ziel hinaus, weil sich die Lebensformen vervielfältigt haben und der Schutz der Betroffenen entweder nicht gewollt ist oder auch mit anderen Mitteln erzielt werden kann.

Die Analyse der einschlägigen schweizerischen Entscheide hat zum Vorschein gebracht, dass die *vertieft begründende, höchstrichterliche zivilrechtliche Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags* hierzulande *erstaunlich* spärlich ist in Anbetracht der Tatsache, dass der Prostitutionsvertrag jahrzehntelang als Standardbeispiel für die Sittenwidrigkeit im Vertragsrecht behandelt wurde. *Der deutsche Leitentscheid aus dem Jahre 1976 zur Sittenwidrigkeit der Prostitution* ist diesbezüglich sehr viel expliziter: Darin wird die Kommerzialisierung und Kommodifizierung der Prostitution *expressis verbis* diskutiert.

In den Rechtsordnungen der Schweiz und Deutschland gilt seit Langem die *Wirtschaftsfreiheit, und damit auch die Berufswahlfreiheit, unter welche auch die Prostitution fällt*. Zudem besteht in beiden Ländern schon seit geraumer Zeit auch für Prostituierte eine *Steuerpflicht*, sodass die rechtliche Situation in den entsprechenden Rechtsordnungen lange als widersprüchlich angesehen werden musste. Die Sittenwidrigkeit der Prostitution und des Prostitutionsvertrags fand schliesslich indirekt auch in anderen rechtlichen Bewertungen Eingang und schlug sich nicht zuletzt auch darin nieder, dass das Sexgewerbe insgesamt als sittenwidrig taxiert wurde, indem etwa gewerberechtliche Bewilligungen für Bordelle verweigert oder entsprechende baunutzungsrechtliche Anpassungen untersagt wurden. Bei der weiteren Diskussion rund um die Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags zeichnen sich ebenfalls Parallelen zwischen dem deutschen und schweizerischen Recht ab, was vor dem weitgehend gemeinsamen historisch-kulturellen Hintergrund der beiden Länder nicht weiter erstaunt: Eine Liberalisierung auf diesem Gebiet zeigte sich zuerst an der Lockerung der betreffenden Strafrechtsbestimmungen; im deutschen wie auch im schweizerischen Recht fielen die Strafbarkeit und die Sittenwidrigkeit im Zusammenhang mit Prostitutionsgewerbe mehr und mehr auseinander. So anerkannte die zivilrecht-

liche Rechtsprechung des BGH einen konkret berechenbaren (teilweisen) Schadenersatzanspruch aus dem Erwerbsausfall einer Prostituierten bereits zehn Jahre früher als das Schweizerische Bundesgericht in einem ähnlichen Fall. Dennoch hielt die deutsche Rechtsordnung noch lange an der Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags fest.¹³⁵³ Die Parallelen zwischen den beiden Ländern gingen so weit, dass sowohl der BGH als auch das Bundesgericht in ihren Leitentscheiden (von 1976 resp. 1985) *expressis verbis* von einem «Dirnenvertrag» ausgingen. Dieser heute nicht mehr gebräuchliche Terminus vermochte sich im schweizerischen Sprachgebrauch nie wirklich durchzusetzen. Dies lässt sich wohl damit erklären, dass der Begriff unreflektiert «rezipiert» und nicht assimiliert wurde.

In Japan verlief die Entwicklung seit dem Entstehen des Minpô (Ende 19. Jh.) entschieden anders: Bis in die 1950er-Jahre hinein verstieß der Prostitutionsvertrag (o.ä. Verträge) jedenfalls nicht gegen die Generalklausel von Art. 90 *Minpô*. Erst im Jahr 1958 trat das *Baishun boshi-hô* in Kraft, das jedoch, wie bereits ausgeführt, zahlreiche Regelungslücken für sexuelle Handlungen gegen Entgelt offenliess. An vielen dieser Stätten geht es nicht primär um Sex, zumindest nicht um den Geschlechtsverkehr, sondern vielmehr um Raum für die Privatsphäre (verbunden mit Sex und/oder Liebe), um Entspannung und Wellness. Dementsprechend ist auch die Sittenwidrigkeit der Prostitution nicht Gegenstand von Entscheiden.

Da die schweizerische und die deutsche Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Prostitution oft – genau besehen – auf strafrechtliche Entscheide zurückgehen, bei denen die Thematik der Sittenwidrigkeit eines Prostitutionsvertrags bloss zum Vergleich oder in einem Nebensatz aufgegriffen wird, lassen sich aus diesen keine substantziellen Gründe ableiten, die für die Sittenwidrigkeit solcher Verträge sprechen würden.

Eine löbliche Ausnahme bildet diesbezüglich das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin aus dem Jahre 2000. Darin setzte sich das Gericht nicht nur gründlich mit der rechtlichen Frage rund um die Sittenwidrigkeit der Prostitution auseinander, sondern schlug darüber hinaus einen eigenständigen Weg ein, indem es diverse Interessensgruppen um ihre Meinung in dieser Sache befragen liess (auch wenn der Rücklauf der Antworten bescheiden ausfiel). Dieses Urteil trug in der Folge massgeblich zur Entstehung des deutschen Prostitutionsgesetzes bei.

Das geltende deutsche ProstG bringt die sexuelle Selbstbestimmung zum Ausdruck und fungiert zugleich auch als Motor für deren Stärkung. Im Rahmen der Revision, das heisst des nunmehr neben dem ProstG in Kraft getretenen neuen *Prostitutionschutzgesetzes*, soll an dieser Selbstbestimmung prinzipiell festgehalten und diese weiter ausgebaut werden. Es sollen auch gewisse (bislang teils noch umstrittene) *Schutzmechanismen erhöht werden*, etwa durch die Einforderung von Geschäftskonzepten oder die Einführung bzw. Verschärfung der Anmelde- und Beratungspflichten für Prostituierte. Gleichzeitig hat man sich bewusst dafür entschieden, einer potenzi-

¹³⁵³ Ebenso OLG Düsseldorf, NJW 1970, 1852; BGHZ 53, 369 ff., 375 (Geliebtentestament); BGHZ 63, 365 ff. (Sittenwidrigkeit eines Pachtvertrags wegen Betreibens eines Bordells); BVerwGE 84, 314; BVerwGE 64, 274 (Sittenwidrigkeit von «Peep-Shows»); vgl. insb. *ältere* Komm. *Staudinger/Sack*, § 138 BGB Rn. 453 (2003); *MüKo-Armbrüster/Mayer-Maly*, § 138 BGB Rn. 50 je m.w.H.; *Flume*, AT Bd. 2, § 18, 80.

ellen Kriminalisierung der Prostituierten vorzubeugen. – Eine ausführlichere Regelung des Prostitutionsvertrags ist allerdings nicht vorgesehen. Die Verträge rund um das Prostitutionsgewerbe belegen diese Liberalisierung: Ein Mietvertrag mit einer Prostituierten oder einem Bordell widersprach bis in die 1980er-Jahre der geltenden Rechtsordnung. Heutzutage kann man sich das in Deutschland oder der Schweiz praktisch nicht mehr vorstellen – es sei denn, die Stätte befindet sich in der Nähe eines Wohnquartiers oder einer Schule. Jüngeren Medienmitteilungen zufolge soll sich das etwa vor einigen Jahren in einem Zürcher Aussenquartier in die Tat umgesetzte Konzept der «Sexboxen» (das man in Deutschland schon länger kennt) bewähren:¹³⁵⁴ Der Standort liegt ausserhalb von Wohnzonen und nicht in der Nähe von Schulen; den Prostituierten stehen sanitäre Anlagen zur Verfügung und ein minimaler Personenschutz ist gewährleistet. Zudem stehen sie nicht in der Öffentlichkeit (was aber auch als Nachteil empfunden wird). In Japan gibt es zwar keine vergleichbaren Gerichtsentscheide zu Mietverträgen, doch bestehen zum Kinder- und Jugendschutz ebenfalls lokale Auflagen, an die sich das Unterhaltungs- und Sexgewerbe zu halten hat (vgl. lit. C/1).

Rechtsvergleichend ist relevant, dass die deutsche Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags trotz des Inkrafttretens von § 1 ProstG teils widersprüchlich geblieben ist. Welche Erkenntnisse lassen sich für das schweizerische Recht ziehen, das *de lege lata* keine Regelung des Prostitutionsvertrags kennt? Dass das Gesetz diesbezüglich klarer und ausführlicher hätte formuliert werden sollen? Oder dass uns die deutsche Rechtspolitik bezüglich gewisser Lebenswirklichkeiten einen Schritt vorausgeht? Sind die hiesigen Richterinnen und Richter überdurchschnittlich wertkonservative Menschen? Oder unterliegen Fragen der sexuellen Selbstbestimmung (entgegen dem, was aus der Entwicklung geschlossen werden kann) allenfalls kurzfristig moralisierenden Tendenzen?

3. *Selbstbestimmte Erwachsenenprostitution, verbotene Kinderprostitution*

Legale selbstbestimmte Erwachsenenprostitution lässt sich im Kontext des deutschen und des schweizerischen Rechts zusammenfassend definieren als konsensuale sexuelle Handlung unter Erwachsenen, wobei einer der beiden Parteien ein Entgelt für das Erbringen der sexuellen Handlung zusteht. Nach japanischem Recht hingegen gelten zwei Einschränkungen: Erlaubt sind alle selbstbestimmten sexuellen Handlungen Erwachsener gegen Entgelt, sofern der eigentliche Geschlechtsverkehr dabei ausgeschlossen wird *oder* die betreffenden Handlungen nicht mit einer unbekannten Person erfolgen. Ein entgeltlicher Vertrag über einen Geschlechtsakt mit einer unbekannten Person wäre demnach rechtswidrig und unsittlich (Art. 90 *Minpô*). In Tat und Wahrheit ist das japanische Unterhaltungs- und Sexgewerbe jedoch derart vielfältig, dass es äusserst schwierig sein dürfte zu kontrollieren, welche Form der sexuellen Handlung genau vorgenommen wurde, sofern es sich beim betreffenden Fall um konsensuale Sexualität handelte. Es erstaunt daher nicht, dass jegliche Judikatur zum japanischen Prostitutionsvertrag fehlt.

¹³⁵⁴ Stadt ist zufrieden mit den Sexboxen, NZZ vom 19.8.2015.

Hingegen ist in allen drei Rechtsordnungen jede Form der fremdbestimmten Prostitution verboten, insbesondere das Auffordern zur Prostitution oder auch das Festhalten einer Person in diesem Gewerbe wider ihren Willen: Sobald also jemand zur Prostitution gezwungen oder daran gehindert wird, aus dieser Tätigkeit auszusteigen, wird das betreffende Verhalten strafrechtsrelevant. Ein solcher Prostitutionsvertrag wäre in allen drei Rechtsordnungen nichtig (Art. 19 f. OR, § 134 BGB, Art. 90 f. *Minpô*).

Zentral für eine selbstbestimmte Prostitution sind somit zwei Faktoren: der informierte und kohärente Wille der betreffenden Person und ihre Volljährigkeit bzw. ihre grundsätzliche kognitive und emotionale Reife, aufgrund derer sie fähig ist, zu entscheiden, ob sie sexuelle Handlungen gegen Entgelt anbieten will oder nicht, also ein *Informed-Consent*. Im Kontext einer solchen Erwachsenenprostitution wird und soll der Selbstbestimmung prinzipiell ein hoher Stellenwert eingeräumt werden. Entscheidend ist dabei die Frage, inwiefern die *Fähigkeit zur Selbstbestimmung* vorliegt und nach welchen Kriterien sie festgelegt wird.¹³⁵⁵ Geht man von einem Graubereich der Selbstbestimmung aus und haben gewisse Gerichte in der Schweiz oder in Deutschland entschieden, dass eine Migrantin, die sich aus wirtschaftlicher Not prostituiert, nicht als selbstbestimmt eingestuft werden kann, so gilt es, die Konsequenzen, die sich daraus ergeben, sorgfältig zu durchdenken (vgl. dazu Kap. 10-11). Da sich die Menschenwürde nicht objektiv umschreiben lässt (ebenso wenig wie die Kommodifizierung), ist darauf abzustellen, dass die individuelle Selbstbestimmung für das Verständnis der eigenen Menschenwürde zentral ist.¹³⁵⁶

Im Rahmen einer selbstbestimmten Erwachsenenprostitution kann das *Privatrecht mittels der Grenze der «guten Sitten» grundsätzlich keinen effektiven Sozialschutz gewährleisten*: Die Nichtigkeit eines Vertrags vermag keinen Schutz der betroffenen Vertragsparteien zu bewirken, denn *ohne Vertrag* steht der Person, welche die sexuelle Handlung erbringt, kein Anspruch auf Entgelt zu (ob sie den vereinbarten Betrag schliesslich tatsächlich erhält oder nicht, ist eine andere Frage). Ebenso wenig lässt sich die jeweilige Gesellschaft (sei es nun die japanische, die deutsche oder auch die schweizerische) durch die Nichtigkeit eines Prostitutionsvertrags vor Prostitution schützen. Ein solcher Sozialschutz kann nicht wirken, weil jede dieser Gesellschaften durch die vielfältigen Angebote auf diesem Markt und insbesondere in den Medien *derart stark sexualisiert ist*, dass erklärtermassen selbstbestimmte sexuelle Handlungen zum Werbealltag und den «Selfie-Usanzen» der Bürgerinnen und Bürger gehören. Das heisst nichts anderes, als dass der Prostitutionsvertrag nur eines unter vielen Rechtsgeschäften zu sexuellen Belangen im Alltag ist. In einem solchen gesellschaftlichen Kontext haben sich die betreffenden Staaten und Rechtsordnungen zum Ziel zu setzen, die Information und die Kompetenz zur Selbstbestimmung der vertragschliessenden Frauen und Männer zu fördern und zu gewährleisten. Dazu gehört insbesondere für den Bereich Prostitution, dass die selbstbestimmte Tätigkeit der Prostituierten und ihrer Erwerbstätigkeit grundsätzlich akzeptiert und rechtlich anerkannt und geregelt wird. Besteht die Befürchtung, dass jedwede Tätigkeit letztlich

¹³⁵⁵ Vgl. Café Pssst!-Fall, S. 1156.

¹³⁵⁶ Verwaltungsgericht Neustadt, Beschluss vom 21.5.1992 (Az.: 7 L 1271/92), NVwZ 1993, 98 f.

wiederum als sittenwidrig beurteilt werden könnte, kann keine Stärkung der Selbstbestimmung erfolgen.

Bezahlter Sex mit Minderjährigen ist dagegen zu Recht in allen drei Rechtsordnungen strafbar. In der Schweiz beispielsweise droht einem Kunden, der sich über diese Vorschrift hinwegsetzt, eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren, während die minderjährige Prostituierte selbst straflos ausgeht (Art. 196 StGB). Der Jugendkult, der im japanischen Sex- und Unterhaltungsgewerbe deutlich zum Ausdruck kommt, ist für viele Kritikerinnen inakzeptabel. Auch wenn das sexuelle Mündigkeitsalter in Japan bei 13 Jahren liegt (Art. 176 *Keihô*), bestehen in jungem Alter regelmässig ungleiche Machtverhältnisse – so leidet etwa eine Vereinbarung zwischen einem 50-jährigen Kunden und einer 17-jährigen Schülerin mit Gewissheit an der nötigen Ausgewogenheit. Allerdings handelt es sich beim japanischen Jugendkult auch um eine *kulturell tradierte Realität*. Dass junge Japanerinnen, die mittels Prostitution einem Nebenerwerb nachgehen, in stärkerem Ausmass konsumorientiert sind – wie vielfach behauptet wird – als ihre schweizerischen oder deutschen Altersgenossinnen, darf bezweifelt werden.¹³⁵⁷ Jedoch spricht aus Sicht des Kunden einiges dafür, dass eine Beziehung eines 50-jährigen Mannes mit einer jugendlichen Schülerin in Tokio gesellschaftlich weniger verpönt ist, als dies an der Limmat der Fall wäre.

4. Diskussion der Regelung des Prostitutionsvertrags nach ProstG

a) Eine rudimentäre Regelung

Einzig im geltenden deutschen Recht ist der Prostitutionsvertrag *de lege lata* explizit geregelt, im schweizerischen und japanischen Recht kommt ausschliesslich allgemeines Vertragsrecht zur Anwendung. Allerdings fällt die Regelung *rudimentär aus*: Gemäss § 1 ProstG ist darunter eine «Vereinbarung» über sexuelle Handlungen gegen ein Entgelt zu verstehen, die nach dem Erbringen der betreffenden Handlungen einen Entgeltanspruch begründet. Dieser Anspruch auf Entgelt besteht jedoch auch dann, wenn sich die Person im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses für die eventuelle Erbringung einer sexuellen Handlung bereithält. Im *schweizerischen wie auch im japanischen Recht* figuriert weder eine Umschreibung des Prostitutionsvertrags noch eine diesbezügliche Regelung, noch eine gesetzliche Umschreibung von Prostitution im Privatrecht. *De lege lata* lassen sich schweizerische Regelungen zur Prostitution nur dem Strafrecht entnehmen. Weitere konkrete Bestimmungen sind derzeit noch keine geplant. – Nach der gesetzlichen Umschreibung des *Baishun boshi-hô* liegt Prostitution nur bei einem Geschlechtsverkehr vor, alle anderen Formen der sexuellen Aktivitäten sind vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen. Das heisst aber nicht, dass andere Formen der konsensualen Sexualität gegen Entgelt in Japan nicht als Prostitution verstanden würden, sondern sie sind einfach nicht gesetzlich verboten.

¹³⁵⁷ Immer wieder wird behauptet, dass Japanerinnen extreme «fashion addicts» seien, dass manche von ihnen für eine Gucci- oder Prada-Handtasche alles tun würden: Tatsache ist – in Tokio wie auch an der Limmat –, dass eine Jugendliche im Sexgewerbe 20 bis 30 mal mehr verdient als im Gastgewerbe: nämlich ca. 30'000 Yen/h statt bloss 1000 Yen/h resp. 500 CHF/h statt nur 20 CHF/h.

Erstaunlich ist, dass auch das neue ProstSchG keine ausführlicheren gesetzlichen Regelungen zum eigentlichen *Hauptgeschäft* – «Sex gegen Entgelt» – enthält. Das Gesetz sieht keine näheren Ausführungen zum Vertragsverhältnis vor und §§ 1 f. ProstG wurden auch nicht angepasst. Einzig zum eingeschränkten Weisungsrecht einer Stätte der Prostituierten gegenüber (§ 3 ProstG) regelt das ProstG (§ 26) besondere Vorschriften (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 5). Das ist *dogmatisch unbefriedigend*, handelt es sich hierbei doch gerade um einen atypischen Dienstleistungs- oder Arbeitsvertrag, der nach der hier vertretenen Ansicht einer Regelung bedürfte. Erst dann liesse sich nämlich die Rechtsstellung der Parteien genauer klären. Dieser Verzicht auf eine umfassende Regelung kann freilich verschieden interpretiert werden: Wohlwollend betrachtet ist dem ProstSchG zuzuschreiben, dass der Selbstbestimmung in den vertraglichen Vereinbarungen über sexuelle Handlungen absichtlich keine Grenzen gesetzt werden sollen, weshalb der Prostitutionsvertrag grundsätzlich *beliebigen Inhalts sein könne und eine beliebige Form haben müsse*. Dies würde erklären, weshalb das Schwergewicht der Regelungen auf den Nebengeschäften der Prostitution liegt. Weniger wohlwollend betrachtet, legt dieser Regelungsverzicht die Vermutung nahe, dass eine Neuauflage moralischer Vorbehalte bevorstehen könnte. Während die straf- und ordnungsrechtlichen Vorschriften umfangreich sind (das ProstSchG umfasst über 40 Bestimmungen), könnte die Aufnahme des Prostitutionsvertrags in ein Sondergesetz oder – *horribile dictu* – ins allgemeine Schuld- oder Obligationenrecht (s. später Kap. 11) als Zugeständnis dazu verstanden werden, dass diese rechtsgeschäftliche Tätigkeit, dieses Gewerbe, ernst genommen wird. Dementsprechend wird der Prostitutionsvertrag wohl in keiner Schuldrechtsvorlesung und auch nicht in der entsprechenden Literatur behandelt, sondern höchstens im *Gender law* oder in gender-nahen Fachkreisen im Zusammenhang mit der sexuellen Selbstbestimmung thematisiert.

Angenommen, eine der Vertragsparteien wollte im Einzelfall doch keine Bindung, so ist dies ohne besondere Vertragsregelung zugegebenermassen unproblematisch, denn eine entsprechende Pflicht der Prostituierten gegenüber dem Kunden oder der Stätte ist prinzipiell rechts- bzw. sittenwidrig, und damit nichtig. Auch was den Entgeltanspruch anbelangt, ist das Fehlen einer gesetzlichen Regelung grundsätzlich unproblematisch, weil aufgrund des Normzwecks eine *Teilnichtigkeit* massgebend sein müsste. Damit bliebe der Entgeltanspruch gültig. Als problematisch erweisen dürften sich dagegen Fragen im Zusammenhang mit der «Schlechterfüllung», die *de lege lata* in § 2 ProstG enthalten und eingegrenzt sind, im ProstSchG jedoch fehlen. – Da stellt sich nun besonders dringend die allgemeine Frage, warum es zwei Gesetze nebeneinander geben soll und warum das neue ProstSchG nicht sämtliche Regelungen des ProstG aufnehmen konnte. Das trägt nicht zur Rechtssicherheit bei.

Gerade hinsichtlich der *vorvertraglichen Informationspflichten* erscheinen neue Regelungen wichtig, die Krankheiten, Wünsche und insbesondere das Mass der mit den sexuellen Leistungen einhergehenden Rohheit und Gewalt betreffen. Will man die Vertragsnatur des Prostitutionsvertrags tatsächlich ernst nehmen, dürfen auch solche vertragsrechtlichen Regelungen nicht fehlen.

Hinzu kommt, dass sowohl aufseiten des Kunden als auch der sich prostituierenden Person ein gewisses Risiko besteht, sich in kurzer Zeit hochgradig zu verschulden

(dies zeigen auch die Entscheide zu Telefonsexverträgen, die letzten Endes stets als gültig angesehen wurden und wo das hohe Entgelt für die beanspruchten sexuellen Dienste zu leisten war.) Je nachdem, von wem eine Kreditvergabe erfolgt – von der leistungserbringenden Person persönlich oder von der Stätte –, können sich die Verhältnisse weiter verkomplizieren. – Eindrückliche Beispiele hierfür sind die zitierten japanischen Entscheide zu den Bürgschaftsverträgen.

Im Resultat bedeutet das: Es reicht letztlich nicht aus, den Prostitutionsvertrag nur in seinen Grundzügen zu regeln. Darüber hinaus sollte vor allem das Vertragsverhältnis zwischen Prostituierter und Stätte geregelt werden und dazu gehört namentlich eine Einschränkung des Weisungsrechts der Stätte. Es sollten aber auch weiter infrage kommende Vertragsverhältnisse zwischen der Stätte und dem Kunden nicht ausser Acht gelassen werden.

- b) Einschränkung des Weisungsrechts der Betreiberinnen und Betreiber der Stätte (inkl. Vertreter)

§ 26 ProstSchG hält explizit zunächst den Grundsatz fest, dass der Kunde und die dienstleistungserbringende Person die Vertragsinhalte ohne Einmischung Dritter in eigener Verantwortung bestimmen (Abs. 1). Die Weisungen, welche die Betreiber der Stätten (inkl. ihrer Vertreter) den Prostituierten vorgeben können, sind wie folgt einzuschränken: 1.) Die *nach § 3 ProstG unzulässigen Weisungen* sind zu unterlassen. 2.) Ferner sollen *neu auch alle Vorgaben zu Art und Ausmass der sexuellen Dienstleistung explizit verboten* werden (Abs. 2). 3.) Die Vereinbarungen über Leistungen zwischen dem Betrieb und der Prostituierten sollen ferner dem *Schriftformerfordernis* unterliegen (Abs. 3). Eine Kopie zuhanden der dienstleistungserbringenden Person, die übrigens einen Aliasnamen gebrauchen darf, ist Pflicht. Explizit wird auch geregelt werden, dass keine Leistungen oder Vermögensvorteile für Räume und Vermietungen zu erbringen sind, die in einem auffälligen Missverhältnis zur Leistung stehen (Abs. 4). 4.) Nachweise über gegenseitige Zahlungen sind Pflicht. 5.) Die Vorschriften des Prostitutionsgesetzes sollen unberührt bleiben (Abs. 6).

Diese neuen Inhalte des ProstSchG sind nach der hier vertretenen Ansicht zu begrüßen und zeigen, dass der Schutz der Prostituierten gegenüber den Betreiberinnen und Betreibern der Stätten im Vordergrund steht. Gutzuheissen ist insbesondere das Schriffterfordernis für die zwischen den Parteien vereinbarten Vertragsleistungen (z.B. die Miete und das Zurverfügungstellen von Reinigungs- und Gesundheits-service).

Warum jedoch die Schriftlichkeit nicht auch auf die Einschränkung des gesamten Weisungsrechts (insb. Präsenzpflichten und Dauer) und das jederzeitige Kündigungsrecht ausgedehnt wurde, bleibt unverständlich.

5. Aktuelle Formen der Prostitution und gegenwärtige Regelungsansätze

Mit der Vielfalt der Vertragsinhalte hängt die *Angebotsvielfalt* im Sexgewerbe zusammen: In Japan ist das Angebot sehr breit und ausgefallen. In Zürich wird dem künstlerischen Aspekt wie auch dem Wellness-Charakter im Zusammenhang mit dem Sexgewerbe ebenfalls vermehrt Rechnung getragen. Heute wird nicht bloss für

eine «sexuelle Handlung» bezahlt, sondern jedem Kunden und jeder Kundin soll die Möglichkeit geboten werden, seine bzw. ihre spezifischen Bedürfnisse individuell zu befriedigen. In anderen Worten formuliert: Auch in diesem Marktsegment hat eine Differenzierung und/oder Spezialisierung (wenn man will ein Leistungsdenken) stattgefunden. Damit haben sich teils auch der Zweck und Inhalt der vertraglichen Vereinbarung über sexuelle Dienstleistungen geändert: Statt der körperlichen Befriedigung steht heute vermehrt der besondere Erlebnischarakter im Vordergrund.¹³⁵⁸ Dies spiegelt sich nicht zuletzt beim lukrativen *Escort Service*, der zwar prozentual noch immer einen relativ geringen Teil dieser Palette ausmacht, jedoch im Zunehmen begriffen ist.¹³⁵⁹

Ferner sind in der Schweiz und in Deutschland vermehrt erotisch orientierte *Grosslokale* entstanden, eine Art Erlebniscenter, die dem Bedürfnis der Kunden nach Wellness auch im erotischen Bereich entgegenkommen. Dies spricht für sich genommen schon für eine grössere Akzeptanz des Erotikgewerbes in der Gesellschaft. Solche Zentren bieten aber auch den Prostituierten grundsätzlich mehr Schutz und eine bessere Hygiene. Viele der in solchen Grossstätten anzutreffenden Dienstleistungsrinnen sind selbstständig Erwerbende und treten gegen aussen auch als solche auf. In der Regel bezahlen sie der Stätte für die kurzzeitige Benützung von Räumlichkeiten einen nach der Dauer der Belegung festgelegten Nutzungstarif, das heisst einen Mietzins. Der Mietbetrag wird jeweils *vor* der Benützung der Räumlichkeiten geschuldet.

Nicht zuletzt auch dank dem *Internet* hat sich das alteingesessene Gewerbe erheblich verändert: Zum einen garantiert der elektronische Verkehr – trotz der virtuellen Nähe – *eine grössere Distanz und bietet dadurch mehr Schutz und Sicherheit im Vermittlungs- und Dienstleistungserbringungsprozess*. So braucht es etwa kaum mehr Vermittler, und die Kunden sind leichter zu lokalisieren. Zudem können sich die *Prostituierten* rasch gegenseitig auf dem Laufenden halten und sich beispielsweise vor verdächtigen Nummern und potenziellen Kunden warnen. Ausserdem sind Dienstleistungserbringerinnen etwa bei Telefon- und Onlinesex infolge der Distanz und Anonymität grundsätzlich sicherer. Allerdings ist dadurch eine klare Trennung von «privater» und «öffentlicher» Sphäre nicht mehr ohne Weiteres möglich. Unter diesen veränderten Rahmenbedingungen ist zu erklären, dass *Telefonsexverträge* nach der deutschen und schweizerischen Rechtsprechung nicht mehr als sittenwidrig gelten (es sei denn, eine Partei werde ungebührnd ausgenützt). Grundsätzlich wird darauf geachtet, dass die bei diesen Dienstleistungen anfallenden Gebühren bezahlt werden sollen. – Sind Sicherheit und Anonymität der Dienstleistungsanbieterinnen im eigenen oder fremden Betrieb gesichert, ist nicht einzusehen, warum diese Formen sexueller Dienstleistungen anders zu behandeln wären.

Während sich die staatlichen Massnahmen in den Jahren nach dem 2. Weltkrieg noch gegen die Prostitution an sich und den damit einhergehenden «Ordnungs- und Sittenzerfall» richteten, werden heute in erster Linie Vorkehrungen gegen den Frauen- und Kinderhandel getroffen. Ferner konzentrieren sich staatliche Massnahmen in Europa und in Asien in erster Linie auf den Schutz von Migrantinnen, Kindern und

¹³⁵⁸ Bernstein, 168 ff.

¹³⁵⁹ Zwei Stunden kosten in der Schweiz nach Einsicht in die Websites dieser Stätten: rund 400 CHF, 6 Stunden rund 2000 CHF.

Jugendlichen, das heisst auf *vulnerable Personen*, die in besonderem Mass vor der Prostitution zu schützen sind.

Auch wenn sich in der Schweiz und in Deutschland das «schwedische Modell» nicht durchzusetzen vermochte (s. Ziff. I.B.2-3), hat der angestrebte Paradigmenwechsel dennoch gedanklich stattgefunden. Ob er auch schon hinreichend umgesetzt worden ist, ist jedoch eine andere Frage: Im Gegensatz zu den Nachkriegsjahren wird *heute auch die Kundenseite vom staatlichen Regelungsinteresse* erfasst. Aktuell geht es weniger darum, «weibliche Liederlichkeit» zu verhindern oder zu sanktionieren, sondern vielmehr um den Schutz der betreffenden Prostituierten vor physischer und psychischer Gewalt, das heisst, um deren Schutz vor Kunden und vor Schleppern.

Die unterschiedlichen, für die Ausübung der Prostitution erforderlichen *Bewilligungspflichten* sollen diesem Schutzzweck dienen. Die Bewilligungspflichten sind klar im Zunehmen begriffen (vgl. ProstSchG) oder werden hier und dort verschärft (vgl. dazu gewisse kantonale Regelungen in der Schweiz). Die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen einer Anmeldepflicht unterscheiden sich jedoch im Einzelnen erheblich voneinander. Zum Teil sind Anmeldepflichten für jede Prostituierte und alle Formen der Prostitution vorgesehen (z.B. ProstSchG), zum Teil sollen sich nur die in der öffentlichen Sphäre Tätigen anmelden müssen (z.B. PGVO für Zürich). Die Stätten sollen nach allen neueren Regelungswerken einer Bewilligungspflicht und entsprechenden staatlichen Kontrollen unterstehen. Bordellbetreiberinnen und -betreiber sollen zur Verantwortung gezogen werden können, wenn sie die Dienstleistungsanbieterinnen ausnützen oder ungenügende Vorsichtsmassnahmen gegen Menschenhandel getroffen haben. Sowohl die PGVO, die seit dem 1. Januar 2013 in Kraft ist, wie auch das vorgesehene deutsche ProstSchG knüpfen die Betriebsbewilligung eines Bordells an ein *Betriebskonzept*, das u.a. über das intendierte Rechtsverhältnis und die Preisverhältnisse zwischen dem Betrieb und den Prostituierten Aufschluss geben muss. Während die schweizerischen kantonalen Regelungswerke ausdrückliche Vorkehrungen zum Wegfall der Sittenwidrigkeit vorsehen (Prostitutionsgewerbe-gesetz Kanton Bern und PGVO der Stadt Zürich), besteht diesbezüglich im deutschen ProstSchG – im Gegensatz zum geltenden ProstG – kein Bedarf mehr, denn nach ProstSchG ist dieser Punkt nunmehr geklärt: Die Prostitution ist Gegenstand der Berufswahlfreiheit (Art. 2 GG) und der Prostitutionsvertrag wird daher nicht mehr als sittenwidrig erachtet.

Allerdings werden diese neuesten Entwicklungen in der Schweiz und in Deutschland von heftigen politischen Diskussionen orchestriert: Die alten Diskrepanzen sind teils wieder aufgebrochen und die unterschiedlichen Standpunkte werden gegeneinander ausgespielt, insbesondere in Deutschland.¹³⁶⁰ Zudem haben andere Rechtsordnungen in Europa durchaus einen anderen Weg eingeschlagen und Vorschriften zur Einschränkung der Prostitution erlassen: Nur der Kunde, also der Konsument sexueller Dienstleistungen soll bestraft werden.

Ferner sind innerhalb der schweizerischen und deutschen Lehre immer noch vereinzelte Stimmen zu vernehmen, die nach wie vor von einer Sittenwidrigkeit des Prosti-

¹³⁶⁰ Vgl. nur beispielhaft die Stellungnahmen des Berufsverbands der Prostituierten oder die Beiträge rund um *Alice Schwarzer* und die Zeitschrift «Emma».

tutionsvertrags ausgehen. – In diesem Punkt ist die in der deutschen Lehre geführte Diskussion rund um die Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags nach dem Inkrafttreten des ProstG rückblickend besonders aufschlussreich: So ist es wohl doch nicht ganz zufällig, dass genau dieser Punkt im ProstG nicht präzise ausformuliert ist. Und dies, obschon die ursprünglich damit verfolgten Intentionen – nämlich die Abkehr von der Sittenwidrigkeit und der Sozialschutz der betreffenden Personen – nachweisbar sind. Dies spiegelt sich nicht zuletzt auch darin, dass die Rechtsprechung nicht ganz einheitlich ist: So finden sich darin Nebensätze oder *obiter dicta*, die nicht gerade sachlich wirken. Unumstritten war in der Rechtsprechung letztlich nur, dass bei einer vertraglich vereinbarten sexuellen Handlung grundsätzlich ein Anspruch auf Entgelt besteht. Die deutsche Lehre geht jedoch mehrheitlich davon aus, dass § 1 ProstG grundsätzlich als *lex specialis* zu § 138 BGB zu verstehen ist und ein Prostitutionsvertrag um seiner selbst willen nicht gegen die «guten Sitten» verstösst.

C. Recht zwischen Idealgesellschaft und Realität

1. (K)eine Idealgesellschaft

Es ist klar, die Ideale unterscheiden sich von Gesellschaft zu Gesellschaft und von Epoche zu Epoche. Eine ideale Gesellschaft – sei es in der Schweiz, Deutschland oder Japan – wäre wohl in der Lage, all ihren Mitgliedern eine Chancengleichheit in Ausbildung und Erwerbsarbeit zu gewähren. Zu Ende gedacht würde diese Idealvorstellung zu einer Förderung von chancengleicher Ausbildung und Berufsausübungsmöglichkeiten und damit direkt oder indirekt auch zur *Prävention vor Prostitution* führen. Eine spezifische Form der Prostitutionsprävention besteht darin, bereitwillige Betroffene beim «Ausstieg aus der Prostitution» zu unterstützen. In der Tat werden solche Projekte in Deutschland seit einiger Zeit gefördert.

Eine Idealgesellschaft sollte allen Menschen – Frauen, Männern und Kindern (angepasst an deren Alter und Entwicklung), insbesondere auch alten oder kranken Personen, Ausländerinnen und Prostituierten – ermöglichen, selbst und eigenständig über ihr Leben und ihre Erwerbsmöglichkeiten zu bestimmen. Niemand sollte sich wegen Mittellosigkeit oder Krankheit, einem «anderen» Staatsbürgerrecht, «einem etwas anderen» Beruf oder einer ungewöhnlichen Nebenerwerbstätigkeit schämen oder verstecken müssen. Auch die selbstbestimmte *entgeltliche* Erwachsenenprostitution sollte deshalb grundsätzlich *frei von Stigmatisierung erfolgen können*. Wünschenswert ist also eine Gesellschaft, die ohne Diskriminierung der Prostitution bzw. der Prostituierten auskommt.

Eine Idealgesellschaft kennt weder Patriarchat, Unterdrückung noch Frauenverachtung (Sexismus). – Hier stellt sich die Frage, ob Abolitionismus und die damit einhergehende Kriminalisierung der betreffenden Frauen ein taugliches Mittel darstellt, wenn man erreichen will, dass diese besser behandelt werden und ihnen mehr Macht zuteil wird.

In einer Idealgesellschaft hätte nicht allein «das Geld das Sagen» und die Menschen würden «für Geld nicht alles tun». Doch davon sind alle unsere Gesellschaften weit entfernt – auch die schwedische, norwegische, isländische oder kanadische, die das

«schwedische Modell» eingeführt haben. Weshalb sollte dies also ausgerechnet im real gelebten Prostitutionsgewerbe anders sein müssen? Ein einfacher Ausdruck des Respekts gegenüber den betreffenden Personen ist ein *angemessenes Entgelt* – und das setzt normalerweise einen gültigen Vertrag voraus.

Eine Gesellschaft, die ohne diskriminierende Prostitution auskommt, ist ebenso denkbar wie wünschenswert. Die Formen der sexuellen Dienstleistungen sollen sich in eine der sexuellen Selbstbestimmung aller Beteiligten angemessenen Richtung entwickeln, sodass die Betroffenen privat- und sozialversicherungsrechtlich abgesichert sind. Da auch in der selbstbestimmten Sexarbeit ein intimer, sehr verletzlicher Bereich der eigenen Persönlichkeit anderen preisgegeben wird, kann diese Tätigkeit nie «ein Beruf wie jeder andere» sein; aber dennoch ist sie als eine selbstgewählte *Berufs- oder Nebenerwerbstätigkeit anzuerkennen*.

2. Keine Wertungswidersprüche

Da eine Idealgesellschaft weit entfernt liegt, kann eine rechtliche Rahmenordnung nur dafür sorgen, dass kurz- und mittelfristig Wertungsinkonsistenzen behoben oder beschränkt werden. Unter all den erwähnten Modellen zur Regelung der Prostitution ist insbesondere die Forderung nach dem Aufgeben von moralischen Doppelstandards unterstützenswert:

Es ist (und bleibt) wertungsinkonsistent, die Prostitution zu verbieten oder als «unsittlich» einzustufen und die Frauen und die Männer, die sich prostituieren, zu stigmatisieren, während das Verhalten ihrer Kunden und Kundinnen unhinterfragt bleibt. Eine solche doppelzünftig verstandene «Sittlichkeit» sollte nicht als Alibi dienen, um gewisse Personen vom Vertragsrecht ausschliessen zu können. Denn eine vom Vertragsrecht ausgeschlossene Person ist dadurch faktisch auch von einer selbstbestimmten Berufsausübung ausgeschlossen, was das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit tangiert. Trotzdem existiert dieser Wertungswiderspruch zwischen schützenswerter Wirtschaftsfreiheit und Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags nach wie vor weiter – ohne fundierte Begründung.

Die Prostitution vordergründig rechtlich zwar zuzulassen, sie dann aber hintergründig doch wieder im Einzelnen möglichst feinmaschig staatlich zu reglementieren¹³⁶¹ und örtlich auszugrenzen (d.h. in der Nähe von Schulen und Wohnquartieren zu untersagen), geht nach der hier vertretenen Ansicht zu weit und erweist sich ebenfalls als wertungsinkonsistent. Denn dadurch wird *die Ausgrenzung Prostituierter geradezu evident und deren Stigmatisierung perpetuiert*. Erst die gesellschaftliche und politische Integration ermöglicht ihnen, zu sich und ihrem Metier zu stehen und das Doppelleben, zu dem sie sich bis anhin gezwungen sahen, aufzugeben.

Des Weiteren ist es wertungsinkonsistent, die Prostitution abschaffen zu wollen und zugleich keine fundamentalen Anstrengungen zur verbesserten Förderung und Realisierung von Chancengleichheit in Ausbildungs- und Berufswahl zu unternehmen sowie keine nationalen Präventionsarbeiten zu den Themen konsensuale Sexualität

¹³⁶¹ Z.B. verlangt Art. 4, Genfer Gesetz, eine minutiöse Registrierung sämtlicher relevanter Details im Leben der Prostituierten, verbunden mit Gesundheitschecks und Abgaberecht.

(insbesondere unter Jugendlichen) und Stärkung des Selbstwertgefühls von Mädchen zu leisten.

3. *Kein Beruf wie jeder andere, aber eine Erwerbstätigkeit*

Die Prostitution ist nach dem Ausgeführten kein Beruf wie jeder andere, denn sich prostituierende Personen erbringen sehr spezielle körperliche Leistungen. Die sexuellen Handlungen unterscheiden sich zweifellos von anderen körperlichen Leistungen. In der Prostitution tätige Personen *setzen sich* zudem *besonderen Risiken* aus: vor allem physischer oder psychischer Gewalt seitens ihrer Kundschaft sowie spezifischen gesundheitlichen Gefahren. Deshalb gilt es, für sie einen geeigneten rechtlichen Rahmen zu schaffen, der sie vor Ausbeutung sowie vor persönlichen und gesundheitlichen Gefahren schützt, so wie es für alle anderen Berufe und Gewerbe auch der Fall ist. Gleichzeitig ist ihre Berufswahl anzuerkennen, damit sie in den Genuss des gleichen Sozialschutzes kommen, der auch jeder anderen berufstätigen Person zusteht. – Was die potenzielle Gefährlichkeit der Prostitution betrifft, unterscheidet sie sich übrigens nicht grundlegend von anderen mit erhöhten Gefahren verbundenen Berufen. Man denke etwa an die Berufssportlerinnen und -sportler (oder an historische Extreme wie Gladiatoren), Eiskunstläufer oder an Trapezkünstlerinnen, die sich gesundheitlich schädigen oder gar ihr Leben riskieren und die nur eine beschränkte Zeitdauer auf ihrem Beruf arbeiten können; man denke auch an das Pflegepersonal in Kliniken (insbesondere in psychiatrischen Einrichtungen), die sowohl physischer als auch psychischer Gewalt und gesundheitlichen Gefährdungen ausgesetzt sind; ferner an Berichterstattende, die sich in Krisen- und Kriegsgebiete vorwagen, oder gar an Berufssoldaten, die ihr Leben sehr direkt und permanent gefährden.

4. *Fazit: Verantwortungsübernahme statt Kriminalisierung*

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: Sollen unterschiedliche moralische Standards in Sachen Prostitution konsequent überwunden werden, gilt es, die selbstbestimmte Erwachsenenprostitution zu legalisieren und so wenig wie möglich zu normieren sowie zu differenzieren (etwa zwischen unterschiedlichen Prostitutionsstätten). Der Zugang zu medizinischer und sozialer Beratung muss niederschwellig zugänglich und jederzeit für alle gewährleistet sein (was der Umsetzung der staatlichen Schutzpflicht entspricht). Begleitend dazu soll das Beratungsangebot für in der Prostitution tätige Frauen und Männer erweitert werden (von Kursangeboten zu den eigenen Rechten über Selbstverteidigungskurse bis hin zum Aufzeigen beruflicher Alternativen). Parallel dazu sollten Jugendliche mittels Präventions- und Aufklärungsarbeit auf ein Leben in konsensualer Sexualität vorbereitet werden. National wie auch international ist an der Steigerung von Bildungs- und Berufswahlchancen von Frauen zu arbeiten.

Zwangsprostitution ist strafrechtlich zu verfolgen und zu sanktionieren. Es soll jedoch auf die pauschale Kriminalisierung von Kunden verzichtet werden. Dagegen ist zu begrüßen, dass Kunden von Prostituierten ermuntert werden, zu hinterfragen, warum ihnen jemand überhaupt eine sexuelle Leistung anbietet. Des Weiteren sollen sie dazu angehalten werden, die (Mit-)Verantwortung dafür zu übernehmen, dass die betreffende Person die angebotene Handlung selbstbestimmt ausführt. Diese

Kunden könnten auch dabei behilflich sein, fremdbestimmte *Prostituierte*, Zwangsprostituierte und/oder Opfer von Menschenhändlern zu identifizieren. – Verantwortung zu übernehmen ist leichter, wenn die mit der Prostitutionsthematik noch immer einhergehende Stigmatisierung entfällt.

Gäbe es keine Stigmatisierung, könnten auch in dieser Branche die betreffenden Verträge selbstverständlich schriftlich geschlossen werden. Damit wäre auch ein gewisser Schutz der sich prostituierenden Person gewährleistet: Zum einen wären die betroffenen Kunden nötigenfalls eruierbar und zum andern wäre damit auch ein gewisser Schutz vor Übereilung verbunden. Im Zeitalter der Internetkontakte ist das nicht mehr unrealistisch.

Respekt, Empathie, Unterstützung lassen sich weder anordnen noch mit dem *Strafrecht erzwingen*, sondern setzen gegenseitiges Vertrauen voraus. Eine pauschale Kriminalisierung betreffender Kunden ist nicht zuletzt auch deshalb fehl am Platz, weil es u.U. zweifellos schwierig ist, eine fremdbestimmte Prostituierte von einer selbstbestimmten Prostituierten zu unterscheiden. Die einseitige Kriminalisierung der Kundschaft begünstigt die Abschaffung der Prostitution nicht (vgl. Ziff. I.B.), sondern verstärkt vielmehr die auf diesem Gebiet ohnehin herrschende Unsicherheit und Angst – oder sie löst Ausweichmechanismen aus (z.B. einen Bordellbesuch im nahegelegenen Ausland). Solange die Prostitution weiterhin erfolgt, sind auch die weiteren zugrunde liegenden erzieherischen Ziele wie Prägung (z.B. Respekt vor Frauen) noch nicht erfüllt. Eine kundenseitige Diskriminierung kann auch zu einer Negativselektion des Kundentypus führen, indem sie Kunden anlockt, die sich von strafrechtlichen Sanktionen nicht abhalten lassen. Sind andernfalls die strafrechtlichen Sanktionen mild oder werden sie nicht durchgesetzt – wie dies in Schweden bisher der Fall war – so bleiben sie wirkungslos und die Regelung entpuppt sich als politische Farce.

Mit *Verboten im Bereich der Prostitution* bestärken wir nur eine Gesellschaft, die etwas ausblendet und/oder unterdrückt, etwas, was tatsächlich vorkommt, nämlich das Erbringen bzw. das Inanspruchnehmen sexueller Leistungen gegen Entgelt. Ausserdem braucht es für jedes Verbot – auch für ein einseitiges – einen staatlichen *Apparat, der dessen Durchsetzung überprüft*. – Dabei ist Sexualität auch in einer Partnerschaft keineswegs immer nur schön und lustvoll – und soll dies je nach Kultur auch nicht immer sein. In der Rechtsrealität von heute – sei es in Tokio oder an der Limmat – ist jedenfalls noch immer von Ehefrauen zu hören, die «ihren ehelichen Pflichten nachkommen», wohl weil sie ernsthaft das Gefühl haben, Sexualität sei in der Ehe (oder in einer Partnerschaft) eine *conditio sine qua non*.

Die Prostituierten selbst und deren Fachvertretungen *fordern jedenfalls keine entsprechenden Verbote*, auch wenn sie die vermeintlichen Opfer sind (würden sie das tun, dann gäbe es nach der hier vertretenen Ansicht keine Diskussion). Das zeigt, wie wichtig ihre Erwerbsarbeit für sie ist.¹³⁶² Angenommen, man folgte dem schwedischen Verbotmodell, so dürften Kunden beispielsweise zwar einen Club besuchen und Frauen Getränke offerieren, sie zum Essen einladen, Gespräche führen und Tanzdar-

¹³⁶² Verbote der Prostitution hätten freilich z.B. dann einen anderen Stellenwert, wenn jeder Person ein Grundeinkommen gewährleistet wäre.

bietungen besuchen, nur Sex wäre ihnen untersagt. Das hätte wahrscheinlich eine private illegale Abmachung zur Folge. Die Sexleistung könnte dann aber nicht mehr, relativ geschützt, in einem Zimmer erfolgen, sondern womöglich *im Auto, in einer illegalen Bleibe, jedenfalls nicht mehr in einem gut besuchten Club*. Ist das wirklich wünschenswert? – Wollte man ein solches Verbot wirklich durchsetzen, bräuchte es zudem eine kaum realisierbare, rigorose Kontrolle. Dies würde aber auch bedeuten, dass gewisse Personen von ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit und damit von der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben ausgeschlossen würden.

Alternativ zu Verboten stehen für den Sozialschutz insbesondere im Vertragsrecht die flexiblen Regelungsansätze mittels Generalklausel (der öffentlichen Ordnung resp. der Sittenklausel) zur Verfügung (Teil 2). Mehr ist aus der Perspektive des Privatrechts nicht erforderlich.

Ob auch ein kontextualisiertes Verständnis von Selbstbestimmung ein alternativer Lösungsansatz sein kann, wird Thema von Teil 4 sein: Denn eine gewisse Fremdbestimmung ergibt sich ggf. auch daraus, dass Prostituierte mangels Alternativen zu dieser Erwerbstätigkeit gelangen und dass sie womöglich unter Bedingungen arbeiten müssen, die sie nicht wollen oder als unzumutbar empfinden. – Tatsache ist, dass nicht wenige Ausländerinnen keinen anderen Ausweg sehen als den Weg in die Prostitution. Nicht selten flüchten sie vor gefährlich-chaotischen Regimen und aus Zwangsverhältnissen in ein fremdes Land. Dabei bleibt ihnen oft nichts anderes übrig, als ihr Geld in diesem Gewerbe zu verdienen.

V. Vertraglich vereinbarter Sex gegen Entgelt *de lege ferenda* (Schweiz)

A. Zur Terminologie

Wird über eine Regelung *de lege ferenda* nachgedacht, muss abschliessend auch die bisherige Terminologie kritisch überdacht werden:

Lateinisch heisst *prostituere* wörtlich, jemanden voranstellen, herausstellen oder ausstellen und entsprechend auch zur Schau stellen, aber auch, sich zur Verfügung stellen. Etymologisch bedeutet das Verb – nach Duden oder Kluge¹³⁶³ –, sich in den Dienst eines niedrigen Zwecks stellen und sich dadurch herabwürdigen und erniedrigen. Der heutige Terminus «*sich bzw. jemanden prostituieren*» geht zurück auf das entsprechende französische Verb «*prostiter*» (18. Jahrhundert), also sich bzw. jemanden dem Schimpf und der Schande preisgeben und zu entehren. Dem Terminus haftet demnach an sich schon viel Negatives an, weshalb viele anstelle von Prostitution den von *Ender* in den 1980er-Jahren geprägten Begriff «*sex work*» bevorzugen: Dieser betont die selbstbestimmte ökonomische Seite und umfasst alle Arten von Tätigkeiten, die mit dem Sexgewerbe in Zusammenhang stehen.¹³⁶⁴

¹³⁶³ Duden, Das grosse Fremdwörterbuch, 4. Aufl., Mannheim u.a. 2006; Friedrich Kluge, bearbeitet von Elmar Seebold, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 24. Aufl., Berlin u.a. 2001 zu «Prostitution».

¹³⁶⁴ Bernstein, 12 f.

Dennoch wird in der deutschen und schweizerischen Rechtsordnung sowie auch in jüngeren Erlassen wie der Prostitutionsgewerbeordnung der Stadt Zürich aus dem Jahre 2012 nach wie vor ausschliesslich der Begriff «Prostitution» verwendet. Das neuste Regelungswerk, das ProstSchG geht ebenfalls vom Begriff «Prostitution» aus und definiert diese nach § 2 als sexuelle Handlung gegen ein Entgelt.

In der Schweiz ging dagegen der Bericht *Hilbert* (2014) noch vom Terminus «Sexarbeit» aus, während der jüngste Bericht des Bundesrats (2015) ebenfalls den Begriff «Prostitution» wählt. Ob damit diese negative Konnotation betont werden soll, ergibt sich zwar aus keinem der Berichte aus dem Jahr 2015, es darf aber vermutet werden. Denn mittlerweile hat sich zu Recht eine gewisse Ernüchterung darüber eingestellt, dass Zwangsprostitution und Menschenhandel mit der Legalisierung und der Anerkennung eines Prostitutionsgewerbes nicht einfach verschwinden werden, sondern teilweise schreckliche Lebenswirklichkeiten bleiben. Pauschal von Sexarbeit zu sprechen, wäre deshalb nicht nur unpassend, sondern zynisch. Zudem erweist sich der deutsche Begriff «Sexarbeit» aus der juristischen Perspektive als zu eng, denn es handelt sich dabei in der Regel gerade um atypische Dienstleistungs- oder Arbeitsverhältnisse auf diesem Gebiet.

Gegen den Terminus «Prostitution» ist damit allgemein nichts einzuwenden, nur sollte er *de lege ferenda* möglichst bewusst eingesetzt und verwendet werden. Das heisst, dieser sollte genau genommen ausschliesslich für die Form des menschenunwürdigen herabsetzenden Verhaltens verwendet werden. In diesem Sinne wäre es gerade im Rahmen des Vertragsrechts künftig sinnvoller, begrifflich *nicht von einem sog. «Prostitutionsvertrag» auszugehen*, denn ein solcher Vertrag sollte ja eben gerade selbstbestimmt sein und den Gedanken der Selbstbestimmung zum Ausdruck bringen: Nüchterner ist schlicht von einer «vertraglich vereinbarten sexuellen Handlung» oder von einem «Vertrag zu sexuellen Handlungen gegen Entgelt» auszugehen.

B. Qualifikation von vertraglich vereinbartem Sex gegen Entgelt

1.) Verpflichtet sich eine Person dazu, mittels Vertrag eine sexuelle Handlung vorzunehmen, wobei die andere Person ein Entgelt dafür erbringt, liegt prinzipiell ein zweiseitiges Schuldverhältnis vor. Dabei ist von Anfang an kein bestimmter Erfolg (z.B. ein bestimmtes sexuelles Erlebnis oder «Befriedigung») geschuldet, sondern es geht dabei um ein Handeln nach dem Sorgfaltsmassstab, welcher *de lege artis* von der dienstleistenden Person erwartet werden darf.

Um den üblichen Standard beurteilen zu können, ist jedoch eine relativ genaue Absprache der gewünschten Vertragsinhalte und damit eine entsprechende Vorinformation nötig (dazu Ziff. 5).

2.) Bei vertraglich vereinbartem Sex gegen Entgelt wird es sich aber *nicht um einen einfachen Dienstleistungsvertrag* handeln, denn auch in der selbstbestimmten Prostitution bleibt die persönliche Integrität jeder Partei zu jeder Zeit gewahrt und die sich prostituierende Partei hat das Recht, den Vertrag jederzeit ohne Begründung und ohne Befristung zu widerrufen bzw. zu kündigen.

3.) Das Widerrufsrecht steht auch dem Kunden zu. Dieser muss die Möglichkeit haben, von einer Vereinbarung, die nicht seinen Erwartungen und Vorstellungen entspricht, jederzeit zurückzutreten, zumal der Vertrag auf einem Vertrauensverhältnis basiert.

4.) Seitens des Kunden kann und darf der Vertrag jedoch *nicht durchsetzbar, d.h. nicht einklagbar sein*, beinhaltet er doch primär höchstpersönliche Leistungen der dienstleistungserbringenden Person. Dies gilt bedingungslos sowie unabhängig davon, wie der Vertrag im Einzelnen qualifiziert wird.

Nach *schweizerischem Recht* wäre in diesem Sinne von einem *atypischen Auftragsverhältnis* nach Art. 394 ff. OR auszugehen, also von einem Innominat-vertrag. Doch handelt es sich dabei nach der hier vertretenen Ansicht nicht um einen einseitig verpflichtenden Vertrag, denn die konsensual getroffene Vereinbarung ist gegenseitig, auch wenn sie nur einseitig durchsetzbar bleibt.¹³⁶⁵

5.) Allgemeine Voraussetzung des Vertrags ist die Selbstbestimmung der Parteien, insbesondere diejenige der Prostituierten. Diese gilt es mit allen Mitteln zu realisieren.

Zur Gewährleistung der Selbstbestimmung gehört, dass die Parteien wissen, worauf sie sich einlassen bzw. welches die Vertragsinhalte sein werden. Die Parteien haben sich in diesem Dienstleistungsverhältnis nicht nur über die zu vereinbarenden sexuellen Handlungen zu einigen; vielmehr geht es hier in hohem Masse auch um *die Art und Weise von deren Erbringung*.

Zudem macht es einen Unterschied, ob eine sexuelle Handlung im Rahmen einer Massage oder eines japanischen Erlebniscenters erfolgt (was konkludent noch zu erkennen sein mag). Ferner ist zu unterscheiden, ob davon ausgegangen wird, dass Sexualität gegen Entgelt «konkludent» roher oder eventuell «gewalttätiger» erfolgt. Darüber müssen sich beide Parteien im Klaren sein, sonst kann kein Konsens erfolgen, der als selbstbestimmt bezeichnet werden kann (Art. 1 OR).

Mit anderen Worten: Es bestehen gewisse Informationspflichten, deren Nichteinhalten zu Schadenersatzforderungen führen könnten.

6) Ferner ist zu überlegen, ob die *Schriftlichkeit der Verträge* eingeführt werden sollte. Im Internetzeitalter bestehen schliesslich ohnehin meist bereits vor dem Treffen der Parteien schriftliche Kontakte über soziale Medien oder via E-Mail. Durch Kurzverträge mit den zentralen Aufklärungsinhalten, die durch Anklicken angewählt werden könnten, wäre dies relativ einfach umzusetzen.

C. Denkbare Vertragsprozedere und die wichtigsten Vertragsinhalte (schweizerisches Recht)

Damit eine vertragliche Vereinbarung über Sex gegen Entgelt als gültig angesehen werden kann, sind folgende Rahmenbedingungen zu erfüllen, dabei wäre das folgende Prozedere denkbar und die erwähnten Vertragsinhalte wären zu berücksichtigen:

¹³⁶⁵ Wohl anderer Ansicht: *Hürlimann*, 224 f.

Prozedere

- o.) *Generelle Auskunft* durch möglichst viele Beratungsstellen
- 1.) *Aufklärungspflicht* des Kunden
 - über besondere sexuelle Präferenzen
 - Ansprüche des Kunden bezüglich Rohheit und Gewaltpotenzial
- 2.) *Aufklärungspflicht* der dienstleistungserbringenden Person
 - *über für die Leistung relevante Krankheiten (z.B. HIV)*
- 3.) *Konsens*
 - Einführung der Schriftform ist zu überlegen
- 4.) Die *wichtigsten Vertragsinhalte*, die geregelt sein sollten:
 - sexuelle Handlung
 - Art und Weise der Ausführung
 - Dauer
 - Ort
 - Entgelt
 - beidseitiges jederzeitiges Widerrufsrecht/Kündigungsrecht
 - Regelung der Nichterfüllung, Rückerstattungspflicht bereits erfolgter Leistungen
 - Ausschluss der Schlechterfüllung
- 5.) *Zu regelnde Nebenpflichten* wären, *ohne Anspruch auf Vollständigkeit*:
 - das Ausmass der Gesundheitschecks

VI. Vertrag zwischen der dienstleistungserbringenden Person und der Stätte (Schweiz)

A. Regelung der unselbstständigen Tätigkeit und Qualifikation des Vertragsverhältnisses

Wie bereits erwähnt, wird es nicht ausreichen, den Vertrag über Sex gegen Entgelt zwischen Kunde und dienstleistungserbringender Person zu regeln, denn es besteht u.a. die Möglichkeit, dass die entgeltliche sexuelle Handlung im Rahmen eines unselbstständigen Vertragsverhältnisses der dienstleistungserbringenden Person stattfindet. Die Vorteile einer unselbstständigen Tätigkeit liegen auf der Hand: Die Person, welche die sexuellen Dienstleistungen erbringt, wäre sozialversicherungsrechtlich angemessen abgesichert.

- 1.) Wird die sexuelle Dienstleistung auf Dauer (stundenweise, in Teilzeitarbeit) und am Ort der Stätte gegen ein Entgelt erbracht, liegt grundsätzlich ein arbeitsvertragliches Rechtsverhältnis vor (Art. 319 ff. OR).

Zentral ist aus Sicht der dienstleistungserbringenden Person die Regelung der Einschränkung der Weisungsbefugnis von der Stätte.

Zahlreiche kantonale öffentlich-rechtliche Regelungen nehmen eine solche gesetzliche Schranke explizit oder sinngemäss bereits auf, indem sie die Modalitäten der Prostitution (Ort, Zeit, Art) regeln und/oder *die Bewilligungspflichten für solche Stätten an die Offenlegungen der vorgesehenen Rechtsverhältnisse zwischen Stätte und dienstleistungserbringender Person knüpfen* (z.B. § 13 PGVO, Art. 4 f. AfB PGVO der Stadt Zürich):¹³⁶⁶

Wird das Weisungsrecht der Stätte als Arbeitgeberin eingeschränkt, liegt *ein atypisches Element eines Arbeitsverhältnisses* vor.

3.) Der unselbstständig tätigen Person muss ferner aufgrund der höchstpersönlichen sexuellen Leistungen ein jederzeitiges Kündigungsrecht eingeräumt werden. Ob dieser Person gegenüber allenfalls hinsichtlich anderer Leistungen wie der Mithilfe in der Gaststätte oder der Ausführung einer Tanzdarbietung eine nicht ordentliche Kündigungsfrist gelten darf, sei dahingestellt. Denkbar ist diesbezüglich eine Entschädigungspflicht seitens der vertragsauflösenden Person in Analogie zu einem Widerruf oder zu einer Kündigung zur Unzeit (Art. 404 OR).

4.) Seitens der Kunden bleibt es dabei: Ein Vertrag über sexuelle Dienstleistungen mit der Prostituierten ist *nicht durchsetzbar, d.h. nicht einklagbar*.

5.) Die Einführung eines Schriftformerfordernisses würde die Prostituierte zudem weiter gegenüber einer Stätte absichern. Ihre Anonymität könnte mit einer Aliasnamen-Bezeichnung gewährleistet werden.

Nach *schweizerischem Recht* wäre also in diesem Sinne von einem *atypischen Arbeitsvertrag* nach Art. 319 ff. OR auszugehen. Da die dienstleistungserbringende Person in einer Stätte hinsichtlich ihrer Präsenzzeit grundsätzlich frei bestimmen kann, kann nicht von einem auftragsrechtlichen Verhältnis ausgegangen werden (Art. 394 Abs. 2 OR).

Im Rahmen der *öffentlich-rechtlichen Regelungen* können freilich *zusätzliche Bestimmungen zum Schutz von Gesundheit und Sicherheit einer dienstleistungserbringenden Person in einer Stätte nötig sein*, wie ebenfalls aus den bereits existierenden kantonalen Regelungen ersichtlich ist (vgl. Ziff. III.A.3). Denkbar sind namentlich regelmässige staatliche Gesundheits- und allgemeine Arbeitsplatzkontrollen. Ferner sind staatlich finanzierte *Beratungsstellen* (wie sie beispielsweise der Kanton Basel-Stadt kennt) zur Prävention und Information wünschenswert. Diese sollten zum einen bezüglich der Tätigkeit oder der Organisation der selbstbestimmten Sexarbeit beraten und zum anderen bei der alternativen Stellensuche und dem Ausstieg aus der Sexarbeit behilflich sein.

Nicht ausser Acht zu lassen ist überdies, dass sich die Prostitution (sowohl die unselbstständige wie auch die selbstständige) durch gezielte *bau- und gewerberechtliche Vorschriften* auf gewisse Gebiete beschränken lässt, womit eine selbstbestimmte Prostitution letztlich besser erzielt werden kann (z.B. bessere Kontrolle und erhöhter Schutz).

¹³⁶⁶ Das berücksichtigt wie erwähnt explizit das deutsche Recht, welches mit § 3 ProstG und § 26 ProstSchG, die unselbstständige Erwerbstätigkeit einer Prostituierten regelt und namentlich ein eingeschränktes Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Präsenzzeiten (inkl. Abruf) und Ort der Arbeitsausführung festschreibt.

B. Denkbare Vertragsprozedere und die wichtigsten Vertragsinhalte (schweizerisches Recht)

Damit eine vertragliche Vereinbarung zwischen einer Stätte und einer dienstleistungserbringenden Person als gültig angesehen werden kann, ist das folgende Prozedere denkbar und es sind die folgenden Vertragsinhalte zu berücksichtigen:

Prozedere

- o.) *Generelle Auskunft* durch möglichst viele Beratungsstellen
- 1.) *Aufklärungspflicht* der Stätte
 - über die Rechtslage zur Prostitution und über Voraussetzungen der selbstbestimmten sexuellen Dienstleistungen
 - über den Arbeitsbewilligungsstatus
 - über die Familiensituation
- 2.) *Aufklärungspflicht* der dienstleistungserbringenden Person
 - über Krankheit, sofern diese für die Leistung relevant ist (z.B. HIV)
 - über den Arbeitsbewilligungsstatus und den sozialversicherungsrechtlichen Status
- 3.) *Konsens*
 - Einführung der Schriftform
- 4.) Die *wichtigsten Vertragsinhalte*, die geregelt sein sollten:
 - Vermietung Raum/Räume für die Erbringung sexueller Dienstleistungen an Kunden
 - *Entgelt und/oder Abgabemodus*
 - Vermietung Raum zum Wohnen/Leben und das Entgelt
 - alle weiteren Dienstleistungen, welche die Stätte erbringt (Verpflegungs-, Gesundheitskontrollen-, Reinigungs- und Wäschedienste) und das Entgelt für diese Dienstleistungen
 - Dauer
 - beidseitiges Kündigungsrecht und Kündigungsfrist, mit einem fristlosen Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (wobei alles, was die sexuellen Dienstleistungen betrifft, als wichtiger Grund gelten soll)
 - Regelung der Deckung von Schäden am Inventar
 - sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Abrechnung

VII. Zusammenfassende Ergebnisse

1.) Das Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und Sittlichkeitsvorstellungen zeigt sich am Beispiel der Prostitution besonders gut.

Die Debatten um *Prohibition, Abolition und Selbstbestimmung* in der Prostitution sind in Europa heute noch aktuell:

Das vieldiskutierte «*schwedische*» Modell (1999), welches die Kunden von sexuellen Leistungen einseitig kriminalisiert und den Prostituierten beim Ausstieg aus dem Gewerbe helfen will und damit längerfristig ein Umdenken bei der Bevölkerung in Sachen Prostitution (und damit eine Abolition) bewirken soll, ist bisher weder in der Schweiz noch in Deutschland übernommen worden. Damit wird grundsätzlich am Recht auf Selbstbestimmung festgehalten.

Sowohl das neue *deutsche Prostituiertenschutzgesetz* (2016) als auch die zahlreichen jüngeren kantonalen Gesetze zur Regelung der Prostitution in der Schweiz belegen jedoch die allgemeine Tendenz zur Erhöhung von Kontroll- und Schutzvorschriften für Prostituierte in den nämlichen Ländern. Ziel dieser jüngeren Regelungswerke ist es, das Prostitutionsgewerbe zu regulieren (v.a. durch Bewilligungspflichten von Stätten) und die Prostituierten besser vor Zwangsprostitution, Menschenhandel und Ausbeutung sowie Gewalt zu schützen. Zudem soll die gesundheitliche und soziale Prävention sichergestellt werden. – Ob diese «Schutzbestimmungen» tatsächlich nötig sind oder teils nur zu einer weiteren Stigmatisierung beitragen, wird kontrovers beurteilt.

Die Abolition der Prostitution stand hingegen in Japan generell weniger zur Debatte: Das japanische *Baishun boshi-hô* (*Gesetz zur Prävention der Prostitution*) aus dem Jahre 1958, welches heute noch gilt, definiert das Prostitutionsverbot für erwachsene Personen äusserst eng, sodass davon ausgegangen werden darf, dass nur ganz wenig Fälle unter die Gesetzesbestimmung fallen. Entsprechend existiert seit vielen Jahrzehnten auch ein *Gesetz zur Regulierung des Unterhaltungsgewerbes* (*Fûzoku eigyô tô no kisei oyobi gyômu oyobi no tekiseika tô ni kansuru hôritsu 1949/1999*), welches das Gewerbe zwar reguliert, aber nicht verbietet. Es sind namentlich Bewilligungspflichten für die Stätten und Bestimmungen zum Jugendschutz vorgesehen.

2.) Fest steht, dass heute die Zwangsprostitution, der Menschenhandel und die Kinder- sowie Jugendprostitution in allen drei Rechtsordnungen durch das internationale Recht sowie durch strafrechtliche Bestimmungen verboten sind. Die selbstbestimmte Erwachsenenprostitution ohne kriminelle Begleiterscheinungen ist damit in der Schweiz und Deutschland legal. Für das japanische Recht ist wie folgt zu präzisieren: Art. 3 *Baishun boshi-hô* statuiert insoweit ein Verbot der Prostitution und eines Prostitutionsvertrags, als nach Art. 2 dieses Gesetzes unter Prostitution der Geschlechtsverkehr gegen Entgelt mit einer beliebigen Person verstanden wird. In diesem sehr engen gesetzlich definierten Rahmen ist die Prostitution nach japanischem Recht verboten, zieht aber keine Straffolgen nach sich. Daraus ergibt sich, dass viele Formen von sexuellen Handlungen gegen Entgelt (z.B. eine sexuelle Massage oder ein entgeltlicher Geschlechtsverkehr mit einer bestimmten Person) nicht verboten sind. Die selbstbestimmte Erwachsenenprostitution zieht in allen drei Rechtsordnungen demnach keine strafrechtlichen Folgen nach sich.

3.) Die *rechtliche Entwicklung* in Sachen Prostitutionsvertrag verlief in Deutschland vergleichbar wie in der Schweiz. Es kann von einer allgemeinen Tendenz zur Lockerung der Sittlichkeitsvorstellungen gegenüber dem Prostitutionsvertrag ausgegangen werden. Die Liberalisierung zeigte sich zunächst in den Revisionen der strafrechtlichen Bestimmungen und später u.a. im Wegfall der Sittenwidrigkeit eines Prostituti-

onsvertrags. Parallel dazu ist in beiden Rechtsordnungen eine zunehmende Entwicklung der Regulierungen des Prostitutionsgewerbes zu verzeichnen:

Der letzte Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofs, der sich inhaltlich eingehend mit der Sittenwidrigkeit der Prostitutionstätigkeit befasst hat, ist auf das Jahr 1976 datiert (BGHZ 67, 119 ff.). Mit dem Entscheid des Berliner Verwaltungsgerichts aus dem Jahre 2000 (VG 35 A 570/99) wurde explizit, dass eine selbstbestimmte Erwachsenenprostitution ohne kriminelle Begleiterscheinungen nicht mehr als sittenwidrig angesehen werden könne. In Deutschland wurde dieser Wertewandel mit Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes (1.1.2002) umgesetzt.

Der letzte Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts, der ohne weitere Begründung festhält, dass Verträge mit Prostituierten unsittlich sind, stammt aus dem Jahre 1985 (BGE 111 II 295 ff.). Ein jüngerer Entscheid der strafrechtlichen Kammer aus dem Jahre 2011 geht über ein entsprechendes *obiter dictum* nicht hinaus (BGer. 6B_188/2011).

In Japan verlief die rechtliche Entwicklung seit dem Entstehen des *Minpô* (Ende 19. Jh.) anders: Bis in die 1950er-Jahre hinein versties keine Form von Prostitutionsvertrag (u.ä. Verträge) gegen die Sittenklausel (Art. 90 *Minpô*). Danach wurden die Verträge betreffend der Zuführung von Mädchen zu Geisha-Unterhaltungsstätten für sittenwidrig und ungültig erklärt. Die Eltern vereinbarten im Gegenzug einen Darlehensvertrag und bekamen eine Anleihe. Beide konnexen Verträge wurden im Jahr 1955 vom höchsten Gerichtshof, dem *Saikô sai* (*Minshû* 9-11-1616) erstmals für sittenwidrig erklärt.

Es gibt aber im japanischen Recht keine dem deutschen und schweizerischen Recht vergleichbare höchstrichterlichen Urteile, welche den Prostitutionsvertrag für sich genommen unter Sittlichkeitsaspekten behandeln würden. Die Prostitution ist tatsächlich und offenkundig so weit verbreitet, dass sich die Frage stellt, ob die japanische Gesellschaft den Prostitutionsvertrag tatsächlich für sittenwidrig gehalten hat.

Im Übrigen existiert *in allen drei Rechtsordnungen keine aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung*, die einen privatrechtlichen Vertrag über sexuelle Handlungen gegen Entgelt als sittenwidrig und damit ungültig beurteilen würde.

4.) Im Ergebnis ist eine vertragliche Vereinbarung von erwachsenen Personen über sexuelle Handlungen gegen ein Entgelt in der Schweiz und in Deutschland grundsätzlich gültig und verstösst nicht mehr gegen die rechtsethischen Vorstellungen der Gesamtrechtsordnung bzw. die Generalklausel der «guten Sitten» (Art. 19 f. OR, § 138 BGB):

Das *deutsche Recht* weist heute eine entsprechende ausdrückliche Regelung zur Gültigkeit einer Vereinbarung über sexuelle Handlungen gegen Entgelt auf (§ 1 ProstG, in Kraft seit 1.1.2002). Die Bestimmung gilt erklärtermassen als *lex specialis* zu § 138 BGB. Die Tatsache, dass hinsichtlich Frage der Moralität der Prostitutionstätigkeit in Lehre und Rechtsprechung ab und an noch widersprüchliche Formulierungen bestehen, darf indes nicht überbewertet werden. Diese sind teils als historische Reminiszenzen und teils als *obiter dicta* (bzw. als nicht vertieft begründete Äusserungen) zu bewerten.

In der Schweiz sehen wenige *kantonale Regelungen* die Gültigkeit eines Vertrags über sexuelle Handlungen gegen ein Entgelt ebenfalls *ausdrücklich* vor (z.B. Art. 2 Abs. 2 Gesetz über das Prostitutionsgewerbe, in Kraft seit 1.1.2013 aus dem Kanton Bern sowie Art. 2 der Prostitutionsgewerbeverordnung der Stadt Zürich, in Kraft seit 1.7.2012). Weitere kantonale Gesetze erklären Entsprechendes *implizite*, indem sie die arbeits- oder gewerberechtlichen Verhältnisse zwischen Prostituierten und Stätten regeln.

5.) *De lege lata* kann aufgrund der äusserst engen Umschreibung des Prostitutionsverbots nach *Baishun-boshi-hô* e.c. geschlossen werden, dass ein Vertrag über sexuelle Handlungen einer erwachsenen Person gegen ein Entgelt nicht grundsätzlich gegen Art. 90 *Minpô* verstösst. Es fehlt jedenfalls an höchstrichterlichen Urteilen, die sich mit der Sittenwidrigkeit eines Prostitutionsvertrags befassen würden. Entsprechende Hinweise in der Literatur zu Art. 90 *Minpô* sind rar und betreffen vorab Vereinbarungen im Zusammenhang mit Jugendprostitution, Menschenhandel und mit den bereits erwähnten älteren Fallbeispielen zu den sog. Lehrverträgen zur Prostitution (*gei shôgi keiyaku*).

6.) Der Wandel der Moralvorstellungen hinsichtlich der sexuellen Selbstbestimmung im Rechtsgeschäftsverkehr zeigt sich etwa auch darin, dass sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz eine Entgeltforderung für die Erbringung von Telefonsex (inkl. Vermittlung und Vermarktung) durchgesetzt werden können.

Kapitel 8

Zur vertraglich vereinbarten Schwangerschaft gegen Entgelt («Leihmutterschaftsvertrag»)

I. Vorbemerkungen

All denjenigen Leserinnen und Lesern, denen es müssig erscheint, über eine vertraglich vereinbarte Schwangerschaft im Sinne der Leihmutterschaft nachzudenken, solange diese in der Schweiz und in Deutschland verboten ist, sei hier entgegengehalten, dass hinsichtlich der *nationalen Fortpflanzungs- und Abstammungsrechte alles im Fluss* ist und in nächster Zeit mit einer rasanten Weiterentwicklung zu rechnen ist. Bereits in zehn Jahren dürften wir uns aufgrund der neuen Fortpflanzungsmethoden, der Genetik und insbesondere der Schwangerschaftsdiagnostik wieder mit ganz anderen rechtlich-ethischen Fragen konfrontiert sehen. Die nachfolgenden Ausführungen aus der Perspektive des Vertragsrechts sind also auch im Lichte dieses zu erwartenden Wandels zu verstehen. Ein *Rechtsvergleich* ergibt ferner, dass die geltende Rechtslage in der Schweiz nicht gänzlich unhinterfragt bleiben darf. Dieser zeigt des Weiteren auf, dass auch die nationalen Regelungsbemühungen um das Phänomen keineswegs abgeschlossen, sondern erst im Gange sind. Präzisierungen, Verschärfungen oder Lockerungen der bisherigen Regelungen sind gleichermassen zu beobachten wie die Regelung des Phänomens durch neue Gesetze.

Ferner handelt es sich beim Leihmutterschaftsvertrag um ein ausgezeichnetes Anschauungsbeispiel dafür, wie der *individuellen Selbstbestimmung* im *Vertragsrecht Grenzen gesetzt sind* –obschon es sich zumindest aus Sicht der einen Vertragspartei um stark personale Rechte und Vertragsinhalte handelt, nämlich um die eigene Schwangerschaft und Fortpflanzung.

Hinzu kommt, dass auf kollisionsrechtlicher Ebene das Thema derzeit aktuell ist und in ganz Europa, insbesondere aber in der Schweiz und in Deutschland, die höchsten Gerichte nach kindergerechten Lösungen suchen, weil sich die «intentionalen Eltern» – das sind diejenigen Personen, die sich ein Kind wünschen und kraft Willenserklärung rechtliche Eltern sein möchten – nicht an die inländischen Verbote zur Leihmutterschaft halten. Im Fluss der *Internationalisierung und Globalisierung* hat sich daher vor den nationalen Gerichten zunehmend die Frage gestellt, wie mit sog. internationalen Leihmutterschaften umzugehen ist: Ob die «intentionalen Eltern» um des Kindesschutzes willen nicht trotz allem als solche rechtlich zu anerkennen sind und im Geburtsregister eingetragen werden sollen resp. ob einem Kind in einem solchen Fall nicht dennoch ein Visum¹³⁶⁷ zu erteilen ist. – Diese Frage ist unmittelbar mit der Problematik der nationalen rechtlichen Schranken zu Leihmutterschaftsverträgen – sei es aus Verbot oder aufgrund der Sittenwidrigkeit – verbunden und wird hier deshalb ebenfalls behandelt.

¹³⁶⁷ Was natürlich von Land zu Land anders beurteilt wird: Für die Schweiz braucht z.B. ein Kind, das in den USA geboren ist und das amerikanische Staatsbürgerrecht besitzt, kein Einreisevisum.

II. Vertragsrechtliche Perspektive als Reduktion

A. Komplexes Rechtsverhältnis

Das Phänomen Leihmutterschaft ist *rechtlich und ethisch* äusserst komplex. Es kann sowohl aus verschiedenen materiell-rechtlichen Perspektiven sowie dem Sach- und Kollisionsrecht als auch aus den Blickwinkeln der beteiligten Akteure (Kind, Leihmutter, intentionale Eltern, Intermediäre) behandelt werden.

In diesem Kapitel wird das Problem bewusst *auf die vertraglich vereinbarte Schwangerschaft und das Austragen des Kindes für ein anderes Paar* sowie auf die vertragsrechtlichen Fragestellungen zur *Selbstbestimmung und deren Schranken reduziert*. Das ändert aber nichts daran, dass das Phänomen vor Gericht oder in einem laufenden Gesetzgebungsprozess möglichst in seiner gesamten Komplexität zu erfassen ist. Deshalb sollen neben den zentralen Fragestellungen aus dem Vertragsrecht (lit. B), die hier behandelt werden, zur Übersicht die wichtigsten rechtlichen Fragestellungen auch aus weiteren rechtlich relevanten Blickwinkeln umrissen werden (lit. C–D). – Auf strafrechtliche Aspekte wie beispielsweise auf die Frage, ob der nachgelebte Kinderwunsch mithilfe einer Leihmutter bei einer der beteiligten Parteien zur Strafbarkeit führen soll, wird indes gar nicht eingegangen.

Eine weitere grundsätzliche Schwierigkeit des Leihmutterschaftsverhältnisses liegt darin, die persönlich-moralische und die rechtliche Ebene auseinanderzuhalten: Ein solches Verhältnis rechtlich (sei es auch nur eingeschränkt oder teilweise) zu akzeptieren und regeln zu wollen, bedeutet nicht, dieses Vorgehen auch persönlich gutzuheissen. Es bedeutet ebenso wenig, dass eine Person, die eine Legalisierung der Leihmutterschaft befürwortet, sich vorstellen können müsse, diese Dienstleistung persönlich zu erbringen. Es bedeutet nur, die anderen Personen in ihrer Andersartigkeit zu akzeptieren und dabei das Kindeswohl im Auge zu behalten.

B. Vertragsrechtliche Fragestellungen

Aus der vertragsrechtlichen Perspektive ist zunächst zu unterscheiden, ob eine vertraglich vereinbarte Schwangerschaft im Sinne eines Leihmutterschaftsverhältnisses selbstbestimmt geregelt werden kann und ein solcher Vertrag gültig ist, oder ob dieser den Schranken des Gesetzes oder der «guten Sitten» nicht standhält und damit nichtig ist.

Ist der Vertrag nichtig, ist zu überlegen, ob die Rechtsfolge der Nichtigkeit aus Sittenwidrigkeit resp. aus Rechtswidrigkeit eine befriedigende Lösung darstellt: Ist das Neugeborene erst einmal da, lässt es sich weder «rückgängig» machen, noch kann davon ausgegangen werden, dass die sog. Leihmutter es aufziehen will. Mit anderen Worten: Ein der geltenden Rechtsordnung entsprechender Zustand lässt sich nicht wieder herstellen. Ohne gültigen Vertrag ist die Leihmutter mit dem Embryo zudem während der Schwangerschaft u.U. schlechtergestellt, indem sie in ihrem Lebensunterhalt eingeschränkt und in ihrer Gesundheit weniger geschützt ist. Umgekehrt kann es prinzipiell auch nicht angehen, dass sich die Gerichte dazu hergeben, einen rechts- oder sittenwidrigen Vertrag durchzusetzen, nur weil er besteht. Dabei ist allerdings

zu berücksichtigen, dass es sich in erster Linie um ein Kind handelt und dass die Faktizität des Vertrags und seine Dauer *per se* betrachtet für die Genehmigung des Vertrags sprechen (vgl. Arbeitsvertrag ohne Einhaltung von Ausländerbewilligung). Ferner ist dabei zu erwägen, was es für ein Land wie die Schweiz bedeuten soll, wenn beispielsweise im US-Bundesstaat Kalifornien (der von der Religion, Kultur und dem ökonomischen Entwicklungsstand her mit der Schweiz vergleichbar ist) die Leihmutterchaft unter gesetzlich umschriebenen Bedingungen zugelassen wird.

Es ist also auch darüber nachzudenken, *ob allenfalls Kontexte denkbar wären, in denen ein solcher Vertrag gültig sein könnte*. Dabei stehen das Selbstbestimmungsrecht über das Ob und das Wie dieser Form von Schwangerschaft und Fortpflanzung sowie der Schutz der beiden involvierten Parteien im Brennpunkt der Untersuchung. Es fragt sich also, ob bzw. unter welchen Bedingungen eine vertraglich vereinbarte Schwangerschaft mit einem Eltern-Kind-Verhältnis der intentionalen Eltern tatsächlich selbstbestimmt und konsensual erfolgen könnte und wie ein einigermaßen fairer Vertrag ausformuliert sein müsste. Eine vertragsrechtliche Lösung müsste die Selbstbestimmung und den Konsens gewährleisten können.

Sollte ein solcher Vertrag grundsätzlich für gültig angesehen werden, so ergeben sich daraus eine Reihe von vertragsrechtlichen Problemen, insbesondere zur *Zulässigkeit von Auflagen, die im Einzelnen wiederum rechts- oder sittenwidrig sein können*, z.B. zur privaten Lebensweise der Leihmutter während der Schwangerschaft (punkto Ernährung, Alkoholkonsum, Sex, Auslandsaufenthalte) oder zur Vornahme von pränatalen Untersuchungen (Gentests) ohne/mit Abtreibungspflichten¹³⁶⁸ oder gar mit einem Abtreibungsverbot usw.¹³⁶⁹ Des Weiteren stellen sich Fragen zu allgemeinen Unwägbarkeiten während einer Schwangerschaft, welche ggf. die Entschädigung betreffen können: Gesinnungswandel der Leihmutter – sei es, dass sie sich für eine Abtreibung entscheidet oder dass sie das Neugeborene als ihr eigenes Kind aufziehen will –, gesundheitliche und andere unvorhergesehene familiäre Probleme der Frau, gesundheitliche Probleme des Embryos oder auch das Auftreten einer Mehrlingschwangerschaft. *In extremis* wäre auch die Frage zu stellen, wer die Verantwortung übernehmen müsste, wenn eine Leihmutter an Schwangerschafts- oder Geburtsfolgen stirbt.

Aus der vertragsrechtlichen Perspektive stellt sich insbesondere auch die Frage, *ob nicht wenigstens eine unentgeltliche Leihmutterchaft de lege ferenda denkbar wäre*, zumal es in unserer Gesellschaft eine verbreitete Ansicht ist, dass es «Dinge» geben soll, die man nicht «kaufen» kann¹³⁷⁰ – wobei es sich bei einer Leihmutterchaft höchstens um eine Dienstleistung, nicht aber um einen Kaufvertrag handeln kann (zur Terminologie und Qualifikation *de lege ferenda* unter Ziff. V/D). Beim *Topos* Kommerzialisierung sind vor allem drei Punkte mitzudenken: 1.) der wertkonsistente

¹³⁶⁸ Urteil des Supreme Court of New Jersey, *In re Baby M*, 537 A. 2d 1227 ff., 1235; 109 N.J. 396 (N.J. 1988), in einem der ersten breit diskutierten Fälle zur Leihmutterchaft (s.a. Ziff. II. B), wurde eine entsprechende Klausel als rechtswidrig angesehen und in der Literatur diskutiert: Andrews, 168; Lieber, 211.

¹³⁶⁹ Die amerikanischen Vertragslösungen treiben in diesem Punkt Blüten, die in der Schweiz, Deutschland oder Japan sittenwidrig wären. Sie werden aber auch nicht immer für gültig befunden, wie der *In re Baby M*-Fall zeigt; zum Ganzen s. Fabre-Magnan, 82 f.

¹³⁷⁰ In re Baby M, 1249.

Vergleich mit den geltenden Verboten des Organ- oder Samenhandels (Beispiel Schweiz), 2.) die Systemfremdheit eines «Schenkungsvertrags auf Dauer» (der zusätzlich komplex ist) und 3.) die Fairness, da die Leihmutter als wichtigste Akteurin bei einer unentgeltlichen Leihmutterschaft die einzige Person wäre, die für ihre Dienstleistung keine ordentliche Entschädigung erhielte, während alle anderen möglichen Beteiligten (Intermediäre, medizinische und juristische Fachpersonen, Kliniken, Versicherungen) Geld daran verdienen würden.

Schliesslich ist vertragsrechtlich zu regeln, wie dieser Vertrag von besonderer Tragweite aufzulösen wäre und welche Rechtsbehelfe wann möglich sein sollen: Beispielsweise dürfen keine Eltern ein Kind wieder aufgeben.¹³⁷¹ Ferner ist zu klären, wie gesichert werden kann, dass die Leihmutter befugt ist, ihren Entscheid während der Vertragsdauer und zusätzlich während einer gewissen Dauer nach der Geburt zu widerrufen. – Eine klageweise Durchsetzung einer Weiterführung der Schwangerschaft oder ein «Herausgabeanspruch» in Bezug auf das Kind sind sowohl *de facto* als auch *de iure* undenkbar.

Letztlich handelt es sich hierbei um ein komplexes *Geflecht von verschiedenen, zwischen allen möglichen Beteiligten bestehenden Vertragsverhältnissen*;¹³⁷² allerdings ist das ein Problembereich, auf den hier nicht näher eingegangen werden kann. Gerade die *rechtliche Regelung der Vermittlungstätigkeit* bedürfte aber bei einer Legalisierung der Leihmutterschaft besonderer Aufmerksamkeit.

C. Familienrechtliche Fragestellungen

1. Kindeswohl

Aus familienrechtlicher Perspektive ist in erster Linie *das Kindeswohl zu gewährleisten*.¹³⁷³ Hat ein Kind auch einem rechts- oder sittenwidrigen Vertrag bzw. Akt sein Leben zu «verdanken», verdient es dennoch stets Schutz. Ferner kann auch bei einer gültigen Vertragslösung (und entsprechendem gerichtlichem Entscheid) strittig sein, wer die rechtlichen Eltern des Kindes sind.¹³⁷⁴ – Dies beispielsweise dann, wenn die schwangere und gebärende Frau ihr Kind entgegen der Abmachung aufziehen und als rechtliche Mutter anerkannt werden möchte. Sie kann nach der hier vertretenen Ansicht nämlich nicht vor der Geburt verpflichtet werden, das Kind nach der Geburt gegen ihren Willen den intentionalen Eltern zu übergeben, denn dann würde sie tatsächlich als «Gebärmachine» missbraucht (dazu gleich nachfolgend).

Des Weiteren gehört es auch zu den *Aufgaben des Familienrechts, sich gemeinsam mit anderen Disziplinen* Gedanken darüber zu machen, ob durch die *von Beginn an vorgesehene Trennung des Kindes zur austragenden Frau* eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegt. Dies hängt davon ab, wie bedeutungsvoll die psychosozialen Bin-

¹³⁷¹ Bereits Posner, BULW 67 (1987) 67.

¹³⁷² Aufgrund der vielfältigen Problematiken beginnt Carol Sanger ihre Vertragsrechtsvorlesungen seit vielen Jahren mit dem *In re Baby M-Fall*: Sanger, Carol: (Baby) M is for the Many Things: Why I Start with Baby M, Saint Louis University Law Journal, 44 (2000) 1443 ff., 1445.

¹³⁷³ Zum Ganzen Belser/Jungo, ZSR 135 (2016) I, 175 ff., 179 f.; Rumo-Jungo, FamPra 15 (2014) 4 848; Büchler/Bertschi, FamPra 14 (2013) 1, 111 ff.

¹³⁷⁴ Fabre-Magnan, 56.

dungen sind, die während einer Schwangerschaft entstehen.¹³⁷⁵ Ferner ist zu überlegen, ob aus Sicht der Frau jede Form der Leihmutterschaft gleichermassen psychologisch belastend ist oder ob sich aus ihrer Perspektive rechtliche Differenzierungen aufdrängen könnten – beispielsweise diejenige, dass es für die Beteiligte besser ist, wenn sie als schwangere Frau nicht die genetische Mutter wird, da dies für sie möglicherweise emotional einfacher wäre. Zudem wäre nicht nur der Ehemann einer Leihmutter mit in den Entscheidungsprozess einzubeziehen, sondern auch die genetisch-sozialen Kinder einer Leihmutter wären anzuhören und es wäre festzustellen, inwiefern sie unter der Tätigkeit ihrer Mutter gegenbenfalls leiden (z.B. Verlustängste, Vernachlässigung).¹³⁷⁶ Und schliesslich wirft die Leihmutterschaftsmethode auch die Frage auf, ob eine gleichgeschlechtliche Elternschaft einen Effekt auf die Beziehungsqualität zum Kind habe, wofür aktuell keine wissenschaftliche Evidenz besteht.¹³⁷⁷

2. Zuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses

Das *Abstammungsrecht* ist ein traditioneller Themenbereich des Familienrechts, welcher der rechtlichen Zuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses dient. Zu diesem zählt heute auch die angemessene Klärung der rechtlichen Elternschaft im Zeitalter der neuen Möglichkeiten, welche die Fortpflanzungsmedizin und die Genetik bieten. Das Abstammungsrecht erfordert namentlich eine neue Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von rechtlicher Elternschaft zu:

- *intentionaler Elternschaft*, das heisst zu einer durch Willensakt oder mit Intention begründeten,¹³⁷⁸

¹³⁷⁵ Was allerdings nicht als empirisch gesichertes Wissen angesehen wird: *Diel*, 87 ff., 91 ff.

¹³⁷⁶ Eine amerikanische Vermittlungsfirma gibt diesbezüglich zur Auskunft (mündlich, im Jahr 2015), dass sie v.a. verheiratete Leihmütter auswählten, die schon eigene Kinder gehabt haben, wobei ihnen diejenigen am geeignetsten erschienen, mit denen sie bereits mehr als einmal zusammengearbeitet haben.

¹³⁷⁷ Die «gute Qualität der Beziehung zum Kind, unter dem Kürzel der «3» vertraut, verlässlich, verfügbar», steht gemäss weiten Teilen der Literatur im Vordergrund: *Simoni*, 1 ff.; *Kilde*, 11 f.; *Copur*, *Eylem*: Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Kindeswohl, Bern 2008, 41 ff.; *Rupp*, 305 ff. je m.w.H.; zur psychologischen Entwicklung von Kindern in homosexuellen Elternbeziehungen gibt es einige Studien ausserhalb Deutschlands und der Schweiz: vgl. z.B. die australische Studie von *Crouch*, *Simon R./Waters*, *Elizabeth/McNair*, *Ruth/Power*, *Jennifer/Davis*, *Elise*, Parent-reported measures of child health and wellbeing in same-sex parent families: a cross-sectional survey, *BMC Public Health* (2014), 14, 635 ff., abrufbar unter: <<http://www.biomedcentral.com/content/pdf/1471-2458-14-635.pdf>>, zuletzt besucht am 4. Dezember 2015. Laut dieser Studie unterschieden sich die Daten von 500 Kindern von 315 gleichgeschlechtlichen Eltern punkto Gesundheit und Wohlbefinden nicht von den Werten von Kindern aus traditionellen Familien – ja das Gefühl der Familienzusammengehörigkeit war bei Ersteren sogar stärker; vgl. aber auch: *Sullins*, 100 ff., der zum Schluss kommt, dass Kinder von gleichgeschlechtlichen Paaren anfälliger für psychische Störungen seien; allerdings wirft die Studie mindestens aus Sicht einer fachfremden Perspektive auch gewisse methodische Zweifel auf (z.B. mussten die Eltern ihre Kinder selber einschätzen, d.h. die Kinder wurden nicht befragt (104) und ferner müsste man das Wohlbefinden der Kinder von gleichgeschlechtlichen Paaren wohl mit einer Kontrollgruppe von Adoptionskindern und nicht mit Kindern heterosexueller Paare vergleichen).

¹³⁷⁸ Zum Beispiel per Vertrag (der *de lege lata* wohl wiederum sittenwidrig wäre), Verfügung einer Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde oder per Gerichtsbeschluss/-urteil; der Begriff stammt aus dem Englischen «intended parents», vgl. zur Terminologie erst später unter Ziff.V.D.1.

- *sozialer Elternschaft*, das bedeutet zu einer tatsächlich gelebten Kind-Eltern-Beziehung (Erziehung, Betreuung und Pflege),
- *biologischer oder leiblicher Elternschaft*, das heisst zu der etwa durch den Geburtsvorgang begründeten Elternschaft resp. zu
- *genetischer Elternschaft*, das heisst zu einer durch die genetische Abstammung begründeten Elternschaft.¹³⁷⁹

Das Abstammungsrecht in der Schweiz wie auch in Japan und Deutschland knüpft primär an die *biologische Elternschaft*, genauer die Geburtmutterregel, welche die rechtliche Mutterschaft vom Geburtsvorgang abhängig macht (*mater semper certa est*). Zudem gilt in allen drei Rechtsordnungen die gesetzliche Vermutung der Vaterschaft des Ehemanns der betreffenden Frau. Das heisst, zur Bestimmung dessen Elternschaft wird traditionell an *den zivilrechtlichen Status* angeknüpft (*pater id est quem nuptiae demonstrant*).¹³⁸⁰

Die Geburtmutterregel hat weitreichende rechtliche Konsequenzen: Auch bei einer rechtswidrigen Fortpflanzungsmethode wie beispielsweise der Anwendung einer Leihmutterpraktik wird immer die biologisch gebärende Person die rechtliche Mutter des Kindes sein; das heisst, die Leihmutter ist rechtliche Mutter. Dies gilt unabhängig davon, ob sie genetische Mutter ist oder nicht sowie unabhängig davon, ob sie persönlich die Intention hat, Mutter zu sein oder nicht und/oder ob sie z.B. vertraglich auf ihre Elternrechte verzichtet hat.¹³⁸¹ Es gelten in der Regel entsprechende Meldepflichten bei der Geburt in einem Krankenhaus.¹³⁸² Eine Leihmutter müsste also in allen drei Rechtsordnungen nach der Geburt zunächst gültig auf ihr Elternrecht verzichten, bevor die sog. intentionalen Eltern das Kind ggf. adoptieren und dadurch Statusrechte/-pflichten erlangen können.¹³⁸³ Ein Wechsel der Person der rechtlichen

¹³⁷⁹ Seit die Möglichkeit der künstlichen Fortpflanzung durch eine Ei- oder Embryonenspende besteht, muss bei einer «Leihmutterschaft» zwischen der biologischen (d.h. gebärenden) und der genetischen Mutter (der dritten Eizellenspenderin/Embryonenspenderin) unterschieden werden.

¹³⁸⁰ Vgl. § 1591 BGB; Art. 252 ZGB; Art. 779 Minpó.

¹³⁸¹ Bertschi, 53; Ben-Am, 132; Rumo-Jungo, FamPra 15 (2014) 4, 848; a.A. vormalis Dubler-Beretta, 56.

¹³⁸² Art. 34 ZStV; § 18 ff. PStRG.

¹³⁸³ *De lege lata* wäre aus Sicht der Leihmutter eine Freigabe zur Adoption denkbar bzw. ein Verzicht auf das Neugeborene vergleichbar mit einer Abgabe an einer Babyklappe sowie einer abstammungsrechtlichen Behandlung als Findelkind oder eine anonyme bzw. vertrauliche Geburt (im Krankenhaus) denkbar:

In Deutschland gilt seit dem 1. Mai 2014 das Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt vom 28. August 2013 (BGBl. I S. 3458). Es existieren mehrere 100 Babyklappen (allein in Bayern rund 100). Zur Regelung der vertraulichen Geburt: von 28. August 2013 (BGBl. S. 3458), damit erhalten Schwangere die Möglichkeit, ihr Kind auf Wunsch vertraulich und sicher in einer Klinik oder bei einer Hebamme auf die Welt zu bringen. Zudem gibt es seit Oktober 2014 einen Rechtsanspruch auf anonyme Onlineberatung. Durch umfassende Beratung und Hilfsangebote wird die medizinische Versorgung bei der Geburt und die Adoptionsvermittlung gewährleistet und der Frau können Alternativen aufgezeigt werden.

In der Schweiz gibt es keine gesetzliche Regelung zur anonymen oder zur vertraulichen (diskreten) Geburt; gemäss dem jüngsten Bericht des Bundesrates vom 12. Oktober 2016 in Erfüllung des Postulats 13.4189 Maury Pasquier 2016, abrufbar unter <<http://www.ejpd.admin.ch>>, zuletzt besucht am 29.1.2018) sind die Babyfenster als Notlösungen zu akzeptieren und der Wunsch nach einer vertraulichen Geburt soll in beschränktem Umfang berücksichtigt werden können. An der Geburtsregistrierungspflicht wird indes festgehalten. Die Gebärende hat dabei

Mutter ist in allen drei Rechtsordnungen ausschliesslich durch Adoption (der intentionalen Mutter) möglich.¹³⁸⁴ Demgegenüber wird in Rechtsordnungen, in denen die Leihmutterschaft zulässig ist wie beispielsweise im US-Bundesstaat Kalifornien, von Gesetzes wegen, durch Gerichtsentscheid oder Geburtsregistereintrag die intendierte Elternteil, derjenige welcher Mutter sein möchte, rechtlicher Elternteil werden.

Ist eine Leihmutter unverheiratet und entsteht bei der Geburt nur die rechtliche Elternschaft zwischen ihr und Kind, bestünde bzw. besteht in allen drei Rechtsordnungen die Möglichkeit, dass derjenige Mann, der Vater des Kindes werden möchte, seine Vaterschaft den Behörden gegenüber «direkt» *anerkennt*.¹³⁸⁵ Die Vaterschaftsanerkennung ist damit eine *de lege lata* bekannte Form von intentionaler Elternschaft. Ist eine Leihmutter dagegen verheiratet und hat sich deren Ehemann nicht mit der Leihmutterschaft einverstanden erklärt, kann dieser seine Vaterschaft anfechten.

Angesichts der durch die Medizin geschaffenen, genetischen Testmöglichkeiten der Elternschaft sind diese Regeln (*mater semper certa est* bzw. *pater est* Regel) zur Klärung der Abstammungsfrage grundsätzlich hinfällig geworden, denn es lässt sich jederzeit feststellen, wer die genetischen Eltern eines Kindes sind. Bereits in den 1980er-Jahren hatte sich die Doktrin infolge dieser neuen Testverfahren dafür eingesetzt, dass die rechtliche Elternschaft möglichst an die genetische geknüpft werden sollte, sodass ein Kind die Möglichkeit habe, seine genetischen Wurzeln zu erfahren.¹³⁸⁶ – Dennoch hat sich etwa der deutsche Gesetzgeber im Interesse des Kindes auch nach der Durchführung der Kindschaftsrechtsreform in den späten 1990er-Jahren mit § 1591 BGB sehr bewusst für die Beibehaltung der rechtlichen Mutter-schaft der gebärenden Frau entschieden.¹³⁸⁷ An der Geburtmutterregel möchte denn auch die Fachkommission zu einer Revision des deutschen Abstammungsrechts mit Bericht vom Herbst 2017 einheitlich festhalten:

das Recht, ihr Baby mindestens bis zu einem allfälligen Adoptionsvollzug (d.h. mind. 1 Jahr nach Art. 265h, 264 ZGB) zurückzufordern. Eine Adoption kann frühestens danach erfolgen. Die Mutter macht sich weder nach Art. 127 (Aussetzung) noch nach Art. 219 StGB (Unterlassen der Sorgspflicht) strafbar. Der Bericht 2016 belegt, dass in den letzten 15 Jahren (2001-2016) acht Babyfenster entstanden und insgesamt 19 anonyme Geburten vorgekommen sind.

In Japan nennt man diese wörtlich übersetzt «Babyposten»: 赤ちゃんポスト (*akachan posuto*). Es gibt sie seit Ende der 1980er-Jahre vereinzelt in Krankenhäusern, in jüngerer Zeit wurde oft auf die deutschen Vorbilder (Babyklappe in Hamburg 2000) verwiesen; der erste Babyposten (in *Kumamoto*) wurde im Jahre 2007 vom Ministerium für Gesundheit, Arbeit und Wohlfahrt genehmigt. Es wurde allerdings darauf verwiesen, dass die Genehmigung nur im Einzelfall erteilt werde: Zeitung «*Nishinippon*» vom 25. Mai 2015 (<www.nishinippon.co.jp>, zuletzt besucht am 2. Juni 2015).

¹³⁸⁴ BSK ZGB I-Schwenzer, Art. 252 N 10; Hegnauer, N 3.04.

¹³⁸⁵ Art. 260 ZGB, § 1594, Abs. 779 Minpō – wobei anzufügen ist, dass nach jap. Recht auch die Mutter anerkennen kann.

¹³⁸⁶ Coester-Waltjen, NJW 1983, 2060.

¹³⁸⁷ Weil zum einen eine rechtliche Zuordnung zu einer Person unmittelbar und somit am einfachsten (Schlüter, Wilfried: BGB – Familienrecht, 14. Aufl., Heidelberg 2012 183) und zum anderen nur der «*biologischen Mutter im familienrechtlichen Sinne*» die körperliche und psychosoziale Bindung zum Embryo möglich sei: Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 13. Juni 1996: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG), BT-Drucksache 13/4899, 72, 82 f.

« Der Arbeitskreis war sich darüber einig, dass die geltende Regelung in § 1591 BGB beizubehalten ist, weil sie eine Kindeswohlgemässe, frühe, eindeutige und sicher feststellbare Zuordnung des Kindes zu seinen Mutter gewährleistet. »¹³⁸⁸

Dennoch zeigt der Leitentscheid des BGH aus dem Jahre 2014 zur internationalen Anerkennung von Eltern-Kind-Verhältnissen aus Leihmutterschaften zeigt aber auch, dass die Geburtsmutterregel heute nicht mehr um jeden Preis bzw. nicht mehr abstrakt geschützt wird, sondern dass stattdessen auf das konkrete Kindeswohl abgestellt wird.¹³⁸⁹

In denjenigen Rechtsordnungen, in denen die *Intention zur rechtlichen Elternschaft führen kann* von Gesetzes wegen statusrechtliche Bedeutung für das Kind haben kann (z.B. im US-Bundesstaat Kalifornien) und ein *Kindsverhältnis zu Mutter oder Vater originär durch Willensakt* begründet wird (inkl. einer amtlichen Genehmigung bzw. eines Gerichtsbeschlusses oder in Form einer Erklärung), entfällt eine Spaltung von rechtlicher und intentionaler Elternschaft. Da in der Regel davon auszugehen ist, dass an die intentionale die soziale Elternschaft anknüpft, liesse sich damit die Spaltung zwischen rechtlicher und sozialer Elternschaft vermeiden. Eine Trennung von biologischer und rechtlicher Elternschaft bleibt allerdings bestehen, ebenso wie die Spaltung von biologischer und genetischer Mutterschaft in den Fällen einer Eispende durch eine Drittperson, wobei das Kind *de lege lata* Anspruch darauf hat, seine genetische Abstammung zu erfahren. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb sich dieses Recht des Kindes aus Art. 7 UN-KRK nicht auch auf Kenntnis seiner biologischen, nicht genetischen Leihmutter ausdehnen sollte.¹³⁹⁰

Deshalb wird in diesem Zusammenhang künftig zu überdenken sein, ob eine reguläre Regelung der *intentionalen Elternschaft* oder die Anerkennung einer Form von *Mehrelternschaft* nicht zu einer Entschärfung einiger dieser Probleme führen könnte. An einer Bindung an den Willensakt müsste sich aus der Perspektive des Kindes nichts zwingend ändern, da es Auskunft über *seine eigenen genetischen Wurzeln* sowie – *de lege ferenda* – *seine eigene biologische Mutter* (Leihmutter) müsste erhalten können. Würde man eine *intentionale Elternschaft de lege ferenda* grundsätzlich anerkennen – und es gibt Stimmen, die dafür plädieren¹³⁹¹ –, so ist dem anzufügen, dass dies keineswegs ein Novum darstellt, sondern bei einer Adoption und einer Vaterschaftsanerkennung bereits seit Langem besteht.

3. Adoption statt Leihmutterschaft

Aus familienrechtlicher Perspektive wichtig ist die *Gegenüberstellung von Leihmutterschaft und Adoption*. Wäre die Adoption grundsätzlich für alle Einzelpersonen und Paare jenseits von Geschlecht und zivilrechtlichem Status zugänglich und wäre

¹³⁸⁸ Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht, Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Bundesanzeiger Köln, 2017 (fortan: Bericht Abstammungsrecht 2017), 33ff.

¹³⁸⁹ BGH-Beschluss vom 10. Dezember 2014 – XII ZB 463/13 (zu diesem Entscheid unter Ziff. III. A.b.aa).

¹³⁹⁰ Entsprechend das schweizerische BGer. in 5A_748/2014 vom 21. Mai 2015 (zu diesem Entscheid unter Lit. III/A/b/bb).

¹³⁹¹ Rumo-Jungo, FamPra 15 (2014) 4, 848; Büchler/Bertschi, FamPra 14 (2013) 1, 111 ff.

das Adoptionsverfahren für alle einfacher und kürzer – so wird zum Teil vermutet –, gäbe es wohl auch weniger Leihmutterchaftsverhältnisse.¹³⁹²

Allerdings fallen hier zweifellos auch Unterschiede ins Gewicht: So ist bei einer Adoption aus Sicht der intentionalen Eltern neben dem Kinderwunsch in der Regel auch das Interesse an einem fürsorgebedürftigen Kind ein entscheidender Faktor, während bei einer Leihmutterchaft primär der eigene Kinderwunsch zählt. Ein weiterer grundsätzlicher Unterschied besteht darin, dass die intentionalen Eltern durch die Leihmutterchaft in der Lage sind, ein Kind zu bekommen, das zumindest teilweise genetisch mit ihnen verwandt ist. In manchen Ländern gilt denn auch eine genetische Verwandtschaft zwischen den intentionalen Eltern und dem zukünftigen Kind als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Leihmutterchaft. Dies wirft weitere Fragen der rechtlichen Differenzierung der verschiedenen Arten von Leihmutterchaftsverhältnissen auf: Solche mit genetischen oder nicht genetischen intentionalen Eltern sowie solchen mit ein oder zwei genetischen intentionalen Elternteilen.

D. Rechtstheoretisch-grundrechtliche Fragestellungen

Aus einer *rechtstheoretisch-ethischen und grundrechtlichen Perspektive* ist das Problem der Leihmutterchaft vor allem im Hinblick auf die Fortpflanzungsfreiheit und der reproduktiven Selbstbestimmung im Allgemeinen, verstanden als das Recht zu entscheiden, ob und wie viele Kinder eine Person haben möchte,¹³⁹³ sowie dem Recht auf Zugang zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung im Besonderen zu betrachten. Zudem stellt sich die Frage nach der *Menschenwürde der Frau wie auch des Kindes (oder/und des Embryos)*¹³⁹⁴ resp. die nach ihrer *Degradierung* zur «Ware»¹³⁹⁵ oder immer wieder auch diejenige nach der «Versklavung» der Frau.¹³⁹⁶

¹³⁹² Bertschi, 90 ff., 92 f. m.w.H. zur abschreckenden Dauer von Adoptionen von Kindern im Alter von 3-5 Jahren; zudem würden sich die meisten intentionalen Eltern tatsächlich zuerst für eine Adoption interessieren, doch hätten viele von ihnen schliesslich doch eine Vorliebe für ein Baby oder ein Kleinkind.

¹³⁹³ Hotz, recht 2013, 2 ff., 4 ; ausführlich s. Büchler, 2016, 11 ff.

¹³⁹⁴ So z.B. die Philosophin Agacinski, Sylviane: Corps en miettes, Paris 2001; *idem*, Femmes entre sexe et genre, Paris 2012, zur Unmöglichkeit der Negierung sexueller Unterschiede; Sandel, Michael J., The Hard Questions: Baby Bazaar, in: The New Republic vom 20. Oktober 1997, 25 ff.; neuerdings: *idem*, What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets, The Tanner Lectures of Human Values, delivered at Brasenose College, Oxford, 11./12. Mai 1998, und die Pariser Rechtsprofessorin Fabre-Magnan, insb. 77 ff.; vgl. *idem*, Rec. Dalloz (2015) 4, 224 ff., die sich keine ethisch akzeptable Form der Leihmutterchaft vorstellen können. Anders wiederum die bekannte französische Philosophin Elisabeth Badinter, die schon im Rahmen öffentlicher Anhörungen zur Homoehe in Frankreich für eine regulierte und unentgeltliche Leihmutterchaft plädierte (Badinter, Elisabeth: Le mariage pour tous: la Gestation pour autrui, Le Monde vom 19. Dezember 2012; abrufbar unter <http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/12/19/mariage-pour-tous-la-gestation-pour-autrui-ne-doit-pas-etre-le-bouc-emissaire_1808271_3232.html>, zuletzt besucht am 29.1.2018) oder Bleisch, Barbara, Leihmutterchaft als persönliche Beziehung, Jahrbuch der Ethik JWE 17/2012, 5–27 – für welche die Leihmutterchaft in regulierter und eingeschränkter Weise denkbar ist; Büchler, Andrea/Bleisch, Barbara, Ein respektables Unterfangen?, NZZ vom 10. April 2014, abrufbar unter: < <http://www.nzz.ch/ein-respektables-unterfangen-1.18281110>>, zuletzt besucht am 29.1.2018. Prominent vertritt – zur Erinnerung – schon der US-amerikanische Richter Richard A. Posner in den 1970er-Jahren allerdings aus einer «Law and Economics»-Perspektive ein effizientes, d.h. gerechtes Marktdenken in Belangen

Das Selbstbestimmungsrecht sowie das Recht auf ein Privat- und ein Familienleben (Art. 8 EMRK) der Leihmutter sind zweifelsohne tangiert. Wie lässt sich rechtlich rechtfertigen, dass ihre Selbstbestimmung übergangen wird? Oder ist ihr Uterus Würde für sich genommen konstruierend, und damit nicht verfügbar? Worin läge aber dann genau der Wertungsunterschied zu einem Uterus, über den bei einer Organspende nach schweizerischem Recht grundsätzlich wohl noch unentgeltlich verfügt werden dürfte?¹³⁹⁷ – Weshalb soll ein Leihmutterkind *per definitionem* einer «Ware» gleichen, das Adoptionskind aber nicht – zumal das Adoptionskind in Realität ebenfalls teils «bestellt» wird und ein Adoptionsprozedere gelegentlich – je nach Ort – ohne grössere Schmiergeldzahlungen kaum zu bewältigen sein wird?¹³⁹⁸ Oder lässt sich argumentieren, ein Kind habe ein Recht auf eine manipulationsfreie Herkunft? Oder hat ein Embryo ein Recht auf ein Austragen durch die leibliche Mutter oder hat ein Kind ein Recht auf ein gesundes Leben? – In der Schweiz ist insoweit die Rechtslage klar: Das Kind wird erst mit der Geburt zur Persönlichkeit (Art. 31 ZGB). Sein Recht auf Wissen um seine genetische Abstammung ist unbestritten.¹³⁹⁹

Aus einer spezifisch *genderrechtlichen Perspektive* steht im Zusammenhang mit der Leihmutterschaft vor allem die gesellschaftliche Unterdrückung der Frau, insbesondere die Ansicht, sie werde als «Gebärmaschine» degradiert, zur Debatte.¹⁴⁰⁰ Ferner wird die Leihmutterschaft als diskriminierende Ausbeutung von ökonomisch schwächeren Frauen (insb. durch ökonomisch stärkere Frauen)¹⁴⁰¹ und als Kolonialisierung oder «Sklaverei»¹⁴⁰² schlechthin thematisiert. Umgekehrt wird die Leihmutterschaft

von Reproduktion und Sexualität: Posner, BULW 67 (1987) 60; *idem*, 405 ff. – was nicht gleichgesetzt werden darf mit einer Befürwortung des illegalen Marktverhaltens.

¹³⁹⁵ Holder, 85 ff.

¹³⁹⁶ Z.B. Anita Allen, *Surrogacy, Slavery and Ownership of Life*, *Harvard Journal of Law & Policy*, Vol. 13, insb. 142.

¹³⁹⁷ Es gibt in Zürich und Bern bereits entsprechende Pläne zur Transplantation von Uteri, vgl. Tages-Anzeiger vom 22. August 2016 und vom 21. September 2017 *srf.ch*; und ebenso muss die Frage gestellt werden, worin der Wertungsunterschied liegt zwischen einem Verbot der Eizellspende im Vergleich zur Gewebespende zum Zwecke des Aufbaus von Ovarien, denn solche unentgeltlichen Transplantationen sind nach schweizerischem Recht nicht verboten: Hotz, recht 2014, 27 ff., 33 (zur Gewebespende von einem Ovar).

¹³⁹⁸ Vgl. Art. 2 UN-KRK und Art. 32 Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoption (SR 0.211.221.311, für die Schweiz seit dem 1. Januar 2003 in Kraft), die freilich Geldleistungen verbieten: Goodwin, 8 ff., plädiert für staatlich regulierte Tarife im Adoptionswesen, denn es bestehe ein internationaler und rassistisch-motivierter Adoptionsmarkt: z.B. werde für weisse Babies bis zu 50'000 \$ bezahlt, während für farbige Babies viel tiefere Summen (4'000 \$) bezahlt würden; man denke ferner an die Mehrfachadoptionen durch reiche Prominente wie Angelina Jolie und Madonna; differenzierter zu den internationalen Adoptionen: Bartholet, 94 ff., 102.

¹³⁹⁹ Das Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung im Allgemeinen gilt für alle drei Rechtsordnungen: Art. 7 UN-KRK; s.a. Art. 8 EMRK; für die Schweiz: Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 28 ZGB, s.a. BGE 134 III 241 E. 5.2.2, BGE 128 I 63 E. 5; vgl. Besson, *Samantha*: Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, ZSR 124/2005 I, 58 ff.

¹⁴⁰⁰ Bereits ab den 1980er-Jahren: Winkler, *Norma*, *Society's Response to The New Reproductive Technologies: The Feminist Perspective*, *Southern California Law Review*, 56 (1986) 1043 ff., 1049; Lieber, 211 ff.

¹⁴⁰¹ Golombok *et al.*, *Human Reproduction*, 30 (2015) 2, 373 ff.; Fabre-Magnan, 97 ff.

¹⁴⁰² Schon ab den 1980er-Jahren: O'Brien, *Shari*: *Commercial Conceptions: A Breeding Ground for Surrogacy*, *North Carolina Law Review*, 65 (1986), 127 ff.; zu *In re Baby M*: Allen, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 13 (1990), 147 f.; dazu gehört auch, sich Gedanken darüber zu machen, wie der Zugang zu den Reproduktionstechnologien wenn schon für alle Erwachsenen

aber auch unter dem Titel des Selbstbestimmungsrechts der Frauen über ihren eigenen Körper und über die Anzahl Schwangerschaften jenseits von staatlichem Paternalismus diskutiert.¹⁴⁰³ – Weshalb sollen Frauen (auch in Indien) prinzipiell nicht selber abwägen dürfen und können, ob sie das Leben ihrer Familie und die Ausbildung ihrer eigenen Kinder auf diese Weise finanzieren möchten?¹⁴⁰⁴ Mit anderen Worten formuliert: Lässt sich die Selbstbestimmung beispielsweise im Vertragsrecht kontextbezogener erfassen? (vgl. Kap. 11).

Aus einer feministischen Perspektive spielt bei dieser Fortpflanzungsmethode eine grosse Rolle, dass die Hauptbeteiligten oftmals Frauen sind: Frauen, die einen starken Kinderwunsch verspüren, Frauen, die «sich als Leihmütter» zur Verfügung stellen und Frauen, die als medizinische Hilfspersonen den Grossteil der Betreuungs- und Pflegedienste in den Kliniken leisten. Während Erstere und Letztere sich ändern können, bleibt die Leihmutterrolle bis zur «Erfindung der Gebärmachine» bei der Frau. Es spielt deshalb auch die Gleichbehandlung zwischen den Geschlechtern eine Rolle sowie die Frage, inwieweit Männer von dieser Reproduktionsmethode «*profitieren*» sollen können. – Für ein männliches intentionales Elternpaar bleibt die Methode der Leihmutterschaft neben der für sie teils eingeschränkten Möglichkeit der Adoption der einzige Weg, ihren Kinderwunsch zu realisieren. Andere medizinisch unterstützte Fortpflanzungsmethoden existieren nicht für sie. Im Gender law und den Genderstudies im Allgemeinen wird heute jedoch versucht, Diskussionen um Geschlechterdichotomie oder Heteronormativität zu vermeiden.

Und schliesslich stellt sich auch die zentrale Frage, warum etwas, das so unglaublich wertvoll ist, wie die Übernahme einer Schwangerschaft, nicht etwas kosten dürfe? Wird eine Frau, die bereit ist, eine solche Dienstleistung zu erbringen, nicht gerade durch die gesellschaftliche (rechtliche) Erwartung, dass sie ihre Dienste wenn schon unbedingt unentgeltlich, das heisst altruistisch zu erbringen hat, wiederum instrumentalisiert? An dieser Stelle wird auch die vergleichende Diskussion zur Prostitution nötig, denn von einer Prostituierten erwartet niemand (auch nicht bei der Sexcare), dass sie ihre Leistungen unentgeltlich erbringt.¹⁴⁰⁵

Statt der Frage, Wer zu Fortpflanzungsmethoden zugelassen werden soll, sollten vermehrt die Fragen nach dem Wofür gestellt werden: Welches sind die mit dem Kinderwunsch verbundenen Motive, Ursachen und Lebensumstände? Woher stammt das Bedürfnis nach einem eigenen Kind?¹⁴⁰⁶ Warum ist eine natürliche Schwangerschaft nicht möglich? Besteht für eine Person bzw. für ein Paar die rechtliche Möglichkeit, eine Adoption vorzunehmen oder nicht (z.B. aufgrund des Geschlechts, des Zivilstands, des Mindestalters oder des Altersabstands zum Kind)? Welches sind die konkreten Lebensumstände des intentionalen Elternpaares? Wünscht sich ein kinderloses Paar das erste Kind oder bereits das vierte? Und ebenso spielt es eine Rolle,

chancengleich geöffnet werden kann: Carbone, June/Gottheim, Paige: Markets, Subsidies, Regulation and Trust: Building Ethical Understandings into the Market for Fertility Services, 9 J. Journal of Gender, Race and Justice, 509 (2006), 521 ff.

¹⁴⁰³ Andrews, 168; Haraway, 32 ff.

¹⁴⁰⁴ Golombok, 117 ff., 121.

¹⁴⁰⁵ Literatur oder löschen?

¹⁴⁰⁶ Stammt die *Intention* aus einem langjährigen Wunsch, einer «Not» oder aus einer Laune, einem gesteigerten Bedürfnis nach Lifestyle oder dem Bedürfnis, die eigenen Gene weiterzugeben?

unter welchen Motiven, Ursachen und Lebensumständen sowie in welchem Land, unter welchem politischen und ökonomischen Regime und welchem gerichtlichen Verfahren eine Frau bereit ist, die schwere Aufgabe, Leihmutter zu werden, zu übernehmen.

Im Hinblick auf intendierte neue nationale oder internationale Regelungen zur Leihmutterschaft ist auch zu fragen, wer die Regelungen erstellt: Steht es beispielsweise westlichen, gebildeten, wohlstandsgesättigten Personen an, internationale Regeln für «andere» Frauen am anderen Ende des Globus zu schaffen? Aus verschiedenen Perspektiven betrachtet, ist damit zusammenfassend für eine Kontextualisierung und für differenzierte nationale und internationale Reglementierungen einzutreten.¹⁴⁰⁷ – Das soll jedoch nicht bedeuten, dass Ausbeutung oder Missbrauch von Frauen in diesem Zusammenhang möglich sein bzw. in Kauf genommen werden soll.

In der vorliegenden Untersuchung steht prinzipiell die vertragsrechtliche Problematik im Vordergrund. Das bedeutet, dass die nachfolgenden Ausführungen einen ganz bestimmten Zweck verfolgen, indem sie sich auf die Fragen der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung der Leihmutter, deren Schutz und ggf. auf die nötigen Vertrags-schranken der Rechts- oder Sittenwidrigkeit konzentrieren. Probleme wie die Anknüpfung der Elternschaft oder die Kontaktrechte werden dagegen bewusst ausgelassen. Die wichtige Rolle des Vertragsrechts bei der Regelung des Phänomens der Leihmutterschaft anzuerkennen, heisst, zu gewährleisten, dass der Leihmutter das erforderliche Mass an Schutz zukommt und dass diese besondere Vertragsbeziehung von beiden Parteien ernst genommen wird.

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

A. Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland

1. Gesetzesschranken

In der schweizerischen Rechtsordnung ist die Leihmutterschaft sowohl verfassungsrechtlich (Art. 119 Abs. 2 lit. d BV) als auch durch eine besondere Verbotsnorm im Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) ausgeschlossen.

Art. 4 FMedG verbietet ausdrücklich alle Formen der Leihmutterschaft sowie die Eizellenspende. Art. 31 FMedG stellt ferner Personen, die bei einer Leihmutter ein Fortpflanzungsverfahren anwenden oder eine Leihmutterschaft vermitteln, unter Strafe. Sinn und Zweck der Verbote ist die Vermeidung einer Instrumentalisierung der beteiligten Personen (Mutter und Kind), aber auch die Verhinderung einer gespaltenen Elternschaft: Da im Interesse des Kindes und der Rechtssicherheit *de lege lata* die gebärende Frau als rechtliche Mutter des Neugeborenen angesehen werden soll, würde die Leihmutterschaft ein rechtliches Problem bedeuten.¹⁴⁰⁸ Demzufolge

¹⁴⁰⁷ Golombok et al., Human Reproduction, 30 (2015) 2, 373 ff.

¹⁴⁰⁸ Botschaft FMF/FMedG, 254; krit. zu diesen Gründen bereits Rüttsche, 527.

sind nur diejenigen fortpflanzungsmedizinischen Verfahren akzeptiert, bei denen sich das Kind-Eltern-Verhältnis zur Mutter problemlos feststellen lässt.¹⁴⁰⁹

Auch in Deutschland sind die entgeltliche¹⁴¹⁰ wie auch die unentgeltliche Leihmutterschaft verboten (§ 1591 BGB).¹⁴¹¹ Diese Bestimmung ist infolge einer grundlegenden Wertentscheidung entstanden und wurde insbesondere im Bewusstsein um die Andersartigkeit der ausländischen Normen zur Leihmutterschaft erlassen.¹⁴¹² Das deutsche Embryonenschutzgesetz sieht zusätzlich ein Verbot der Übertragung von unbefruchteten Eizellen und Embryonen vor (§ 1 ESchG) und stellt bereits den Versuch, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft bei derjenigen Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt, unter Strafe. Des Weiteren sieht das Gesetz für medizinische Fachpersonen, die in Fällen, in denen die Ersatzmutter bereit ist, das Kind den «intentionalen Eltern» zu überlassen, eine medizinisch unterstützte Befruchtung zulassen, eine relative hohe Strafe vor: «Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit einer Geldstrafe wird bestraft, wer [...] es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie [die Frau] einen menschlichen Embryo zu übertragen.» (§ 1 Abs. 1 Ziff. 7 ESchG). Ferner sind die mit der Leih- bzw. der Ersatzmutterschaft zusammenhängenden Tätigkeiten von Vermittlern (inklusive Werbung) und Ärzten nach dem Embryonenschutzgesetz und den §§ 13 c–d des Adoptionsvermittlungsgesetzes (AdVerMiG)¹⁴¹³ ausdrücklich unter Strafe gestellt.

Mit dem Terminus «Leihmutter» nach schweizerischem Recht wird gemäss Art. 2 lit. k FMedG in einem umfassenden Sinne eine Frau bezeichnet, die im Rahmen eines Fortpflanzungsverfahrens ein Kind austrägt, um es Dritten zu überlassen. Das deutsche Pendant ist die sog. Ersatzmutter nach § 1 Abs. 1 Ziff. 7 ESchG, eine Frau, «welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter) [und] eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sich selbst einen menschlichen Embryo übertragen zu lassen».¹⁴¹⁴

Damit ist in diesen beiden Rechtsordnungen prinzipiell von einem wohlüberlegten Wertentscheid und einem relativ strengen Verbot der Leihmutterschaft auszugehen. (zum japanischen Recht vgl. lit. B).

¹⁴⁰⁹ Bericht des Bundesrates zur Leihmutterschaft vom 29. November 2013, 19: Bei Ehepaaren ist daher auch die Samenspende zugelassen (Art. 3 Abs. 3 FMedG); *Ben-Am*, 10, 132 ff.

¹⁴¹⁰ LG Düsseldorf, Urteil vom 9. Mai 2003 (DStRE 2003, 1452 ff.) betr. steuerrechtlichen Abzug für Aufwendungen wegen einer Leihmutterschaft: Das Gericht entschied, dass es sich hierbei nicht um Heilbehandlungen gehandelt habe; zudem schliesse auch der Verstoss gegen das Embryonenschutzgesetz (ESchG) vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2746), zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. November 2011 (BGBl. I S. 2228) geändert, eine Aufwendung aus.

¹⁴¹¹ Zum Ganzen aus kollisionsrechtlicher Sicht: *Konrad Duden*, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs- Völker- und Europarechts, Tübingen 2015.

¹⁴¹² BT-Drucksache 13/4899, 82.

¹⁴¹³ Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVerMiG) vom 27. November 1989, BGBl. I S. 2016.

¹⁴¹⁴ Auch nach § 13a AdVerMiG handelt es sich allgemein um eine Frau, die aufgrund einer Vereinbarung bereit ist, sich einer natürlichen oder künstlichen Befruchtung zu unterziehen, um das von ihr geborene Kind Dritten zu überlassen.

Die Rechtsprechung zur vertraglich vereinbarten Schwangerschaft ist spärlich. In der Schweiz und in Deutschland sind seit dem Inkrafttreten der gesetzlichen Verbote keine Gerichtsentscheide über sittenwidrige Leihmutterchaftsverträge im Sachrecht mehr ergangen.

2. Zur Rechtsprechung in Deutschland und der Schweiz

a) Älteres deutsches Sachrecht: Leihmutterchaft als Frage der Sittenwidrigkeit

Im älteren deutschen Sachrecht finden sich einige Entscheide, die das Leihmutterchaftsverhältnis unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit behandeln.

Mitte der 1980er-Jahre kam es in Deutschland zu den ersten Urteilen im Zusammenhang mit der Leihmutterchaft, die in der Zivilrechtswissenschaft breit diskutiert worden sind: Das *OLG Hamm mit Beschluss vom 2. Dezember 1985*¹⁴¹⁵ und das *Kammergericht zu Berlin mit Beschluss vom 19. März 1985*¹⁴¹⁶ hatten erstmals Leihmutterchaftsverhältnisse gerichtlich zu beurteilen:¹⁴¹⁷ Im ersten Fall stand der «Leihmutter-Vertrag» für sich genommen zur Diskussion und im zweiten Fall eine Sorgerechtsentziehung wegen einer Leih- bzw. «Mietmutterchaft».

Das Kammergericht zu Berlin, das die Leihmutterchaft unter dem Blickwinkel eines Sorgerechtsentzugs würdigte, entschied, eine *heterologe künstliche Insemination* zum vereinbarten Zweck, das Kind hernach dem genetischen Vater (und dessen kinderlos gebliebenen Ehefrau) zu überlassen, d.h. die ursprüngliche Intention der leiblichen Mutter, mit diesem ein Leihmutterchaftsverhältnis einzugehen, sei ein unzureichender Grund, um ihr das Sorgerecht für das Neugeborene entziehen zu können. – Die leibliche Mutter und ihr Ehemann hatten sich nachträglich nämlich von allen getroffenen Vereinbarungen distanziert.¹⁴¹⁸ Das Gericht folgert u.a. *aus der fehlenden «Evidenz einer Sozialschädlichkeit der heterologen Insemination»*, dass der Leihmutter das Sorgerecht nicht entzogen werden könne. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass sich die Leihmutter ein Entgelt hatte versprechen lassen, denn «immerhin war die Schwangerschaft mit Gefahren, Risiken und Unannehmlichkeiten

¹⁴¹⁵ Az. 11 W 18/85, in: JZ 9 (1998), 441 ff., 443 (Anm. Helmut Kollhosser).

¹⁴¹⁶ KG, Beschluss vom 19. März 1985, 1 W 5729/84, in: NJW 37 (1985), 2201 ff.

¹⁴¹⁷ Bereits im Rahmen des Deutschen Juristentags von 1986 äusserte man sich auch zum Thema Leihmutterchaft (MedR 1986, VI-XIII): s. v.a. *Coester-Waltjen*, Gutachten B für den 56. DJT; aus jener Zeit stammt auch der berühmte Benda-Bericht von 1985 (Bundesminister für Forschung und Technologie (Hrsg.), *In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie*, Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz, München 1985) und alsbald folgten die ersten Monografien zum Thema: *Hesral, Harald*: Inhalt und Wirksamkeit der Leihmutterchafts- und Eizellenspendeverträge, Rheinfelden 1990; *Küppers, Wolfhard*: Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterchaft, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1989; *Diefenbach, Anne Katrin*: Leihmutterchaft – rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterchaft, Darmstadt 1990; *Goedel, Alexandra*: Leihmutterchaft: eine rechtsvergleichende Studie, Recht und Medizin Bd. 29, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1993; *Kaiser*, Zeitschrift für Familienforschung 2011, 241 ff.

¹⁴¹⁸ Allerdings wird dieser Sachverhaltsaspekt nicht weiter ausgeführt, so dass letztlich nicht klar ist, ob der Vertrag nichtig war bzw. durch Vereinbarung aufgelöst wurde, und ob die Leihmutter das Entgelt behalten konnte.

verbunden». Zentral ist für das Gericht bereits in diesem Entscheid, dass dem Kind aus der künstlichen Befruchtung keine Nachteile entstehen.¹⁴¹⁹

Das OLG Hamm entschied damals, dass ein Leihmutterschaftsvertrag «jedenfalls sittenwidrig» und deshalb nichtig sei. Ein solcher Vertrag sei mit der «Würde des Kindes» unvereinbar, *degradiere dieses zu einer Handelsware, gefährde dessen künftiges Wohl* hochgradig und sei deswegen sittenwidrig. Zugrunde lag diesem Urteil der Fall eines kinderlosen Paares, das einen Heilpraktiker um die Vermittlung einer Leihmutter gebeten hatte. In der Folge wurde mit der Leihmutter die Austragung der Schwangerschaft, die aufgrund einer Inseminationsbehandlung mit dem Sperma des intentionalen Vaters entstehen sollte, vereinbart. Am 18. Dezember 1981 wurde von den Parteien – im Bewusstsein, dass die dazu erforderlichen gesetzlichen Grundlagen damals noch fehlten – ein «Leihmutterschafts-Vertrag» unterzeichnet, der namentlich folgende Punkte beinhaltete:

Risiken der Inseminationsbehandlungen:

- für sämtliche Schadenersatzforderungen des Kindes komme das intentionale Elternpaar auf,
- die Risiken einer Zwillingsschwangerschaft würden geteilt;
- die Leihmutter dürfe nach ihrem letzten Zyklus keinen ungeschützten Sex haben; falls sich herausstellen sollte, dass das Kind genetisch nicht vom Wunschvater stamme, entfielen alle Ansprüche;
- die Leihmutter werde nach der Geburt des Kindes eine unwiderrufliche Verzichtserklärung abgeben und dieses zur Adoption freigeben;
- die Parteien würden keine nachteiligen Gerichtsentscheide gegeneinander erwirken.
- Vereinbart waren (damals) 27'000 DM.

Nach der Geburt des Kindes stellte sich heraus, dass der Ehemann der Leihmutter der biologische Vater des Kindes war; daraufhin erklärte der Wunschvater die Vereinbarung für ungültig und machte einen bereicherungsrechtlichen Anspruch geltend (§ 812 BGB). Das OLG wie auch die Vorinstanz erklärten den gesamten Vertrag (er hatte zwei Teile) samt Klagbarkeitsklausel für *sittenwidrig* und nichtig im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB. Dabei wurde jedoch auch durchaus differenzierend erwogen, die subjektiven Motive der kinderlosen Personen seien nicht sittenwidrig. Vielmehr sei der Kinderwunsch *per se* nachvollziehbar, zumal das betreffende Paar keine Möglichkeit zur Adoption hatte. Die Entgeltlichkeit eines solchen Vertrags wurde ebenfalls schon damals diskutiert und vom Gericht ebenso wenig für sich genommen als sittenwidrig bezeichnet.¹⁴²⁰

¹⁴¹⁹ KG, Beschluss vom 19. März 1985 – 1 W 5729/84: Keine Sorgerechtsentziehung nur wegen «Mietmutterschaft», in: NJW 37 (1985), 2202 m.w.H. zum damaligen Meinungsstand und -wandel in Sachen heterologe Insemination; s.a. BGH, Urteil vom 7. April 1983 – IX ZR 24/82: Anfechtungsrecht des Ehemannes bei heterologer Insemination, in: NJW 1983, 2073 ff.

¹⁴²⁰ Fechner, JZ 41 (1986), 662 ff.; Giesen, JZ 40 (1985), 652 ff.; Püttner/Röhl, JZ 41 (1986), 529 ff. je m.w.H.; vgl. zu weiteren Diskussionsbeiträgen jener Zeit: Coester-Waltjen, NJW 1983, 2059; Medicus, Dieter: Das fremde Kind. Komplikationen bei den Leihmutterschaften, Jura 1986, 302 ff.

Im Zusammenhang mit einem Adoptionsantrag einer intentionalen und sozialen Mutter, den das *Amtsgericht Hamm* mit Beschluss vom 22. Februar 2011 abgewiesen hatte, wird auch in jüngerer Zeit (nach Legiferierung des ESchG) nochmals explizit auf die «deutsche Regelung und Haltung» gegenüber Leihmutterchaftsverträgen eingegangen:¹⁴²¹ Dabei sei als «*besonders verwerflich anzusehen, dass das gewünschte Kind mit dem Leihmuttervertrag zum Gegenstand eines Geschäfts gemacht und daher zu einer Ware herabgewürdigt werde [...] Derartige Geschäfte widersprechen den moralischen Anschauungen in Deutschland.*» Das betroffene Kind war im Jahre 2008 aufgrund einer vertraglich vereinbarten Schwangerschaft mit einer Amerikanerin in den USA zur Welt gekommen. Die dritte involvierte Person, die Eispenderin, blieb anonym. Der Samenspender und seine Ehefrau sind in der Geburtsurkunde des Kindes als Eltern eingetragen. Die biologische Vaterschaft wurde in Deutschland per Urteil vom 20. Januar 2010 festgestellt. Die amerikanische Leihmutter hatte der Übergabe des Kindes an das Ehepaar zugestimmt. Das *Amtsgericht Hamm* entschied, dass die Adoption nach § 1741 BGB unzulässig sei, da sie aufgrund eines rechtswidrigen Verfahrens erfolgt sei, und verwies darauf, dass ein Leihmutterchaftsvertrag in Deutschland nach § 134 Abs. 1 BGB und § 138 Abs. 1 BGB gesetzes- und sittenwidrig sei. *In casu* sei die künstliche Befruchtung mit einer fremden Eizelle erfolgt, was nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 und 7 ESchG explizit verboten sei. Unabhängig davon, dass die künstliche Befruchtung und die Leihmutterchaft in den USA erfolgt seien, verstießen der Inhalt wie auch die Gesamtwürdigung eines solchen Rechtsgeschäfts gegen die gesetzgeberischen Wertungen des ESchG.

b) Jüngeres Kollisionsrecht: Leihmutterchaft, eine Frage des *Ordre public*?

aa) Beschluss des Deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) vom 10.12.2014

Nach dem Beschluss des BGH vom 10.12.2014 ist die Frage eines *Ordre-public*-Verstosses eines im Ausland entstandenen Leihmutterchaftsverhältnisses und -vertrags nach Massgabe des *Kindeswohls* zu lösen.¹⁴²² – Dieses erfordert jedoch nicht zwingend, dass ein Kind-Eltern-Verhältnis aufgrund einer im Ausland erfolgten Leihmutterchaft anerkannt werden müsse, denn das Kind-Eltern-Verhältnis könne ggf. auch durch eine Adoption herbeigeführt werden.¹⁴²³ – Der BGH hält in seinem wegweisenden Beschluss vom 10. Dezember 2014 fest, dass ein kalifornischer Gerichtsent-

¹⁴²¹ Vormundschaftsgericht XVI 192/08; zum aktuellen Festhalten am nationalen Verbot in Deutschland: *Diel*, 221 ff., 231; zur Zulassung der unentgeltlichen Leihmutterchaft in Deutschland bereits *Kaiser*, Zeitschrift für Familienforschung 2011, 239 ff., 262 ff.

¹⁴²² BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2014 – XII ZB 463/13, NJW 2015, 479 ff. (mit Anm. *Heiderhoff*); NZFam 2015, 112 ff. mit Anm. *Zwissler*; FamRZ 2015, 240 ff. mit Anm. *Helms*; s.a. das vorinstanzliche Urteil des Kammergerichts (KG) Berlin, Beschluss vom 1. August 2013 (StAZ 2013, 348), denn das KG ist noch von einem *Ordre-public*-Verstoss ausgegangen; nicht anerkannt wird eine Auslandgeburt aus gleichgeschlechtlicher Ehe einer deutschen und italienischen Frau in Spanien, die italienische Frau wird nicht in das Personenstandsregister eingetragen, denn es fehle schon an der Ehevoraussetzung nach dt. Recht, sie wurde auf die Möglichkeit der Stiefkindadoption verwiesen (OLG Celle, Beschluss vom 10. März 2011, NJW-RR 2011, 1157); s.a. *Heiderhoff*, NJW 2014, 2664 ff. zu entsprechenden früheren Urteilen; BeckOK-*Heiderhoff*, Art. 19 EGBGB N 36, 25; *Staudinger/Henrich*, Art. 19 EGBGB Rn. 123; *Dethloff*, JZ 69 (2014) 19, 929 ff.; *Diel*, 221 ff., 231.

¹⁴²³ KG Berlin, Beschluss vom 1. August 2013.

scheid, der den intentionalen Eltern¹⁴²⁴ die Elternstellung originär zuspricht, nach § 108 FamG prinzipiell zu anerkennen sei.¹⁴²⁵ Das Gericht könne es offenlassen, darüber zu befinden, ob der kalifornische Gerichtsentscheid konstitutiv sei oder ob die Verwandtschaft bereits aus dem von den Parteien in Kalifornien unterzeichneten Leihmutterschaftsvertrag resultiere, denn beide Fälle würden von § 108 FamG erfasst.¹⁴²⁶ Die Anerkennung des Kind-Eltern-Verhältnisses verstosse in diesem Rahmen nicht gegen den *Ordre public* (§ 109 Abs. 1 Nr. 4 FamG), wobei auf den sog. «grosszügigeren» anerkennungsrechtlichen *Ordre public* abzustellen sei.¹⁴²⁷

Nach dem BGH-Beschluss liegt ein *Ordre Public*-Verstoss insbesondere dann nicht vor, wenn das Kind mit einem der intentionalen Elternteile genetisch verwandt sei,¹⁴²⁸ hingegen mit der vertraglich biologischen Mutter nicht. Aber auch in Bezug auf den nicht genetischen Elternteil sieht der BGH im konkreten Fall keine triftigen Gründe, die gegen eine Anerkennung sprechen würden; § 1591 BGB (Geburtsmutterregel) mache zwar grundsätzlich Sinn, denn die Regelung habe eine generalpräventive Funktion, doch im Rahmen von *Ordre public*-Entscheiden komme es immer nur auf den Einzelfall an.¹⁴²⁹ Nach dem BGH wäre Art. 6 GG verletzt, würde dem Kind die statusrechtliche Anerkennung zu einem der intentionalen Elternteile abgesprochen.¹⁴³⁰

Damit geht der BGH in seiner Rechtsprechung noch einen Schritt weiter als der EGMR, der etwa im Fall *Mennesson* (zur Rechtsprechung des EGMR s. unter Ziff. IV.C.2) nur die Anerkennung des Kind-Eltern-Verhältnisses zum genetischen Vater verlangt. Das ist ohne Weiteres möglich und aus Sicht des Kindes zu begrüssen. Es steht den Gerichten aller Mitgliedstaaten nämlich erstens frei, ihre eigene Recht-

¹⁴²⁴ Englisch: «*intended parents*», intentionale Elternschaft.

¹⁴²⁵ BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2014 – XII ZB 463/13, Rn. 19; § 108 FamG regelt die Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheide in nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten, ausgenommen in Ehesachen (§ 107 FamG). Hindernisse für die Anerkennung wären nach § 109 FamG die fehlende internationale Zuständigkeit (die ausgeschlossen werden konnte aufgrund des *ius solis* und der *lex fori*, die nach amerikanischem Recht gelten) und der *Ordre-public*-Verstoss.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, Rn. 22.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, Rn. 28 f. – Als «grosszügiger» kann der sog. anerkennungsrechtliche *Ordre public* im Allgemeinen deswegen betrachtet werden, weil der Massstab nicht genau der gleiche sein muss, wie wenn es um Beurteilung der direkten Anwendung bestimmter ausländischer Rechtsnormen geht, vor denen der (kollisionsrechtliche) *Ordre-public*-Vorbehalt nach § 6 EGBGB, § 21 Rom-VO einschränkt. Nach dem deutschem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), i.d.F. 11.10.2016 (BGBl. I S. 2222) wird der anerkennungsrechtliche *Ordre public* im Besonderen festgelegt: Gemäss § 108 FamFG gilt ein anerkennungsfreundliches Verfahren für Familienrechtsakte (in Nicht-Ehesachen) als Grundsatz und der sog. *Ordre public* gemäss § 109 FamFG kommt dann zum Tragen, wenn namentlich das folgende «Anerkennungshindernis» nach Abs. 1 Ziff. 4 vorliegt: «[w]enn die Anerkennung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist.» – Aus diesem Wortlaut schliesst sich m.E. bereits, dass für den schweizerischen *Ordre public* in Anerkennungsfragen (verfahrensrechtliche *Ordre public*) kein strengerer Massstab abgeleitet werden kann (dazu nachfolgend).

¹⁴²⁸ *Ibid.*, Rn. 35: «jedenfalls kann noch kein Verstoss gegen den deutschen *Ordre public*, wenn ein Wunschernteil – im Unterschied zur Leihmutter – mit dem Kind genetisch verwandt ist».

¹⁴²⁹ *Ibid.*, Rn. 53: BGH lässt die Frage betr. den nichtgenetischen Elternteil aber letztlich offen.

¹⁴³⁰ *Ibid.*, Rn. 41.

sprechung in der Sache zu entwickeln. Zweitens ist aus Sicht des Kindeswohls nicht einzusehen, warum die rechtliche Abstammung nur zu einem Elternteil anerkannt werden soll, wenn beide intentionale und seit mehreren Jahren soziale Elternteile sind, und damit willens, für das nunmehr geborene Kind zu sorgen. Dem Kindeswohl kann es grundsätzlich nur entgegenkommen, wenn zwei Menschen für das Kind Sorge tragen und auch rechtlich dazu verpflichtet sind. Ebenfalls sehr erfreulich ist, dass der BGH die in Deutschland mögliche *Sukzessivadoption* für eingetragene Lebenspartner als Argument gegen einen *Ordre-public*-Verstoss der Anerkennung von homosexuellen Eltern anführt.¹⁴³¹

Im Ergebnis differenziert der BGH ausdrücklich zwischen der Anerkennung eines in einem *ausländischen Gerichtsurteil festgestellten* Kind-Eltern-Verhältnisses zu den beiden intentionalen Eltern (oder zu einem Elternteil) und einer blossen Anerkennung der Registrierung eines entsprechenden Kind-Eltern-Verhältnisses (z.B. aufgrund einer entsprechend ausgestellten Geburtsurkunde). Nur Ersteres könne den deutsch-rechtlichen Anforderungen prinzipiell genügen.

bb) Weitere Entscheide aus Deutschland

Weitere Entscheide aus Deutschland auf der Ebene niedriger Gerichtsinstanzen, die sich in jüngerer Zeit ebenfalls mit diesem Fragenkomplex befasst haben, belegen die verschiedenen rechtlichen Facetten sowie die Aktualität der Thematik:

Zu erwähnen ist etwa der *Beschluss des Amtsgerichts Neuss vom 14. Mai 2013*,¹⁴³² mit dem ein Entscheid des *Superior Court of the State of California* aus dem Jahre 2012 anerkannt wurde. Dabei ging es um die Kinder zweier deutscher, in eingetragener Partnerschaft lebender Elternteile. Die Kinder waren in Kalifornien aufgrund einer vertraglich vereinbarten Schwangerschaft ausgetragen worden. Die Spermazellen stammten von einem der intentionalen Elternteile, die Eizelle von einer weiteren Person. Dem biologischen Vater und seinem Lebenspartner sei die elterliche Sorge und Verantwortung zu übertragen.

Im Resultat nicht anders entschied das *Amtsgericht Regensburg mit Beschluss vom 2. Mai 2014*, obschon es hier um einen anderen Sachverhalt ging:¹⁴³³ In diesem Fall wurde einem deutschen Vater das alleinige Sorgerecht für sein Kind übertragen; dieses war – organisiert durch eine chinesische Vermittlungsfirma – mittels einer Eispende von einer Chinesin befruchtet und von einer weiteren chinesischen Frau ausgetragen worden, wobei beide chinesischen Frauen unbekannt blieben. Das Kind hatte nur eine gefälschte chinesische Geburtsurkunde; es lebte bei der Lebensgefährtin seines Vaters und deren Mutter. Mit Beschluss vom 16. Oktober 2013 stellte das deutsche Gericht zunächst die biologische Vaterschaft fest. Daraufhin konnte das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit erlangen (§ 4 Abs. 1 StAG). Das deutsche Gericht zog sodann in Erwägung, dass zwar chinesisches Recht anwendbar wäre (welches die Leihmutterschaft allerdings verbietet), dieses jedoch wiederum auf das deutsche Recht verweise (Art. 4 EGBGB), sodass schliesslich nach dem chinesischen IPR (§ 25) zum Schutz der schwächeren Partei, nämlich des Kindes, das günstigere Recht

¹⁴³¹ *Ibid.*, Rn. 43.

¹⁴³² AG Neuss, Beschluss vom 13. Mai 2013, 45 F 74/13.

¹⁴³³ AG Regensburg, Entscheidung vom 02. Mai 2014, 201 F 1955/13.

– also das deutsche – zur Anwendung gelangen könne. Nach § 1671 BGB wurde dem Vater die elterliche Sorge übertragen, da die leibliche Mutter anonym blieb.¹⁴³⁴

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

Das *Schweizerische Bundesgericht entschied am 21. Mai 2015* über einen mit dem jüngsten BGH-Entscheid vergleichbaren kollisionsrechtlichen Fall zu einer ausländischen Leihmutterschaft:¹⁴³⁵ Zwei in eingetragener Partnerschaft lebende Männer aus der Schweiz hatten 2010 mit einem amerikanischen Ehepaar aus Kalifornien einen nach dortigem Recht gültigen Leihmutterschaftsvertrag geschlossen. In der gegenseitigen Vereinbarung versprach die Leihmutter, eine befruchtete Eizelle (einer dritten Spenderin und des Samens eines intentionalen Elternteils) auszutragen und nach der Geburt des Kindes auf ihre Elternrechte zu verzichten. Das zuständige kalifornische Gericht stellte nach Einsicht in die Verträge und Erklärungen der Leihmutter und ihres Ehemanns fest, dass die Leihmutter und ihr Ehemann auf alle elterlichen Rechte rechtsgültig verzichtet hätten, und erklärte die zwei schweizerischen Männer zu den rechtlichen Eltern des Kindes. Die amerikanische Geburtsurkunde des Neugeborenen wurde entsprechend diesem Urteil ausgestellt. Die beiden Väter ersuchten in der Schweiz um Anerkennung des amerikanischen Urteils und der Geburtsurkunde sowie um entsprechende Eintragung im schweizerischen Personenstandsregister.

Das Bundesgericht entschied, dass der in eingetragener Partnerschaft lebende, nicht genetische intentionale Vater im Personenstandsregister der Schweiz nicht als Elternteil des aus der ausländischen Leihmutterschaft hervorgegangenen Kindes registriert werden kann. Im Resultat wurde in der Schweiz also nur das rechtliche Kindsverhältnis zum genetischen, in eingetragener Partnerschaft lebenden Elternteil (also zum Samenspender) anerkannt (dieses war allerdings unbestritten und nicht Gegenstand der Beschwerde). Die Begründung basiert auf drei Argumenten: 1.) Eine Rechtsumgehung des Leihmutterschaftsverbots ist in der Schweiz nicht zu tolerieren. 2.) Die Anerkennung des ausländischen Urteils, das auf einer in der Schweiz verbotenen Leihmutterschaft beruht, verstösst gegen die Grundvorstellung in der Schweiz und ist *ordre-public*-widrig. 3.) Dem Kindeswohl wird Genüge getan, wenn das rechtliche Kindsverhältnis zum genetischen Vater anerkannt ist, denn damit seien die Staats-, Familien- und Persönlichkeitsrechte des Kindes gewahrt.

Es handelt sich um den ersten Fall, den das höchste schweizerische Gericht zu dieser Thematik gefällt hat. Seiner Tragweite entsprechend, wurde eine öffentliche Verhandlung durchgeführt und das Urteil fiel mit drei zu zwei Stimmen entsprechend knapp aus.¹⁴³⁶ Die Anerkennung des US-amerikanischen Feststellungsurteils aus dem Bundesstaat Kalifornien, das die Elternschaft von beiden eingetragenen Partnern

¹⁴³⁴ Weitere Beispiele sind: Verwaltungsgericht (VG) Köln vom 20. Februar 2013, NJW 2013, 2617 f.; OLG Stuttgart vom 7. Februar 2012, StAZ 2012, 209; AG Nürnberg vom 14. Dezember 2009, FamRZ 2010, 1579; LG Frankfurt am Main vom 3. August 2012, NJW 2012, 3111; vgl. zum deutschen Recht nur *Diell*.

¹⁴³⁵ BGE 5A_748/2014 vom 21. Mai 2015; die schriftliche Begründung wurde am 29. Juli 2015 publiziert.

¹⁴³⁶ Es sei erlaubt, an dieser Stelle anzumerken, dass es in einem so kontroversen Fall nicht nur entscheidend wäre, dass der publizierte Entscheid das Stimmenverhältnis ausweisen würde, sondern es wäre der Öffentlichkeit (in Gegenwart und Zukunft) gegenüber ehrlich, die abweichenden Richtermeinungen auch schriftlich darzulegen.

festgestellt hatte und so beide als Väter anerkannte, sei in der Schweiz unmöglich. Das kalifornische Urteil gehe nämlich auf eine in der Schweiz auf Verfassungs- und Gesetzesstufe verbotene Leihmutterschaft zurück. Somit handle es sich um eine *Rechtsumgehung des inländischen Leihmutterschaftsverbots*. – Es könne nicht angehen, dass dieses inländische Verbot durch einen Richterspruch künftig wirkungslos werde bzw. dass die Gerichte gezwungen würden, sich mit der Umgehung von Verboten einverstanden zu erklären («forcer la main du juge»). Dieses Leihmutterschaftsverbot entspreche *einer Grundüberzeugung der Schweizerinnen und Schweizer*, infolgedessen würde eine Anerkennung des ausländischen Urteils und des Kind-Eltern-Verhältnisses gegen den schweizerischen *Ordre public* nach Art. 27 IPRG verstossen.¹⁴³⁷

Entscheidend ist für das Bundesgericht zudem im Hinblick auf den EGMR-Erscheid in Sachen *Paradiso/Campanelli* (dazu nachfolgend unter Ziff. IV C.2), dass durch eine verweigerte rechtliche Anerkennung des nicht genetischen zweiten Vaters das Recht des Kindes auf Eltern und Familienleben nach Art. 8 EMRK nicht verletzt sei. Damit entstehe durch das gefällte Urteil insbesondere keine Rechtsunsicherheit für das Kind: Der genetische Vater ist bekannt. Aufgrund des Kindsverhältnisses zu ihm sind neben den Elternpflichten und -rechten auch die Namens- und Registerrechte sowie vor allem die Staatsangehörigkeit und damit der Aufenthalt des Kindes in der Schweiz und in der Familie der beiden Väter gesichert.

Zu begrüßen ist, dass das Bundesgericht den Fall als eine Frage des Kindsrechts nach Art. 70 IPRG behandelt¹⁴³⁸, und dass es ferner grundsätzlich festhält, dass ein *Ordre public*-Verstoss nach Art. 27 Abs. 1 IPRG nicht allein schon deswegen vorliege, weil das zu anerkennende Urteil eine schweizerische Vorschrift verletzt hat, und dass es stets auf eine Würdigung des konkreten Einzelfalls ankomme. Diese rechtlichen Würdigungen können für künftige Entscheide von Leihmutterschaftsfällen wegweisende Auswirkungen haben. Weiter wird in diesem Urteil auch erwogen – und das ist erfreulich –, dass *die Elternschaft zweier Väter durch ein ausländisches Urteil auch in der Schweiz heute nicht mehr Ordre public-widrig sein kann*, denn die Stiefkindadoption des Kindes eines eingetragenen Partners durch den anderen ist aktuell bereits Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens. Das weist auf einen entsprechenden Gesinnungswandel in der Schweiz hin.

Im Resultat hat das höchste Gericht mit der Begründung, es handle sich hier um eine inakzeptable Rechtsumgehung des inländischen Leihmutterschaftsverbots, welches die Grundwerte der schweizerischen Gesellschaft spiegle, den *Ordre public*-Verstoss allerdings dennoch *abstrakt und general-präventiv* angenommen.

¹⁴³⁷ Zur Kritik an diesem Urteil bereits anderenorts: AJP 9 (2015) 1325 ff.; FamRZ 2015/12, 1912-1917 (Anm. Hotz).

¹⁴³⁸ A.A. Thomas, Geiser: Leihmutterschaft und Ordre public, Zur Nichtanerkennung einer ausländischen Leihmutterschaftsentscheidung, in: FS Thomas Sutter Somm, im Erscheinen 2016), der für eine Anknüpfung an Art. 78 IPRG eintritt; offenbar so auch Belser/Jungo, ZSR 135 (2016), 215.

Diese Grundwerte beruhen auf dem Schutz der Menschenwürde der betroffenen Frauen und Kinder. Doch erstens wurde weder geprüft¹⁴³⁹ noch erwogen, ob die in der Schweiz geltende Rechtslage möglicherweise überholt sei, da die Leihmutterschaft schliesslich eine der verschiedenen Formen der Fortpflanzungsmedizin ist, die heute weltweit eine Realität ist und von einigen Schweizerinnen und Schweizern auch beansprucht wird. Zweitens wurde der *Ordre public*-Verstoss nicht auf den konkreten Einzelfall bezogen: So fehlen Erwägungen zur Selbstbestimmung der Leihmutter und zu deren konkreten Lebensumstände, die jedoch hinsichtlich eines möglichen Verstosses gegen die Menschenwürde der betroffenen Frau wichtig wären. Des Weiteren wurden keine Differenzierungen betreffend des ausländischen Standards der Entstehung des Kind-Eltern-Verhältnisses entwickelt (*in casu* mittels ausländischem Gerichtsverfahren und Urteil). – Es kann doch nicht gleich stark ins Gewicht fallen, ob ein Kind-Eltern-Verhältnis in Kalifornien durch ein ordentliches Gerichtsurteil festgestellt worden ist, oder ob es sich um die blosse schriftliche Genehmigung einer beliebigen Behörde bzw. um das blosse Ausfüllen der Geburtsurkunde durch eine medizinische Fachperson handelt. Bei dieser Anerkennungsverweigerung wurde also weder kontextualisiert noch versucht, mögliche Differenzierungskriterien zu entwickeln, unter welchen Umständen die Anerkennung eines Kind-Eltern-Verhältnisses, das aufgrund einer Leihmutterschaft entstanden und im Ausland anerkannt worden ist, in der Schweiz allenfalls auch akzeptabel wäre. Damit hat es das Bundesgericht letztlich auch unterlassen, ein entsprechendes Signal (auch an den Gesetzgeber) auszusenden und die Entscheide hinsichtlich der in der Realität vorkommenden intentionalen Elternschaften zu beeinflussen.

Nach der hier vertretenen Ansicht fehlt es zudem an der an sich nötigen Zurückhaltung in der Annahme eines Verstosses gegen den materiellen *Ordre public*,¹⁴⁴⁰ denn immerhin handelt es sich bei dem betreffenden Urteil um einen materiell und formell korrekten Gerichtsentscheid der Vereinigten Staaten, der anerkannt werden soll, wobei das Kollisionsrecht eine Nachprüfung des ausländischen Entscheids in der Sache nicht vorsieht.

Als *positiv* zu beurteilen ist wiederum, dass das Bundesgericht das Kindeswohl als prioritären Beurteilungspunkt und als Grund für die Anerkennung an sich betrachtet. Ob das Kindeswohl *in casu* allerdings angesichts der beschränkten rechtlichen Anerkennung des genetischen Elternteils auch tatsächlich gewahrt ist, darf als fraglich angesehen werden – selbst dann, wenn dieses Urteil des Bundesgerichts als EGMR-konform angesehen werden kann (dazu vgl. Ziff. IV.C). Nicht nur der BGH hat mit seinem Entscheid vom 10. Dezember 2014 überzeugend vorgezeigt, dass die nationale Rechtsprechung auch über den EGMR-Standard hinausgehen darf, und dass die Anerkennung des nicht genetischen Elternteils nicht den deutschen Grundwerten widersprechen muss, vor allem wenn dieser Entscheid auf einem kalifornischen Gerichtsurteil beruhe. So hat denn auch das höchste spanische Gericht in einem Urteil

¹⁴³⁹ Vgl. Urteil des VG Berlin vom 1. Dezember 2000 (35 A 570.99), das eine Umfrage gemacht hatte, ob ein Bordellbetrieb noch als gesamtgesellschaftlich sittenwidrig angesehen werden könne (dazu schon ausführlich beim Prostitutionsvertrag Kap. 7).

¹⁴⁴⁰ Die Anerkennung des ausländischen Entscheids bildet vielmehr die Regel: BGE 131 III 182, E. 4.1; BGE 120 II 83, E. 3; s.a. z.B. Vollstreckungsrecht BGer 4A_8/2008 vom 5. Juni 2008, E. 3.1.

vom 2. Februar 2015, das eine internationale Anerkennung eines Kind-Eltern-Verhältnisses mit zwei spanischen Vätern betrifft, und auf einem kalifornischen Urteil und einer Leihmutterschaft in Los Angeles beruht, entschieden,¹⁴⁴¹ dass eine Anerkennung des Kind-Eltern-Verhältnisses in Spanien möglich sei. Das höchste spanische Gericht differenziert dabei hinsichtlich der Art und Weise, wie die Leihmutter-schaft zustande gekommen ist und wie sie durchgeführt wird. Und selbst die französischen Gerichte scheinen rechtliche Wege gefunden zu haben, um dem Kindeswohl in diesen Anerkennungsfällen eher gerecht zu werden.¹⁴⁴² – Das erscheint die richtige Entwicklung zu sein, denn nimmt man den Gedanken, dass kein Kind die Umstände seiner Geburt beeinflussen kann, ernst und führt ihn konsequent zu Ende, so darf es keinem Kind zum Nachteil gereichen, dass es von einer Leihmutter ausgetragen wurde. Vielmehr ist es rechtlich so zu stellen wie jedes andere Kind auch. Das heisst, sein Kindeswohl ist wie das aller Kinder möglichst optimal zu gewährleisten. Dies kann in diesen Fällen nur erfüllt werden, indem beide intentionalen und sozialen Elternteile, die im Ausland durch ein formell-rechtliches Verfahren als solche bestimmt worden sind und sich auch effektiv um das Kind gekümmert haben, auch im Inland rechtlich anerkannt werden. – Da die Beziehung dieser Partner stabil ist und die Beziehungsdauer und -nähe zum Kind seit dem Jahre 2011 gewährleistet ist, spricht auch hinsichtlich der Adoptionsvoraussetzungen nichts Grundlegendes gegen die Anerkennung dieses Kind-Eltern-Verhältnisses. Da die neue *Regelung zur Stiefkindadoption*, die nunmehr am 1. Januar 2018 in Kraft getreten ist,¹⁴⁴³ vom schweizerischen Parlament zum Zeitpunkt des Urteils bereits behandelt war, konnte das Bundesgericht nicht einwenden, diese verstosse gegen den *Ordre public*. – Wäre der genetische und anerkannte Elternteil gestorben oder hätten sich die Partner getrennt, so hätte das Kind mit diesem Urteil wohl einen Vormund bekommen, weil zu seinem anderen sozialen Elternteil kein Kind-Eltern-Verhältnis besteht. Mit dem Inkrafttreten des neuen Adoptionsrechts steht dem nicht genetischen Partner in Zukunft die Stiefkindadoption offen.

Schliesslich belegen aber auch schon die inländische *Prozessgeschichte* und der *Leihmutter-schaftsbericht des Bundesrates samt Gutachten aus dem Jahre 2013*, dass dieses höchstrichterliche Urteil ebenso gut anders hätte ausfallen können:

Das *Verwaltungsgericht St. Gallen* hatte den Fall am 14. August 2014 als Vorinstanz gegenteilig entschieden.¹⁴⁴⁴ Es würdigte zum einen, dass das Eltern-Kind-Verhältnis bereits durch ein ordentliches ausländisches Gerichtsurteil festgestellt worden sei, und zweitens, dass das Kind-Eltern-Verhältnis zum Wohle des Kindes prinzipiell an-

¹⁴⁴¹ Tribunal supremo español 2 febrero 2015 – N. 2015. 626 – 19 mars 2015, zusammengefasst und besprochen auf Französisch von Marechaud, Rec. Dalloz,

¹⁴⁴² Allerdings über das nationale Recht: *Fabre-Magnan*, Rec. Dalloz (2015) 4, 224 ff.; vgl. *Cour de cassation*, Assemblée Plénière 3 juillet 2015 – D. 2015. 1438 – 9 juillet 2015, Rec. Dalloz, in zwei Entscheiden vom 3. Juli 2015 hat das französische Kassationsgericht die Aufnahme von Kindern mit russischer Geburtsurkunde ins Personenstandsregister nun anerkannt.

¹⁴⁴³ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 10.7.2017; die Referendumsfrist war am 6. Oktober 2016 ungenutzt abgelaufen (BBJ 2016, 4925). Mit der Revision werden neben Ehepaaren auch registrierte gleichgeschlechtliche Paare und unverheiratete Paare (in verschiedenen oder gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften) zur Stiefkindadoption zugelassen sowie die Adoptionsvoraussetzungen flexibilisiert und das Adoptionsgeheimnis gelockert.

¹⁴⁴⁴ Was nicht bedeutet, dass es keine weiteren Fälle gibt.

erkannt werden müsse. Das schweizerische Recht sehe zwar weder die Leihmutter-schaft noch eine homosexuelle Elternschaft vor, da aber das Kind nun einmal auf der Welt sei und von seinen intentionalen Eltern auch faktisch betreut und umsorgt werde, und da in der Schweiz künftig ohnehin eine Lockerung der Stiefkindadoption durch Homosexuelle vorgesehen sei, könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Anerkennung dieses Kind-Eltern-Verhältnisses gegen den schweizerischen *Ordre public* verstosse (Art. 27 IPRG).

Diesen Entscheid hatte die Schweizerische Eidgenossenschaft, vertreten durch das Bundesamt für Justiz, ans Bundesgericht weitergezogen. Es fragt sich, warum sie dies tat, denn *der Bundesrat*, d.h. die Exekutive ebendieser Schweizerischen Eidgenossenschaft, hatte in seinem Leihmutterchaftsbericht vom 29. November 2013 und vor allem in dem dazugehörigen, im Anhang abgedruckten *Gutachten vom 15. März 2013 desselben Bundesamts (Direktionsbereich Öffentliches Recht, Fachbereich Rechtssetzungsbegleitung I)* noch die Ansicht vertreten, dass die «*Anerkennung eines Entscheids, mit dem das Eltern-Kind-Verhältnis zwischen einem Kind und seinen Wunscheltern festgestellt wird*», nicht grundsätzlich gegen das schweizerische Verfassungsverbot (Art. 119 Abs. 2 BV) verstosse,¹⁴⁴⁵ denn der Gesetzgeber habe bei diesem Entscheid weder ausländische Akte im Visier gehabt noch würden die Wirkungen des Verbots über die Fortpflanzungsmedizin hinausgehen.¹⁴⁴⁶ Die Verweigerung der Anerkennung eines derartigen Kind-Eltern-Verhältnisses müsste sich vielmehr aus dem Schutz der Menschenwürde (Art. 7 BV) ergeben. Da jedoch der Konnex zwischen der Menschenwürde und dem Verbot der Leihmutterchaft in der Lehre umstritten sei (m.H. auf *Rütsche, Bächler/Bertschi*) und sich die Frage der Menschenwürde des Kindes nach dessen Geburt anders stelle, kommt das Gutachten zum Schluss, aus Art. 7 BV lasse sich nicht der Schluss ziehen, dass eine Anerkennung des Kind-Eltern-Verhältnisses in der Schweiz in jedem Fall gegen die Menschenwürde verstossen müsse. Vielmehr sollte der *Ordre public* nach Art. 27 IPRG gemäss dem Gutachten ausreichen, um die Interessen zwischen den Parteien abzuwägen.¹⁴⁴⁷ «*Das Ziel, die Würde der Mutter zu schützen, ist nach der Geburt [jedenfalls] keine ausreichende Rechtfertigung mehr, um dem von einer Leihmutter geborenen Kind de facto seine Eltern vorzuenthalten*».¹⁴⁴⁸ Hinsichtlich der Würdigung des Kindeswohls (Art. 3 UN-KRK) kommt das Gutachten zum Schluss, dass der Staat diesen Kindern gegenüber Schutzpflichten habe und ihr Wohlergehen bedenken müsse¹⁴⁴⁹ und dass etwa «*ein systematischer Ordre public-Vorbehalt*» unangebracht wäre, um die «*Anerkennung des Kindsverhältnisses eines von einer Leihmutterchaft geborenen Kindes zu seinen Wunscheltern zu verweigern, ohne der relativen Bedeutung des Interesses des Kindes an dieser Anerkennung Rechnung zu tragen*».¹⁴⁵⁰

¹⁴⁴⁵ So auch *Kren Kostkiewicz, Jolanta*: Vortragsfolien zum «*Ordre Public im Zeitgeist*», 2014 (abrufbar unter <http://www.kaz-zivilstandswesen.ch/fileadmin/pdf/Vortrag_Ordre_public_Prof_Kren.pdf>, zuletzt besucht am 1. November 2016), 63; a.A. *Hausheer*, ZBJV 151 (2015) 4, 303 ff.

¹⁴⁴⁶ *Coester-Waltjen*, Gutachten B für den 56. DJT, 7 ff., insb. 9 *in fine*/10, 11 *in fine*.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, 12.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*, 15.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*, 18.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, 17. – Ähnlich wie hier hat auch das Obergericht des Kantons Aargau den Bericht und das genannte Gutachten des BJ verstanden, wie aus seinem Entscheid vom 3. März 2014 hervorgeht: Az. ZBE.2013.8, E. 3.4.1.

Hervorzuheben ist schliesslich auch noch der Hinweis in jenem Gutachten¹⁴⁵¹, dass zu Zeiten des geltenden aArt. 304 ZGB (Verbot der Anerkennung von im Ehebruch gezeugten Kindern) diese Bestimmung im Kollisionsrecht nicht mehr Teil des schweizerischen *Ordre public* gewesen sei. – Mit der Kindesrechtsreform von 1974/1978 wurde diese Überzeugung dann auch in nationales Recht umgesetzt und das gesellschaftliche Bewusstsein, dass ein Kind die Umstände seiner Zeugung nicht beeinflussen könne und *jedes Kind* den gleichen Anspruch auf Achtung seiner Privat- und Familiensphäre habe, festgeschrieben.¹⁴⁵²

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

Das Bundesgericht unterstreicht auch in seinem zweiten kollisionsrechtlichen Urteil zur Leihmutterschaft *vom 14. September 2015* (BGE 141 III 328¹⁴⁵³) die Generalprävention.

Es hat entschieden, dass die aus Leihmutterschaft stammenden Zwillinge aus anonymer Samen- sowie Eispende nicht ins Personenstandsregister in der Schweiz eingetragen werden können: In der kalifornischen Geburtsurkunde sind die am 17. Mai 2012 dort geborenen Zwillinge als Kinder der schweizerischen Beschwerdeführer (Vater und Mutter) eingetragen. Der Eintrag stützte sich auf ein kalifornisches Urteil vom 12. Februar 2012, in dem die Leihmutter und ihr Ehemann erklären, dass das auftraggebende Paar rechtliche und natürliche Eltern seien von Kindern, welche die Leihmutter zwischen dem 12.9.2011 und dem 12.6.2012 zur Welt bringen würde. Nachgeburtliche Gespräche fanden mit der Leihmutter keine statt.

Das Bundesgericht stellt wiederum einen *Ordre public*-Verstoss (Art. 27 Abs. 1 IPRG) fest und verweigert die Anerkennung der (an sich echten) amerikanischen Geburtsurkunde. Das auf Verfassungsstufe in Art. 119 Abs. 2 lit. d BV verankerte Verbot der Leihmutterschaft habe auch heute als Grundüberzeugung der hiesigen Rechtsanschauung zu gelten (E. 5). An dem *Ordre-public*-Verstoss ändere auch das Kindesinteresse für sich genommen nichts. Es sei vielmehr denkbar, dass das Kind sich später einmal als Objekt fühlen werde. – Wie bei der Adoption bestehe bei der Leihmutterschaft die Gefahr, dass wegen hohen Alters oder aus anderen Gründen ungeeignete Wunscheltern mithilfe einer ausländischen Rechtsordnung zu einem Kinde gelangen und dies gelte es zu verhindern. – Das Kindeswohl könne nicht abstrakt als Argument für die Anerkennung dienen. Es sei auch nicht Sache des Bundesgerichts, dieses konkret abzuklären, denn es handle sich um eine registerrechtliche Angelegenheit. Das Kindeswohl abzuklären sei vielmehr die Sache des noch einzuleitenden schweizerischen Adoptionsverfahrens (so E. 6). Die aus der EMRK und UN-KRK fliessenden Rechtspositionen des Kindes vermögen laut Bundesgericht den *Ordre-public*-Verstoss nicht zurückzudrängen. Die EGMR-Rechtsprechung in den Fällen *Menneson v. Frankreich* und *Labassee v. Frankreich* betreffe nämlich nur die Anerkennung bzw. Herstellung eines Kindesverhältnisses zum *genetischen Elternteil*. Die Beschwerdeführer seien aber nicht genetisch verwandt mit dem Kind. Dass vorübergehend ein hinkendes Rechtsverhältnis entstehe, vermag den *Ordre-public*-Vorbehalt

¹⁴⁵¹ Coester-Waltjen, Gutachten B für den 56. DJT, 20, Fn. 64.

¹⁴⁵² BB1 1974 II 1 ff., 9 *in fine*.

¹⁴⁵³ BGE 5A_443/2014 vom 14. September 2015.

auch nicht zurückzudrängen. Die Eignung der zukünftigen rechtlichen Eltern und das Kindeswohl seien vielmehr in einem inländischen Adoptionsverfahren (das die Beschwerdeführer einleiten) zu prüfen (E. 7).

In diesem Fall nimmt das höchste Gericht die rechtliche Elternlosigkeit der Zwillinge in Kauf, weil keine genetische Verwandtschaft zwischen den intentionalen Eltern und den Leihmutterkindern besteht. – Es besteht nur ein Vormund für die Kinder: Die Aargauer Registerbehörden und das Obergericht des Kantons Aargau als Vorinstanzen hatten die Anerkennung des Eltern-Kind-Verhältnisses bereits verweigert, und Letztere hat die Kinder nach Art. 327a ZGB unter eine Vormundschaft gestellt.¹⁴⁵⁴

Das Vorgehen kann insoweit als wertungskohärent bezeichnet werden, als das höchste Gericht mit diesem Entscheid, der ein heterosexuelles Wunschelternpaar betrifft, den Beweis angetreten hat, dass es gleichgeschlechtliche Personen nicht diskriminieren will. Es bleibt aber fraglich, dass nunmehr zum zweiten Mal, in den rechtlichen Konsequenzen für die Kinder verschärft, *genetische und nicht genetische Elternschaft einander gegenübergestellt werden*. Diese Zwillinge werden dadurch gegenüber anderen Kindern, die zwei genetische Elternteile haben (können), *diskriminiert*.¹⁴⁵⁵ Die Beschwerdeführer im ersten Fall haben jedoch zwischenzeitlich Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eingereicht, sodass die Aussicht besteht, dass auch der EGMR zur Frage der kollisionsrechtlichen Ungleichbehandlung von Kindern genetischer und nicht genetischer Elternteile in Zukunft Stellung nehmen wird.¹⁴⁵⁶

Anzufügen ist, dass das Bundesgericht in diesem zweiten Fall sehr lange mit dem Urteil zugewartet hat (der vorinstanzliche Entscheid erging bereits im März 2014), sodass der Fall nun wahrscheinlich tatsächlich ohne grössere Probleme durch ein inländisches Adoptionsverfahren gelöst werden kann. – Dem Urteil ist entsprechend zu entnehmen, dass den Beschwerdeführern am 19. Februar 2015 die Pflegeelternbewilligung erteilt wurde. – Zwischenzeitlich ist das nach Art. 264 ZGB in solchen Fällen vorgesehene, einjährige Pflegejahr verstrichen und den Behörden dürfte zwischenzeitlich doch ein umfassender Sozialbericht zum Kindeswohl der Zwillinge vorliegen. – Dass ein solcher im Verfahren um die Anerkennung mit der Begründung, das würde eine Registerbehörde und die Gerichte überfordern, nicht eingeholt wurde, bleibt indes wenig überzeugend – zumal der *Ordre-public*-Verstoss ja gerade nur auf den Einzelfall hin beurteilt werden kann.

¹⁴⁵⁴ Entscheid des Obergerichts (bzw. des Zivilgerichts) des Kantons Aargau vom 3. März 2014 (Az. ZBE.2013.8), wobei auch für diesen Entscheid festzuhalten ist, dass eine Minderheit des Gerichts anders entschieden hätte (E.3.4.2.3.2.). Vgl. betr. Vormund für Leihmutter-Kind auch den Entscheid vom 21. Februar 2014 des Obergerichts Zug (Az. PQ 140002) über ein Leihmutterkind aus Ohio mit heterosexuellem Elternpaar (genetischer Vater/nicht genetisch verwandte Mutter). Dieser Fall ist jedoch gegenstandslos geworden, denn das Elternpaar ist inzwischen mit seinem Kind in die Vereinigten Staaten ausgewandert; s.a. *Felber, Tom*, Urteil des Obergerichts: Vormund für ein Leihmutter-Baby, NZZ vom 11. März 2014, abrufbar unter <<http://www.nzz.ch/zuerich/vormund-fuer-ein-leihmutter-baby-1.18260014>>, zuletzt besucht am 5. Dezember 2015.

¹⁴⁵⁵ Zum Anachronismus dieser neuen Ungleichbehandlung von genetischer und nicht genetischer Elternschaft vgl. AJP 9 (2015) 1325 ff.

¹⁴⁵⁶ Medienmitteilung vom 4.12.2015 der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführer im ersten Fall und dem Schweizerischen Verein für Regenbogenfamilien.

Wie flexibel künftig das Bundesgericht die Altersschranken im Adoptionsverfahren nach neuem Adoptionsrecht im Allgemeinen handhaben will und zu welchem Zeitpunkt ggf. gewisse Altersanforderungen im Besonderen erfüllt sein müssen,¹⁴⁵⁷ bleibt nach dieser Entscheidung indes offen. Dies wäre aber gerade in Leihmutterschaftsfällen, zu denen es erstens aus Altersgründen kommen kann (und kommen wird) und bei denen es zweitens erst nach monate- resp. jahrelangem Familienleben von Kindern und intentionalen Eltern zu einer Entscheidung kommen kann, wichtig zu wissen.

B. Rechtslage in Japan

1. Keine gesetzliche Regelung

a) Keine Gesetzgebung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung

In Japan fehlt bis anhin eine Gesetzgebung zur vertraglich vereinbarten Schwangerschaft im Sinne der Leihmutterschaft.¹⁴⁵⁸ Es gibt auch keine gesetzlichen Regelungen zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Das ist einer der Gründe dafür, dass die *Japanische Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe*¹⁴⁵⁹ und die *Japanische Gesellschaft für medizinisch unterstützte Fortpflanzung* je eine tragende Rolle spielen im rechtlichen und ethischen Umgang mit diesen Fragen. Die Stellungnahmen dieser Fachgesellschaften werden oft als *Richtlinien* (guidelines/statements) angesehen.¹⁴⁶⁰ – Das besagt freilich noch nichts zu deren Verbindlichkeiten und den Sanktionen, welche die Fachgesellschaften im Falle eines Regelverstosses erheben können.

Ein weiterer wichtiger Akteur ist die Japanische Institution zur Standardisierung der medizinisch unterstützten Fortpflanzungsmethoden und Technologien (JISART),¹⁴⁶¹ welche sich vor allem für den technischen Fortschritt und die Qualitätssicherung einsetzt.

b) Richtlinien und Berichte der Fachgesellschaften

Es gibt namentlich seit dem Jahr 2003 u.a. die *Richtlinien der Japanischen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe*, die gewisse allgemeine Grundsätze festlegt, namentlich dass¹⁴⁶²:

¹⁴⁵⁷ Es war und ist im ZGB kein maximaler Altersabstand vorgesehen; aber nach dem neuen Art. 264d ZGB soll der Altersabstand zwischen Adoptivkind und -eltern 16-45 Jahren betragen, wobei nach Abs. 2 neu explizit Ausnahmen zugunsten des Kindeswohls möglich sind; nach Art. 5 Abs. 4 AdopV, der per 1.1.2018 nicht angepasst wurde, liegt ab einem Altersunterschied von mehr als 45 Jahren indes grundsätzlich keine Eignung zur Adoption mehr vor: «Die Eignung ist zu verneinen, wenn der Altersunterschied zwischen dem aufzunehmenden Kind und den künftigen Adoptiveltern mehr als 45 Jahre beträgt. Ausnahmsweise kann die Eignung trotzdem gegeben sein, namentlich wenn zwischen den künftigen Adoptiveltern und dem aufzunehmenden Kind bereits eine vertraute Beziehung besteht.»

¹⁴⁵⁸ Katô, 252.

¹⁴⁵⁹ Japanese Society of Obstetrics and Gynecology: <http://www.jsog.or.jp>, zuletzt besucht am 1. Dezember 2016.

¹⁴⁶⁰ Kokado, J. Japan. L No. 40 (2015) 212.

¹⁴⁶¹ Japanese Institution for Standardizing Assisted Reproductive Technology (JISART) (<http://www.jisart.jp/>), zuletzt besucht am 1. Dezember 2016.

¹⁴⁶² Ishii, Jurisuto No. 1342, 11 Fn. 6; *Kinjô*, 141 ff., 143 ff.; Kokado, J. Japan. L No. 40 (2015) 215; entsprechende Initiativen gab es bereits seit 2000; vgl. weiterführend *de Alcantara*, Family

- die IVF verheirateten unfruchtbaren Paaren vorbehalten ist;¹⁴⁶³
- die gleichgeschlechtlichen Paare und alleinstehenden Frauen von den medizinisch unterstützten Fortpflanzungsmethoden ausgeschlossen sind;
- das Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung gesichert sein soll;
- ihren Mitgliedern die Leihmutterschaftsverhältnisse aus ethischen und rechtlichen Gründen untersagt sind.¹⁴⁶⁴

Im Jahre 2006 beauftragte das japanische Gesundheitsministerium die *Japanische Gesellschaft für Wissenschaften*, eine entsprechende Bestandesaufnahme durchzuführen und Lösungsansätze zu dieser Problematik vorzuschlagen.

Seit 2008 liegt zudem ein umfassender Bericht der *Japanischen Gesellschaft für Wissenschaften* vor, der u.a. auch klare Vorschläge zur *medizinisch unterstützten Fortpflanzung* enthält.¹⁴⁶⁵ Darin wird zunächst einmal die dringende Notwendigkeit einer gesetzlichen Regulierung der Leihmutterschaft festgehalten und ferner ein prinzipielles Verbot der vertraglich vereinbarten Schwangerschaft vorgeschlagen. In jedem Falle soll das Mitwirken seitens medizinischer Fachpersonen bei einer entgeltlichen Leihmutterschaft unter Strafe gestellt werden. Unter strenger Aufsicht sind jedoch Ausnahmen denkbar, etwa bei Unfruchtbarkeit einer Frau in Zusammenhang mit Anomalien der Gebärmutter (z.B. Hysterektomie). An der Geburtsmutterregel soll festgehalten werden, was zur Folge hätte, dass einer Leihmutter die rechtliche Mutterschaft zukäme. Die Begründung eines Kindsverhältnisses zu den intentionalen Eltern soll nur über eine ordentliche oder spezielle Adoption möglich sein.¹⁴⁶⁶

c) Gesetzesentwurf der LDP (2014)

Mittlerweile liegt auch ein *Gesetzesentwurf vom 2. April 2014* der Arbeitsgruppe zur medizinisch unterstützten Fortpflanzungsmedizin der regierenden Partei der Liberaldemokraten (LDP) zu Reproduktionstechniken vor. Darin ist vorgesehen, dass nicht nur *Spenden* von Spermien und Eizellen, sondern – *eingeschränkt* – auch die *Leihmutterschaft* zugelassen werden soll: Allerdings soll dies nur für die altruistische, d.h. unentgeltliche Leihmutterschaft gelten, und zwar ausschliesslich für Ehepaare (wie *Tanaka-Mukai*), bei denen die Frau unter Unfruchtbarkeit im Zusammenhang mit der Gebärmutter leidet. Der Entwurf spricht auch speziell die Geburtsmutterregel im *Minpô* an: die gebärende nicht genetische Leihmutter soll ausdrück-

Court Review 48 (2010) 3, 424 f.; Ahlefeldt, 68 ff.; Sadaoka, Minobu: Examination of Approving Conditions of Surrogacy – Overcoming the Instrumentalization of the Body by Caring/ 貞岡美伸代理出産を容認する条件の検討 Journal of Human Science Ritsumeikan, 31 (2007) 15, 127 ff.

¹⁴⁶³ Nach Kokado, J. Japan.L No. 40 (2015) 215 kann auch eine stabile Partnerschaft ausreichen.

¹⁴⁶⁴ Dairi kaitai ni kansuru kenkai (2003); unter: www.jsog.or.jp/about_us/view/html/kaikoku/H15_4.html.

¹⁴⁶⁵ Science Council of Japan, «Report: Issues Related to Reproductive Technologies Centered on Surrogacy Pregnancy – Towards a Social Consensus», 8. April 2008, abrufbar unter: <<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-20-t56-1e.pdf>>, zuletzt besucht am 29. 1. 2018.

¹⁴⁶⁶ Art. 817 *Minpô*: 特別養子縁組 (tokubetsu yôshi engumi); s.a. den Blogbeitrag von Aki Mukai vom 22. April 2009, der ungefähr besagt, dass sie es endlich geschafft haben: やっと、やっと言えます (yatto, yatto iemasu), abrufbar unter: <<http://www.mukaiaki.com/akiblog/?id=1240412011>>, zuletzt besucht am 29.1.2018.

lich rechtliche Mutter sein. Der Vater, welcher einer Samenspende durch einen Dritten zugestimmt hat, soll seine Vaterschaft nicht anfechten können.

Des Weiteren sollen gemäss dem Entwurf Probleme geregelt werden, die sich aus folgenden Konstellationen ergeben: Die Leihmutter entwickelt eine starke Zuneigung zum Baby und weigert sich daher, dieses den intentionalen Eltern zu überlassen. Oder umgekehrt, die intentionalen Eltern weigern sich, ein aus einer Leihmutterchaft hervorgegangenes Kind zu akzeptieren, da dieses beispielsweise eine schwere Krankheit oder einen Geburtsfehler aufweist. – Mit diesem Entwurf ist jedoch noch nicht das letzte Wort in der Sache gesprochen worden, denn er lässt einige Kernfragen unbeantwortet: Beispielsweise wird darin nicht festgehalten, wie die rechtliche Beziehung zwischen dem Kind und seinen intentionalen Eltern zu begründen ist. Das Fehlen einer solchen Regelung soll wohl kinderlose Paare davon abhalten, diese Lösung zu wählen – was zudem der Intention des Gesetzgebers entsprechen dürfte. Ebenfalls nicht geklärt ist im Entwurf die Frage des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen biologischen bzw. genetischen Abstammung. Im Juli 2015 wurde entschieden, dass nur ein Teil des Entwurfs dem Parlament vorgelegt werden soll, zum einen die allgemeinen Regelungen zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung, wobei der Intention der Personen, die Eltern werden möchten, grundsätzlich nachgekommen werden soll, und die erwähnte Bestätigung der Geburtsmutterregel.¹⁴⁶⁷

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

Der erste berühmte Fall in der Doktrin war derjenige des japanischen Prominentenpaares *Tanaka-Mukai*.¹⁴⁶⁸ Frau *Mukai* musste sich infolge einer Krebserkrankung einer Hysterektomie unterziehen und war daher nicht in der Lage, ein Kind auszutragen. Nach einer erfolgreichen IVF mit ihren eigenen Ei- bzw. Spermazellen unterschrieb das Ehepaar mit einer Amerikanerin und deren Ehemann in Nevada einen Leihmutterchaftsvertrag. Die Amerikanerin gebar infolgedessen (2003) Zwillinge; daraufhin kam es zu einem Gerichtsbeschluss, in dem das amerikanische Staatsbürgerrecht der Zwillinge sowie die Elternrechte von *Tanaka-Mukai* bestätigt wurden. Die japanischen Behörden hingegen lehnten in der Folge den Übertrag in die japanische Geburtsurkunde bzw. in das Familienregister ab. In seinem Urteil vom 23. März 2007 begründete der *Saikôsaï* seinen Entscheid damit,¹⁴⁶⁹ dass ein «natürliches» Eltern-Kind-Verhältnis zu den grundlegenden Werten und Prinzipien der japanischen Statusrechte zähle.¹⁴⁷⁰ Zudem beruhe Verwandtschaft auf dem *ius sanguinis* und gemäss *Minpô* auf die Geburtsmutterregel (Art. 772 Abs. 1 *Minpô*). Ein ausländisches Urteil, welches dieses natürliche Eltern-Kind-Verhältnis missachte, verstosse gegen die «guten Sitten» und die öffentliche Ordnung und könne demnach in Japan nicht anerkannt werden.

¹⁴⁶⁷ *Kokado*, J.Japan.L.N. 40 (2015), 231 f.

¹⁴⁶⁸ Vgl. ausführlich zu diesem Fall und zu den noch älteren Weisungen der Gynäkologischen Gesellschaft (2003): *de Alcantara*, Family Court Review 48 (2010) 3, 417 ff., 418 f.; *idem*, Japan, 247 ff., 251 sowie *Ahlefeldt*, 65 ff.

¹⁴⁶⁹ *Minshû* 62-2-619 ff., Urteil des höchsten Gerichts Japans 2006 (Kyo) 47 vom 23. März 2007, englische Fassung: <http://www.courts.go.jp/app/hanrei_en/detail?id=883>, zuletzt besucht am 29.1.2018.

¹⁴⁷⁰ Obschon das Obergericht Tokio als Vorinstanz gegenteilig entschieden hatte.

Der *Saikô sai* stützte sein Urteil dabei auf Art. 118 Abs. 3 *Minji-hô* der japanischen Zivilprozessordnung, der die Voraussetzungen für die Geltung eines ausländischen Urteils aufzählt:¹⁴⁷¹ nämlich dass die Inhalte des Urteils und der Gerichtsverfahren nicht gegen die öffentliche Ordnung oder die «guten Sitten» in Japan verstossen dürfen. Das Urteil wurde von der kleinen Kammer einstimmig gefällt. – Hervorzuheben ist, dass in Art. 118 *Minji-hô* nicht die Kurzformel verwendet wird, was darauf hinweist, dass die «öffentliche Ordnung» als wichtige Referenz angesehen wird. Erwähnenswert ist ferner, was die Richter *Furuta* und *Tsunoo* in ihren angefügten, mit rechtsvergleichenden Ausführungen untermauerten Stellungnahmen darlegen: 1.) Es sei notwendig, eine gesetzliche Regelung herbeizuführen, und 2.) es bleibe nach geltendem Recht genügend Raum, um das Eltern-Kind-Verhältnis zwischen dem Ehepaar *Tanaka-Mukai* und den Zwillingen im konkreten Fall durch eine «spezielle» Adoption auf legale Weise zu begründen; schliesslich seien die Zwillinge deren genetische Kinder und das Ehepaar würde für sie sorgen. Dies wurde denn auch so gehandhabt: Im März 2008 bestätigte ein Familiengericht die Adoption der Zwillinge durch das Ehepaar *Tanaka-Mukai*.

Ebenfalls von den Medien aufgegriffen, aber in der rechtswissenschaftlichen Lehre weniger diskutiert wurde der Fall des japanischen Ehepaars *Kondo*, deren Zwillingenbuben am 17.10.2002 zur Welt kamen – ermöglicht durch die Eizellenspende einer asiatisch aussehenden, amerikanischen Frau, die Samenzellen von *Kondo* sowie mithilfe einer amerikanischen Leihmutter in Kalifornien. In diesem Fall kontrollierten die japanischen Behörden die Geburtsurkunden, da das Paar damals bereits über 50 Jahre alt war. Die zuständigen Behörden und Gerichte in Osaka verweigerten in der Folge die Anerkennung des im Ausland begründeten Eltern-Kind-Verhältnisses.¹⁴⁷²

International bekannt ist ferner der bereits eingangs erwähnte Gerichtsfall von *Manji Yamada* (vgl. Kap. 2), die aus den Spermien ihres genetischen japanischen Vaters und einer von einer Inderin gespendeten Eizelle hervorging und unter Mithilfe zweier (!) indischer Leihmütter, die ihre Gebärmutter vertraglich gegen Entgelt zur Verfügung stellten und sie austrugen, am 25.7.2008 in Indien geboren wurde. Bevor *Manji* zur Welt kam, liessen sich ihre intentionalen japanischen Eltern jedoch scheiden, und die geschiedene Frau interessierte sich nun nicht mehr für *Manji*. Mit Gerichtsentscheid des *Supreme Court of India* vom 29.9.2008 (*Civil Original Jurisdiction* 2008/396) wurde dem Vater von *Manji* die «vorübergehende Obhut» zugesprochen, sodass *Manji* immerhin nach Japan ausreisen konnte.¹⁴⁷³

¹⁴⁷¹ 判決の内容及び訴訟手続が日本における公の秩序又は善良の風俗に反しないこと (Hanketsu no naiyô oyobi soshô tetsuzuki ga Nihon ni okeru ôyake no chitsujo mata wa zenryô no fûzoku ni han shinai koto): 民事訴訟法 (Minji-Shoshôhō) 1996/109, i.d.F. 2011/36.

¹⁴⁷² Urteil des *Kô sai Osaka* vom 20. Mai 2005, *Hanrei Jihô* 1919 (2005), 107; nach *de Alcantara* wurde der Fall auch ans *Saikô sai* weitergezogen (*de Alcantara*, Japan, 251), was jedoch nicht verifiziert werden konnte; *Hall, Kenji*: Japanese Couple Fight for Sons' Citizenship, «*Los Angeles Times*», 23. Dezember 2003, abrufbar unter: <<http://articles.latimes.com/2003/dec/28/news/adfg-jcitizen28>>, zuletzt besucht am 29.1.2018; *Yasunao Kondo* hat ein Buch über ihre Erfahrungen publiziert.

¹⁴⁷³ Urteil *Baby Manji Yamada vs. Union of India & Anr.* vom 29. September 2008, S. 10; vgl. auch «*The Economic Times*» vom 25. August 2008. Die Intervention der NGO bewirkte jedoch, dass höchstrichterlich erwogen wurde, ob nicht ein Gesetz zur Regulierung der Leihmutterschaft zu erlassen sei. Obschon das Gewerbe in diesem Urteil auch als positiv betrachtet wird, weil dieses «industry proportions» erreicht habe.

3. Gültige Vertragslösung

In der japanischen Lehre tritt etwa *Mitsuko Ishii* im Jahre 2007 differenzert für eine geregelte Vertragslösung des Leihmutterchaftsverhältnisses ein, im Wesentlichen mit der Begründung, dass der Kinderwunsch eines Paares wichtig sei und dass ein solcher der Rechtssicherheit diene.¹⁴⁷⁴

IV. Rechtsvergleichende Würdigung im Lichte vergangener und aktueller Entwicklungen

A. Bekanntes Phänomen

1. Historisch-kulturelle Perspektive

Eine Schwangerschaft, die mit einer ausserhalb der Ehe stehenden Frau vereinbart wird, ist zunächst historisch-kulturell betrachtet *weder in Europa noch in Asien ein neues Phänomen*. Vielmehr sind bibelgeschichtliche,¹⁴⁷⁵ indisch-mythologische¹⁴⁷⁶ oder japanisch-literarische¹⁴⁷⁷ Vorbilder dafür bekannt: Seit jeher brachten weibliche Personen aus verschiedenen Gründen (wie Standesdenken, gesundheitliche oder kosmetische Bedenken) nicht ihre genetischen Kinder zur Welt. Umgekehrt kam es immer wieder vor, dass Frauen Kinder für andere Paare oder für Einzelpersonen (wie Patriarchen) auf die Welt brachten. Oder sie säugten als Ammen Kleinkinder, mit denen sie durch das Stillen teils lange andauernde, emotionale Bande knüpften, ohne dass irgendwelche rechtlichen Beziehungen zu diesen Kindern bestanden hätten oder daraus erwachsen wären. – Ebenso wenig ist neu, dass Anstoss daran genommen wurde, und zwar zu verschiedenen Zeiten, an diversen Orten und auf unterschiedliche Arten.¹⁴⁷⁸ – Historisch bleiben allerdings die folgenden, wesentlichen und teils tabuisierten Zusammenhänge anzufügen: Vor dem 18. Jahrhundert, d.h. vor «der Erfindung des bürgerlichen Paares»¹⁴⁷⁹, war diese heutige selbstverständliche Lebensform *strictu sensu* noch gar nicht bekannt. Somit konnte es auch so etwas wie eine

¹⁴⁷⁴ *Ishii*, Juristuo Nr. 1342, 21.

¹⁴⁷⁵ Man könnte geradezu von «Archetypen» der Leihmutterchaft sprechen – vgl. dazu die Konstellationen *Jakob/Rahel/Lea* und ihre zwei Mägde *Silpa* und *Bilha* (Genesis 30) oder *Abraham/Sara* und ihre Magd *Hagar* (Genesis 16) – oder man könnte sogar so weit gehen und behaupten, auch *Maria* sei eine Leihmutter gewesen; so ähnlich funktionierten auch androzentrierte Haushalte in der Karolingerzeit, in: Altes Testament, 1. Buch Mose, Genesis.

¹⁴⁷⁶ *Bertschi*, 5 f.; *Diel*, 28, 35 f., 38.

¹⁴⁷⁷ «*Genji Monogatari*», der japanischer Roman aus dem 11. Jahrhundert, von *Murasaki Shikibu*: Prinz *Genji* liess seine Pseudo-Stieftochter *Tamakazura*, das Kind seiner Geliebten und Tochter eines anderen Mannes, an den Hof holen und sie dort aufziehen; später macht er sie schliesslich zu seiner Geliebten: *Genji monogatari hyôshaku* 源氏物語評釈, Tamagami Takuya (Hrsg.) 玉上琢弥, Tokyo 1965, Bd. 5, 337 f.

¹⁴⁷⁸ Beispielsweise waren ab 1780 bis zum Ersten Weltkrieg die Spreewald-Ammen berühmt, die zur kaiserlichen Familie, aber auch zu grossbürgerlichen Familien gehörten: im Gefolge der Demokratisierung nach 1918 wurden sie jedoch sukzessive abgeschafft: s. v.a. *Fechner*, JZ 41 (1986), 653 ff., 662 f.; zur amerikanischen Geschichte der Leihmutterchaft und der Sklaverei vgl.: *Allen*, Harvard Journal of Law and Public Policy 13 (1990), 139 ff.; *Spivack*, 97 ff.

¹⁴⁷⁹ Vgl. zur Entwicklung der Ehe und zur Legitimierung ausserehelicher Kinder in Japan: *Fuess*, 18 ff.; *idem*, A Golden Age of Fatherhood? Parent-Child Relations in Japanese Historiography, in: *Monumenta Nipponica*, 52 (1997) 3, 381 ff.

«Leihmutterschaft» noch gar nicht geben, denn man kannte weder das Denkkonzept «Paar» im Sinne eines intentionalen Elternpaares, noch gab es in bürgerlichen Kreisen eine gebärende Frau und Mutter, die für den Status eines Kindes von rechtlicher Bedeutung gewesen wäre. Oder anders formuliert: Solange im Früh- und Hochmittelalter eine (*Eliten-*)*Polygynie* herrschte, war die Statusfrage des Kindes einzig und allein an die Vaterschaft geknüpft.¹⁴⁸⁰

Dennoch scheint die Denkform der Leihmutterschaft auch der christlichen Morallehre zuwiderzulaufen – was mit Argumenten wie: Das «Kind werde nicht aus Liebe gezeugt», die Leihmutter werde dadurch entwürdigt, das «Kind habe Anspruch auf eine einheitliche Elternschaft»¹⁴⁸¹ untermauert wird. Dieser christliche Hintergrund hat bestimmt einen massgeblichen Einfluss auf die rechts- und gesellschaftsethischen Vorstellungen in der Schweiz und Deutschland ausgeübt – wenngleich sich paradoxerweise gerade auch der (zu 70%) christlich-religiös geprägte US-Bundesstaat Kalifornien zur Hochburg der Leihmutterschaft entwickelt hat.

Im Konfuzianismus, Buddhismus und Taoismus gelten je andere Vorstellungen zu Sexualität und Reproduktion.¹⁴⁸² In Japan wird die spirituelle Verbindung unter Familienangehörigen in Zusammenhang gebracht mit einer Verbindung mit dem gleichen Blut und dem Geschlechtsverkehr.¹⁴⁸³ In eine ähnliche Richtung tendiert der Bericht des japanischen Wissenschaftsrats zu den hier diskutierten Problemen aus dem Jahr 2008, der das *japanische Ie-System* anspricht und die Befürchtung äussert, es könnte *daraus familial-sozialer Druck entstehen, indem sich andere Familienangehörige* (insb. Schwestern oder Mütter) u.U. verpflichtet fühlten, für die Nächsten als Leihmütter zu wirken.¹⁴⁸⁴ – Jedenfalls gilt es als Tatsache, dass die berühmte *SUWA Maternity Clinic (Nagano-ken)*, die in Japan für ihre offene Haltung gegenüber Leihmutterschaften bekannt ist, bis zum Jahre 2013 21 Leihmutterschaften in die Wege leitete und begleitete, von denen die Hälfte mithilfe von *Grossmüttern und die andere Hälfte von Schwestern bzw. Schwägerinnen* als Leihmütter zustande kam.¹⁴⁸⁵ – Allgemein gilt, dass heute japanische Frauen bei der Geburt fortgeschrittenen Alters sind (dazu Kap. 2 Ziff. III.C; Kap. 9 Ziff. II) und medizinisch unter-

¹⁴⁸⁰ Diesen Hinweis verdanke ich *Rüdiger, Jan*, *Der König und seine Frauen. Polygynie und politische Kultur in Europa (9.–13. Jahrhundert)*, Habilitationsschrift, Berlin 2015.

¹⁴⁸¹ Kongregation für die Glaubenslehre: Instruktion über die Achtung vor dem beginnenden menschlichen Leben und die Würde der Fortpflanzung, *gez. Johannes Paul II/Card. Ratzinger* vom 22. Februar 1987, abrufbar unter:

<http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for%20human-life_ge.html>, zuletzt besucht am 29. 1.2018; *Diel*, 35 f.; *Ren-Zong*, 79 f.; *Chen, W.H./Tao, Julia*: Moral exploration of whether surrogate motherhood should be comprehensively prohibited in Hong Kong, in: *Tao, Julia / Ren-Zong, Qui* (Hrsg.), *Values and Society*, Peking 1997, 137 ff.

¹⁴⁸² *Po-Wah, Julia Tao Lai*: Right-Making and Wrong-Making in Surrogate Motherhood: A Confucian Feminist Perspective, in: *Tong, Rosemarie/Donchin, Ann /Dodds, Sue* (Hrsg.), *Linking Visions: Feminist Bioethics, Human Rights and the Developing World*, Oxford 2004, 157 ff., 164 ff.

¹⁴⁸³ *Ren-Zong*, 78.; *Hoshino K.*, 23 ff.

¹⁴⁸⁴ Bericht des japanischen Wissenschaftsrats 2008, 17.

¹⁴⁸⁵ *Ogino, Miho*: *Dairi susshan no imi suru mono, sakushu to jiko kettei no aida de*, in: *Gaku-hô, Nihon* 28 (2009) 25; *Kodama, EJAIB* 24 (2014) 1, 12 ff.

stützte Fortpflanzungsmassnahmen (IVF, IV) seit Mitte der 1980er-Jahre kontinuierlich zunehmen; und weitgehend akzeptiert sind:¹⁴⁸⁶

In China bestehen gegenüber der Leihmutterschaft – im Gegensatz zu Samen- und Eispenden – insofern Vorbehalte, als diese bei der betroffenen Frau, dem Neugeborenen oder den intentionalen Eltern zu Komplikationen und damit zu «Leid» führen könne. Daher kam es dort letztlich zu einem Verbot der Leihmutterschaft.¹⁴⁸⁷

2. Erste Welle von Urteilen

In Deutschland wurden die ersten Gerichtsentscheide zur Leihmutterschaft Mitte der 1980er-Jahre gefällt. Damit zeichnete sich in diesem Jahrzehnt eine erste Welle von Urteilen zur Sittenwidrigkeit von Leihmutterschaftsverträgen ab.

Das steht in Zusammenhang damit, dass Ende der 1970er-Jahre die medizinisch unterstützten Befruchtungsmethoden in Grossbritannien, Australien und den Vereinigten Staaten von Amerika am weitesten vorangetrieben waren¹⁴⁸⁸ und die ersten Leihmutterschaftsverträge und -fälle aus diesen Regionen stammen: Es sind dies der Fall *In re Baby M.* aus New Jersey (US)¹⁴⁸⁹ und der *Cotton Baby-Fall* aus Grossbritannien.¹⁴⁹⁰ Das erste Gesetz zur Regelung der Leihmutterschaft entstand im Anschluss an den *Cotton Baby-Fall* in Grossbritannien (1985).¹⁴⁹¹ Der Leihmutterschaftsvertrag *In re Baby M.* datierte de facto bereits aus dem Jahre 1976, sodass zumindest die Gerichte einzelner US-Staaten auf eine rund 40-jährige Erfahrung mit Leihmutter-schaftsverträgen zurückblicken können. – Heutzutage lassen sich zahlreiche US-amerikanische Musterverträge zur Leihmutterschaft einfach per *Mausclick* herunterladen.¹⁴⁹² – Der Leihmutterschaftsvertrag *In re Baby M.* wurde von den Gerichten allerdings als *public policy*-widrig und somit als nicht durchsetzbar betrachtet. Eine Mutter könne – so lautete die Argumentation seitens des Gerichts – nicht gegen Geld auf ihre elterlichen Rechte verzichten. Die Entgeltlichkeit sei schliesslich auch bei

¹⁴⁸⁶ Kokado, J. Japan. L. No. 40 (2015), 210 f., 227 f., 231.

¹⁴⁸⁷ Umstritten: Ren-Zong, 75 ff.; mittlerweile scheint der Schwarzmarkt in China rasant angestiegen zu sein.

¹⁴⁸⁸ Golombok, 117 ff.

¹⁴⁸⁹ Leihmutterschaftsvertrag zwischen dem genetischen Wunschvater und der Leihmutter: *In re Baby M.*, 537 A. 2d 1227 ff., 1235; 109 N.J. 396 (N.J. 1988); vgl. Holder, 78 zu zwei noch früheren Entscheiden; gleich nachfolgend zum Entscheid des höchsten Gerichts aus dem Staate Michigan von 1982.

¹⁴⁹⁰ Cotton, Kim/Winn, Denise: *Baby Cotton: for Love and Money*, London 1985; Kim Cotton hat als 23-jährige Leihmutter für 6'500 £ ein Kind (eigene Eizelle, Samen des intentionalen Vaters) ausgetragen, worauf der Staat intervenierte und ihr das Kind entzog. Der intentionale Vater (US) und seine Ehefrau «entführten» das Kind fünf Tage nach seiner Geburt aus Grossbritannien; das britische Familiengericht sprach ihnen das Sorgerecht zu; vgl. Edelmann, 146 ff.

¹⁴⁹¹ *Surrogacy Agreement Act* 1985 Chapter 49, genauer vom 16. Juli 1985, abrufbar unter: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>>, zuletzt besucht am 1. März 2015; wichtig war der «Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology», London 1984 (sog. Warnock-Bericht), abrufbar unter: <http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf>, zuletzt besucht am 5. Dezember 2015; vgl. für weitere offizielle Richtlinien und Berichte aus jener Zeit, v.a. aus Australien: Giesen, JZ 40 (1985), 653.

¹⁴⁹² Vgl. <<http://www.allaboutsurgacy.com>> oder <<http://www.growinggenerations.com>>, zuletzt besucht am 1. März 2015.

Adoptionen strikte verboten. Deshalb wurde der Fall damals unter dem Titel des Obhutrechts (*custody*) und unter Berücksichtigung des Kindeswohls beurteilt: Die gut situierten intentionalen Eltern (mit akademischem Hintergrund) erhielten das Obhutsrecht, während der Leihmutter (und ihrem Ehemann) aufgrund der nicht veräusserbaren elterlichen Rechte ein Besuchsrecht verblieb. Des Weiteren stand bereits im Jahr 1984 ein konfliktbeladener Fall zur Diskussion: *Malahoff versus Stiver* aus dem US-Bundesstaat Michigan (No. 83-4737);¹⁴⁹³ *Alexander Malahoff* hatte im Jahr 1982 mit *Ray* und *Jody Stiver* einen Leihmutterschaftsvertrag abgeschlossen. Als das Kind im Januar 1983 geboren wurde, war es von einer Erbkrankheit betroffen und litt unter einer Infektion. Angesichts dieses Befunds weigerte sich *Malahoff*, das Kind aufzuziehen und es behandeln zu lassen, sodass das Krankenhaus eine gerichtliche Verfügung erwirken musste. In der Folge klagte die Leihmutter *Stiver* auf Erfüllung des Vertrags; im Gegenzug verlangte *Malahoff* die Durchführung von Gentests zur Feststellung der Elternschaft. Daraus resultierte zum einen die genetische Elternschaft des Ehepaars *Stiver* und zum anderen, dass die Infektion durch das Sperma von *Malahoff* übertragen worden war. Daraufhin kam es zu diversen Rechtsstreite: Das Ehepaar *Stiver* klagte gegen die Intermediäre, Ärzte und Anwälte wegen unterlassener Aufklärung (bzgl. des Zeitraums für Sex), während *Malahoff* gegen die *Stivers* Klage einreichte, da sie ihm nicht zum «vereinbarten Kind» verholfen hatten. Schliesslich wurde das Kind von den *Stivers* in einem Heim untergebracht.

Diese ersten Urteile zum Leihmutterschaftsvertrag aus Deutschland (vgl. Ziff. C.2), Grossbritannien und den Vereinigten Staaten sowie die dazu erfolgten differenzierten Kommentare aus dem Blickwinkel der damaligen Doktrin (v.a. in Deutschland, doch fanden sie auch in der Schweiz eine gewisse Beachtung¹⁴⁹⁴) zeigen das Problemfeld in seinen Grundzügen bereits exemplarisch auf. An den debattierten *Topoi* wie Kommodifizierung, Kommerzialisierung und Kindeswohl als Entscheidungsmaximen hat sich seither nichts grundlegend geändert. Auch die Tatsache, dass jedes Kind *krank oder behindert* sein kann, und dass Menschen angesichts dieser unerwünschten Möglichkeiten Vorbehalte anbringen und Ängste entwickeln, ist nicht neu. – Selbst der immer wieder vorgebrachte, abwertende Vergleich der Leihmutterschaft mit einem «*Handel über menschliches Leben zu Preisen eines Mittelklassewagens*»¹⁴⁹⁵ ist nicht neueren Datums, sondern stammt *telquel* aus jener Zeit.¹⁴⁹⁶ – Die seitens der Befürwortenden der Leihmutterschaft angeführten Argumente sind ebenfalls nach wie vor dieselben geblieben: v.a. der legitime Wunsch nach einem Kind, der Persönlichkeitsschutz der Frau, Altruismus und der Verweis auf die demographische Entwicklung.¹⁴⁹⁷

¹⁴⁹³ *Andrews, Lori B.*, The Stork Market: The Law of the New Reproductive Technologies, American Bar Association Journal 70 (1984), 50 ff., 56; *Holder*, 79.

¹⁴⁹⁴ *Jäggi/Widmer*, 61 ff., 67 f.

¹⁴⁹⁵ *Engel, Martin*, Kind als Produkt?, NZZ vom 12. August 2014, abrufbar unter: <<http://www.nzz.ch/meinung/debatte/kind-als-produkt-1.18360714>>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2015; vgl. *idem*, Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl, ZEuP 22 (2014) 538 ff.

¹⁴⁹⁶ *Lauff, Werner/Arnold, Matthias*, Der Gesetzgeber und das «Retortenbaby»: Rechtspolitische Probleme der In-Vitro-Fertilisation, ZRP 17 (1984) 10, 279 ff., 282.

¹⁴⁹⁷ Vgl. nur *Fechner*, JZ 41 (1986), 653 ff., 662 ff.

B. Rechtliche Vielfalt in Europa und in Asien

1. Rechtliche Heteronomie

Die *im Anschluss an die erste Welle* in den 1980er-Jahren entstandenen, heute geltenden nationalen Regelungen zum Phänomen der Leihmutterschaft sind weltweit sehr heteronom und spiegeln geradezu die Vielfalt der ethischen Ansichten. So existiert nicht einmal *innerhalb von Europa ein einheitlicher Regelungsansatz* bezüglich der «Leihmutterschaft» bzw. hinsichtlich einer vertraglich vereinbarten Schwangerschaft. Die Leihmutterschaft wird an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft und hat unterschiedliche Rechtsfolgen.¹⁴⁹⁸ Der EGMR betont explizit, die europäischen Staaten hätten einen grossen Ermessensspielraum beim Erlass der gesetzlichen Bestimmungen zur Leihmutterschaft.¹⁴⁹⁹ Die Länderübersicht zeigt auf, dass die Leihmutterschaft in 15 der 35 Mitgliedstaaten des Europarats ausdrücklich verboten, in sieben hingegen explizit zugelassen ist und in vier weiteren grundsätzlich toleriert wird.¹⁵⁰⁰ Richtet man das Augenmerk auf die unmittelbaren Nachbarländer der *Schweiz und Deutschlands*, stellt man fest, dass die «Leihmutterschaft» auch in *Österreich*¹⁵⁰¹, *Frankreich*¹⁵⁰² und *Italien*¹⁵⁰³ verboten ist. Während eine vertraglich ver-

¹⁴⁹⁸ Gute Übersichten über diese Heteronomie der nationalen Rechtslagen finden sich u.a. in der Studie HccH, Annual Report 2014, 9 ff. sowie in Urteil des EGMR *Mennesson gegen Frankreich* vom 26. September 2014, Recueil CourEDH 2014, S. 20 § 78; s.a. Gutachten vom 17. September 2013 zur Modernisierung des Familienrechts in der Schweiz des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Avis 13-057, Lausanne, abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/veranstaltungen/familienrecht/gutachten-sir-d.pdf>>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2015 (fortan: Gutachten SIR) zur Rechtslage in Deutschland, Frankreich, England & Wales, Italien, Norwegen, Österreich; neuerdings auch *Trimmings/Beaumont*, 443 ff.; *Heiderhoff*, NJW 2014, 2673 ff.; s.a. ältere Max-Planck-Datenbank zu den rechtlichen Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin in europäischen Ländern, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, abrufbar unter: <http://www.mpicc.de/meddb/show_all.php>, zuletzt besucht am 13. März 2015 (fortan: Max-Planck-Datenbank), die allerdings nicht komplett *à jour* ist.

¹⁴⁹⁹ Urteil des EGMR *Mennesson gegen Frankreich* vom 26. September 2014, Recueil CourEDH 2014, S. 14 § 63, 19 f. § 75.

¹⁵⁰⁰ Urteil des EGMR *Mennesson gegen Frankreich* vom 26. September 2014, Recueil CourEDH 2014, S. 20 § 78.

¹⁵⁰¹ In Österreich bleibt die *Leihmutterschaft* auch nach dem Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes – FMedRÄG 2015 *verboten*, BGBl. Nr. 35/2015 vom 23. Februar 2015: Neu ist die künstliche Fortpflanzung auch in Lebensgemeinschaften und eingetragenen Partnerschaften erlaubt. Keine Öffnung ist jedoch gegenüber Einzeleltern vorgesehen. Neu ist zudem die Zulassung der *unentgeltlichen Eizellenspende wie die Samenspende Dritter*. *De jure* und *de facto* steht sie nur heterosexuellen und lesbischen Paaren offen, da in diesem Ausnahmefall Samen Dritter verwendet werden dürfen (§ 3 (2)), Eizellen hingegen dürfen nur für diejenigen Frau verwendet werden, für die sie künstlich gebraucht werden, und sofern die Empfängerin nicht älter als 45 Jahre ist (§ 3 (3)). Hervorzuheben sind ferner die neuen *Informed-Consent*-Regelungen (§§ 7 f.), welche aufzeigen, dass qualifizierte Erfordernisse betreffend die Aufklärung sowie den Inhalt und die Form der Zustimmung zu erheben sind, wie Namensangaben und Dauer der Gemeinschaft oder die notarielle Beurkundung sowie ein Gerichtsbeschluss bei der Samenspende Dritter. Per Notariatsakt können beide lesbischen Eltern Statusrechte erhalten; des Weiteren gilt die Regelung, dass ein Kind ab dem 14. Lebensjahr das Recht darauf hat, über die Eizellenspenderin bzw. den Samenzellespender, der bzw. dem es sein physisches Leben verdankt, in Kenntnis gesetzt zu werden; diese Personen können jedoch niemals zur Unterhaltspflicht gehalten werden. Es besteht ferner ein klares Kommerzialisierungs- und Werbeverbot (§ 16).

Nach § 143 ABGB bleibt denn auch die Geburtsmutterregel bestehen, und das im Ausland gebo-rene Kind einer ausländischen Leihmutter erwirbt nicht automatisch die österreichische Staats-

einbarte Schwangerschaft beispielsweise in den *Niederlanden*¹⁵⁰⁴, *Griechenland*¹⁵⁰⁵ und *Schweden*¹⁵⁰⁶ unter Einschränkungen zugelassen ist – sie muss nämlich *unentgeltlich bzw. aus sog. altruistischen Motiven* erfolgen¹⁵⁰⁷ –, ist die diesbezügliche ge-

bürgerschaft (§ 7 Staatsbürgerschaftsgesetz von 1985, BGBl. 311/1985); s. allerdings die Entscheide des VfGH Österreich vom 14. Dezember 2011, B13/11-10 und vom 11. Oktober 2012, B 99/12, die dem Kindeswohl eines durch Leihmutterschaft geborenen Kindes den Vorrang vor der Geburtsmutterregel geben und das ausländische Statusrecht des Kindes anerkennen (*Lurger, Bettina*: Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot, IPRax 2013, 3, 282 ff.).

¹⁵⁰² Vgl. Art. 16-7, 16-9 CC (1994); ferner besteht ein relativ neuer Vorschlag zur strafrechtlichen Sanktionierung der Vermittlung von Leihmutterschaften vom 13. März 2013 (Nationalversammlung betr. die Verfassung vom 4. Oktober 1958, Quatorzième Législature, beim Präsidium der Nationalversammlung registriert am 13. März 2013, Proposition de loi n. 806 présentée à l'Assemblée), der allerdings an die verfassungsrechtliche Kommission verwiesen wurde; vgl. *Perreau-Saussine, Louis/Sauvage, Nicolas*, France, in: Trimmings, Katarina/Beaumont, Paul (Hrsg.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford 2013, 119 ff., 122 ff.

¹⁵⁰³ In Italien ist entsprechend der Erklärung der Kongregation die heterologe künstliche Fortpflanzung verboten: Art. 4 para. 3 Legge 2004/n. 40 «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» (Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004), abrufbar unter: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm>>, zuletzt besucht am 13. März 2015. Interessant ist, dass das italienische Recht das Eltern-Kind-Verhältnis trotz dieses Verbots und der geltenden Geburtsmutterregel (Art. 269 CC) an die intentionale Elternschaft knüpfen kann; Art. 8 des erwähnten Gesetzes lautet nämlich: «I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6.»; Gutachten SIR, 78 f.

¹⁵⁰⁴ Vgl. *Curry-Sumner, Ian/Vonk Machteld*: Surrogacy in The Netherlands, in: Trimmings, Katarina/Beaumont, Paul (Hrsg.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford 2013, 273 ff.: Nach den Richtlinien der Medizinischen Gesellschaft haben nur verheiratete Paare Zugang zu Leihmutterschaftsdiensten. In *Norwegen* wiederum ist die Eispende, und damit auch die Leihmutterschaft, verboten (§ 2), während die Samenspende erlaubt ist und das Kind einen expliziten Anspruch darauf hat, seinen biologischen Vater in Erfahrung zu bringen (§ 6a); ferner ist (§ 4a) nach dem Kindergesetz: Lo8.04.1981 nr. 7 Lov om barn og foreldre, barnelova eine sog. «Mitmutterschaft» statt Vaterschaft möglich. Zudem soll es Aufgabe des Staats sein, die allenfalls unbekannte Mutter ausfindig zu machen; d.h. das Kind hat Anspruch darauf zu wissen, wer seine biologische Mutter ist.

¹⁵⁰⁵ Nach §§ 1455, 1458 f., 1464 Abs. 1 des griechischen Zivilgesetzbuchs, Gesetz 3305/2005 i.d.F.v. 27. Januar 2005 ist zum einen das altruistische Motiv der Leihmutter und zum anderen das medizinische Motiv der intentionalen Eltern wichtig. Gleichgeschlechtliche Paare sind allerdings von den künstlichen Fortpflanzungsmöglichkeiten ausgeschlossen. Interessant ist im griechischen Recht, dass dem Gesetz hinsichtlich des Vertrags keine besonderen Anforderungen zu entnehmen sind, weil der gerichtliche Beschluss als wichtiger eingestuft wird: zum Ganzen s. *Rokas, Konstantinos A*, Greece, in: Trimmings, Katarina/Beaumont, Paul (Hrsg.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford 2013, 143 ff., 144 f., 147.

¹⁵⁰⁶ Swedish Council on Medical Ethics, Comments on a Working document on research on biological materials of human origin from the Committee on Bioethics (DH-BIO), Council of Europe, (DH-BIO/INF (2014) 3), Stockholm 18. August 2014, Dnr S1985:A/2014/31, abrufbar unter: <<http://www.smer.se/wp-content/uploads/2014/08/Consultation-response-DH-BIO-INF-2014-3.pdf>>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2015.

¹⁵⁰⁷ Vgl. den Rechtsvergleich im Bericht des Bundesrates zur Leihmutterschaft vom 29. November 2013, 21 f.; Max-Planck-Datenbank zu den rechtlichen Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin in europäischen Ländern, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, abrufbar unter: <http://www.mpicc.de/meddb/show_all.php>, zuletzt besucht am 13. März 2015.

setzliche Situation in *Belgien* noch nicht geregelt; somit ist die Leihmutterschaft dort bis anhin prinzipiell zugelassen, setzt allerdings einen ordentlichen Gerichtsbeschluss voraus.¹⁵⁰⁸

Das *Länderrecht von Grossbritannien* gilt als das klassische Beispiel für eine schon seit vielen Jahren – wenn auch stark eingeschränkt – zulässige, *altruistische* Leihmutterschaft (*Surrogacy Arrangement Act*, 1985): Sec. 2 (2) SAA stellt etwa klar, dass aus einer solchen keine Kriminalisierung resultieren soll. Seit dem Inkrafttreten des *Human Fertilisation and Embryology Act* (1990) verfügen die intentionalen Eltern¹⁵⁰⁹ über die Möglichkeit, ihre Elternrechte *ex post* mittels eines gerichtlichen «parental order» zu erwerben bzw. die betreffenden Rechte der gebärenden Leihmutter (und ihres Ehemanns) *uno actu* aufzuheben.¹⁵¹⁰ Seither ist eine Klausel eingefügt worden, die festschreibt, dass ein Leihmutterschaftsvertrag nicht durchsetzbar sei. Auch die reinen Aufwendungen, die für eine Leihmutterschaft bezahlt werden dürfen, sind rechtlich nicht einklagbar, d.h. nicht durchsetzbar.¹⁵¹¹ – Im Osten Europas ist die Leihmutterschaft in der *Ukraine*¹⁵¹² sowie in *Georgien für Paare wie auch für Einzelpersonen*¹⁵¹³ in allen Varianten zugelassen. Beide Länder sind beliebte Destinationen für den Fortpflanzungstourismus aus der Schweiz und Deutschland.

Vergleicht man diese Regelungen mit denjenigen in den Nachbarländern Japans, so ergibt sich – wie schon eingangs erwähnt –, dass auch innerhalb Asiens keine Regelungseinheit besteht, was allerdings wenig erstaunt. In *China* erliess das Gesundheitsministerium im Jahre 2001 zwar eine entsprechende administrative Verordnung mit Verbot, das durch die ethischen Richtlinien zur Fortpflanzungstechnologie aus dem Jahr 2003 bestätigt wurde¹⁵¹⁴ –, dennoch soll der «Markt» inzwischen laut Doktrin¹⁵¹⁵ und Zeitungsberichten aus dem Jahr 2014 ausgesprochen florieren.¹⁵¹⁶ Dies

¹⁵⁰⁸ Stand Dezember 2014; es war aber auch Diskussionsthema vgl. <http://justice.belgium.be/fr/nouvelles/autres_communiqués/news_2014-08-04.jsp>, zuletzt besucht am 12. März 2015; allerdings wäre die entgeltliche Leihmutterschaft wohl sittenwidrig; s.a. Brunet, Laurence/Carruthers, Janeen/Davaki, Konstantina/King, Derek/Marzo, Claire/McCandless, Julie (Hrsg.), Directorate General for Internal Policies: Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs: A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, European Union Mai 2013, PE 474.403 (fortan: Studie EU 2013, PE 474.403): zu Belgien 56 f., 206 ff.

¹⁵⁰⁹ Verheiratet oder nicht, Paar oder Einzelperson.

¹⁵¹⁰ Die Sec. 54 Human Fertilisation and Embryology Act i.d.F.v. 2008 erweiterte die Voraussetzung für die gerichtliche Zusprennung eines «parental orders» u.a. auf homosexuelle und unverheiratete Paare.

¹⁵¹¹ Sec. 1B SAA; Studie EU 2013, PE 474.403, 58.

¹⁵¹² Art. 123 des ukrainischen Familiengesetzes (i.d.F. 22. Dezember 2006, Nr. 524 V); dabei muss der Vertrag schriftlich sowie notariell beurkundet sein und die Leihmutter hat das Recht, das Neugeborene als ihr Kind zu behalten; es sind jedoch keine Gerichtsurteile zur Übertragung der Statusrechte nötig, das intentionale Paar wird direkt als Eltern eingetragen (*Frishberg, Alex*: The ABC's of Ukrainian Family Law, Ukrainian Family Law Group, Kiev 2012).

¹⁵¹³ Die georgische Gesetzgebung lässt die Leihmutterschaft nach Art. 143 Abs. 1 (b) Gesundheitsschutz seit 1997 zu, wobei der Leihmutter keine Statusrechte zukommen.

¹⁵¹⁴ *Huo*, 93 ff.; u.a. durch die ethischen Richtlinien zur Fortpflanzungstechnologie vom 23. Februar 2003: vgl. Japanese Institution for Standardizing Assisted Reproductive Technology (JISART) (<http://www.jisart.jp/>), zuletzt besucht am 29.1.2018.

¹⁵¹⁵ *Huo*, 93.

¹⁵¹⁶ Es wurde schon im Jahre 2014 über 10'000 Kindern aus illegaler Leihmutterschaft gerechnet: *Johnson, Ian/Li Cao*, China Experiences a Booming Underground Market in Surrogate Mother-

lässt sich wohl u.a. auch mit der demographischen Entwicklung des Landes und seiner rigorosen Ein-Kind-Familienpolitik erklären. In *Südkorea* bestehen weder gesetzliche Einschränkungen noch Regelungen, sodass sich in Fachkreisen unterschiedliche ethische Standards herausgebildet haben.¹⁵¹⁷ In *Kambodscha* und *Vietnam* ist die Leihmutterschaft ebenfalls erlaubt; in islamischen Staaten wie *Malaysia* oder *Indonesien* ist sie indes verboten.¹⁵¹⁸

2. Regelungen im Wandel

Auch bereits bestehende nationale Regelungen sind *dem Wandel unterworfen*:

Je nachdem kommt es hier oder dort zu Präzisierungen, Verschärfungen oder auch zu Lockerungen der bisherigen Regelungen: Beispielsweise wurde im *kalifornischen Familienrecht* im Jahr 2012 eine neue Pflicht für die je unabhängige Rechtsvertretung beider Parteien sowie eine Pflicht zur Aufklärung eingeführt, bevor die ersten Schritte zur vereinbarten Schwangerschaft eingeleitet werden. Ferner wurden qualifizierte Formvorschriften für den Vertrag aufgestellt.¹⁵¹⁹ In *Thailand* und *Indien* wurden im Jahr 2013 erstmals gewisse Regulierungen erlassen. Andere Länder wie *Schweden* oder *Estland* ziehen aktuell eine Lockerung des Verbots in Erwägung.¹⁵²⁰ Und schliesslich ist in Ländern wie *China*, in denen illegale Tätigkeiten grassieren, ebenfalls laufend mit Gesetzesänderungen zu rechnen.

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

1. Steigende Anzahl der internationalen Leihmutterschaften und Anerkennungsfragen

Die Anzahl der vertraglich vereinbarten Schwangerschaften hat weltweit zugenommen, und zwar trotz der zwischenzeitlich entstandenen, nationalen Gesetze und teilweisen Verbotsnormen, die in gewissen Ländern nach der ersten Welle von Urteilen erlassen wurden. Immer mehr Menschen aus der Schweiz, Deutschland und Japan nutzen seit Beginn dieses Jahrhunderts die diesbezüglich offeneren Rechtslagen in anderen Ländern. Das Phänomen der vertraglich vereinbarten Schwangerschaften sorgt also nach 30 Jahren noch immer für Diskussionen, die über die Schweiz, Deutschland und Japan hinaus reichen. Diese Internationalisierung der Leihmutter-

hood, NY Times vom 2. August 2014 (abrufbar unter <<http://www.nytimes.com/2014/08/03/world/asia/china-experiences-a-booming-black-market-in-child-surrogacy.html>>, zuletzt besucht am 29.1.2018).

¹⁵¹⁷ Golombok, XVI; Jung-Ok, Ha: Current issues on a standard for surrogate pregnancy procedures, *Clinical and Experimental Reproductive Medicine (CERM)* 39 (2012) 4, 138 ff.

¹⁵¹⁸ Zur globalen Problematik der Leihmutterschaft s. Freeman, Michael/Hawkes Sarah/Bennett, Belinda (Hrsg.), *Law and Global Health, Current Legal Issues* Bd. 16., Oxford 2014, 221 f.

¹⁵¹⁹ Cf. *California Family Code Sec. 7962 (b)(c)*, eingeführt durch die *California Assembly Bill* No. 1217, Chapter 466, Änderung per 23. September 2012.

¹⁵²⁰ Stoll, Jane: *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood: Swedish Law in a Comparative Context*, Uppsala University (Hrsg.), Uppsala 2013.

schaft hat vermehrt Fragen der Anerkennung von Kind-Eltern-Verhältnissen aus ausländischen Leihmutterschaften aufgeworfen und regt zugleich zum Überdenken der geltenden nationalen Lösungen¹⁵²¹ an.

Bereits im Jahr 2011 berichtete die *Haager Konferenz für Internationales Privatrecht* über das zunehmend florierende internationale Geschäft der «Leihmutter-schaft»,¹⁵²² worauf die im Jahre 2014 publizierte Studie entstanden ist (fortan: Studie HccH 2014), die das Projekt «*Parentage/Surrogacy*» der *Haager Konferenz für Internationales Privatrecht* offiziell ins Leben gerufen hat.¹⁵²³ Ziel des Projektes ist es, durch die Haager Konferenz eine Expertengruppe zu ernennen, die damit beauftragt werden soll, einen multilateralen Staatsvertrag zu verfassen (vgl. Sec. V der Studie HccH 2014). Obschon diese Studie HccH 2014 auf einer umfassenden Länderbefragung zum Thema basiert, *lässt sich die Anzahl der vertraglich vereinbarten Schwangerschaften im Ausland kaum bestimmen*: Aufgrund der nationalen Verbote oder der grösseren Hürden für eine «Leihmutter-schaft»¹⁵²⁴ werden die betroffenen Eltern in die Illegalität abgedrängt und die Frauen, welche die Kinder austragen, müssen praktisch ausserhalb einer Institution gebären. Eine weitere Lösung besteht darin, dass die intentionalen Eltern, sofern es sich um ein heterosexuelles Paar handelt, ins Ausland reisen und nach einer «Auslandgeburt» ihres in Auftrag gegebenen Kindes u.U. wieder in ihr Wohnsitzland einreisen und dieses Kind ins Geburtsregister eintragen lassen, sodass eine Leihmutter-schaft gar niemandem auffällt bzw. auffallen muss (die Sensibilisierung bei den Behörden hat diesbezüglich allerdings zugenommen.). Oder die intentionalen Eltern unterlassen es, das im Ausland geborene Kind im eigenen Land eintragen zu lassen. Laut der Studie HccH 2014 sind die Dunkelziffern in Ländern mit permissiver Rechtslage (z.B. Australien) nach wie vor hoch. In den USA, wo die Leihmutter-schaft teils zugelassen ist, hat beispielsweise ein in der

¹⁵²¹ In Indien ist am 21.11.2016 *The Surrogacy (Regulation) Bill 2016* eingeführt worden: Bill No. 257 of 2016. Das Gesetz will aber nur noch die unentgeltliche (altruistische) Leihmutter-schaft für unfruchtbare indische Paare zulassen; diese sollen zudem fünf Jahre verheiratet sein und ein gewisses Alter (Frauen 23–50, Männer 26–55 J.) aufweisen. Das Gesetz ist indes bereits kritisiert und die Öffnung gegenüber nicht verheirateten Paaren und Einzelpersonen wird diskutiert (September 2017). Ein älterer Entwurf des Einzelparlamentariers und Arztes *Solanki Kirit Premjibhai* vom Oktober 2014 «*The Surrogacy Regulation Bill No. 61 of 2014*»; ferner existiert der Entwurf «*The Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill of 2013*», welcher z.B. von intentionalen Eltern ein Depositum verlangen will; breit diskutiert wurde der Gesetzesentwurf von 2008 mit Vertragsvorlagen, der zeitnah nach dem *Manji*-Fall erlassen worden ist und beispielsweise nur intentionale Eltern aus sog. leihmutter-schaftsfreundlichen Staaten zulassen sollte; vgl. ferner die effektiv immer noch beachteten standesrechtlichen Leitlinien (2005) dazu *Trimnings/Beaumont*, 444 ff.; *Bertschi*, 157 ff., 163 ff.; *Pande*, 206 ff.

¹⁵²² HccH, Permanent Bureau, «Private International Law Issues surrounding the Status of Children, including Issues arising from International Surrogacy Arrangements», Preliminary Document N° 11 of March 2011 for the attention of the Council of April 2011 on General Affairs and Policy of the Conference, abrufbar unter: <www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>, zuletzt besucht am 11. November 2016.

¹⁵²³ HccH, «*A Study on Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*», Preliminary Document N° 3C of March 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference (fortan: Studie HccH 2014, inkl. Annex 1 zur Terminologie), abrufbar unter: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03c_en.pdf>, zuletzt besucht am 11. November 2016; es existiert ferner die rechtsvergleichende Studie: Studie EU 2013, PE 474.403, bei der die Schwierigkeiten, zu akkuratem Zahlenmaterial zu gelangen, noch grösser waren.

¹⁵²⁴ Vgl. zur heteronomen Rechtslage Ziff. 4.

Sache engagierter Rechtsanwalt von 2008 bis 2014 eine Verdopplung der internationalen Leihmutterchaften von 100 auf 200 angegeben. Für das Jahr 2013 wurde auch mit mehreren Tausend Kindern aus Indien gerechnet, die durch eine vertraglich vereinbarte Leihmutterchaft entstanden sind.¹⁵²⁵

Wie viele schweizerische, deutsche oder japanische intentionale Eltern insgesamt pro Jahr eine vertraglich vereinbarte Schwangerschaft im Ausland in Anspruch nehmen, lässt sich also nicht genau in Erfahrung bringen:¹⁵²⁶ In Bern wurden beispielsweise laut einem Zeitungsbericht vom Sommer 2014 seit dem Aufkommen des Phänomens vor zwei bis drei Jahren um die 15 Verdachtsfälle gemeldet,¹⁵²⁷ während in Zürich keine bekannt geworden sind und in Luzern überhaupt keine Statistik dazu geführt wird. Gemäss der besagten Studie HccH 2014 berichteten hingegen Ärztinnen und Ärzte aus der Ukraine von 80 schweizerischen intentionalen Wunscheltern.¹⁵²⁸ Von einer schweizerischen Expertin stammt die Auskunft (2015), es seien ihr über 50 Fälle mit einem Konnex zur Schweiz bekannt, wobei die Anfragen spürbar zunehmen würden. Die Schätzungen im Leihmutterchaftsbericht des Bundesrats vom 29. November 2013 gehen von zehn Fällen pro Jahr aus,¹⁵²⁹ was bestimmt als zu tief gegriffen angesehen werden kann.¹⁵³⁰

Es ist davon auszugehen, dass die Anzahl an internationalen Leihmutterchaften in den letzten fünf bis sechs Jahren weltweit drastisch zugenommen hat und pro Jahr mit mehreren Tausend Kindern aus Leihmutterchaften zu rechnen ist. Der grosse Babyboom findet in den Ländern statt, in denen die Leihmutterchaft zu einem völlig legalen Geschäft geworden ist: vor allem in den betreffenden 18 von 50 Bundesstaaten der USA, ferner in Indien, Thailand (das jetzt allerdings ein Verbot in Erwägung zieht) sowie zunehmend auch in China, der Ukraine und Georgien.

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

Im Jahr 2014 wurden dem EGMR insgesamt drei Fälle zur Leihmutterchaft zur Entscheidung vorgelegt: Dabei erachtete das Gericht in zwei Fällen gegen den Staat Frankreich aus der Perspektive des Kindes dessen Recht auf ein Familienleben

¹⁵²⁵ Studie HccH 2014, 56 ff., 57 m.w.H. zu US-Zahlen; s.a.: U.S. Department of Health and Human Services, American Society for Assisted Reproductive Technology (SART), Success Rates, National Summary and Fertility Clinic Reports 2004, publiziert im Dezember 2006 (abrufbar unter: <<http://ftp.cdc.gov/pub/publications/art/2004ART508.pdf>>, zuletzt besucht am: 6. Dezember 2015), im Jahr 2008 gab es 1400 Leihmutterchaftsgeburten.

¹⁵²⁶ So auch die Länderberichte auf Fragen der Haager Konferenz: s. Studie HccH 2014, 56.

¹⁵²⁷ Michel, Meret: Leihmutterchaft in der Schweiz: Ein Kind mit Geld-Zurück-Garantie kaufen, Die Wochenzeitung (WOZ) 35 (2014) vom 28. August 2014, abrufbar unter: <<https://www.woz.ch/-5369>>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2017.

¹⁵²⁸ Studie HccH 2014, 56, insb. Fn. 515.

¹⁵²⁹ Bericht des Bundesrates zur Leihmutterchaft vom 29. November 2013, 38 f.

¹⁵³⁰ Siehe auch: Tages-Anzeiger Online «Leihmutter für 25'000 Franken» vom 23. September 2014: abrufbar unter <<http://www.tagesanzeiger.ch/leben/gesellschaft/Leihmutter-fuer-25-000Franken/story/11679351>>, zuletzt besucht am 13. März 2015: Experten gehen von Hunderten von Paaren aus.

(Art. 8 EMRK) für verletzt: die Fälle *Labassee und Menesson gegen Frankreich*.¹⁵³¹ Hingegen wurde in beiden Fällen eine entsprechende Verletzung der Rechte der intentionalen Eltern (Art. 8 EMRK) verneint, da das Gericht prinzipiell anerkannte, dass legitime Interessen eines Staates an einem «Leihmutterschaftsverbot» und dessen Befolgung zu respektieren seien, womit es im Heimat- bzw. im Wohnland auch zu Verzögerungen und Trennungen kommen könne. Auf den dritten Fall (*D. et al. gegen Belgien*) – in dem einem in der Ukraine von einer Leihmutter geborenen Kind der belgische Pass mit einer grösseren Verzögerung, aber schliesslich doch noch ausgestellt wurde – trat das Gericht nicht ein,¹⁵³² zumal die Eltern für die Verzögerung der Einreise um mehrere Monate mitverantwortlich waren, da sie dem Gericht die für eine Anerkennung vorausgesetzten Dokumente (Nachweis der genetischen Abstammung der intentionalen Eltern, Geburtsurkunde) nicht bereitgestellt hatten.

Zwischenzeitlich wurden weitere Klage gegen den Staat Frankreich vor dem Europäischen Gerichtshof behandelt, in denen der Europäische Gerichtshof seine Rechtsprechung in den Fällen *Labassee und Menesson* gegen Frankreich aus dem Jahre 2014 bestätigte und entsprechend jeweils (nur) den genetischen Vater anerkannte: Der jüngste Fall ist *Laborie et al. c. France* (Nr. 44024/13), der am 19. Januar 2017 entschieden wurde. Der Fall handelt von zwei im Jahr 2006 in der Ukraine geborenen Kindern eines französischen Ehepaars. Der EGMR entschied wie in den vorangehenden Fällen, dass das Recht auf Privat- und Familienleben der Kinder nach Art. 8 EMRK verletzt sei; dasjenige der Eltern auf Familienleben nach Art. 8 EMRK indes nicht. Bereits der Fall *Foulon et Bouvet c. France* (Nr. 9063/14, Nr. 10410/14, die Verfahren wurden vereint) wurde am 21. Juli 2016 im Sinne der Rechtsprechung *Labassee und Menesson* gegen Frankreich entschieden. In diesem Fall der 2009 geborenen Tochter *Bovet* von *Didier Foulon*, die von einer indischen Frau ausgetragen worden war, nahmen die französischen Gerichte u.a. an dem tiefen Entgelt von 1500 Euro an die Leihmutter Anstoss.

Bemerkenswert an diesen europäischen Fällen gegen Frankreich ist Folgendes: Zum einen waren in diesen beiden jüngeren Fälle die vorinstanzliche Gerichte der *Region Nantes* zuständig (was für eine besondere regionale Strenge spricht), und zum andern fanden die betreffenden Geburten bereits vor geraumer Zeit statt, sodass die Kinder zwischenzeitlich bereits ein beachtliches Alter erreicht haben (werden), bis der EGMR in diesen Fällen schliesslich entscheiden kann. – Im Kindesinteresse wären daher zweifellos raschere Instanzenzüge und Entscheide. – Der jüngste Fall gegen Frankreich, *Laborie gegen Frankreich*, ist insoweit von besonderer Bedeutung, als im Nachgang an dieses EGMR-Urteil (das die alte EGMR-Rechtsprechung bestätigte) in Frankreich die ukrainische Geburtsurkunde, in welcher beide intentionalen Elternteile eingetragen waren, doch noch transkribiert worden ist. Das heisst, im Endresultat ist auch die nicht genetische intentionale Mutter im französischen Ge-

¹⁵³¹ In der rigorosen Haltung der französischen Rechtsprechung, die dem Kind jede Möglichkeit verwehrt, diese faktischen (familiar gelebten) Beziehungen rechtlich verfestigen zu lassen, sah der EGMR eine Verletzung von Art. 8 EMRK: Urteil des EGMR *Mennesson gegen Frankreich* vom 26. September 2014, Recueil CourEDH 2014, S. 20 § 78; Urteil des EGMR *Labassee gegen Frankreich* (Nr. 65941/11) vom 26. Juni 2014; s.a. bereits Ziff. III/A/b.

¹⁵³² Definitiver Entscheid des EGMR *D. et al. gegen Belgien* (Nr. 29176/13), Pressemitteilung vom 11.9.2014 (ECHR 252 2014).

burtsregister eingetragen worden und das Kind-Eltern-Verhältnis zu ihr wurde auch anerkannt.¹⁵³³ – Womit sich eine vom Europäischen Gerichtshof eigenständige nationale Lösung der Anerkennungsfrage in ausländischen Leihmutterschaftsverhältnissen abzeichnet.

Am 24. Januar 2017 hat nun erstmals die Grosse Kammer des EGMR über die Anerkennungsfragen in einem ausländischen Leihmutterschaftsverhältnis entschieden. Im Fall *Paradiso/Campanelli gegen Italien* (Nr. 25358/12) entscheidet die Grosse Kammer, dass die Beziehung zwischen einem aus ausländischer Leihmutterschaft geborenen Kind und dem (Wunsch)Elternpaar, die acht Monate gedauert hat und weder eine biologische noch eine rechtliche Elternschaft begründet, nicht als Familie im Sinne von Art. 8 EMRK (*de facto* Familie) qualifiziert werden könne. Dies auch dann nicht, wenn die emotionale Verbundenheit zum Kind unbestritten ist und der Mann ursprünglich davon ausgegangen war, dass das Kind aus seinen Samenzellen stamme.¹⁵³⁴ Der Entzug des Kindes (mit Kontaktverbot) und seine spätere Unterbringung in einer Pflegefamilie durch die italienischen Behörden verletze auch nicht das Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK, weil die Verletzung zum einen rechtlich gestützt gewesen sei, weil italienisches Recht (Adoptionsrecht, Leihmutterschaftsverbot) verletzt worden ist und zum anderen sie auch gehörig motiviert gewesen sei, denn die strengen Massnahmen hätten dazu gedient, rechtliche Unsicherheiten zu verhindern und die Rechte des Kindes sowie dessen Freiheit zu schützen.¹⁵³⁵ – Das italienische Ehepaar *Paradiso/Campanelli* hatte mehrmals vergeblich versucht, ein Kind *in vitro* zu erzeugen und stand in einem als langwierig erscheinenden Adoptionsverfahren als es sich entschloss, in einer Moskauer Klinik mit einer Leihmutter, einer anonymen Eizellenspende und den Samenzellen des Mannes ihren Kinderwunsch zu erfüllen. Das Kind aus diesem Leihmutterschaftsverhältnis wurde im Februar 2011 geboren. Die Leihmutter verzichtete schriftlich auf ihre Elternrechte zugunsten *Paradiso/Campanelli*, wobei ihr die Erklärung auch vor Zeugen vorgelesen wurde. Das Kind wurde als Sohn von *Paradiso/Campanelli* in einer russischen Geburtsurkunde eingetragen. Zwei Monate später wurde in Italien ein Strafverfahren gegen das Ehepaar eröffnet wegen Missachtung der internationalen Adoptionsvorschriften und der Umgehung der italienischen Fortpflanzungsbestimmungen, welche neben Leihmutterschaft auch die heterologe Insemination verbieten. Vier Monate

¹⁵³³ Bestätigung durch die Rechtsvertreterin.

¹⁵³⁴ Die Grosse Kammer (GK) stellt fest, dass keine biologische und keine rechtliche Elternschaft des Ehepaars besteht (Rz. 142-147). Die GK erklärt, dass ausnahmsweise auch ohne biologische oder rechtliche Elternschaft ein *de facto* Familienleben anerkannt werden könne, wenn eine « genuine persönliche » Verbundenheit bestehe (Rz. 148-150). Dafür seien drei Kriterien massgebend: die emotionale Verbundenheit, die Rolle der Eltern vis-à-vis Kind und die Dauer des Zusammenlebens (Rz. 151). Die emotionale Verbundenheit mit dem Kind und der Familienwunsch/-wille vis à vis dem Kind sind unbestritten (Rz. 151). Zur Dauer hält die GK fest, es könne keine spezifische minimale Dauer des Zusammenlebens festgelegt werden, es müsse immer die Qualität der Beziehung entscheidend bleiben (Rz. 153). In casu sei aber die Dauer von ca. 8 Monate (2 in Italien, 6 in Russland) zu kurz gewesen angesichts der fehlenden biologischen Elternschaft zu beiden Elternteilen. Auch wenn der Mann geglaubt hatte, der biologische Vater zu sein, so vermöge das eine biologische Elternschaft nicht zu « kompensieren » (Rz. 153-154). Auch sei nach dem Entzug des Kindes das Zusammenleben nicht mehr wieder aufgenommen worden (Rz. 155-156).

¹⁵³⁵ Vgl. Rz. 177 f.; die Massnahmen der italienischen Behörden halten schliesslich nach Auffassung der Grossen Kammer auch einer Verhältnismässigkeitsprüfung in einer demokratischen Gesellschaft stand (Rz.179-216, 200ff.).

später ergab sich durch DNA-Gutachten, dass das Kind auch nicht biologisch verwandt war mit dem Vater. Zwei Monate später wurde das Kind dem Ehepaar entzogen und in einem Kinderheim untergebracht; zusätzlich wurde ein Kontaktverbot erhoben. Im Jahre 2013 kam das Kind von dort zu einer Pflegefamilie. – Das Ausserordentliche an diesen Fall ist nicht nur der Sachverhalt, sondern auch die Tatsache, dass die Kleine Kammer des EGMR zwei Jahre zuvor, im Januar 2015 noch entschieden hatte, dass eine Verletzung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK durch den Staat Italien vorliege und das Ehepaar in den gemeinsamen sechs Monaten im Jahr 2011 eine Beziehung zu dem Kind aufgebaut hätten und die Behörden keinen dringenden Gefährdungsverdacht gehabt hätten (wobei das Kind der Pflegefamilie nicht mehr entzogen werden sollte).¹⁵³⁶ Aber der Entscheid wurde auf Begehren des Staates Italien an die Grosse Kammer überwiesen. Der Entscheid der Grossen Kammer erging mit 11:6 Stimmen.

Wie diese Beispiele illustrieren, *besteht noch weiterer rechtlicher Klärungsbedarf des EGMR*: Wie die Anerkennung der nicht genetischen Elternschaft generell zu beurteilen ist¹⁵³⁷ und welche Zeitspanne etwa bei der verzögerten Einreise eines Kindes für dessen Wohl noch akzeptabel ist, oder ob dieses nicht mit dem intentionalen Elternteil (bzw. mit seiner unmittelbaren Betreuungsperson, im Falle von *Manji* beispielsweise mit seiner Grossmutter) provisorisch auch ohne Visum sollte einreisen können.¹⁵³⁸ Dass die französischen Behörden zwischenzeitlich aufgezeigt haben, wie diese Fälle nach Sach- und Kollisionsrecht befriedigender gelöst werden könnten,¹⁵³⁹ stimmt hoffnungsvoll und zeigt, dass nationale Rechtsprechung nicht auf das Mindestschutzmass einer europäischen Rechtsprechung reduziert zu werden braucht.

Im Übrigen scheint sich aber auf der Ebene des EGMR ein gewisser Konsens herauszubilden, als dem Kindeswohl Vorrang zukommt und prinzipiell *ein Kind nach der Geburt nicht ohne rechtlichen Elternteil verbleiben soll*, nur weil internationale Rechtsverhältnisse (z.B. infolge der Unterscheidung von genetischer und biologischer Mutterschaft) für Rechtsunsicherheiten sorgen.¹⁵⁴⁰ Diese Tendenz ist vorbehaltlos zu begrüssen und entspricht denn auch dem Völkerrecht, insbesondere Art. 3 (Vorrang des Kindeswohls) und Art. 7 (Anspruch auf Staatsrecht) der UN-Kinderrechtskonvention, die in allen drei hier verglichenen Rechtsordnungen als direkt anwendbares Recht gelten.

¹⁵³⁶ Krit. zur *de facto* Familie von 6 Monaten: *Trimnings/Beaumont*, Working Paper (2015) 2, 9.

¹⁵³⁷ Im Urteil des EGMR *Paradiso und Campanelli gegen Italien* (Nr. 25358/12) vom 27. Januar 2015 wurde die Frage der genetischen Elternschaft bez. des Familienbegriffs angeschnitten: Die intentionalen Eltern, die beide nicht genetisch verwandt waren, seien nicht vom weiten *de facto*-Familienbegriff nach Art. 8 EMRK ausgeschlossen.

¹⁵³⁸ Vgl. Art. 7 UN-KRK: *Diel*, 210 ff.

¹⁵³⁹ *Fabre-Magnan*, Rec. Dalloz (2015) 4, 225; *Margérand*, RTD Civ. 2015, 325 f.

¹⁵⁴⁰ *D. and Others vs. Belgium* 29176/13 vom 8. Juli 2014; international besonders abschreckende Fälle waren etwa diejenigen von *Manji* (2008), die theoretisch sechs «Mütter» hätte haben können, aber bis zum Gerichtsentscheid elternlos blieb; ähnlich *John A. Buzzanca vs. Luanne H. Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410 (1998); das Ontario *Court of Appeal* (Canada), *AA. vs. BB.* ONCA 2, vom 2. Januar 2007 (C39998) hat als zu diskutierende Alternative entschieden, dass eine zweite Frau als Mutter anerkannt wird.

D. Rechtsvergleichende Ergebnisse

1. *Anerkennungsfrage wird noch zu wenig von der rechtlich-ethischen Leihmutterchaftsdebatte an sich getrennt*

a) Vor und nach der Geburt: Ein anderer Sachverhalt

Die debattierten Topoi wie die Kommodifizierung, die Kommerzialisierung, das traditionelle Eltern-Kind-Verständnis¹⁵⁴¹ und das Kindeswohl als Entscheidungs-maxime für Urteile zur Beurteilung der Leihmutterchaft unterscheiden sich von der ersten lokalen deutschen bis zur zweiten internationalen Welle von Urteilen nicht grundlegend. Dies gilt über die verschiedenen Landesgrenzen hinweg für alle drei Rechtsordnungen. Die aufgeworfenen rechtlich-ethischen Probleme und Diskussionen hinsichtlich der Leihmutterchaft sind global ähnlich.¹⁵⁴² Es finden sich im Zusammenhang mit dem Phänomen Leihmutterchaft kaum substantielle Argumente, welche die deutschen Gerichte und die deutsche Doktrin (oder die US-Rechtsprechung¹⁵⁴³) in den 1980er-Jahren nicht schon angeführt haben.

Diese Feststellung mag aber auch ein Hinweis dafür sein, dass in dieser zweiten Welle von kollisionsrechtlichen Urteilen möglicherweise *noch nicht genügend scharf zwischen sach- und kollisionsrechtlichen Fragestellungen der Leihmutterchaft unterschieden wird*, obschon dies in der Lehre gefordert wird.¹⁵⁴⁴ Bei der international privatrechtlichen Anerkennungsfrage geht es, wie schon eingangs ausgeführt, nicht mehr darum, «die Leihmutterchaft» sachrechtlich zu beurteilen und zu akzeptieren, zuzulassen oder zu verbieten. Denn in dieser Phase ist die Schwangerschaft bereits vorbei und das Kind geboren. Es geht im Kollisionsrecht vielmehr darum, ob das Kindsverhältnis, das aus einer (teils weit) zurückliegenden, verbotenen Leihmutterchaft hervorgegangen ist, zu anerkennen ist oder nicht. Es geht also nicht nur darum – wie im IPR ansonsten üblich –, die fremden und inländischen Vorstellungen zur gleichen Rechtsfrage (Leihmutterchaft) abzustimmen; vielmehr stellt sich *nach der Geburt des Kindes durch die Leihmutter ein anderer Sachverhalt, und damit eine neue Rechtsfrage*, namentlich die Frage nach der Anerkennung oder Nichtanerkennung des neu entstandenen Kind-Eltern-Verhältnisses mit primär folgenschweren Konsequenzen für das Kind. Mit anderen Worten: Es geht sachverhaltsmässig nicht um das ausländische B und das inländische B, sondern um ein ausländische B und ein inländisches C. Daraus lässt sich dogmatisch zwanglos schliessen, dass im Anerkennungsentscheid auch *nicht die Frage nach der Rechtsumgehung des Leihmutterchaftsverbots im Ausland im Vordergrund stehen kann*. Ebenso wenig geht es in der Schweiz, in Deutschland und Japan im Falle einer im Ausland vollzogenen Leihmutterchaft um die Bewertung der Leihmutterchaft an sich, sondern vielmehr um *die Anerkennungsfrage des im Ausland begründeten Kind-Eltern-Verhältnisses*. Ist

¹⁵⁴¹ Ehrensperger, Elisabeth: Leihmutter und das Bekenntnis zum Kind, NZZ vom 17. Juni 2014, abrufbar unter: <<http://www.nzz.ch/meinung/debatte/leihmuetter-und-das-bekenntnis-zum-kind-1.18323688>>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2015; «Es kann keine Mutter-Kind-Beziehung geben, wenn sie von körperlichen Bindungen losgelöst wurde.»

¹⁵⁴² Pande, 71 ff., 74.

¹⁵⁴³ *In re Baby M* (1988); s. für mehr Rechtsprechung Spivack, 97 ff.; Bertschi, 109 ff.

¹⁵⁴⁴ Heiderhoff, NJW 2014, 2673 ff., 2674.

das Kindsverhältnis zu zwei Vätern zu anerkennen, kann sich die Frage der Bewertung der geschlechtlichen Orientierung der Eltern des Kindes ergeben.

b) Kindeswohl versus (anerkennungsrechtlicher) *Ordre public*

Ist ein Kind geboren, so hat es Anspruch darauf, dass sein Wohl geschützt wird. *So schreibt es das Völkerrecht für die Schweiz, Deutschland und Japan vor* (Art. 3 UN-KRK). Was den kollisionsrechtlichen Fällen gemeinsam ist: In allen existiert zumindest ein intentionales Elternpaar (evtl. ein intentionaler Elternteil), das bereit ist, für dieses Kind zu sorgen und dies teilweise schon seit Jahren getan hat. – Das ist zum Teil schon mehr, als andere Kinder überhaupt erwarten können. – Welchem Gericht oder welcher Behörde steht es also zu, einem Kind diese Eltern rechtlich zu verweigern, zumindest solange keine anderen (genetischen/leiblichen) Eltern Ansprüche stellen?¹⁵⁴⁵ Dass es imperfekte Eltern gibt – auch solche, die Gesetze umgehen –, ist in allen Rechtsordnungen bekannt; doch ist das für sich genommen regelmässig noch kein Grund, einem Kind die Statusrechte zu aberkennen.

Die aktuelle deutsche Rechtsprechung hat gezeigt, dass die Anerkennung des in den USA gültig begründeten Kind-Eltern-Verhältnisses nicht dem Grundgedanken des deutschen Rechts widerspricht – zumindest nicht abstrakt widersprechen muss:

Aus Sicht des Staates geht es darum, dass jedes Kind Eltern braucht und es versorgt werden muss. Da die Leihmutter das Kind meist nicht will oder sie nicht auffindbar ist, stehen in der Realität die intentionalen Eltern als rechtliche Eltern oder eine Institution zur Verfügung. Im Interesse des Kindes liegt es, das rechtliche Eltern-Kind-Verhältnis unmittelbar herzustellen oder zumindest baldmöglichst zu klären. Zur Sicherung seines Wohls und der elterlichen Verantwortlichkeit ist *die im Alltag verlässliche soziale Elternschaft* (und zwar jenseits des Geschlechts) hoch zu gewichten. Inwiefern sich zwischen der Leihmutter und dem Embryo schon während der Schwangerschaft eine Beziehung entwickelt, die um jeden Preis geschützt werden muss, bleibt offen. Die individuellen Interessen der intentionalen Eltern treten grundsätzlich in den Hintergrund.

Dem Kindeswohl (und der Anerkennung des Kind-Eltern-Verhältnisses) kommt im Kollisionsrecht nach dem deutschen BGH-Entscheid der Vorrang gegenüber der Befolgung des Leihmutterschaftsverbots zu; dies zumal ungewiss ist, ob das Leihmutterschaftsverbot überhaupt Teil des materiellen *Ordre public* ist.¹⁵⁴⁶ Der *Ordre public* dient jedenfalls weder im schweizerischen noch im deutschen Recht dazu, dem nationalen Recht *telquel* zur Durchsetzung zu verhelfen, sondern ist *nur mit grösster Zurückhaltung anzunehmen*, dies unabhängig davon, ob es sich um einen auf das Verfahren bezogenen (betr. Art und Weise der Rechtsumgehung, nach BGE 141 III 312) oder einen spezialgesetzlich geregelten anerkennungsrechtlichen *Ordre public* (nach §§ 108 f. FamFG) handelt.

¹⁵⁴⁵ Sobald die Leihmutter Ansprüche an das Kind stellt, ist der Fall auch nach BGH-Urteil vom 10. Dezember 2014 – XII ZB 463/13, anders zu beurteilen.

¹⁵⁴⁶ Heiderhoff, NJW 2014, 2673, 2674 f.; a.A. Lagarde, Paul: Die Leihmutterschaft: Probleme des Sach- und des Kollisionsrechts, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht ZEuP (2015) 2, 233 ff.; zum schweizerischen Recht ebenfalls zweifelnd vgl. die Ausführungen im Gutachten an den Bundesrat, Bericht des Bundesrates zur Leihmutterschaft vom 29. November 2013.

Das Schweizerische Bundesgericht ist zwar in seinem einzigen, vergleichbaren Entscheid ein Vierteljahr später zu einem anderen Resultat gelangt als der BGH. Da dieses Urteil aber nicht einstimmig gefällt wurde und das verfassungsrechtliche Leihmutterchaftsverbot sowie die von der Verfassung geprägten Würdevorschriften – nach dem mehrfach erwähnten Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom März 2013 – auch ein anderes Urteil erlaubt hätten, besteht durchaus die Möglichkeit, dass das Bundesgericht in einem künftigen Entscheid zu einem anderen Schluss kommen wird.

Nichts anderes ergibt sich schliesslich aus anderen familienrechtlichen Anerkennungsfällen: Diese sind teils umstritten (sowohl die Anerkennung von ausländischen Adoptionen wie auch die Anerkennung von im Ausland geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehen¹⁵⁴⁷) und können auch nicht ohne Weiteres verglichen werden: Die Adoptionsverfahren sind international geregelt und für die Homo-Ehen besteht wenigstens die Möglichkeit einer Umwandlung in eine eingetragene Partnerschaft. – Für ein Kind ist es kein äquivalenter Ersatz, statt eines Elternteils einen Vormund oder eine Pflegefamilie oder statt zweier Elternteile nur einen zugesprochen zu erhalten.

In Japan hat das Oberste Gericht ein entsprechendes Gerichtsurteil aus Amerika (Bundesstaat Nevada), das ein Eltern-Kind-Verhältnis aus einer Leihmutterchaft feststellte, nicht anerkannt, sondern als *ordre-public*-widrig beurteilt. Und dies, obschon es sich bei dem betreffenden Elternpaar um die genetischen Eltern des Kindes handelte. Dem ist jedoch sogleich anzufügen, dass dieses japanische Paar die Kinder nach dem Prozess relativ problemlos adoptieren konnte. Es ist davon auszugehen, dass die Richter des *Saikôsai* diesen Ausweg in ihrer Begründung im Voraus in Erwägung gezogen hatten. – Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in allen drei Rechtsordnungen dafür gesorgt wurde, dass die gefällten Urteile, wenn auch auf unterschiedliche Weise, *nicht zu hinkenden Rechtsverhältnissen* führen können.

c) Politische Entscheide auf dem Rücken der Kinder?

Sowohl das schweizerische Bundesgerichtsurteil vom 21. Mai 2015 als auch die EGMR-Richter *Spano* und *Raimondi* im Entscheid der Kleinen Kammer zu *Paradiso/Campanelli* vom 27. Januar 2015 argumentieren,¹⁵⁴⁸ dass es bedenklich sei, wenn nationale Regelungen und nationale Gerichte durch eine Rechtsumgehung gezwungen werden, sich der Illegalität anzunähern. (Die Grosse Kammer hat gewiss auch deshalb in seinem Entscheid vom Januar 2017 das Vorgehen der italienischen Behörden geschützt.) Eines der zentralen Argumente gegen die Anerkennung der ausländischen Kind-Eltern-Verhältnisse aus ausländischer Leihmutterchaft ist die Vorstellung, dass inländische Richterinnen und Richter mit einem solchen Prozedere

¹⁵⁴⁷ Nicht anerkannt wird die Auslandgeburt aus gleichgeschlechtlicher Ehe in Spanien, OLG Celle, Beschluss vom 10. März 2011, NJW-RR 2011, 1157.

¹⁵⁴⁸ Nach *Trimming/Beaumont*, Working Paper (2016) 4, 9 ff., führt dies über länger oder später erstens zur Angleichung nationaler Regelungen, um Ungleichbehandlungen zwischen Kind-Eltern-Verhältnissen aus dem Aus- und Inland zu minimieren.

im Ausland gezwungen werden, dazu Hand zu bieten, im Inland verbotenes Recht anzuwenden (*Forcer la main du juge?*).¹⁵⁴⁹

Trennt man jedoch streng zwischen sach- und kollisionsrechtlicher Frage, kann dieses Argument nicht vollständig überzeugen, denn die international-privatrechtliche Leihmutterschaftsproblematik ist besonders. Im Gegensatz etwa zu einer verbotenen Zwangsheirat, die auch nicht in Rechtsumgehungsabsicht im Ausland geschlossen und dann in der Schweiz anerkannt werden soll, stehen in diesem Fall *nach der Geburt neue, andere Interessen*, nämlich die der *schutzbedürftigen Dritten, der Kinder*, im Vordergrund; nicht die Frage nach der Leihmutterschaftsproblematik. – Zudem ist die schweizerische Rechtsprechung (wie die französische gezeigt hat im Fall *Laborie gegen Frankreich*) frei, sich nicht an die Rechtsprechung des EGMR zu halten.¹⁵⁵⁰

Ferner sollten auch keine (welt)politisch strategischen Entscheide auf dem Rücken der unbeteiligten Kinder ausgetragen werden: So wird beispielsweise vorgebracht, dass die nationalen Gerichte die Anerkennung von Kind-Eltern-Verhältnissen aus ausländischen Leihmutterschaften verweigern sollten, um den Druck auf die potenziellen Vertragsstaaten wie die USA oder Indien anlässlich der Haager Konferenz zu erhöhen.¹⁵⁵¹

2. *Leihmutterschaftsvertrag: Unterschiede und Gemeinsamkeiten*

a) *Rechtsgrundlagen zum Leihmutterschaftsvertrag*

Die Frage, ob zwischen der Leihmutter und den intentionalen Eltern ggf. ein rechtswidriger oder unsittlicher Leihmutterschaftsvertrag vorliegt, ist je nach geltendem nationalen Recht anders geregelt. In Deutschland und der Schweiz ist der Leihmutterschaftsvertrag seit dem Inkrafttreten der jeweiligen Spezialgesetze zur Fortpflanzung (DE EschG, CH FMedG) verboten und damit zweifellos rechtswidrig (§ 134 BGB, Art. 19 f. OR). – Ob diese Rechtswidrigkeit im Lichte der neuen Rechtsprechung zur Anerkennung von Eltern-Kind-Verhältnissen durch ausländische Leihmutterschaften aufrechterhalten werden kann, ist anschliessend zu diskutieren (Ziff. 3).

In Japan hingegen ist die Leihmutterschaft zwar nicht direkt per Gesetz verboten, doch würde ein solcher Vertrag möglicherweise von einem nationalen Gericht *de lege lata* als sittenwidrig erklärt, denn die Gynäkologische Gesellschaft (2003) und der Japanische Wissenschaftsrat (2008) befürworten in ihren Richtlinien ein Verbot der Leihmutterschaft. Allerdings liegen keine jüngeren japanischen Urteile zu einem Leihmutterschaftsvertrag vor und es existiert ein jüngerer Gesetzesentwurf (2014), der die Leihmutterschaft unter bestimmten Voraussetzungen zulassen will. Ferner ist unbestritten, dass in Japan sicher noch bis zum Jahr 2012 Leihmutterschaften

¹⁵⁴⁹ Autoren wie *Trimmings/Beaumont* vertreten etwa die Ansicht, dass sich vor dem Hintergrund dieser EGMR-Rechtsprechung weitere internationale Regelungen erübrigten und, dass sich der EGMR nicht als vierte Gerichtsinstanz aufspielen sollte, und empfahlen daher der Grossen Kammer des EGMR, im Fall *Paradiso/Campanelli* sich von ihrer *de facto* Familien Rechtsprechung nach Art. 8 EMRK zu distanzieren: *Trimmings/Beaumont*, Working Paper (2016) 4, 9 ff., 10.

¹⁵⁵⁰ *Belser/Jungo*, ZSR 135 (2016), 203.

¹⁵⁵¹ *Tomale*, 30.

durchgeführt wurden. Zusammenfassend ist die japanische Rechtslage hinsichtlich des Leihmutterschaftsvertrags als liberaler zu bewerten als diejenige in der Schweiz oder Deutschland.

b) Bedeutung der Rechtsprechung (Kollisionsrecht) für den Leihmutterschaftsvertrag

In allen drei Ländern existiert, wie bereits ausgeführt, eine ähnliche Rechtsprechung zu ausländischen Leihmutterschaftsfällen und daraus hervorgegangenen Eltern-Kind-Verhältnissen, die im Inland *nicht* bzw. eben doch anerkannt worden sind. Welche Bedeutung hat diese Rechtsprechung für die nationale Beurteilung eines Leihmutterschaftsvertrags? Fest steht zunächst, dass in keiner der drei Rechtsordnungen die Umgehung der nationalen Verbote der Leihmutterschaft und die schwierigen kollisionsrechtlichen Anerkennungsverfahren nicht einfach zur Liberalisierung der entsprechenden nationalen Gesetzgebung geführt hat.

Des Weiteren zeigt sich, dass die in den drei Rechtsordnungen diskutierten rechtlichen Fragen zur *Ordre-public*-Widrigkeit ausländischer Leihmutterschaften und der Verweigerung der Anerkennung des im Ausland entstandenen Kind-Eltern-Verhältnisses zwischen den intentionalen Eltern und dem Kind *nicht fundamental anders sind*. Vielmehr werden diese Argumente unterschiedlich gewichtet:

1.) Überall wird grundsätzlich an der Geburtsmutterregel, die sich im Leihmutter-schaftsverbot spiegelt, festgehalten. Umgekehrt wird die Geburtsmutterregel mittels des Leihmutterschaftsverbots aber auch durchgesetzt. Einzig der BGH hat in seinen Erwägungen auch erklärt, dass die Geburtsmutterregel nicht *mehr bloss abstrakt* angewendet werden könne, was eine gewisse *Entwicklung signalisiert*.

2.) Des Weiteren wird das heteronormative Abstammungsrecht in keinem der Länder infrage gestellt und die Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare ist nicht vorgesehen. Auch in diesem Punkt zeigt sich der BGH tendenziell am flexibelsten. Zudem sind in Deutschland namentlich (und nach grundlegenden Diskussionen) *die Sukzessiv- und die Stiefkindadoption zulässig*, wobei es prinzipiell keine Rolle spielt, ob es sich bei der betreffenden ausländischen Entscheidung um die Elternschaft eines gleich- oder eines heterogeschlechtlichen Paares handelt.¹⁵⁵² Demgegenüber nimmt das japanische Gericht im *Tanaka-Mukai*-Urteil mehrmals Bezug auf das «natürliche» Mutter-Kind-Verhältnis und erscheint damit wertkonservativer und traditionell orientiert.

3.) Ferner zeigen die Erwägungen, dass in allen drei Rechtsordnungen dem Schutz der Würde des Kindes und der Leihmutter prioritäre Bedeutung zukommt. Auch in diesem Punkt erweist sich jedoch das jüngste Urteil des BGH als differenzierter, denn es weist klar darauf hin, dass *eine Leihmutter, die nicht zu dieser Tätigkeit gezwun-*

¹⁵⁵² BGH-Beschluss vom 10. Dezember 2014 – XII ZB 463/13, Rn. 43; die gleichgeschlechtliche ausländische Elternschaft ist jedenfalls noch kein hinreichender Grund für eine *Ordre-public*-Widrigkeit; der BGH erklärt sodann ausdrücklich eine «*sozial gleichwertige Elternschaft*» von *gleich-geschlechtlichen Lebenspartnern* für nicht ausgeschlossen, sofern die Beziehung auf Dauer angelegt und rechtlich abgesichert sei. Letztere stellt er auch der genetischen Elternschaft eines heterosexuellen Wunschelternpaares als grundsätzlich gleichwertig entgegen; *in casu* musste die Frage indes nicht konkret beantwortet werden.

gen wird und freiwillig auf ihr Kind verzichtet, dadurch grundsätzlich nicht in ihrer Menschenwürde verletzt werde.¹⁵⁵³ Sie sei demnach nicht anders zu behandeln als eine Mutter, die ihr Kind zur Adoption frei gibt, oder eine, die es zur Not in einer Babyklappe hinterlässt.

Allgemein unterscheidet sich die Leihmutterschaft aus Sicht des Kindes nicht fundamental von der Adoption,¹⁵⁵⁴ weshalb der Gedanke, dass ein Eltern-Kind-Verhältnis, das durch eine Leihmutterschaft begründet wird, ein inakzeptabler sei, inhaltlich und historisch nicht überzeugen kann. Ein einmal geborenes Kind hat nicht nur Anrecht auf Schutz seiner Menschenwürde, sondern – wo immer es im Kindeswohl liegt – auch ein Recht auf zwei *rechtliche Elternteile und auf ein de facto Familienleben* jenseits von genetischer Elternschaft (Art. 8 EMRK).

Das Recht des Kindes auf *Kenntnis seiner genetischen Abstammung* sollte wenn möglich wie bei einer anonymen Samenspende (Art. 27 FMedG) ausgedehnt werden (wie es das Verwaltungsgericht St. Gallen im August 2014 entschieden hatte), was in der Konsequenz zu einer Registrierung einer Leihmutter sowie einer Eizell-Spenderin in der Schweiz führen müsste. – Da jedoch in der Schweiz die anonym erfolgende Abgabe eines Kindes in einer Babyklappe toleriert wird, wäre jedoch nicht ohne Weiteres einzusehen, warum ein Kind aus anonymer Leihmutterschaft und/oder Eizellspende nicht zu registrieren wäre. Für den Leihmutterschaftsvertrag kann dies nur bedeuten, dass eine Leihmutter jedenfalls *vor einem Vertragsschluss darüber informiert werden muss, dass sie möglicherweise auch im Herkunftsland der intentionalen Eltern registriert werden kann*.

c) Bedeutung des Adoptionsrechts

Es lässt sich umgekehrt aber auch festhalten, dass nicht immer Unterschiede in den rechtlich-ethischen Wertungen massgebend sein müssen für die im Detail unterschiedlichen Urteile zur Verweigerung oder Anerkennung eines Kind-Eltern-Verhältnisses, sondern dass diese auch wesentlich mit den unterschiedlichen *inländischen Adoptionspraktiken zusammenhängen*.

Die japanischen Entscheide belegen etwa, dass das *de facto*-Verbot der Leihmutterschaft und die Nichtanerkennung ausländischer Urteile zum Kindsverhältnis indirekt durch die Adoptionsbewilligung an die intentionalen Eltern zum Schutze des Kindeswohls behoben werden konnte (kann). Das Gericht hat denn auch entsprechend argumentiert: Nicht nur im Fall der bekannten *Aki Mukai*, sondern auch in weiteren Leihmutterschaftsfällen kam das japanische Adoptionsrecht zur Anwendung.¹⁵⁵⁵ Diese lockere Adoptionsregelung ist freilich auch Gegenstand von Kritik.¹⁵⁵⁶ Dieses rechtsvergleichende Resultat scheint von Bedeutung zu sein, denn es besteht eine verbreitete Forderung zur Erleichterung der Adoptionsvoraussetzungen. – Es erscheint nahelegend, dass eine Herabsetzung der gesetzlichen Anforderungen für eine Adoption

¹⁵⁵³ *Ibid.*, Rn. 49.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, Rn. 12.

¹⁵⁵⁵ *Kodama*, EJAIB 24 (2014) 1, 12 ff.

¹⁵⁵⁶ *De Alcantara* plädiert zugunsten der Wertungskohärenz für strengere Adoptionsregelungen bzw. für ein Adoptionsverbot in ausländischen Leihmutterschaftsfällen; *de Alcantara*, Japan, 428.

und eine Beschleunigung des damit einhergehenden Verfahrens tatsächlich dazu führen könnten, dass die Leihmutterschaft an Attraktivität einbüsst.

3. Kritik am Leihmutterschaftsverbot

a) Rechtliche Vielfalt als Faktizität

Die Heteronomie der geltenden nationalen Rechtslagen in Europa und Asien (wie auch die bereits eingetretenen Änderungen in Rechtspraxis im Falle Frankreichs) wirft die grundsätzliche Frage auf, ob es nicht besser wäre, eine vertraglich vereinbarte Schwangerschaft mit einer aussenstehenden Frau zu legitimieren. Das bedeutet nicht, dass die Schweiz oder Deutschland anderen Rechtsordnungen «blindlings» folgen müssten, oder dass jeder medizintechnisch machbare Fortschritt erlaubt sein soll; andererseits ist es aber unerlässlich, sich mit dieser Realität kritisch auseinanderzusetzen.

Neben all den genannten skeptischen Stimmen zur Leihmutterschaft sind aber auch befürwortende Meldungen zu verzeichnen: gleichgeschlechtliche Vorzeigefamilien mit ihren Kindern, die für ihre gelebte Familienform öffentlich eintreten¹⁵⁵⁷ und Einrichtungen wie die SUWA-Klinik in Japan, die gemäss ihren eigenen «strengen» Richtlinien nur altruistische Leihmutterschaften unter Familienangehörigen durchführt. Zudem treten selbst in der Schweiz einige Vertreterinnen in der Lehre auch für eine reglementiert ausgeübte Leihmutterschaftsform ein.¹⁵⁵⁸

b) Anerkennung des Kind-Eltern-Verhältnisses

Ferner ist kollisionsrechtlich bzw. rechtsvergleichend – wie ausgeführt – eine Tendenz auszumachen, zugunsten des Kindeswohls einen Weg zu finden, der es ermöglicht, das im Ausland begründete Kind-Eltern-Verhältnis trotz des im Inland geltenden Leihmutterschaftsverbots anzuerkennen. Dies kann in unterschiedlichem Masse und auf verschiedene Weisen geschehen: etwa indem das Kind durch beide Elternteile bzw. nur durch den genetischen Elternteil anerkannt wird oder aber durch seine nachträglich Adoption. In allen Rechtsordnungen wird jedoch noch an der Rechts- und Sittenwidrigkeit der Leihmutterschaft an sich festgehalten.

c) Verbot versus Anerkennung des Kind-Eltern-Verhältnisses – ein Wertungswiderspruch

Erst in einem nächsten Schritt stellt sich die Frage, ob die zweite Welle von kollisionsrechtlichen Urteilen zum Schutz des Kindeswohls im Endeffekt nicht zu einem Wertungswiderspruch gegenüber den inländischen Verboten zur Leihmutterschaft führt: Sollten also aus dem einmal gewählten Lösungsansatz infolge konkreter Verhältnisse bei den betroffenen Kindern Statusprobleme resultieren, so ist dies ein gewichtiger Grund, die betreffende Lösung neu zu hinterfragen. Hierbei gilt es grund-

¹⁵⁵⁷ Cottier, *Juridicum* 2/2016, 188 ff., 198.

¹⁵⁵⁸ Cottier, *Juridicum* 2/2016, 198; Büchler/Bertschi, *FamPra.ch* 2013, 23 ff.; Kaiser, *Zeitschrift für Familienforschung* 2011, 262 ff. plädiert etwa für eine unentgeltliche vertragliche Vereinbarung ohne genetische Mutterschaft der austragenden Frau; vgl. ferner zu den Ansichten betr. Verstoß gegen die EMRK hinsichtlich der Verweigerung der Anerkennung des Kind-Eltern-Verhältnisses aus Leihmutterschaft: BGE 141 III 312 E. 4.3.

sätzlich zu differenzieren. Geht man von einer *primären ratio* des Leihmutter-schaftsverbots zum Schutze der Geburtmutterregel aus, so stellt die Anerkennung des im Ausland begründeten Kind-Eltern-Verhältnisses einen Wertungswiderspruch dazu dar. Zum einen soll ein auf diese künstliche Art zustande gekommenes Kinds-verhältnis nicht ermöglicht werden, zum anderen kraft seiner Faktizität anerkannt sein. Liegt der Grund für das Leihmutter-schaftsverbot hingegen im Schutz vor Kom-modifizierung des Kindes oder/und der Leihmutter, so lässt sich nach der hier vertretenen Ansicht argumentieren, dass die nachträgliche Anerkennung des Kindsverhält-nisses keinen Widerspruch darstellt, sondern zum Schutze des Kindes erfolgt.

Führt die rechtliche Heterogenität zu internationalen und nationalen Wertungswi-dersprüchen, könnte sich die Frage stellen, ob ein globales internationales Verbot der Leihmutter-schaft eine Lösung bietet. Da jedoch die Leihmutter-schaftsmethode be-reits weit verbreitet ist, würde ein Verbot wohl – trotz oder erst recht wegen ihrer Illegalität – zu ihrer Beibehaltung oder Ausweitung führen.¹⁵⁵⁹

V. Leihmutter-schaftsverhältnis *de lege ferenda*

A. Wer ist die am meisten betroffene Person?

Das Recht einer Person, über sich selbst zu bestimmen, ist verknüpft mit ihrer unmit-telbaren rechtlichen Betroffenheit. In Fragen der Fortpflanzung und der Elternschaft soll deshalb diejenige Person, die von einer diesbezüglichen Entscheidung *am meis-ten betroffen ist, auch die Entscheidung selbst treffen können*.

1. Vor der Geburt: Die schwangere Frau (die Leihmutter)

Vor der Geburt des Kindes ist die schwangerschaftsbereite (und die schliesslich spä-ter gebärende Frau) am meisten betroffen von der Entscheidung, ein Leihmutter-schaftsverhältnis einzugehen. Das Selbstbestimmungsprinzip ist also primär ihr ge-genüber zu gewährleisten. Praktisch alle erwachsenen Frauen können namentlich vorsorglich eine Schwangerschaft verhindern (etwa durch Verhütungsmittel) oder innert einer bestimmten Frist einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen. Sie darf ihr Kind auch zur Adoption frei geben oder kann ihr Baby notfalls anonym und straffrei an einem Babyfenster abgeben. Eine erwachsene Frau hat also auch das Recht, eine Schwangerschaft zu erfahren, ohne den Willen bzw. die Absicht zu haben, danach auch die Mutterrolle zu übernehmen. – Dieser Wille ist gedeckt von ihrer Selbstbestimmung zur Reproduktion und zur Führung eines Familienlebens.

Dementsprechend muss ihr auch das Recht zugestanden werden, eine Schwanger-schaft für ein anderes Paar zu übernehmen, in der Absicht, nachher die Mutterrolle nicht selbst zu übernehmen, sondern das Kind den zum Voraus bestimmten Perso-nen zu übergeben. Der Frau muss dabei jedoch immer auch das Recht zugestanden werden, die Schwangerschaft abzubrechen. Eine Frau, die ein Kind aufgrund einer Abmachung austrägt, muss zudem die Option haben, das Baby (jedenfalls dann,

¹⁵⁵⁹ Trimmings/Beaumont, 442.

wenn es auch genetisch das ihre ist, ansonsten ist im Einzelfall differenziert zu entscheiden) als ihr eigenes Kind aufzuziehen. Leihmütter sollen nach der hier vertretenen Ansicht auf ihren Wunsch hin auch einen persönlichen Verkehr mit dem Kind haben dürfen, sofern dies dessen Wohl dient.¹⁵⁶⁰ Erst wenn die Gesellschaft bzw. ihre Rechtsordnung einer Leihmutter dies alles verweigern würde, so hiesse dies, sie zur blossen «Gebärmachine zu degradieren».

Eine Frau, die also *selbstbestimmt* bereit ist, eine Schwangerschaft für eine andere Person zu übernehmen und das Kind für ein anderes Paar auszutragen, ist grundsätzlich als die am meisten betroffene Person in einem Leihmutterschaftsverhältnis anzusehen. Sie muss daher ernst genommen und entsprechend rechtlich geschützt werden.

Wird eine Frau hingegen gedrängt oder gezwungen, eine Schwangerschaft für eine andere Person zu übernehmen, so handelt sie *fremdbestimmt* und ist insofern als ein Opfer, eventuell sogar als ein Opfer von Menschenhandel (denn es wird entgeltlich über sie verfügt), anzusehen; als solches muss sie entsprechend betreut werden. Sobald eine Fremdbestimmung wirkt, ist jeder denkbare Vertrag als rechtswidrig zu betrachten. Jede Leihmutter ist also besonders gut vor Ausbeutung zu schützen. Eine Vertragslösung *de lege ferenda* müsste also dieser Gefahr der Fremdbestimmung Rechnung tragen und auf die spezifischen Interessen schwangerer und austragender Frauen zugeschnitten sein (dazu nachfolgend Ziff. 4).

2. Nach der Geburt: Das Kind

Ist das Kind geboren, rückt der Schutz der Leihmutter in den Hintergrund. Nun genießt das *Wohl des Kindes* staatsvertragliche Priorität (Art. 3 UN-KRK). Es hat völker- und verfassungsrechtlichen Anspruch auf ein Familienleben und auf Kenntnis seiner Identität (Art. 7 UN-KRK, Art. 8 EMRK, Art. 13 BV). Entwicklungspsychologisch bedarf es einer sofortigen *stabilen Sorge und Beziehung*. Inwiefern sich zwischen der Leihmutter und dem Embryo schon während der Schwangerschaft eine Beziehung entwickelt, die um jeden Preis geschützt werden müsste, erscheint noch ungesichert. Normalerweise ist die *intentionale Elternschaft* kausal für die Kindsgeburt¹⁵⁶¹ und fällt in der Regel mit der *sozialen Elternschaft* nach der Geburt zusammen. Üblicherweise will eine Leihmutter keinen Kontakt zum Neugeborenen und beansprucht auch keine entsprechenden Rechte. Rein vertragsrechtlich betrachtet, hat die Leihmutter ihre vertraglich geschuldete Leistung mit der Geburt erbracht, und *die intentionalen Eltern stehen in Bezug auf das Kind fortan allein in der unwiderrufbaren Pflicht und Verantwortung*. Intentionale Eltern verpflichten sich *vor der Geburt* schriftlich und behördlich genehmigt oder *per Urteil*, das künftige Kindsverhältnis in jedem Fall anzuerkennen.

Solange jedoch das Rechtsverhältnis zwischen den intentionalen Eltern und dem Kind aus irgendeinem Grund noch unklar ist (z.B. im internationalen Verhältnis), trägt die Leihmutter weiterhin eine gewisse Verantwortung für das Neugeborene (Ga-

¹⁵⁶⁰ Zum Ganzen jüngst: *Kilde*, 76 ff.

¹⁵⁶¹ BGH-Beschluss vom 10. Dezember 2014, XII ZB 463/13, Rn. 59 f.

rantenstellung), zumindest bis sie sich um einen ordentlichen Behördenkontakt für das Kind gekümmert hat.

Die Überlegungen zum Kindeswohl müssten freilich noch fortentwickelt werden. So wäre etwa die Frage zu klären: Wie lässt sich das Recht des Kindes auf Kenntnis der genetischen Abstammung gewährleisten, wenn die Leihmutterschaft, aus der es hervorgegangen ist, und/oder die Eispende anonym erfolgt ist? Klar erscheint, dass dieses Kind, wie jedes andere auch (insbesondere ein Adoptionskind), das Recht hat, dass seine Fragen nach seiner Abstammung wahrheitsgetreu beantwortet werden.

Das Interesse des Kindes und der Leihmutter wären nach der Geburt auch insoweit zu schützen, als die Gebärende – entgegen der ursprünglichen vertraglichen Abmachung – das Kind als ihr eigenes aufziehen möchte.

3. Was liegt im Kindesinteresse?

Wichtig erschien dem deutschen Gericht schon im Jahre 1985, dass für ein Kind aus medizinisch unterstützter Befruchtung alleine keine Nachteile ersichtlich seien.¹⁵⁶² Die Tatsache, dass es künstliche Fortpflanzungsmethoden gibt und braucht, ist denn auch zumindest für Ehepaare, die auf andere Weise keine Kinder bekommen können, in allen Rechtsordnungen breit akzeptiert.

Was liegt also im Kindesinteresse? Prinzipiell schwer zu beurteilen ist die Frage, was vor der Geburt im Kindesinteresse läge: Wäre es beispielsweise aus Sicht eines Kindes besser, gar nicht geboren worden zu sein, als aus einem «Leihmutterschaftsverhältnis» hervorgegangen zu sein? – Es existieren zwar noch keine retrospektiven Befragungen von Kindern aus einer Leihmutterschaft zur Wahrung ihrer Interessen und Rechte aus der Schweiz, Deutschland oder Japan, aber die bekannte Psychologin Susan Golombok und ihr Team der Cambridge Universität führen schon länger Langzeitstudien zu diesem Thema durch, welche sie 2017 auch in der Schweiz vorgestellt hat und die keine Auffälligkeit von Familien mit Kindern aus Leihmutterschaft (mit Eizellenspende einer Drittperson) im Vergleich zu solchen aus Eizellenspende (biologische, rechtliche und soziale Mutter ist identisch, Kind ist genetisch nicht verwandt mit seiner Mutter) und solchen mit Kindern aus natürlicher Konzeption zeigen.¹⁵⁶³

¹⁵⁶² KG, Beschluss vom 19. März 1985, 1 W 5729/84: Keine Sorgerechtsentziehung nur wegen «Mietmutterschaft», in: NJW 37 (1985), 2202: m.w.H. zum damaligen Meinungsstand und -wandel in Sachen heterologe Insemination; betr. künstliche Insemination rechtfertigt keinen rechtsgeschäftlichen Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung, s.a. BGH, Urteil vom 7. April 1983 (NJW 1983, 20173).

¹⁵⁶³ Sie untersuchten bzw. untersuchen die Familien bei einem Alter der Kindes von 1,2,3 und 7 Jahren und nun jüngst wieder mit 14 Jahren. Publiizierte Resultate aus diesen Forschungen (2011, 2013) zu den 7-jährigen Kindern deuten darauf hin, keine Gefährdungen von Kindesinteressen bestehen: Golombok, Susan/Blake, Lucy/ Casey, Polly/Marks, Alexs/Jadva, Vasanti: Families created through surrogacy: Mother-child relationships and children's psychological adjustment at age 7, *Dev Psychol.* 2011 Nov; 47(6): 1579–1588. m.w.H. zu den vorangehenden Studienresultaten; Golombok, Susan/Blake, Lucy/ Casey, Polly/Marks, Alexs/Jadva, Vasanti: Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2013 June 54(6), 653 ff. An ihrem Vortrag vom 4. September 2017 (Universität Lausanne) hat Golombok ausgeführt, dass die nunmehr die 14-jährigen Kinder befragt zu ihrer Befindlichkeit als Leihmutterschaftskinder, die Frage (nur

Ein Kind, das in einem Leihmutterschaftsverhältnis geboren wird, ist im Normalfall von den intentionalen Eltern bereits *lange vor, aber auch während und nach der Geburt sehnlichst erwünscht*.¹⁵⁶⁴ Anderenfalls würden die intentionalen Eltern diese psychisch belastenden und kostspieligen Verfahren gar nicht erst auf sich nehmen. Vorausgesetzt, die schwangere Frau hat selbstbestimmt in dieses Vertragsverhältnis eingewilligt, ist das Kind auch von ihr als biologische Mutter erwünscht – was bei «natürlichen» Schwangerschaften nicht immer der Fall zu sein braucht. Eine solche Mutter wird ihre Schwangerschaft in der Regel bewusst erleben und insbesondere keine für den Embryo negativen Lebensgewohnheiten pflegen. Aus Sicht der intentionalen Eltern ist es im Hinblick auf das Kindeswohl kein Nachteil, ein lange ersehntes Kind zu sein, sondern ein Vorteil. Hinzu kommt, dass das Neugeborene normalerweise *sofort oder zumindest kurz nach der Geburt* von seinen intentionalen Eltern angemessen umsorgt und gepflegt wird, sofern diese nicht von übereifrigen Behörden daran gehindert werden (an dieser Stelle seien die besprochenen EGMR-Urteile gegen Frankreich und Italien in Erinnerung gerufen). – Das sind zugleich zwei wesentliche Unterschiede zu einem Adoptionsverhältnis, das sich erst einige Zeit nach der Geburt des Kindes anbahnen kann. Liegen also keine besonderen Verhältnisse vor, kann davon ausgegangen werden, dass einer lange andauernden Kind-Eltern-Beziehung aufgrund eines rechtlich geregelten Leihmutterschaftsverhältnisses nichts im Wege steht – genau so wenig wie bei einer rechtlich geregelten Adoptivkind-Eltern-Beziehung. Und sofern es sich bei dem betreffenden Kind um das (teilweise) genetische Kind der intentionalen Eltern handelt, dürfte seiner Beziehung zu ihnen nicht mehr im Wege stehen als bei einem leiblichen Kind (zumindest aus Sicht des Vaters, der ja überhaupt nicht schwanger war, geschweige denn ganze 9 Monate lang!). Es ist demnach zusammenfassend *kaum eine Frage der Würde des Kindes*, die durch eine Leihmutterschaft verletzt werden könnte, denn dem Kinde geht es unter normalen Umständen gut, wenn es geboren wird: Es hat nämlich Eltern, die sich freuen und sich um es kümmern werden. Die Tatsache, dass es dereinst über seine Identität und Herkunft Bescheid erhalten soll (Art. 7 UN-KRK) und irgendwann von der medizinisch unterstützten Fortpflanzung und der Leihmutterschaft erfährt, ändert an dieser Liebe und der Fürsorge der intentionalen Eltern nichts.

Offen bleiben jedoch die Fragen, ob der bloss einseitige Wunsch der intentionalen Eltern nach einem Kind (unter Beanspruchung einer Leihmutterschaft) im Gegensatz steht zum reziproken (wenn auch unbewussten) Wunsch eines Kindes nach Eltern im Falle einer Adoption und ob das Kindesinteresse allenfalls dadurch verletzt wird bzw. ob das Kind «zur Ware» degradiert wird. Diese Fragen können nach der hier vertretenen Ansicht nur unter Berücksichtigung des Motivs der intentionalen Eltern und ihres Umgangs mit dem Kindeswunsch differenziert beantwortet werden.

noch) als uninteressant abgetan hätten, da ihr Familienleben etabliert sei und gut verlauge; keine Hinweise auf Gefährdungen der Kinder aus Leihmutterschaft bei einem Alter von 10 Jahren erkennt denn auch eine jüngst sehr breit angelegte *finnische Reviewstudie* aus dem Jahre 2016 von *Söderström-Anttila, Viveca et al.*: Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families-a systematic review, Human Reproduction Update 2016, 22(2), 260 ff. s.a. *Büchler*, 52 f.

¹⁵⁶⁴ Nach *Fabre-Magnan*, Rec. Dalloz (2015) 4, 225 etwa ist evident, dass schon ein Adoptivkind genügend leide (an der nachgeburtlichen Trennung von der Mutter), weshalb Leihmutterschaften erst recht vermieden werden müssten.

B. Welcher Kinderwunsch ist angemessen, welcher vermessen?

Das Selbstbestimmungsrecht von künftigen intentionalen Eltern umfasst den Wunsch, Kinder zu haben. Sowohl ein Kinderwunsch als auch Kinder sind in unseren Gesellschaften grundsätzlich unhinterfragt. Kinder gehören zu guten Beziehungen und einem Familienleben. Dabei ist auch grundsätzlich anzuerkennen, dass der Kinderwunsch nicht bloss den Frauen vorbehalten ist, sondern auch bei Männern Realität und legitim ist – unabhängig davon, ob sie in heterosexuellen oder homosexuellen Beziehungen leben.¹⁵⁶⁵

Ein Kinderwunsch, der dazu führt, dass *medizinisch unterstützte Fortpflanzungsmethoden* in Erwägung gezogen werden, muss in der Regel als echt und dringend angesehen werden. Derartige Methoden sind praktisch in allen Rechtsordnungen nur unter sehr bestimmten Voraussetzungen erlaubt. Zudem ist bekannt, dass viele kinderlose (verheiratete) Paare, die sich diesen zeit- und ressourcenraubenden Methoden unterziehen, unter dieser Situation leiden. Diesen Kinderwunsch, der bei männlichen Paaren notgedrungen zur Leihmutterschaft oder Adoption via Ausland führt – *wobei Adoptionen viel häufiger sind*¹⁵⁶⁶ – einfach zum zeitgenössischen «Lifestyleproblem» von gewissen Personen zu reduzieren, kann deshalb mitunter zynisch anmuten.

Der Kinderwunsch lässt sich zudem nicht losgelöst von seinem historisch-gesellschaftlichen Kontext beurteilen: Wenn ein heterosexuelles Paar sich vor ca. 200 Jahren füreinander entschieden hatte und trotz Kinderwunsch kinderlos blieb, so kam es – je nach ihrem sozialen Status – u.U. zu einer neuen Heirat. Vor 50 Jahren fanden sich wohl die meisten betroffenen Paare mit ihrer Kinderlosigkeit ab, denn eine Adoption erschien damals als wagemutiges Abenteuer oder war aus religiösen Gründen ausgeschlossen. In den 1960er- und 1970er-Jahren kamen Adoptionen vermehrt auf; seit den 1980er-Jahren nahmen sie jedoch wieder sukzessive ab.¹⁵⁶⁷ Wenn sich

¹⁵⁶⁵ Vgl. Haag, Christian: Zum Kinderwunsch homosexueller Männer und Frauen, in: Maio, Giovanni/Eichinger, Tobias/Bozzaro, Claudia, *Kinderwunsch und Reproduktionsmedizin: Ethische Herausforderungen der technisierten Fortpflanzung*, Freiburg/München 2013, 400-425 m.w.N.: Obschon es kaum Veröffentlichungen gibt, die sich mit der Familienplanung von homosexuellen Männern und Frauen auseinandersetzen (S. 401), scheint es so zu sein, dass der Kinderwunsch jenseits der sexuellen Orientierung ein Bedürfnis ist; Faktoren wie feste Beziehung oder Art der Lebensform keinen Einfluss auf den Kinderwunsch haben (S. 406, 413 f.); ein grösserer Teil der homosexuellen Paare ist jedoch der Meinung, auch ohne Kinder glücklich sein zu können (S. 412); ebenfalls interessant ist, dass der Kinderwunsch mit zunehmendem Alter abnimmt, bei den Frauen beinahe auf null sinkt, während er bei Männern noch anhält (S. 414). Woraus sich deuten lässt, dass «überalterte» Frauen und homosexuelle Männer, die ins Ausland reisen, um ihren Kinderwunsch zu erfüllen, in der Minderheit sind. – Der Engländer Richard Westoby schreibt in «Our Journey: One Couple's Guide to U.S. Surrogacy», 2013, 6 über seine eigene Erfahrung mit einem Leihmutterschaftsverhältnis und wie er und sein Partner zum Kinderwunsch kamen: «Den einen Tag war ich überglücklich mein Leben mit meinem Partner zu teilen und am nächsten fühlten wir, dass unser Leben nicht vollkommen war und dass wir etwas dagegen tun müssen. Ich kann kein genaues Anzeichen nennen, warum wir uns dazu entschieden, nur, dass wir fühlten, dass es der richtige Zeitpunkt war.»

¹⁵⁶⁶ Vgl. Sullins, 102 geht von 10 mal mehr Adoptionen aus.

¹⁵⁶⁷ Z.B. Schweiz: Zwischen 1980 und 2013 nahm die Zahl der Adoptionen von 1600 auf 425 Fälle kontinuierlich ab (Bevölkerungsbewegung – Indikatoren – Adoptionen, Bundesamt für Statistik BFS, abrufbar unter <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/key/03.html>>, zuletzt besucht am 29. 1.2018).

also ein lesbisches Paar vor ca. zehn Jahren «für einander entschied», war das damals in der Regel auch eine bewusste Entscheidung gegen eigene Kinder. Das hat sich heute aufgrund der Möglichkeiten im Ausland gewandelt: Jüngere lesbische Frauen möchten zu ihrer Sexualität stehen können, ohne ihre Mutterrolle deswegen aufgeben zu müssen. Genauso geht es, wie bereits ausgeführt, den Männern. Männer in homosexuellen Paarbeziehungen können nicht nur auch einen Kinderwunsch verspüren, sondern wissen heute, dass sie zu ihrer Sexualität stehen können und trotzdem nicht auf eine Vaterrolle verzichten müssen. Während es einer 60-jährigen Frau vor 20 Jahren niemals in den Sinn gekommen wäre, nochmals schwanger werden zu wollen, gibt es Frauen, die heute von diesen Angeboten im Ausland profitieren.

Ob und wann diese Entwicklung in eine beunruhigende Masslosigkeit umkippen könnte, werden daher zunächst einmal die verschiedenen Personen je nach ihrem historischen Hintergrund unterschiedlich beurteilen. Ferner wird aber jede Person im Einzelfall auch unterschiedliche individuelle Motive für den Kinderwunsch haben, die, je in ihrem historischen Kontext betrachtet, als akzeptabel oder als nicht akzeptabel, erscheinen. Die ursprüngliche Motivation der Betroffenen, nämlich der unerfüllte Kinderwunsch selbst, spricht aber grundsätzlich gegen das vielfach erhobene «Dammbruchargument».¹⁵⁶⁸ Ein Kinderwunsch ist immer mit Leiden, Zweifel und Reflexion verbunden und nimmt daher geraume Zeit sowie Anstrengungen und Geld in Anspruch. Dies schliesst *für sich genommen* eine unüberlegte Handlung eher aus.

Es kann aber *de lege ferenda* auch nicht aus den Augen gelassen werden, dass die Logik der Leistungsgesellschaft sich schon lange auch auf das Kinderleben übertragen hat. In Deutschland, in der Schweiz und in Japan ist das Kinderkriegen einmal mehr zum Zeichen des Wohlstands geworden. Unsere Leistungsgesellschaften tendieren zu dem Versuch, die Dispositionen und Fähigkeiten von Kindern zu optimieren. Diese Mechanismen könnten mit einigem Recht vor der Geburt als *eugenische Praktiken* oder nach der Geburt als *educational doping* bezeichnet werden. *Vorhinglich* mag man sich vor diesem Hintergrund fragen, warum intentionale Eltern, die sich offenbar sehnlichst ein Kind wünschen, nicht eines adoptieren wollen. – Die Antwort ist einfach: Meist können die intentionalen Eltern aufgrund der rechtlichen Situation nicht adoptieren. Homosexuelle Paare sind in der Schweiz von der Adoption ausgenommen; erlaubt ist künftig die Stiefkindadoption. Hinzu wird aber auch die Frage kommen, ob ein Kind, das in einer ausländischen Leihmutterschaft ausgetragen wurde, in der Schweiz nicht in jedem Fall adoptiert werden könnte resp. müsste bzw. die internationalen und nationalen Voraussetzungen einer Adoption erfüllt sein müssten.¹⁵⁶⁹

Im Resultat ergibt sich das Folgende: Ein erster Schritt, der dazu führen könnte, dass sich die Anzahl der Leihmutterschaftsfälle reduziert, ist aus Sicht intentionaler Eltern *de lege ferenda* derjenige, die gemeinschaftliche Adoption für sämtliche Paare zu öffnen – für verheiratete und unverheiratete, in eingetragener Partnerschaft oder

¹⁵⁶⁸ So z.B. Diel, 221.

¹⁵⁶⁹ Vgl. Vorschlag Geiser, Thomas, Leihmutterschaft und Ordre Public – Zur Nichtanerkennung einr ausländischen Leihmutterschaftsentscheidung, in: Fankhauser, Roland/Widmer, Corinne et al. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Sutter-Somm, Zürich 2016, 807 ff.; so wohl auch Belser/Jungo, ZSR 135 (2016), 215.

im Konkubinat lebende und vor allem auch für alle homosexuellen Paare –, die in einer stabilen Beziehung leben und die individuellen und finanziellen Ressourcen haben, um für ein Kind sorgen zu können. Zusätzlich sind die allgemeinen Adoptionsbedingungen zu lockern.

Es sind jedoch weitere Schritte zur nationalen und internationalen Regelung der Leihmutterschaftsverträge erforderlich, denn diese sollten zumindest die minimalen Standards erfüllen. Zusätzliche Vorgaben (*de lege ferenda*) wie Formvorschriften, eine Aufsichtsbehörde, ein Übereilungsschutz sowie eine unentgeltliche Rechtsvertretung der Parteien tragen dazu bei, dass die Anzahl der Leih-mutterschaften nicht weiter ansteigt und dass die Leihmutterschaften, die eingegangen werden, den minimalen Standard auch erfüllen.

Umgekehrt muss aber auch klar sein, dass für eine (vertrags-)rechtliche Beschränkung eines Kinderwunsches sehr gute rechtliche Gründe bestehen müssen, die nur in der «öffentlichen Ordnung», das heisst in den rechtsethischen Wertungen unserer Rechtsordnung, wie beispielsweise dem Kindeswohl, liegen können.

C. Rechtliche Rahmenbedingungen

Angesichts einer grundsätzlich möglichen, aber kontextbezogenen im Einzelfall zu beurteilenden Selbstbestimmung der Leihmutter und des keinesfalls *a priori* als verwerflich zu wertenden Kinderwunsches intentionaler Eltern sollte ein Rechtsgeschäft über eine vereinbarte Schwangerschaft, also ein Leihmutterschaftsvertrag, grundsätzlich – d.h. unter bestimmten engen Voraussetzungen – zulässig sein.

Eine Legalisierung (das bedeutet eine Verfassungs- und Gesetzesänderung in der Schweiz und Deutschland) sowie eine Reglementierung der Leihmutterschaft würde nach der hier vertretenen Ansicht nicht nur zur Kontrolle des gegenwärtigen Leihmutterschaftsmarkts beitragen, sondern auch den beschriebenen tatsächlichen Auswüchsen des Fortpflanzungstourismus (v.a. hinsichtlich des Schutzes der Kinder und der involvierten Leihmütter) sowie den damit einhergehenden, rechtlichen Problemen entgegenwirken. Es gilt demnach zu umreissen, wie ein akzeptabler Leihmutterschaftsvertrag aussehen könnte.

Die Legalisierung der Leihmutterschaft allein würde der heiklen Situation jedoch nicht gerecht; vielmehr sollte gleichzeitig auch der Fortpflanzungstourismus in Ländern, in denen zu Tief- oder Tiefstpreisen gearbeitet wird, wo Leihmütter oft unter prekären Verhältnissen leben und daher speziell vulnerabel sind – was sie für geldwerte Angebote besonders anfällig macht –, möglichst unterbunden werden.

Es gälte also für atypische Familienverhältnisse mittels geeigneter Regelungen faire, allgemein akzeptable, internationale und nationale Rahmenbedingungen festzulegen, sodass Frauen dadurch nicht ausgenützt werden und gleichzeitig das Wohl des geborenen Kindes optimal geschützt ist: Partner, Eltern, Freunde sowie eine *unabhängige* Beratungsstelle sollten der Frau *vor der Geburt und unmittelbar danach unterstützend zur Seite* stehen. Dem neugeborenen Kind müsste ebenfalls eine unabhängige Verfahrensvertretung (möglichst eine Fachperson) zustehen, die alle nötigen Schritte

bis zur Anerkennung des Kindsverhältnisses begleiten würde. Doch letztendlich müssen wir der individuellen Leihmutter prinzipiell zugestehen, aufgrund ihrer Persönlichkeitsrechte und ihrer individuellen Erfahrungen in der Lage zu sein, ethisch zu entscheiden; sie ist die am meisten betroffene Person und hat schliesslich allein mit den Konsequenzen ihres Handelns zu leben.

Auf nationaler Ebene wäre zunächst ein entsprechender Antrag von der Leihmutter und den intentionalen Eltern gemeinsam an eine geeignete Stelle (z.B. Familiengerichte in Deutschland oder Japan oder die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden in der Schweiz) zu richten. Danach sollten tiefgreifende Beratungsgespräche vorgenommen sowie eine Gesundheitskontrolle durchgeführt werden. Schliesslich wäre ein strenges *Informed-Consent*-Prinzip einzuhalten. Zudem sollte mit der Leihmutter ein schriftlicher Vertrag aufgesetzt werden,¹⁵⁷⁰ der aufgrund des besonderen Kontextes, in dem er geschlossen wird (namentlich unter Berücksichtigung der neunmonatigen Schwangerschaft), besondere Bestimmungen zum Schutze der Parteien beinhalten müsste. – Eine nachgeburtliche Befragung der Leihmutter durch die Behörde (oder das Gericht, wie dies beispielsweise im ersten schweizerischen Fall vor dem kalifornischen Gericht vorgenommen wurde) würde zusätzliche Sicherheit über ihre Selbstbestimmung schaffen.

Die jüngsten politischen Entwicklungen, die für die drei hier ins Visier genommenen Rechtsordnungen von Bedeutung sind, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Das Projekt der *Haager Konferenz für Internationales Privatrecht* hat in der Zwischenzeit entschieden, weitere rechtliche Instrumente zu entwickeln, die den Schutz des aus einer Leihmutterschaft stammenden Kindes garantieren sollen. Zugleich ist vorgesehen, minimale materielle Anforderungen an die Leihmutterschaft für sich genommen zu garantieren.¹⁵⁷¹

Auf nationaler Ebene hat der *Schweizer Bundesrat in seinem Bericht zur Leihmutterschaft vom 29. November 2013* versprochen, sich für diese internationale Normierung einzusetzen.¹⁵⁷² Eine Aufhebung des geltenden Leihmutterschaftsverbots scheint für den Bundesrat derzeit jedoch «nicht zur Debatte zu stehen».¹⁵⁷³ Dieser sieht in der

¹⁵⁷⁰ *De lege lata* ist dieser aufgrund von Art. 4 FMedG rechtswidrig nach Art 19 f. OR.

¹⁵⁷¹ HccH, «The Parentage/Surrogacy Project: An updating Note», Preliminary Document N° 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, abrufbar unter: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03a_en.pdf>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2015 – basierend auf der Studie HccH 2014 sowie auf: HccH, «The desirability and feasibility of further work on Parentage/Surrogacy Project», Preliminary Document No. 3B of March 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference, abrufbar unter: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03b_en.pdf>, zuletzt besucht am 6. Dezember 2015, Rn. 61 ff., 63: minimale substanzielle Anforderungen sind: *Informed-Consent*, medizinische und psychologische Aufklärung, medizinische Checks der Leihmutter sowie Befragung/Prüfung der intentionalen Eltern zum Schutze des Kindeswohls (z.B. Strafregistrauszug) und eine Befähigungskontrolle für Intermediäre; bemerkenswert erscheint, dass Israel und die USA zu den wenigen Staaten gehören, die keine IPR-Massnahmen für nötig erachten.

¹⁵⁷² Bundesratsbericht zur Leihmutterschaft vom 29. November 2013, 38 f.

¹⁵⁷³ Wobei sich der Bundesrat in seinem jüngsten Bericht bereits etwas moderater ausdrückt: Modernisierung des Familienrechts: Bericht des Bundesrates von März 2015 zum Postulat Fehr (12.3607), abrufbar unter <<http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015->

Leihmutterschaft v.a. eine Würdeverletzung der Frauen aufgrund der ökonomischen Ungleichheiten (zwischen den biologischen und den intentionalen Eltern), was eine Form der Ausbeutung darstelle.¹⁵⁷⁴ In seinem jüngsten *Bericht vom 25. März 2015 zur Modernisierung des Familienrechts* hat der Bundesrat dies zwar grundsätzlich bestätigt,¹⁵⁷⁵ gleichzeitig hat er darin aber auch zahlreiche Änderungen angedacht und vorgeschlagen, woraus geschlossen werden darf, dass das *schweizerische Familienrecht allgemein im Wandel ist*. In den nächsten 5-15 Jahren ist also durchaus noch mit einigen Änderungen zu rechnen. So wurden namentlich folgende Vorschläge unterbreitet: Aufhebung des bis anhin noch geltenden Eizellenspendeverbots, Einführung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare und allenfalls die Erarbeitung eines neuen zivilrechtlichen «Solidaritätsvertrags», der allen Paaren eine selbstbestimmte Regelung des privaten Bereichs erlauben würde.¹⁵⁷⁶

Konkret steht derzeit erst eine rechtliche Lockerung der Stiefkindadoption zwischen gleichgeschlechtlichen Paaren fest. Das zeigt, dass die Adoption zurzeit noch nicht als echte, vollwertige Alternative für Paare mit unerfülltem Kinderwunsch in Erwägung gezogen wird.

Schliesslich kann eine direkte Mutterschaftsvermutung (die im Problemfall umgestossen werden kann) zugunsten der die Leihmutterschaft beantragenden Frau gelten. Es darf jedenfalls nicht sein und kann auch nicht rechtlich hingenommen werden, dass ein Kind infolge der Fortpflanzungstechnologie rechtlich als elternlos deklariert wird – wie uns dies der Fall von *Manji* so drastisch vor Augen geführt hat. Auswüchse wie diese liessen sich vermeiden, indem beispielsweise die gesetzliche Elternschaftsvermutung mit einer zusätzlichen kaskadenartigen Rangfolge kombiniert würde, an deren Ende eine Beistandschaft sowie die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden stünden. Die Vaterschaft wiederum ist prinzipiell an die biologische Mutter geknüpft, da diese entweder mit dem «Mann» verheiratet sein oder seiner Vaterschaftsanerkennung zugestimmt haben muss. Im schweizerischen Recht ist der genetische Vater sogar von der Vaterschaftsklage ausgeschlossen, während eine sol-

03-250/ber-br-d.pdf>, zuletzt besucht am 8. April 2015 (fortan: Bundesratsbericht zur Modernisierung des Familienrechts 2015), 42: «*erscheint zurzeit nicht opportun*»; zur Lehre s. nachfolgende Fn.

¹⁵⁷⁴ Bundesratsbericht zur Leihmutterschaft vom 29. November 2013; so dezidiert auch *Rumo-Jungo*, FamPra 15 (2014) 4, 848; *idem*, universitas (2015) 3; krit. *Büchler/Bleisch*, hill 172 (2014), 1 ff.

¹⁵⁷⁵ Bundesratsbericht zur Modernisierung des Familienrechts 2015; s.a. die Medienmitteilung vom 25. März 2015, abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=56682>>, zuletzt besucht am 4. Dezember 2015: Der Bundesrat hatte davor drei Gutachten eingeholt und im Juni 2014 die öffentliche Tagung «*Avenir Familles!*» durchführen lassen (s. Beiträge von *Rumo-Jungo*, FamPra 15 (2014) 4. Gestützt wird das juristische Vorhaben durch die jüngsten Umfrageresultate des Forschungsinstituts GFS im Auftrag von PINK CROSS, die in der Deutsch- und Westschweiz erzielt worden sind und in der sich eine parteiübergreifende Mehrheit für die Homo-Ehe ausgesprochen hat – wobei ein zu erwartendes Altersgefälle festzustellen ist: <65 J. bei 54%; 18-39 J. bei 79%. Ferner besteht eine Akzeptanz von derzeit 54%, dass Schwule und Lesben die Kinder ihrer Partnerin oder ihres Partners adoptieren dürfen. Bei der Adoption «fremder» Kinder fehlt indes noch der Rückhalt in der Bevölkerung (nur 41% sprachen sich positiv für eine entsprechende Regelung aus).

¹⁵⁷⁶ Interessant für den vorliegenden Gesamtzusammenhang ist, dass sich der Bundesrat dabei auch ein sog. *Stufenmodell* vorstellen kann: 1.) Ehe für hetero- und homosexuelle Menschen, 2.) Solidaritätspakt mit eheähnlichen Rechten und 3.) eine Regelung des Konkubinats.

che Regelung im deutschen und japanischen Privatrecht fehlt. Darin kommt die heteronormative Setzung des Rechts zum Ausdruck. Das geltende Recht berücksichtigt weder die sexuelle Orientierung noch die geschlechtliche Identität von Personen, die dem Familienbild der alten Zivilgesetzbücher nicht entsprechen, beispielsweise derjenigen Personen, die bei ihrer Geburt ein Geschlecht aufwiesen, das sich von dem späteren selbstgewählten Geschlecht unterscheidet.

D. Vertraglich vereinbarte Schwangerschaft (Leihmutter-schaftsvertrag) *de lege ferenda*

1. Zur Terminologie

a) Vertragsverhältnis

Seit Beginn der ersten Welle von Urteilen in den 1980er-Jahren bestanden und bestehen auch heute noch Unsicherheiten hinsichtlich der zu verwendenden Terminologie. Diese ist weder im deutschen noch im englischen Sprachraum einheitlich und *per se* auch nicht überzeugend.

Im deutschen Schrifttum finden sich die unterschiedlichsten Bezeichnungen für das Verhältnis: Leih-, Ersatz-, Trag- oder Mietmutterschaft, Ammen- oder Surrogatsmutterschaft¹⁵⁷⁷ und moderner: *Muttersplitting*. *De lege lata* ist im deutschen Recht der Begriff der *Ersatzmutterschaft* (AdVermiG, EschG) Usus, während in der Schweiz der Terminus *Leihmutterschaft* (FMedG) gesetzlich festgeschrieben ist. Gemeinsam ist beiden umfassend verstandenen Begriffen, dass sie eine Form der Mutterschaft bezeichnen, bei der die intentionale Mutter (resp. auch Wunschmutter genannt) und die gebärende Frau nicht identisch sind. Im deutschen Schrifttum wird zusätzlich zwischen Ersatz- und Leihmutterschaft unterschieden; im schweizerischen Schrifttum ist dies jedoch unüblich. Bei der Ersatzmutterschaft nach deutsch-rechtlichem Sprachgebrauch ist die das Kind austragende Frau zugleich auch dessen genetische Mutter; bei der Leihmutterschaft jedoch stammt die Eizelle entweder von der intentionalen Mutter oder von einer anderen Spenderin.¹⁵⁷⁸ Von der Sache her wird indes auch im schweizerischen Schrifttum zwischen genetischer und nicht genetischer Leihmutterschaft unterschieden, auch wenn für beide Formen derselbe Terminus verwendet wird. Der Begriff Ersatzmutter wird im schweizerischen Recht hingegen nicht in diesem Kontext, sondern im Adoptionsrecht verwendet.¹⁵⁷⁹

Die im Japanischen gebräuchliche Bezeichnung lehnt sich an den englischen Terminus «surrogacy» an, was dem Begriff Ersatzmutterschaft entspricht. Gebräuchlich sind auch die Termini Stellvertretermutter: *Dairi haha* (代理母) oder Stellvertretergeburt: *dairi shussan* (代理母). Im japanischen Recht ist allerdings *de lege lata* keine Form der «Leihmutterschaft» gesetzlich geregelt.

¹⁵⁷⁷ Kaiser, Zeitschrift für Familienforschung 2011; 244 ff.; Diel, 12 ff.; Bertschi, 7 ff.; Christensen, hill 86 (2013), 4 f.; vgl. die bereits erwähnte Literatur zur «ersten Welle» von deutschen Urteilen.

¹⁵⁷⁸ Diel, 13 ff. m.w.H.

¹⁵⁷⁹ Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 16. Juli 2002, AGVE 2002/83, 351, 354.

Begriffe wie *Leihmutterschafts-* und *Leihmuttervertrag* oder *Mietmuttervertrag* knüpfen an den Gebrauch eines Objekts an¹⁵⁸⁰ und sind bestenfalls als objektbezogene Innominatverträge zu qualifizieren.¹⁵⁸¹ Insofern eignen sie sich von der Sache her gerade nicht für die Umschreibung des damit gemeinten Vertragsinhalts, denn im Vordergrund steht hier die erhebliche Dienstleistung einer Frau, stellvertretend für eine andere Frau eine Schwangerschaft auszutragen. – Jedenfalls sollten (unabhängig von der Art der Regelung) schon terminologisch keine Zweifel darüber aufkommen, dass eine *Frau nie als Objekt, sondern stets als Subjekt zu betrachten und zu behandeln ist. Einzig als solches ist sie in der Lage, so zu handeln, dass es sich bei einer Leihmutterschaft von Anfang an nur um eine von ihr selbstbestimmt erbrachte Dienstleistung handeln kann.*¹⁵⁸² Reflektiert man über die Inhalte einer solchen Dienstleistung, so wird rasch klar, dass auch die Begriffe *Ersatz-* oder *Tragemutter* nicht zutreffend sind, da sie dem spezifischen Charakter dieser Dienstleistung nicht gerecht werden. Denn es geht eben ja gerade nicht darum, eine «Mutter zu sein», sondern darum, für ein anderes Elternpaar schwanger zu sein und ein Kind auszutragen. Die Hauptleistung der Frau besteht im Aufsichnehmen der neunmonatigen Schwangerschaft und um schwanger zu werden und die Schwangerschaft zu beenden (mit der Geburt) mit all den damit verbundenen körperlichen, psychischen und finanziellen Anstrengungen. Ausserdem wird im schweizerischen Recht unter dem Terminus «Ersatzmutter» im weiteren Sinn auch Adoptiv- oder Stiefmutter bzw. soziale Mutter verstanden. Passendere Bezeichnungen wären: «*schwangerschaftsbereite oder schwangerschaftsbeauftragte Person*» – dies freilich ohne jede Intention, verharmlosend zu wirken.

Der vom permanenten Büro der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht¹⁵⁸³ zwischenzeitlich vorgeschlagene Begriff «*parental contract pregnancy*» ist deshalb auch als treffender zu bezeichnen.¹⁵⁸⁴ In Anlehnung an den englischen Sprachgebrauch wird er übersetzt mit: eine von den Eltern vertraglich vereinbarte Schwangerschaft (mit einer Drittperson).¹⁵⁸⁵

De lege ferenda sollte demnach möglichst nicht mehr von einem Leihmutterschaftsvertrag die Rede sein, sondern von einer vertraglich vereinbarten Schwangerschaft mit einem Nichtelternteil oder verkürzt: *von vertraglich vereinbarter Schwangerschaft*.

¹⁵⁸⁰ Ohne sich hier auf sachenrechtliche Diskussionen über ein sog. Objekt und Organ «Gebärmutter» einlassen zu wollen.

¹⁵⁸¹ Vgl. Jäggi/Widmer, 61 ff.

¹⁵⁸² Wenn schon von einem objektbezogenen Vertragstypus auszugehen wäre, dann wohl am ehesten vom *Pachtvertrag*, denn dieser würde immerhin aufzeigen, dass mehr als bloss der Gebrauch eines einfachen Objekts zur Disposition steht; doch das wäre zynisch und ist deshalb entschieden abzulehnen. Da die Gebrauchsleihe in der Regel unentgeltlich ist, erweist sich dieser Ausdruck als besonders unpassend, denn er suggeriert nicht nur Objektbezogenes, sondern auch Irreleitendes; s.a. Christensen, *hill* 2013 (Nr. 86), 7 f.

¹⁵⁸³ Wörtlich: «*International contract pregnancy*», was wörtlich international vereinbarte Schwangerschaft heissen würde; vgl. McLeod, Carolyn/Botterell, Andrew: A Hague Convention on Contract Pregnancy (or «Surrogacy»): Avoiding ethical inconsistencies with the Convention on Adoption, IJFAB 7 (2014) 2, 219–235.

¹⁵⁸⁴ Vgl. Studie HccH 2014, Annex 1 zur Terminologie; vgl. bereits Giesen, NJW 1988; s.a. Bühler/Bertschi, FamPra 14 (2013) 1, 33; Christensen, *hill* 2013 (Nr. 86), 6.

¹⁵⁸⁵ Vgl. die Länderberichte in: Trimmings/Beaumont (Hrsg.).

Dieser Begriff der vertraglich vereinbarten Schwangerschaft mag auf den ersten Blick verharmlosend und verkürzt erscheinen, denn die vorgesehenen Vertragsdienste gehen i.d.R. natürlich über eine Schwangerschaft hinaus. Im Rahmen einer vertraglich vereinbarten Schwangerschaft erklärt sich nämlich die schwangerschaftsbereite Frau nicht nur willens, für die intentionalen Eltern oder den Elternteil schwanger zu werden (inkl. einer Stimulation der Ovarien) und eine befruchtete Eizelle während neun Monaten auszutragen, sondern sie muss vorab auch einem medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahren (i.d.R. einer künstlichen Insemination) zustimmen. Vor allem aber sollte sie bereit sein, das neugeborene Kind den intentionalen Eltern zu überlassen und auf die eigenen Elternrechte zu verzichten. – Diese Formulierung wird hier aber bewusst gewählt, denn dadurch wird nach der hier vertretenen Ansicht treffend hervorgehoben, dass dies *die Hauptvertragsleistung* darstellt. Allerdings kann eine schwangerschaftsbereite Person (wie schon mehrfach ausgeführt) letztlich nicht dazu verpflichtet werden, das von ihr bis zum Ende der Schwangerschaft ausgetragene und schliesslich geborene Kind herzugeben. Vielmehr besteht ein Widerrufsrecht, das die betroffene Frau bis zur Geburt und mindestens einen Monat darüber hinaus (dazu gleich nachfolgend unter Ziff. 5) geltend machen kann. Nach *britischem Recht* gilt eine Art «Widerrufsrecht» sogar noch während mehreren Monaten nach der Geburt des Kindes.¹⁵⁸⁶

Ist die Frau verheiratet oder lebt in einer eingetragenen Partnerschaft, so ist ihr Ehepartner oder ihre eingetragene Partnerin ebenfalls Vertragspartei (*Ehepartner der schwangerschaftsbereiten Frau*).¹⁵⁸⁷ Die andere Vertragspartei, d.h. die intentionalen Eltern oder der Elternteil, verspricht der vorgesehenen Leihmutter, das Neugeborene als ihr eigenes Kind anzunehmen und der Frau für die Schwangerschaft das abgemachte Entgelt zu leisten (Auslagenersatz und möglicherweise eine Entschädigung). Zudem können – wie bereits erwähnt – zahlreiche vertragliche Nebenpflichten vereinbart werden.

b) Intentionale Eltern

Die für Eltern mit Kinderwunsch gebräuchlichen Bezeichnungen *Wunschvater* und *Wunschkutter* bzw. *Wunscheltern* sind ebenfalls nicht wirklich passend, denn das Kind kann sich seine Eltern trotz aller Fortschritte in der Technologie *weder wünschen noch aussuchen*.

Demgegenüber scheint *de lege ferenda* der hier bereits verwendete und aus dem englischen Terminus «*intended parent(s)*» hier abgeleitete deutsche Terminus «intentionale Eltern» unverfänglicher zu sein. Dieser betont das Ziel der Elternschaft – genauer: den zielgerichteten Weg und dem zum Ausdruck gebrachten Willen zur El-

¹⁵⁸⁶ Die gebärende Mutter kann innert sechs Wochen nach der Geburt gar keine gültige Zustimmung geben zur Aufgabe ihrer Elternrechte. Zudem müssen die intentionalen Eltern den Antrag um das Kind-Eltern-Verhältnis («parental order») innert sechs Monaten stellen (Agreement to the making of a parental order in respect of my child. Sec. 54 Human Fertilisation and Embryology Act 2008), worauf ein Verfahren in Gange kommt, im welchem auch die gebärende Mutter nochmals ihr schriftliches Einverständnis erteilen muss.

¹⁵⁸⁷ *De lege ferenda* müsste m.E. Gleiches für eingetragene homo- und heterosexuelle Paare gelten – doch auf diese Thematik ist an dieser Stelle nicht einzugehen. Sprachlich wird jedenfalls vereinfacht nur von Ehepartnern statt von Ehepartnern und eingetragenen Partnern bzw. Partnerinnen die Rede sein.

ternschaft, beispielsweise durch vertragliche Vereinbarung. Der intentionale Eltern-
teil bzw. das intentionale Elternpaar hat nicht nur das Ziel, den Wunsch, sondern
auch den konkreten Willen zu einer vertraglich vereinbarten Schwangerschaft, die zu
einem Kind führen soll.¹⁵⁸⁸ Diese am Vertragsrecht orientierte Terminologie ist mei-
nes Erachtens gerechtfertigt, selbst wenn der Vertrag ungültig sein sollte, denn es
liegt in der Regel ein faktischer Konsens vor – wie dies beispielsweise die entspre-
chende Umschreibung im *California Family Code* Art. 7960 lit. c illustriert:¹⁵⁸⁹

«Intended parent means an individual, married or unmarried, who manifests the in-
tent to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduc-
tion.»

Der Ausdruck *intentionale Elternschaft* nimmt terminologisch *den Willensakt* zur
Elternschaft auf und öffnet zugleich die Optionen, dass es eine Elternschaft jenseits
der biologischen oder genetischen Herkunft oder der Status gibt, und kann ausdrü-
cken, dass eine Elternschaft, die jenseits der Heteronormativität liegt, zu einer gesell-
schaftlichen Realität geworden ist. Der im deutschen Schrifttum ebenfalls vorkom-
mende Begriff «*intendierte Eltern*»¹⁵⁹⁰ betont nach der hier vertretenen Ansicht we-
niger den Willen und Weg zur Elternschaft, sondern das Resultat, womit Begriff in-
tentional vorzuziehen ist.

2. Qualifikation des Vertrags

Nach *schweizerischem Recht* wäre ein solches vertragliches Austauschverhältnis
prinzipiell als eine Art *Dienstleistungsvertrag* zu qualifizieren, genauer als Innomi-
natvertrag *sui generis* mit auftragsrechtlichen Elementen. Die Vertragsleistungen
sind nämlich *in zweierlei Hinsicht atypisch*:

1.) Seitens der intentionalen Eltern kann und darf der Vertrag *nicht durchsetzbar*,
d.h. nicht einklagbar sein, da dieser höchstpersönliche Leistungen der schwanger-
schaftsbereiten Frau beinhaltet. Für die Hauptleistungen (Schwangerschaft/Abbruch,
Geburt/Nichtgeburt, Verzicht/Beibehaltung der Elternrechte) muss dies nach der
hier vertretenen Ansicht bedingungslos gelten.

Ob bzw. inwieweit dies auch für die weniger persönlichkeits einschneidenden Neben-
pflichten Geltung haben soll – beispielsweise bezüglich Ernährung, Alkoholkonsum,
Art der sportlichen Tätigkeiten, Sexualverkehr oder Auslandsreisen kurz vor der Ge-
burt –, ist im Einzelfall (unter Beizug der Generalklausel der «öffentlichen Ordnung»
oder der Berücksichtigung des Persönlichkeitschutzes) zu entscheiden.

2.) Des Weiteren lässt sich der freiwillige Verzicht der Leihmutter auf das neugebore-
ne Kind und dessen Herausgabe *in keiner Weise mit einer kauf- oder sachenrechtli-
chen Leistung vergleichen*. Dogmatisch gesehen, kann dieser Rechtsakt mit dem be-
reits erwähnten Einwilligungensakt der Geburtsmutter zur Adoption oder auch mit der
freiwilligen anonymen Hergabe des Kindes (via Babyklappe) verglichen werden. Von

¹⁵⁸⁸ M.E. können die Begriffe nicht einfach gleichgesetzt werden; so aber etwa bei *Diel* oder *Bert-
schi*, 8.

¹⁵⁸⁹ *California Assembly Bill* No. 1217 (Änderung per 23. September 2012).

¹⁵⁹⁰ Bericht Abstammung 2017 (s. Fn 1386).

der Tragweite her ist auch eine Analogie mit einer (zu rechtfertigenden) Einwilligung in die eigene Persönlichkeitsverletzung denkbar, wird hier doch das Intimste, Privateste preisgegeben (dazu bereits Kapitel 4).

3.) Des Weiteren ist zu überlegen, in welcher rechtlich geregelten Form *de lege ferenda* durch die Abgabe einer Willenserklärung der Leihmutter ein neues, originäres Eltern-Kind-Verhältnis begründet werden könnte: z.B. dadurch, dass dies ein entsprechendes Gerichtsurteil bereits vor der Geburt feststellt, d.h. bestätigt, oder *ob und wie die Erklärung der Leihmutter als Teil des Leihmutterchaftsvertrags behördlich genehmigt werden könnte und müsste*, um gültig zu sein. – Am besten wäre es, wenn die Leihmutter *nach der Geburt* behördlich zur Kohärenz ihrer Willenserklärung, zu ihrer Selbstbestimmung im Leihmutterchaftsvertrag befragt würde.

4.) Vertraglich zu regeln ist das Problem des Rücktritts der intentionalen Eltern. Grundsätzlich bestehen keine Rücktrittsrechte: Intentionale Eltern müssen sich über alle Risiken im Klaren sein (was spezielle Informationspflichten seitens der Ärzteschaft/Behörden erfordert) und wissen, dass ihre Entscheidung von grösster Konsequenz ist und dass das Kind u.U. schwarzes Haar haben oder von minderer Intelligenz sein kann. – Im Klartext: Es gibt kein Zurück, Eltern können und dürfen ihre Meinung nicht ändern (s. Fall Manji) und das Kind kann nicht zurückgegeben werden.

Es ist aber ebenso klar, dass für solche (beauftragte) Schwangerschaften nichts anderes gelten kann wie für eigene: Pränatale Untersuchungen sind beispielsweise heute zur Alltätlichkeit geworden. Die Parteien haben sich deshalb *vorher schon darüber zu einigen*, wie sie diese handhaben werden und wie sie voraussichtlich reagieren möchten, wenn ein Testresultat für eine Abweichung von der Norm spricht.

Die beauftragte schwangere Person sollte ihrerseits für die Gesundheit des Embryos schädliche Handlungen unterlassen; dies ist aber auch vorher zu vereinbaren. Sollte sie z.B. während der Schwangerschaft Drogen konsumieren, so kann das Kind nichts dafür. Die intentionalen Eltern haben damit zu leben (was nicht heissen soll, dass Schadenersatzforderungen ausgeschlossen sind).

Dass hier weder das Kauf- noch das Sachenrecht Anwendung finden kann, erscheint offensichtlich; dass der Begriff *Bestellvater* resp. *Bestellmutter* ebenso wenig zu befriedigen vermag genauso, denn dieser suggeriert wiederum den objektbezogenen Aspekt: Er erinnert an einen Kaufvertrag und würdigt die dahinterstehende, spezifische Dienstleistung nicht gebührend; er wirkt herabsetzend.¹⁵⁹¹ Schliesslich geht es dabei nicht einfach um einen Werkvertrag oder Auftrag. Zudem kann ein «Erfolg» in diesem Kontext gewiss nicht geschuldet sein, sonst bestünde die Gefahr, dass ein solches Mandat rasch, unüberlegt und auf Distanz erteilt würde.

3. *Menschliche Bedürfnisse vor kommerziellen Interessen*

Ein derartiger Vertrag liesse sich nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich unentgeltlich regeln, wobei die Entrichtung einer Aufwandsentschädigung (für Nah-

¹⁵⁹¹ Ähnlich *Diel*, 12 ff.

rung, Unterkunft, Arztkosten etc.) während der Vertragsdauer einen guten und angemessenen Ersatz bieten soll, sofern die schwangerschaftsbereite Frau dies wünscht. Damit wäre die *Unentgeltlichkeit* ein drittes heute atypisches Element dieses Dienstleistungsvertrags. Die Unentgeltlichkeit hätte zum einen eine *gewisse Signalwirkung*¹⁵⁹² und zum anderen einen *Einfluss auf das Motiv* schwangerschaftsbereiter Frauen.

Es gibt tatsächlich (beispielsweise in Japan, Ähnliches ist vorgesehen in Indien) Frauen, die anderen Paaren (in der eigenen Familie) auf diese Weise altruistisch «helfen» möchten; doch zu einem grossen Teil benötigen die betreffenden Frauen einfach *Geld für ihren Lebensunterhalt* – wie übrigens die meisten anderen Menschen auch. So würden diese Personen vermutlich kaum eine Anstrengung wie die Leihmutterschaft auf sich nehmen, wenn sie keine Form der (Aufwand)Entschädigung dafür bekämen. Das ist eine grundsätzlich zu akzeptierende Realität. Diese Form von kommerziellem Denken liesse sich wohl höchstens dann ändern, wenn künftige Frauengenerationen weltweit durch breite Ausbildungs- und Berufsentwicklungshilfen unterstützt würden. *Daraus ist zu schliessen: Wir sollten de lege feranda auch ehrlich zur Entgeltlichkeit dieses Vertragstypus stehen.*

Würde etwa nur ein altruistisches Vertragsverhältnis anerkannt (wie dies zum Beispiel in Grossbritannien gilt und wie dies auch in Indien vorgesehen ist), müsste zudem in jedem Einzelfall noch untersucht werden, *was unentgeltlich dann genau bedeutet*: Jenseits einer Aufwandsentstündigung, die *de facto* sehr hoch sein kann, können auch weitere Gegenleistungen (z.B. Pflege, Unterhalt, Wohnrecht, Nahrung, Schulung) in Aussicht stehen. Daraus ist weiter zu schliessen, dass es weniger um die Entgeltlichkeit dieses Vertragstyps gehen kann, sondern mehr darum, dass keine falschen oder überbissenen Anreize geschaffen werden.

Damit jedoch die menschlichen Bedürfnisse gegenüber dem kommerziellen Aspekt im Vordergrund bleiben und es nicht zu höheren oder masslosen Schwarzszahlungen im Inland und/oder zu Dumpingpreisen im Ausland kommt, müsste die Entschädigung für eine vertraglich vereinbarte Schwangerschaft *national und international plafoniert* werden. Solange es Staaten gibt, in denen eine Leihmutterschaft – im Vergleich zum durchschnittlichen dafür zu entrichtenden Betrag – zum halben Preis oder zu einem Bruchteil des üblichen Preises angeboten wird, dürften die intentionalen Eltern bereitwillige Leihmütter in den betreffenden Staaten bevorzugen. – Wäre die Leihmutterschaft jedoch in allen Rechtsordnungen zulässig, könnte dieses Problem etwa mit gesetzlichen Verboten des Zugangs von ausländischen intentionalen Paaren gelöst werden.

Jedenfalls ist es gerechtfertigt, schwangerschaftsbereite Frauen grundsätzlich angemessen zu entschädigen, denn sie haben einen *erheblichen Aufwand und leisten einen grossen Dienst* – und dies für eine lange Dauer. Hinzu kommt, dass die Erfüllung des Kinderwunschs (aus Sicht des Auftraggebers, d.h. der intentionalen Eltern) an sich nicht lebensnotwendig ist – etwa im Unterschied zur Spende eines lebenswichtigen Organs: In diesem Fall wäre es wohl höchst unethisch, ja rechtswidrig, wenn das Fortleben einer Person von der Leistung bzw. der Höhe eines Entgelts ab-

¹⁵⁹² Diese Art von Tätigkeit ist nicht dazu gedacht, sich den Lebensunterhalt zu verdienen.

hinge. Eine gewisse Chancenungleichheit hinsichtlich der finanziellen Möglichkeiten intentionaler Eltern ist deshalb nicht von vergleichbarer Tragweite. Abgesehen davon würde insbesondere bei einem Leihmutterchaftsverhältnis weder ein Rechtsberater, noch eine Ärztin, noch eine Vermittlungsagentur oder eine Behörde unentgeltlich arbeiten, sodass es in hohem Masse stossend wäre, wenn ausgerechnet die Person, welche bei diesem Prozedere die höchste Belastung trägt, unentschädigt bliebe. – Zudem, und dies wurde bereits eingangs ausgeführt, würde die Unentgeltlichkeit (oder der Altruismus) wiederum den Nachteil mit sich bringen, dass *eine frauentypische Dienstleistung unentgeltlich erbracht* wird. Es ist aber in all jenen Fällen, in denen Frauen für andere Personen aus *altruistischen Gründen* ein Kind austragen möchten, eine (Aufwand-)Entschädigung zu leisten.¹⁵⁹³

Die schwangerschaftsbereite Frau soll und muss also nach der hier vertretenen Ansicht für ihre beachtliche Tätigkeit *finanziell, sozial und gesundheitlich abgesichert* sein. Jede europäische oder asiatische Frau sollte während der übernommenen Schwangerschaft vergleichbar gut beraten und medizinisch versorgt werden und darauf vertrauen dürfen, dass sie und ihre eigene Familie während der gesamten Dauer der Schwangerschaft, der Geburt und nach der Geburt abgesichert sind. Mit anderen Worten: Die intentionalen Eltern sind für diese Person, die für sie einen sehr besonderen Dienst leistet, in die rechtliche Verantwortung zu nehmen.

Die Vertragsparteien haben sich im Voraus auch zu überlegen, welche zusätzlichen Kosten aus der in Auftrag gegebenen Schwangerschaft entstehen dürften, denn diese fallen *erheblich ins Gewicht* – unabhängig davon, ob es sich um einen entgeltlichen oder einen unentgeltlichen Vertrag handelt: Gebühren für die Vermittlungsagentur, Kosten für psychologische und medizinische Untersuchungen der intentionalen Eltern und für das medizinische Screening der schwangerschaftsbereiten Frau sowie allenfalls für die Eizellenspende. Hinzu kommen Kosten für die Rechtsberatung und -vertretung, für Gerichtsverfahren sowie für allfällige Versicherungen für die Dauer der Schwangerschaft, für die Geburt und für das Neugeborene.¹⁵⁹⁴ All diese Kosten/Ausgaben müssen einer schwangerschaftsbereiten Frau in jedem Fall ersetzt werden.

4. *Denkbares Vertragsprozedere und die wichtigsten Vertragsinhalte (Schweizerisches Recht)*

Folgendes Vertragsprozedere und die folgenden Vertragsinhalte sind demnach denkbar, damit ein solcher Vertrag als gültig angesehen werden könnte:¹⁵⁹⁵

Prozedere

o.) *Auskunft/Befragung* der intentionalen Eltern durch eine bewilligungspflichtige Vermittlungsagentur

¹⁵⁹³ Ähnlich die Überlegungen zum Entgelt bei Adoptionen: *Bartholet*, 94 ff., 102.

¹⁵⁹⁴ Bis \$ 100'000.– ohne die Entschädigung der betroffenen Frau; s. <<http://www.growinggenerations.com/surrogacy-program/intended-parents/surrogacy-cost>>, zuletzt besucht am 4.12.2016.

¹⁵⁹⁵ Für Musterverträge vgl.: <http://www.surromomsonline.com/articles/ts_contract.htm>, zuletzt besucht am 1.12.2016.

- 1.) *Aufklärung der intentionalen Eltern* durch psychologische und medizinische Fachpersonen sowie *Gesundheitsuntersuchung*
 - evtl. Feststellen der Unfruchtbarkeit
 - Diskussion darüber, ob nicht eine Adoption tatsächlich und rechtlich möglich wäre; falls eine Adoption möglich ist, vertiefte Aufklärung durch Adoptionsberatungsstelle.
- 2.) *Bedenkzeit* von mindestens drei Monaten einräumen zwischen ersten Informationen und dem Antrag der intentionalen Eltern;
- 3.) *Antrag* der intentionalen Eltern (oder der sie stellvertretenden Agentur) an eine volljährige und urteilsfähige, schwangerschaftsbereite Frau, die sich bereit erklärt, die Schwangerschaft für die intentionalen Eltern zu übernehmen, sich vorgängig einer medizinisch unterstützten Befruchtung zu unterziehen und die nach der Niederkunft auf das Kind verzichtet. Eine voraussichtliche Entschädigungssumme wird angeboten. Der Antrag *erfolgt unter der Bedingung*, dass die angefragte Person gesund ist.
- 4.) *Aufklärung* der schwangerschaftsbereiten Frau und ihrer Familie durch eine unabhängige Beratungsstelle; nicht durch die Agentur.
- 5.) *Aufklärung* der schwangerschaftsbereiten Frau und ihrer Familie durch die behandelnde psychologische Fachperson (diese gibt ggf. auch Auskunft über die intentionalen Eltern) und die medizinische Fachperson.
- 6.) Gesundheitsuntersuchung der schwangerschaftsbereiten Frau: Fällt das Resultat positiv aus, so ist die Bedingung für den Antrag erfüllt.
- 7.) *Annahmeerklärung durch die schwangerschaftsbereite Frau*: Diese ist berechtigt, die Erklärung bis zur medizinisch unterstützten Befruchtung/Eispende jederzeit und ohne Rechtsfolgen zu widerrufen.
- 8.) Die Zustimmung des Ehegatten bzw. des Partners oder der Partnerin der betroffenen Frau; kann bis zur medizinisch unterstützten Befruchtung/Eispende jederzeit ohne Rechtsfolgen widerrufen werden.
- 9.) Erst zum Zeitpunkt der Feststellung der Schwangerschaft wird die Annahmeerklärung verbindlich.
- 10.) Der Vertrag ist spätestens bis zur 10. Schwangerschaftswoche von beiden Parteien schriftlich zu schliessen und von einer richterlichen Behörde genehmigen zu lassen (Gültigkeitserfordernis); dies kann einen gewissen Schutz vor Übereilung bewirken (in der Schweiz können Gerichte wie auch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde diese Genehmigung erteilen; in Deutschland und Japan sind ausschliesslich die Familiengerichte zuständig.).

Die wichtigsten Vertragsinhalte sind:

- Die schwangerschaftswillige Frau erklärt sich bereit, die vereinbarte Schwangerschaft von neun Monaten zu übernehmen und den Embryo auszutragen.

- Sie unterzeichnet eine Verzichtserklärung auf das von ihr zu gebärende Kind.
 - Sie erklärt ihre Bereitschaft, das Kind am vorgesehenen Ort zu gebären und es dort nach kurzer Dauer den intentionalen Eltern zu überlassen.
 - Den intentionalen Eltern obliegt die rechtliche und soziale Pflicht, das neugeborene Kind in jedem Fall als das eigene anzunehmen, aufzuziehen und für dieses zu sorgen.
 - Die intentionalen Eltern tragen die Verantwortung für die finanziellen, sozialen und gesundheitlichen Belange (d.h. sie sorgen für gute medizinische Betreuung, tragen die Arztkosten und sind um die nötigen Versicherungen bedacht etc.) der schwangeren Person und Geburtsmutter im Zusammenhang mit der übernommenen Schwangerschaft.
 - Beide Parteien erklären sich bereit zur Kooperation in allen behördlichen Angelegenheiten, insbesondere beim Verfahren um den Personenregistereintrag des Kindsverhältnisses zu den intentionalen Eltern.
 - Es erklären sich beide bereit, das Kind in der Zukunft über seine Identität auf-zuklären.
 - Darüber hinaus wird ein gegenseitiges Stillschweigen über gesundheitsrelevante Daten vereinbart.
 - *Zu regelnde Nebenpflichten wären, ohne Anspruch auf Vollständigkeit:*
 - Die private Lebensweise der schwangerschaftsbereiten Frau während der Schwangerschaft (z.B. Ernährung, Rauchen, Tabletten- und Alkoholkonsum, gefährliche Sportarten, Sex).
 - Das Ausmass der Gesundheitschecks inkl. derjenigen des Fötus oder Embryos (welche pränatalen Gentests sind vorzunehmen?).
 - Die Regelung des Verhaltens bei Mehrlingsschwangerschaften, v.a. hinsichtlich Austragung/Abort und die Entschädigung dafür.
 - Die Regelung der möglichen Folgen von Krankheit oder Tod der Geburtsmutter.
- 11.) Die schwangerschaftsbereite Frau hat ein jederzeitiges *einseitiges Widerrufsrecht* für die Dauer der Schwangerschaft sowie bis und mit sechs Wochen nach der Geburt des Kindes, inklusive eines unverzichtbaren Rechts auf Abtreibung (allerdings sind die landeseigenen Bestimmungen zum Schwangerschaftsabbruch einzuhalten).¹⁵⁹⁶
- 12.) Möchte die Leihmutter das neugeborene Kind behalten, so hat sie allfällige Vermögenswerte, die sie erhalten hat und noch nicht verbraucht hat, zurückzugeben.

5. Gesetzliches einseitiges Widerrufsrecht

Dieses *einseitige Widerrufsrecht der schwangerschaftsbereiten Frau* ist auch unbegründet und formlos möglich, denn es ergibt sich aus ihrem Grund- und Persön-

¹⁵⁹⁶ In re Baby M. wurde eine entsprechende Klausel als rechtswidrig angesehen und in der Literatur diskutiert: Andrews, 168; Lieber, Indiana Law Journal, Vol. 68 (1992), Iss. 1 Article 7, 205 ff., 211.

lichkeitsrecht. Es spielt dabei grundsätzlich keine Rolle, ob die schwangere Frau die Schwangerschaft abbrechen oder das Kind als ihr eigenes behalten möchte.

Selbst wenn die Geburtsmutter das genetische Kind ggf. zusammen mit den intentionalen Eltern (mit-)aufziehen möchte, kann und soll sie nach der hier vertretenen Ansicht nicht daran gehindert werden. Da dieser Ausgang indes als persönlich und rechtlich besonders problematisch angesehen werden kann, ist er möglichst zu verhindern, indem *die Schwelle vorher möglichst hoch angelegt* wird und beide Parteien vorab sehr gut und klar informiert und begleitet werden.

Ein Verbot dieser Form der Leihmutterschaft wäre nicht sinnvoll, denn gerade in denjenigen Fällen, in denen ein heterosexuelles Paar zwar fruchtbar ist, aber die befruchtete Eizelle nicht ausgetragen werden kann, erscheint die Leihmutterschaft ethisch vertretbar. Damit soll auch bewusst auf die gängige Typisierung der verschiedenen Arten von Leihmutterschaft verzichtet werden.

6. *Sorgepflicht der intentionalen Eltern*

Auf der anderen Seite sollen *de lege ferenda* die Annahme- und Sorgepflichten der intentionalen Eltern nicht verhandelbar sein und strafrechtlich streng sanktioniert werden können. Jedem intentionalen Elternteil muss vor dem Vertragsschluss klar sein, dass er/sie das gewünschte Kind so anzunehmen hat, wie es geboren worden ist, und dass er/sie eine bedingungslose Sorgepflicht zu erfüllen hat.

VI. Zusammenfassende Ergebnisse

1.

Eine vertragsrechtliche Behandlung der «Leihmutterschaft» kann nach dem Ausgeführten von allem Anfang an nur eine rechtliche Reduktion darstellen. Das komplexe Phänomen muss aus verschiedenen materiell-rechtlichen Perspektiven (Vertrags-, Familien-, Verfassungsrecht) sowie aus Sicht des Kollisionsrechts behandelt werden. Es muss v.a. auch *de lege ferenda* unter international-rechtlichen Perspektiven behandelt werden.

2.

Der Blick in drei verschiedene Rechtsordnungen hat das Folgende gezeigt: Das Phänomen ist nicht alltäglich. Auch wenn es altbekannt ist und die Fälle heute weltweit am Zunehmen sind, bleiben vertraglich vereinbarte Schwangerschaften eine *Seltenheit*. Der persönliche, zeitliche und finanzielle Aufwand der Vertragsparteien und die damit verbundenen Risiken für alle Beteiligten sind sehr hoch.

3.

Die Rechtslage zur Leihmutterschaft ist in Asien und Europa heteronom. Die technischen und rechtlichen Entwicklungen im Bereich medizinisch unterstützte Fortpflanzung und Genetik sind allerdings enorm. Es ist aktuell vieles im Fluss und die Länderrechte bezüglich Leihmutterschaft verändern sich laufend – sei es, dass sie verschärft oder gelockert werden.

4.

Die Rechtslage in Deutschland und in der Schweiz ist gegenwärtig eindeutig: Eine vertragliche Vereinbarung über eine Schwangerschaft ist explizit verboten (Art. 119 Abs. 2 BV, Art. 4 FMedG, § 1 ESchG, § 1591 BGB) und ein solcher Vertrag ist entsprechend rechtswidrig und ungültig (Art. 19 f. OR und § 134 BGB). Der Selbstbestimmung im Vertragsrecht ist diesbezüglich eine feste Grenze gesetzt.

Aus der Zeit vor diesen gesetzlich geregelten Verboten gibt es aus der deutschen Rechtsprechung einige Fälle über sog. Leihmutterschaftsverträge, die unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB, auch § 812 BGB) erwogen wurden.

Diese Fälle der 1980er-Jahre belegen, dass die Argumente gegen die Leihmutterschaft (namentlich die Würdeverletzung des Kindes, die Instrumentalisierung der Mutter, die Kommerzialisierung) sowie die Alternative, welche eine Adoption bietet oder nicht, und die Frage der Entgeltlichkeit nicht anders als heute diskutiert werden.

Es handelt sich zugleich um Musterbeispiele der Dogmatik, wie gesetzlich noch unregelte Lebenssachverhalte mit einer flexibel anwendbaren Generalklausel wie derjenigen der «guten Sitten» bzw. der «öffentlichen Ordnung» gelöst wurden und werden können. Das zeigt nach der hier vertretenen Ansicht u.a. die *Notwendigkeit einer solchen Generalklausel, die der Selbstbestimmung flexibel Grenzen setzen kann*.

Das bedeutet allerdings nicht, dass der Selbstbestimmung leichtfertig Grenzen gesetzt werden darf, sondern eben nur dann, wenn sich ein Vertragsinhalt oder ein Vertragsverhalten gegen die *rechtsethischen Vorstellungen unserer Gesamtrechtsordnung* richtet. – Wichtige rechtsethische Vorstellungen in diesem Zusammenhang lassen sich etwa ohne Weiteres in den (bereits seit Langem bestehenden) Adoptionsregelungen erkennen.

5.

Etwas anders liegt der Fall im japanischen Recht, wo kein explizites Verbot der Leihmutterschaft existiert. Das heisst, dass sich nach japanischem Vertragsrecht die Frage stellen kann, ob eine entsprechende vertragliche Vereinbarung wohl gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung, die *Kôjô-ryôzoku-Klausel* (Art. 90 Minpô), verstossen würde.

Die Durchsicht der Rechtsprechung hat aber gezeigt, dass es bisher keine japanischen höchstrichterlichen Urteile gibt, die sich direkt mit einem japanischen Leihmutterschaftsvertrag beschäftigen.

Dokumentiert ist, dass bis zum Jahre 2003 Kinder aus Leihmutterschaftsverhältnissen geboren wurden (z.B. SUWA-Klinik, Nagano-ken). – Auch heute werden noch Kinder aus Leihmutterschaftsverhältnissen geboren; allerdings wird dies nicht mehr publik gemacht. – Ein wesentlicher Unterschied zur faktischen und rechtlichen Situation in Japan im Vergleich zu derjenigen in der Schweiz und Deutschland ist, dass die japanischen Leihmutterschaftsverhältnisse weitgehend einem altruistischen Ansatz verpflichtet waren und sind. Das heisst, die zwischen intentionalen Eltern und einer Frau vereinbarten Schwangerschaften finden unentgeltlich statt. Hinzu kommt,

dass die betreffenden Frauen vornehmlich Familienangehörige der intentionalen Eltern sind.

Der jüngste japanische Gesetzesentwurf (2. April 2014) der Arbeitsgruppe zur medizinisch unterstützten Fortpflanzungsmedizin der LDP zu Reproduktionstechniken sieht denn auch eingeschränkt die *Zulassung der unentgeltlichen Leihmutterschaft für verheiratete Paare* vor.

Ein solcher Ansatz möchte verhindern, dass ein Anreiz zu Leihmutterschaftsverhältnissen geschaffen wird. Dieser birgt aber in einer nicht individualistisch geprägten Gesellschaft auch ein gewisses Gefahrenpotenzial für Drucksituationen. Ferner bestünde eine Ungleichbehandlung verheirateter und unverheirateter intentionaler Elternpaare.

6.

Globalisierung und Internationalisierung haben auch in den drei Ländern dazu beigetragen, dass Leihmutterschaftsverhältnisse oftmals im Ausland begründet werden. Rechtsvergleichend ergibt sich, dass in allen drei Ländern anerkennungsrechtliche Entscheide zu im Ausland begründeten Kind-Eltern-Verhältnissen bestehen, bei denen die Kinder aus dort legalen Leihmutterschaftsverhältnissen geboren sind:

Der Deutsche Bundesgerichtshof hat am 10. Dezember 2014 einen wegweisenden Beschluss gefällt (Az. XII ZB 463/13), in dem das im Ausland durch Leihmutterschaft begründete rechtliche Kind-Eltern-Verhältnis von einem Kind zu seinen beiden Vätern in Deutschland anerkannt wurde. Die Anerkennung hat im konkreten Einzelfall nicht gegen den *ordre public*-Vorbehalt (§ 109 FamFG) verstossen. Dieser Entscheid wird in den künftigen Rechtsentwicklungen noch von grosser Tragweite sein wird, denn er

- gibt dem Kindeswohl im Einzelfall den Vorrang vor einer generalpräventiven gesetzlichen Regelung (*in casu* der Geburtsmutterregel) und
- stärkt die Legitimation einer rechtlichen Doppelvaterschaft.
- Zugleich wird mit diesem Entscheid anerkannt, dass die Bestimmung rechtlicher Elternschaft nicht an die genetische Abstammung geknüpft sein muss.

Bemerkenswert ist an diesem Entscheid ferner, dass er – in eigenständiger Argumentation – insbesondere im letzten Punkt über die Rechtsprechung des EGMR hinausgeht.

Das Schweizerische Bundesgericht hat in einem vergleichbaren kollisionsrechtlichen Fall (BGE 141 III 312) anders entschieden und sich dabei in seiner Begründung eng an einzelnen Richtermeinungen des EGMR angelehnt. Ferner hat das Bundesgericht den *ordre public*-Vorbehalt mit einer problematischen Argumentation zur Art und Weise der Rechtsumgehung des Leihmutterschaftsverbots verknüpft. – Ob (und mit welcher Begründung) in einem künftigen Fall die kollisionsrechtliche Anknüpfung und Begründung geändert wird, ist derzeit offen. Aus Sicht des Kindeswohls steht einer analogen Anwendung der anerkennungsrechtlichen Regelung und Rechtsprechung von ausländischen Adoptionen nichts entgegen.

Fest steht, dass die beiden bisherigen schweizerischen Bundesgerichtsentscheide aus dem Jahre 2015 zu ausländischen Leihmutterschaftsfällen (BGE 141 III 312, 328) auch so gedeutet werden können, dass keine *ordre public*-Vorbehalte gegenüber einer gleich-geschlechtlichen Elternschaft bestehen. Fest steht auch, dass die schweizerische Adoptionsrevision, die eine Stiefkindadoption unter gleichgeschlechtlichen Eltern zulässt, verabschiedet wurde und am 1. Januar 2018 in Kraft treten wird. Das wird einen Einfluss auf ausländische Leihmutterschaftsverhältnisse haben.

In Japan begründete der *Saikô sai*, zeitlich allerdings schon einige Jahre früher, mit seinem anerkennungsrechtlichen Urteil aus den Jahre 2007 (*Minshû* 62-2-619), dass ein «natürliches» Eltern-Kind-Verhältnis zu den grundlegenden Werten und Prinzipien der japanischen Statusrechte zähle. Ein ausländisches Urteil, welches dieses «natürliche» Eltern-Kind-Verhältnis missachte, verstosse demnach gegen den *ordre public*, das heisst die «guten Sitten und die öffentliche Ordnung», und könne damit in Japan nicht anerkannt werden. – Das Urteil erscheint zum einen streng, weil die Rechtslage zur Leihmutterschaft in Japan weniger klar ist; zum anderen mag es sich aber deswegen erklären, weil es sich eben nicht – wie bisher üblich in Japan – um eine «altruistische Leihmutterschaft» gehandelt hat.

7.

Wichtig ist, dass die sachrechtliche und die anerkennungsrechtliche Diskussion um Leihmutterschaften nicht vermischt werden. Vor der Geburt ist die schwangere Frau die am meisten betroffene Person des Vertragsverhältnisses und nach der Geburt, das heisst bei der Anerkennungsfrage, muss das Kind im Zentrum rechtlicher Überlegungen stehen.

8.

Die Skizzierung einer künftigen Regelung einer vertraglichen Vereinbarung über eine Schwangerschaft erscheint zusammenfassend aus zwei Gründen sinnvoll:

Will man in der Problematik weiter kommen, braucht es zum einen nationale Regelungen, welche die Leihmutterschaft für sich genommen legalisieren, wodurch der Fortpflanzungstourismus unterbunden aber jedenfalls eingeschränkt wird. Das heisst, Personen mit einem Kinderwunsch sollten nicht ins Ausland reisen müssen für eine Leihmutterschaft und dies auch nicht können dürfen. Dies würde theoretisch funktionieren, wenn alle Rechtsordnungen den Ausländerinnen und den Ausländern den Zugang zu medizinisch unterstützten Fortpflanzungsmethoden verbieten würden; Inländerinnen und Inländern diesen aber zulassen.

Ist ein Vertrag über eine entgeltliche Schwangerschaft erst einmal geregelt, ist auch die Wertungskohärenz hergestellt zum Selbstbestimmungsrecht und zur Selbstbestimmungsfähigkeit, über intime und private Belange wie Sex oder Fortpflanzung bestimmen zu können und auch nach Gutdünken einen entgeltlichen Vertrag abschliessen zu können.

9.

Der Tatsache, dass ein Vertrag über eine entgeltliche Schwangerschaft künftig einmal die Rechte eines Dritten, namentlich eines Kindes, betreffen kann, ist dabei ganz besonders Rechnung zu tragen.

Kapitel 9

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

I. Begriffsgebrauch

A. Vertraglich vereinbarte «Liebe»

Der hier gewählte Sprachgebrauch der *vertraglich vereinbarten «Liebe»* dient in erster Linie dazu, von Anfang an den gedanklichen Bezug zu den anderen bereits behandelten Beispielen zur selbstbestimmten vertraglichen Vereinbarung (höchst)persönlicher resp. intimer Lebensangelegenheiten herzustellen: zu Sex, Fortpflanzung oder eben zu «Liebe». – Dass die «Liebe» *nicht* der Vertragsgegenstand ist, sondern das gemeinsame Motiv oder das Lebensziel für die Vereinbarung einer Lebensgemeinschaft (wenngleich, historisch betrachtet dies auch noch nicht lange der Fall ist, Ziff. II.B.2), ist selbstverständlich. Die gewählte Bezeichnung hat indes den entschiedenen Vorteil, dass sie sich zwanglos auf viele unterschiedliche Vereinbarungen über Lebensgemeinschaften¹⁵⁹⁷ anwenden lässt: das heisst auf den Ehevertrag (im umfassenden Sinne sowie als güterrechtlicher Teil-Ehevertrag), den (Lebens-)Partnerschafts-vertrag und auf alle weiteren selbstbestimmten vertraglichen Vereinbarungen zu Lebensgemeinschaften zu Liebe, jenseits von Geschlecht und Status (z.B. einen «*pacte civil de solidarité*»).¹⁵⁹⁸ Der Terminus lässt letztlich auch offen, ob es sich zwingend um eine Paarbeziehung handeln muss.¹⁵⁹⁹ – Welche Bezeichnung sich *de lege ferenda* einmal durchsetzen wird für die vertragliche Regelung von Lebensgemeinschaften, ist offen, sodass die hier gewählte Bezeichnung vertraglich vereinbarter «Liebe» ihren Dienst zwischenzeitlich sehr gut erfüllt.

Es besteht aktuell ein Bedürfnis, über selbstbestimmte Regelungen zu Lebensgemeinschaften jenseits von Status und Geschlecht nachzudenken und sich zudem mit der Notwendigkeit von allenfalls nötigen gesetzlichen Rechtsfolgen für faktische Lebensgemeinschaften auseinanderzusetzen (dazu Ziff. IV.C).

B. Ehevertrag und güterrechtlicher (Teil-)Ehevertrag

Im Vordergrund steht in diesem Kapitel die *de lege lata* am weitesten verbreitete Form vertraglich vereinbarter «Liebe» – nämlich *die Ehe*. Zur Unterstreichung der vertragsrechtlichen Natur wird in dieser Arbeit der Terminus des *Ehevertrags* in ei-

¹⁵⁹⁷ Vgl. *Wienfort*, 8, 20 ff. zu den historischen Veränderungen.

¹⁵⁹⁸ Die Eheschliessung verpflichtet nach schweizerischem Recht etwa zu gegenseitigem Beistand, Treue und dazu das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren (Art. 159 ZGB), während der Partnerschaftsvertrag zu gegenseitigem Beistand und Rücksicht verpflichtet (Art. 12 PartG).

¹⁵⁹⁹ Zum Ganzen ausführlich *Dutta*, AcP 206 (2016) 609 ff.

nem, wie der Titel schon sagt (und die Vertragsgeschichten gezeigt haben), umfassenden Sinne verstanden:¹⁶⁰⁰ zum einen als Vertrag, der zur Begründung, Auflösung oder Modifizierung des ehelichen Güterstandes (Art. 182-184 ZGB, §§ 1408 BGB) dient. Insofern regelt er einen wichtigen *Teilbereich des Ehelebens*, namentlich die güterrechtlichen Belange. Im geltenden schweizerischen Recht wird von einem güterrechtlichen Ehevertrag ausgegangen oder einem güterrechtlichen (*Teil*-)Ehevertrag auszugehen. Zum anderen wird der Terminus aber auch als Eheschliessungsakt verstanden, der auf die Wirkungen des Eheverhältnisses im Allgemeinen zielt. Der *Ehe(schliessungs)vertrag* umfasst vor allem die personenbezogenen Belange der Ehe, die gegenseitige Unterstützung auf Dauer, aber auch vermögensbezogene Belange (z.B. Erbrecht).

Diese weite Verwendung des Begriffs nimmt den Standpunkt vorweg, dass auch der Eheschliessungsakt als Vertrag verstanden werden kann (dazu gleich ausführlicher unter Ziff. II.C). Ferner wird damit auch bereits die Vorstellung von einem *de lege ferenda* wünschbaren Vertrag zur Regelung von Lebensgemeinschaften, der die *persönlichen und die vermögensrechtlichen Belange* als die zwei zentralen Teilbereiche vereint, auf- bzw. vorweggenommen (Ziff. V.D). Die Regelung des vermögensrechtlichen Teilbereichs der Lebensgemeinschaft ist im Rahmen des (Teil-)Ehevertrags in allen drei Rechtsordnungen unbestritten.

II. Die Regelungen zu den Lebensgemeinschaften im Wandel

A. Gegenwärtige und künftige Grenzen der Selbstbestimmung

Geht es um die Grenzen der verschiedenen Vereinbarungen zu «Liebe», muss angefügt werden, dass das engere Verhältnis zwischen Selbstbestimmung und der Grenze der «guten Sitten» sich traditionell (nur) im Zusammenhang mit den vertraglichen Vereinbarungen zu den finanziellen Teilinhalten, namentlich dem deutschen güterrechtlichen Vertrag, zeigt (Ziff. III). Die meisten Schranken der Selbstbestimmungen in dieser Hinsicht sind gesetzlicher Natur. Zwischen der in allen drei Rechtsordnungen verbotenen Zwangsheirat¹⁶⁰¹ und einer selbstbestimmten vertraglichen Vereinbarung, sich gegenseitig auf Dauer zu lieben, zu unterstützen und Verantwort-

¹⁶⁰⁰ Franz.: *contrat de mariage*, Ital.: *convenzioni matrimoniali*; vgl. hierzu schon *Hotz*, 5 (2010) 2, 194 ff. Ein solcher Sprachgebrauch entspricht etwa auch dem österreichischen Zivilrecht: § 44 ABGB: «Die Familien-Verhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrag erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechts gesetzmässig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitig Beistand zu leisten.» Der so verstandene Ehevertrag entspricht auch dem englischen Sprachgebrauch, in welchem mit «*marriage contract*» der Eheschliessungsvertrag angesprochen wird.

¹⁶⁰¹ Vgl. Völkerrecht: Art. 23 Abs. 3 UNO-Pakt II, Art. 16 Abs. 1 lit b CEDAW, Art. UN-KRK, die von allen drei Staaten ratifiziert sind, und auf nationaler Ebene in Deutschland seit 2011 (§ 237 StGB), in der Schweiz seit 2013 (§ 181a StGB) und in Japan (keine Spezialnorm; Art. 177 ff. *Kempō*; sowie das Gesetz zu Prävention und Schutz vor ehelicher Gewalt vom 13.4.2001, Nr.31/2001, 配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律, *Haigūsha kara no bōryoku no bōshi oyobi higaisha no hogo ni kansuru hōritsu*; dieses Gesetz findet explizit auch auf *De-facto*-Partnerschaften Anwendung.).

tung füreinander tragen zu wollen, bestehen indes viele Variationen des Zusammenlebens, die einen unterschiedlichen Grad an rechtlicher Anerkennung und Schutz geniessen. Während gewisse *zivilrechtliche Heiratsverbote* heute noch in allen drei Rechtskulturen festgeschrieben sind (z.B. Inzestverbot zwischen Halb- oder Adoptivgeschwistern, Mehrfachehe, gleichgeschlechtliche Ehe),¹⁶⁰² stellt sich aktuell in Deutschland und in der Schweiz die Frage, ob sich gewisse Ehehindernisse nicht abbauen liessen.

Es bestehen hierzu zwei aktuelle Hauptfragen: Die eine lautet, ob der Ehe weiterhin ein besonderer rechtlicher Status beigemessen werden soll, wobei derzeit die *Öffnung der Ehe für weitere Personenkreise*, namentlich für gleichgeschlechtliche Personen, im Vordergrund steht. Abschaffen will die Ehe oder die Familie niemand. Zugleich – und das ist die zweite Hauptfrage zur Selbstbestimmung und den rechtlichen Grenzen von unterschiedlichen Lebensgemeinschaften: Ob für Personen, die zwar nicht staatlich heiraten möchten, aber dennoch auf Dauer zusammenleben, nicht ein rechtlicher Schutz zu gewährleisten ist. Die Formen des Zusammenlebens und die daraus erwachsenden Beistandspflichten, Verantwortlichkeiten und Rechte lassen sich in Anbetracht der Pluralität der Familienformen (u.a. durch die hohe Anzahl Scheidungen, der Patchworkfamilien, der vielen Alleinerziehenden und Singels) nicht mehr am Status der Ehe festmachen:¹⁶⁰³ *Ingeborg Schwenzer* schlug im Jahre 2013 namentlich vor, dass eine «Lebensgemeinschaft familienrechtliche Folgen» haben soll, wenn eine Beziehung mehr als drei Jahre gedauert habe, ein gemeinsames Kind vor-

¹⁶⁰² Es ist zwischen straf- und zivilrechtlichen Inzestverboten zu unterscheiden. In Japan existiert beispielsweise keine Kriminalisierung von Inzest, ebenso wenig in Belgien, Frankreich, Portugal oder Niederlanden. Die Diskussion geht infolge aktueller Verhütungsmittel und genetischer Erkenntnisse in Richtung Entkriminalisierung, so auch in der Schweiz und Deutschland: *Botelho, Jessica*: Les pendants et aboutissants de la norme sur l'inceste et de son abrogation, in: Jusletter vom 17. Februar 2014; s.a. Urteil des EGMR *Stubing gegen Deutschland* (Nr. 43547/08) vom 12. April 2012, § 28 ff.

Bloss ein weiteres Diskussionsbeispiel, dem jedoch aufgrund der aktuellen Flüchtlingswelle eine besondere Brisanz zukommt, wäre die Abschaffung des Verbots von polygamen Rechtsverhältnissen: Diese sind in islamisch geprägten Staaten weit verbreitet und in Asien etwa in Malaysia, Indonesien oder Indien zugelassen. In Deutschland, der Schweiz und Japan steht ein mehrfacher zivilrechtlicher Eheschluss *de lege lata* unter Strafe. Allerdings wäre der ausländerrechtliche Familiennachzug bei polygamen Eheverhältnissen sowie die Anerkennung der polygamen Ehe sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz theoretisch möglich, wenngleich überwiegend als *ordre-public*-widrig abgelehnt (s.a. Art. 52 AsylG, SR 142.31); krit. *Ivo Schwander*: Gutachten zu Fragen des Internationalen Privatrechts und Zivil-prozessrechts im Zusammenhang mit der Modernisierung des Familienrechts vom 23.10.2013/3.4.2014 vgl. <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/veranstaltungen/familienrecht/gutachten-schwander-d.pdf>; *Büchler, Andrea/Fink, Stefan*: Eheschliessungen im Ausland, FamPra 2008, 48 ff., 66 ff.

¹⁶⁰³ Ausführlich *Peuckert, Rüdiger*: Familienformen im sozialen Wandel, 8. Aufl., Wiesbaden 2012, 11 ff., 29 ff., 36 ff.; s. für die Schweiz: Familienbericht 2017, Bericht des Bundesrates vom 26. April 2017 in Erfüllung der Postulate 12.3444 von Lucrezia Meier-Schatz vom 14. März 2012 und des Postulates 01.3733 von Jacqueline Fehr vom 12. Dezember 2001; s.a. Bundesratsbericht zur Modernisierung des Familienrechts 2015; *Schwenzer, Ingeborg*: Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen: Gutachten zum Postulat Fehr 12.3067 – Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht vom August 2013; und das Interview mit *Schwenzer* zu dieser Frage: *Schwenzer, Ingeborg*: Familienrecht «Schon heute leben viele polygam» vom 13. Juni 2014, Beobachter (2014) 12, abrufbar unter: <<http://www.beobachter.ch/familie/beziehung-partnerschaft/artikel/familienrecht-schon-heute-leben-viele-polygam/>>, zuletzt besucht am 10. November 2016 (nachfolgend Gutachten *Schwenzer*); s.a. *Büchler/Vetterli*, 18 ff., 45 ff.; *Rusch*, 7 ff.

handen sei oder wenn ein bzw. beide Partner erhebliche finanzielle Beiträge für die Gemeinschaft oder im Interesse des anderen Partners erbracht hätten.

Vertragsrechtlich gedacht, liessen sich beide Anliegen verbinden: mit einem Vertragsmodell zur selbstbestimmten Regelung des eigenen Liebes- und Beziehungslebens *de lege ferenda*, das jenseits von Geschlecht und Status liegt und das ggf. mit neuen zwingenden Vertragsbestimmungen zu ergänzen wäre (Ziff. V.D). Wie dann die Personen, die *keine* vertraglichen Vereinbarungen geschlossen haben, aber über eine gewisse Dauer faktisch in Gemeinschaften gelebt haben, zu schützen sind, ist eine andere Frage, auf die abschliessend einzugehen sein wird.

Vorgelagert sind dieser Herangehensweise an die gegenwärtig rechtlich denkbaren Formen von Lebensgemeinschaften aus vertragsrechtlicher Sicht zwei Punkte (lit. B): Wie haben sich die Ehe- und Liebesarrangements historisch eigentlich entwickelt? Gibt es historische Vorbilder, die nutzbar gemacht werden können? (Ziff. 1). Wie verhält es sich mit der Vertragsdogmatik und der Ehe im Allgemeinen? (Ziff. 2) Zudem erhält das japanische Familienrecht besondere Aufmerksamkeit (Ziff. 3), weil die Unterschiede zum deutschen und schweizerischen Recht beträchtlich sind.

B. Ehe- und Liebesarrangements im rechts- und sozialhistorischen Rückblick

1. Bürgerliche Ehe als Kombination von Liebe und Sicherheit

Historisch betrachtet, erfüllt die Ehe seit jeher gesellschaftliche Schutz- und Ordnungsfunktionen. So wurde sie beispielsweise schon von *Konfuzius* (*Li Chi*, Vol. 2), aber auch von *Cicero* (*De Officiis*) als eines der wichtigsten gesellschaftlichen Fundamente gepriesen.¹⁶⁰⁴ Des Weiteren galt sie als Einrichtung zur Kanalisierung des Verhaltens: u.a. der männlichen Sexualität und des angepassten Betragens junger Frauen. Bis ins Mittelalter wurden durch die Ehe Stände und Nachkommen gesichert sowie Ländereien zusammengeführt.¹⁶⁰⁵ Man dachte damals eher noch in Clans oder Organisationsgemeinschaften wie derjenigen einer erweiterten «Hausgemeinschaft» als in Ehe oder Familie.¹⁶⁰⁶ Liebe und Selbstbestimmung waren hingegen über lange Zeit *nicht Bestandteile des Ehekonzepts*.¹⁶⁰⁷ – Das soll nicht heissen, dass es keine Liebesbeziehungen oder selbstbestimmte Arrangements zwischen Ehepartnern gege-

¹⁶⁰⁴ Vgl. James Legge (üb. 1885), Li Ki (Book of Rites), Part II, BOOK XLI. HWAN Í; Johnson, Luke Timothy/Jordan, Mark D: Christianity, 77 ff. und Buckley Ebrey, Patricia: Confucianism, in: Brwoning, Don S/Green, Christian/Witte, John (Hrsg.): Sex, Marriage and Family in World Religions, New York 2006, 381 ff.

¹⁶⁰⁵ Ein Beispiel: Die Hochzeit der *Anna von Kyburg* im 13. Jahrhundert war fremdbestimmt: *Anna* war noch minderjährig, als ihr Vater im Jahr 1263 starb. Ihr Onkel, Graf Rudolf IV. von Habsburg, übernahm ihre Vormundschaft und die Verwaltung des Herrschaftsgebiets. Dann verheiratete er sie mit seinem Cousin, Eberhard von Habsburg-Laufenburg: *Franziska Hälgl-Steffen*, Eintrag zu «von Kyburg», in: Historisches Lexikon, vom 6. November 2008, 3, abrufbar unter: <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D19520.php?topdf=1>, zuletzt besucht am 10.11.2016; *Gestrach*, 27 f.

¹⁶⁰⁶ Mehrere Generationen, inkl. Gesinde lebten zusammen: *Gestrach*, 59; *Mesmer*, 31 ff., 32 ff. m.w.N.

¹⁶⁰⁷ *Coontz*, 104 ff., 145 ff., 149; *Wienfort*, 20 ff.

ben hätte. Zur Lebensrealität aber gehörten eine hohe Sterblichkeit und ökonomischer Druck, was emotionale Paarbeziehungen nicht förderte.

Erst mit der einsetzenden Industrialisierung und der Einführung der bürgerlichen Zivilehe in der Aufklärung löste sich der Eheschluss von politischen ständisch-häuslichen Arrangements und kirchlichen Sakramentslehre.¹⁶⁰⁸ Die Familie erfuhr eine Eingrenzung auf das Zusammenleben von Ehepaaren mit ihren Kindern. Es entwickelte sich eine privatisierte und intimisierte Kleinfamilie als Gegenpol zum öffentlich-politischen Staat. Es fand eine gewisse Emotionalisierung der Paarbeziehung statt und *es kam ein gewisses Vertragsdenken zwischen Frau und Mann auf*.¹⁶⁰⁹ Das Zusammenleben von Eheleuten und Partnern sowie die Bedeutung der Institution Ehe haben sich jedoch im Verlaufe der Zeit stark gewandelt: Als *turning point* erwies sich dabei der Versuch, Liebe und institutionelle Sicherheit in der bürgerlichen Ehe zu vereinen. Die Partnerwahlfreiheit und die Heirat aus Liebe wurde Ende des 18. Jahrhunderts zum Ideal.¹⁶¹⁰ Im Rahmen der Ehegemeinschaft wurden damals Arbeits- und Rollenverteilung zwischen Ehemann und Ehefrau festgelegt: Der Frau fielen die Aufgaben der Kindererziehung und die Haushaltsführung zu. Sie war zuständig für das emotionale Wohlbefinden der Familie.¹⁶¹¹ Der Mann hatte die Rolle des Familien-ernährers inne. Er bestimmte juristisch über die Familie. Das Eherecht ordnete das häusliche Zusammenleben von Mann und Frau und die güterrechtlichen Verhältnisse in patriarchaler Manier. Überdies diente die Ehe dazu, die väterliche Verantwortung für die Nachkommen zu regeln.¹⁶¹² *Das Ideal, aus Liebe zu heiraten, ist somit relativ jung*.¹⁶¹³ Ebenfalls jüngeren Datums ist die Erwartung tatsächlich monogamen Verhaltens während der Ehe.¹⁶¹⁴

Mit der wirtschaftlichen Prosperität der Nachkriegszeit und der zunehmenden Gleichberechtigung von Frau und Mann Mitte des 20. Jahrhunderts wandelte sich die Ehe ein weiteres Mal: Das Ehemodell sollte neben Arbeitsteilung nun auch Partnerschaft und Spass versprechen.¹⁶¹⁵ Mit der zunehmenden Individualität und der Teilhabe der Frauen am Berufsleben war der Druck, eine Ehe zu schliessen, entfallen.

¹⁶⁰⁸ Hattenauer, 152 ff.

¹⁶⁰⁹ Emmenegger, 203 ff., 206 f. m.w.H.; Coontz, 146.

¹⁶¹⁰ Wienfort, 20 ff., 93 ff.; Coontz, 145 ff.; Rusch, 16. Das heisst freilich nicht, dass dieses auch schon realisiert wurde. Vielmehr war die Rollenteilung regelmässig den privilegierten Schichten vorbehalten, in den Arbeiterfamilien arbeiteten die Frauen zusätzlich in den Fabriken. Ein Beispiel aus der Schweiz: Ungefähr ein Viertel aller Arbeiterinnen im Jahre 1928 in den Fabriken beider Basel ist verheiratet und führte zwei Berufe aus: Linder, Marietta: Die Fabrikarbeiterin als Hausfrau und Mutter: Erhebungen in den Kantonen Baselstadt und Baseland; veranstaltet von der Kantonalkommission Baselstadt für die Schweizerische Ausstellung für Frauenarbeit in Bern 1928, Basel 1928, 3 ff.

¹⁶¹¹ Mesmer, 55.

¹⁶¹² Mesmer, 31 ff.; Wienfort, 23 ff.; Coontz, 15 ff.; eine prägnante historische Übersicht über die Ehe und Zulassung der gleichgeschlechtlichen Ehe bietet das Urteil des *US Supreme Court Obergefell et al. vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health et al.* vom 26. Juni 2015, 3 ff., 6 f.; zum japanischen Recht unter Ziff. 3.

¹⁶¹³ Gestrich, 32; Wienfort, 20 f.

¹⁶¹⁴ Coontz, 22, 145 ff. m.w.N.; etwas anders Gestrich, 31, der zwar von der Alltäglichkeit aussersexueller Beziehungen unter Arbeitern und Arbeiterinnen spricht, die aber gewissen Regeln zu folgen hatten und in den privilegierten Ständen nicht gleichermassen galten; Wienfort, 45 ff.

¹⁶¹⁵ Was dann nach Illouz (Konsum, 72 ff., 77 f.) auch zur (hedonistischen) Idealisierung von Romantik in der Ehe führte; Gestrich, 9 f.

Das Prinzip der Selbstbestimmung zur Eheschliessung war nunmehr weitgehend realisiert.¹⁶¹⁶ – Mit dem revidierten Scheidungsrecht (2000)¹⁶¹⁷ wird in der Schweiz das Verschuldensprinzip abgeschafft, was als abschliessender Ausdruck dafür angesehen werden kann, dass die Ehe im 21. Jahrhundert ihren Status als lebenslangen Bund verloren hat. Die hohen Scheidungsraten belegen heute,¹⁶¹⁸ dass von einem grossen Teil der Gesellschaft die *Ehe als kündbarer Vertrag* verstanden wird.¹⁶¹⁹

In den letzten Jahrzehnten hat vor allem der Anteil der *nicht ehelichen Lebensgemeinschaften stark zugenommen*. Besonders die steigende Anzahl der nichtehelichen Geburten in der Schweiz und Deutschland macht deutlich,¹⁶²⁰ dass neue rechtliche Schutzbedürfnisse für nicht eheliche Paare und nicht verheiratete Personen (geschiedene, ledige, verwitwete) und ihre Kinder entstanden sind. In Deutschland und in der Schweiz sind zwischenzeitlich *(Lebens-)Partnerschaftsgesetze für eingetragene gleichgeschlechtliche Paare erlassen worden*: In Deutschland im Jahre 2001, in der Schweiz im Jahre 2007.¹⁶²¹ Damit hat auch der sog. (Lebens-)Partnerschaftsvertrag Eingang ins Recht erhalten. Sofern im Einzelfall keine anderweitigen Regelungen in der Form des *(Lebens-)Partnerschaftsvertrags* vorgenommen werden, gelten in beiden Rechtsordnungen die allgemeinen erb-, ehedüter-¹⁶²² sowie sozial- oder arbeitsrechtliche Bestimmungen (s. unter Ziff. IV).

¹⁶¹⁶ In der Schweiz per 1.1.2000 in Kraft getreten. Das heisst freilich nicht, dass die Gleichberechtigung bereits realisiert gewesen wäre: Während aber der Kuppeleitatbestand in Deutschland in den 1970er-Jahren und in der Schweiz erst in den 1990ern abgeschafft wurde, wurden unverheiratete Mütter noch lange Zeit stigmatisiert und aussereheliche Kinder in der Schweiz erst Ende der 1970er-Jahre mit anderen Kindern gleichgestellt. Ein paritätisches Ehemodell wurde in der Schweiz erst mit der Eherechtsrevision von 1988 und in Deutschland mit der umfassenden Reform zum Ehe- und Familienrecht von 1977 eingeführt; vgl. zum bürgerlichen Familienideal und der Entwicklung des Rechts: *Büchler/Cottier*, 166 ff., insb. 179 ff. (schweizerischen Eherecht); *Hajek, Katharina*: Familienduell. Vor der politischen Regulierung und den Kämpfen um Familie, PROKLA 173 (2013) 4, 519 ff. eine Übersicht zur Dichotomie private-öffentliche Sphäre.

¹⁶¹⁷ BBl 1996 I 1, 204 ff.; Amtl. Bull. NR 1998 1635 und Amtl. Bull. SR 1998 839; BBl 1998 IV 3491; AS 1999 1118, 1144.

¹⁶¹⁸ Aktuelle Scheidungsraten nach Angaben der EU und dem japanischen Statistischen Amt des Innenministeriums für das Jahr 2013 liegen: in der Schweiz bei 4.9/1000 Einwohner (E) p.a.; in Deutschland bei 4.6/1000 E. und in Japan bei 1.84/1000 E. [http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/File:Crude_marriage_rate_selected_years_1960-2013_\(per_1_000_inhabitants\)_YB15.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/File:Crude_marriage_rate_selected_years_1960-2013_(per_1_000_inhabitants)_YB15.png), resp. <http://www.stat.go.jp/english/data/handbook/c0117.htm>, zuletzt besucht am 21.12.2016.

¹⁶¹⁹ *Rusch*, 17 ff.

¹⁶²⁰ Schweiz: Geburtenrate liegt seit 1970er-Jahre konstant bei rund 1,4-1,5 Kinder, 1970 waren es 3500 nichteheliche Geburten, 2014 waren es rund 19'000, damit war *eine von vier Geburten (85'257) nicht ehelich* gemäss BFS «Lebendgeburten nach Zivilstand der Mutter 1970-2014»; Deutschland und Japan hatten im Jahr 2013 mit einer Geburtenrate von 1,43 ein vergleichbares Niveau.

¹⁶²¹ Lebenspartnerschaftsgesetz (LPaTG) vom 16. Februar des Jahres 2001; sofern im Einzelfall keine anderweitige Regelung in der Form eines Lebenspartnerschaftsvertrags vorgenommen wird, gilt im Rahmen des Lebenspartnerschaftsgesetzes das eheliche Güterrecht in der Gestalt der Zugewinnngemeinschaft. Auch im Sozial- sowie im Arbeitsrecht besteht vollständige Gleichstellung. Es besteht ferner ein gesetzliches Erbrecht. Ist dies gewünscht, so können die Lebenspartner zudem einen gemeinsamen Familiennamen annehmen.

¹⁶²² Während im schweizerischen Recht als ordentlicher Güterstand die Gütertrennung angenommen wird, geht das deutsche Recht vom ordentlichen gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft aus (§ 6 LPaTG).

Heute bestehen zahlreiche Initiativen zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare und in vielen Ländern in Europa sind diese heute schon zur Ehe zugelassen (z.B. in Spanien, Portugal, Frankreich, Belgien, Luxemburg, Grossbritannien und den skandinavischen Länder).¹⁶²³ Am 30. Juni 2017 hat der Deutsche Bundestag den entsprechenden Gesetzesentwurf vom 11. November 2015 «zur Einführung des Rechts auf Eheschliessung für Personen gleichen Geschlechts» ohne Änderungen verabschiedet und damit als weiteres Nachbarland der Schweiz den historischen Entscheid gefällt, dass die Ehe künftig auch gleichgeschlechtlichen Paaren offen stehen wird.¹⁶²⁴ – Ferner stellen sich, wie schon erwähnt, auch Fragen, wie das Recht mit weiteren Lebensgemeinschaften bzw. in einem weiteren Schritt mit Transelternschaften oder Mehrelternschaften umgehen könnte. Solche *queeren* familialen Lebensformen werden immer häufiger offen gelebt und fordern das traditionelle Familienmodell sowie das Recht heraus.

Das Ideal der Liebesgemeinschaft hat sich bis heute gehalten, wobei es zunehmend schwieriger geworden ist: Mit *Eva Illouz* muss heute eine «Paarbeziehung» die Selbstbestimmung beider genauso befriedigen wie den Wunsch nach emotionaler Bindung und Leidenschaft. Die Steigerung des Selbstwertgefühls durch Liebe hat nunmehr auch eine dringliche gesellschaftliche Dimensionen bekommen.¹⁶²⁵

2. Arrangierte Liebesheirat in Japan

a) Sozialgeschichtliches zu Eheleben und Liebesheirat

Das bürgerliche Ideal einer selbstgewählten Kleinfamilie kam in Japan erstmals in der *Meiji*-Zeit (1868–1912) auf. *Boissonade*, der Verfasser des ersten relevanten Ent-

¹⁶²³ In der Schweiz hat die Rechtskommission des Ständerats als zweite Ratskommission am 20. Februar 2015 einer parlamentarischen Initiative «Ehe für alle» (PI 13.468), abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/suche/Seiten/geschaefts.aspx?gesch_id=20130468> (zuletzt besucht am 29.1.2018) Folge gegeben. Gleichzeitig sollen auch nicht eheliche Paare wie in Frankreich eine eingetragene Partnerschaft eingehen können. Die Mehrheit der Kommission ist der Ansicht, dass mit der rechtlichen Gleichstellung der Lebensgemeinschaften gleichgeschlechtlicher Paare den tatsächlichen gesellschaftlichen Gegebenheiten Rechnung getragen wird. Die Initiative fordert, dass alle rechtlich geregelten Lebensgemeinschaften für alle Paare geöffnet werden, ungeachtet ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Orientierung. Die Kommissionen für Rechtsfragen des Nationalrates und Ständerates haben die Arbeiten für die Umsetzung der Initiative aufgenommen und sind zum Schluss gekommen, dass es neben einer Verfassungsänderung auch sinnvoll ist, eine Umsetzung auf Gesetzesstufe sowie alle Implikationen auf weitere Gesetzgebungsbereiche aufzuzeigen. Die Frist für die Behandlung der Initiative wurde am 16. Juni 2017 auf den Sommer 2019 verlängert (AB 2017 N 1190).

¹⁶²⁴ Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 11. November 2015 zur Einführung des Rechts auf Eheschliessung für Personen gleichen Geschlechts (Drucksache 18/666); Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages vom 28. Juni 2017 (Drucksache 18/12989). Durch eine Ergänzung von § 1353 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) wird klargestellt, dass auch gleichgeschlechtliche Personen eine Ehe eingehen können. 1353 Absatz 1 Satz 1 BGB wird wie folgt gefasst: «Die Ehe wird von zwei Personen verschieden oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen». Folgerichtig soll durch die Änderung von § 20a des Lebenspartnerschaftsgesetzes (LPG) eine eingetragene Lebenspartnerschaft in eine Ehe umgewandelt werden können, «wenn zwei Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner gegenseitig persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, miteinander eine Ehe auf Lebenszeit führen zu wollen». Der Entscheid fiel mit 393 Ja-Stimmen gegenüber 226 Nein-Stimmen. 4 Personen haben sich der Stimme enthalten.

¹⁶²⁵ *Illouz*, Liebe, 209 f.

wurfs zum *Minpô*, dem *Kyû-Minpô* aus dem Jahre 1890, hatte eine Ehe nach dem französischen Vorbild im Sinne: Die Ehegatten wählten sich selbstbestimmt aus und heirateten aus Liebe. Um jene Zeit forderten auch mehrere japanische Gelehrte, dass das traditionelle *Ie-System* (wörtlich: Haussystem, dazu gleich nachfolgend unter Ziff. 3.b) aufgegeben und stattdessen eine «kazoku» (w: Familie) eingeführt werden sollte – also eine Familie, die sich dadurch charakterisiert, dass sie auf einer Ehe basiert, die vom Paar konsensual geschlossen wird.¹⁶²⁶ – Es sollte allerdings noch bis in die Nachkriegszeit dauern, bis sich allmählich die bürgerliche Kleinfamilie – die sich durch den männlichen Ernährer und das weibliche Hausfrauenmodell charakterisiert – durchzusetzen vermochte.

Das japanische Nachkriegsideal einer Kernfamilie, bestehend aus einem Ehemann in der Ernährerrolle – im Idealfall war das ein japanischer Geschäftsmann in einer mittleren Funktion in einer Grossunternehmung (*サラリーマン* «*sarariman*») – und einer Vollzeit-Hausfrau und Mutter («*sengyô shufu*»), welche für die Kindererziehung und das Wohlbefinden der Familienmitglieder zuständig ist, blieb in Japan denn auch etwas länger unhinterfragt als in der Schweiz und in Deutschland. Erst mit dem Zusammenbruch des japanischen Immobilienmarktes in den 1990er-Jahren und der wirtschaftlichen Stagnation, die bereits in den 1980ern eingesetzt hatte, geriet diese Lebenswirklichkeit ins Wanken.¹⁶²⁷ Die Arbeitsmarktsituation hatte sich infolge der Krise dereguliert: Viele jüngere Arbeitnehmende, vor allem Frauen, arbeiten nunmehr Teilzeit, unregelmässig oder in wenig gesicherten Stellen.¹⁶²⁸ Aber auch der erwähnte traditionelle «*sarariman*» mit seiner lebenslangen Anstellung ist dadurch seltener geworden. Von einer Krise der Familie kann indes nicht gesprochen werden, stattdessen haben die doppelverdienenden Paare zugenommen.¹⁶²⁹ Das hat u.a. dazu geführt, dass heute weniger Japanerinnen und Japaner heiraten. Ferner heiraten sie wie in Europa später.¹⁶³⁰ Das wiederum hat dazu beigetragen, dass die Geburtenraten gesunken sind.¹⁶³¹ – Es wird in diesem Zusammenhang von Seiten der Politik auch etwas populistisch von den sog. «*egoistischen Singles*» gesprochen, die nicht mehr bereit sind, Verantwortung zu übernehmen.¹⁶³² Anderen Expertenberichten zufolge

¹⁶²⁶ Yoshiharu, Iwamoto, *Du mariage* (Kon'in ron), 1891; übersetzt von Butel, Jean-Michel, *Loving Couples for a Modern Nation: A New Family Model in Late Nineteenth Century Japan*, *Japan Review* (2012) 24; International Research Centre for Japanese Studies, National Institute for the Humanities, abrufbar unter: <<http://shinku.nichibun.ac.jp/jpub/pdf/jr/JN2403.pdf>>, zuletzt besucht am 11. November 2016, 67–84.

¹⁶²⁷ Golombok, 9 ff.

¹⁶²⁸ Tachibanaki, 102 f.; Bumpass/Choe, 21 ff.

¹⁶²⁹ Ueno, *Kazoku*, 3 ff., 6.

¹⁶³⁰ Der erste Rückgang erfolgte bereits in den 1950er-Jahren, und damit unmittelbar im Anschluss an die *Babyboom*-Jahre 1947–1949. Damals wurde der Zugang zu Verhütungsmethoden vereinfacht und das Abtreibungsgesetz liberalisiert. Der zweite Rückgang setzte 1975 ein und kam erst 2005 zum Stillstand. Des Weiteren ist auffällig, dass der Geburtenrückgang in Japan langsamer verlaufen ist. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Antibabypille dort erst viel später verfügbar war: vgl. Deutsches Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, aktuell vom 28. Juli 2015; für die Zahlen zur Schweiz vgl. BFS, *Erste sexuelle Erfahrung und Verhütung* 2015.

¹⁶³¹ Ueno, Chizuko, *Ohitorisama no rôgo* おひとりさまの老後 [w: Zeitalter der Singles], Tokyo 2007, 13 ff.; Tsuya/Bumpass, 6; Dales, 21 ff.: sie interviewte 32 geschiedene oder ledige Frauen sowie solche, die erst sehr spät heirateten.

¹⁶³² Der frühere Premierminister Yoshirô Mori überlegte im Jahre 2003 noch öffentlich, ob Frauen, die kinderlos blieben, nicht vom japanischen Pensionssystem ausgeschlossen werden sollten: vgl. Thernstrom, Amy McCreedy: Introduction, in: Thernstrom, Amy McCreedy: *Japanese*

scheinen sich japanische Frauen auch einfach noch zu wenig über die Folgen des Alters und über ihre Fertilität Gedanken zu machen.¹⁶³³

Tatsache ist, dass in Japan *viel weniger Menschen nicht eheliche Lebensformen praktizieren* als in der Schweiz und in Deutschland. So sind beispielsweise Alleinerziehende oder Konkubinatspaare, die mit Kindern zusammenleben, relativ selten.¹⁶³⁴ Die Ehe ist damit (noch) die einzige anerkannte und offiziell gelebte Form des Zusammenlebens von Paaren.¹⁶³⁵ Entsprechend tiefer ist denn auch der *Anteil nicht ehelicher Kinder* in Japan.¹⁶³⁶ Je nach Quelle liegt die betreffende Ziffer bei rund 1-2%.¹⁶³⁷ Mit anderen Worten: In Japan sind Eheleben und Fortpflanzung bis heute grundsätzlich nicht getrennt voneinander zu denken; demnach bedeutet *Ehelosigkeit de facto auch Kinderlosigkeit*.¹⁶³⁸

Die Ehe hat also in der japanischen Kultur zumindest *hinsichtlich der Fortpflanzung eine sehr hohe Bedeutung*¹⁶³⁹ – dies insbesondere wohl aus folgenden Gründen: Erstens gehören Ehe, Sex und Kinderkriegen zum normalen japanischen Lebensplan. Sowohl die unverheiratete Mutter als auch das aussereheliche Kind (非嫡出子, *hichaku shusshi*) werden heute noch bemitleidet.¹⁶⁴⁰ Umgekehrt schämen sich beide und fühlen sich in der strengen japanischen Gesellschaft minderwertig. Hinzu kommt, dass die Sozialleistungen nur ungenügend ausgebaut sind und gerade viele alleinstehende Mütter (auch geschiedene) mit der Armut kämpfen.¹⁶⁴¹ Zweitens hat

Women: Lineage and Legacies, Woodrow Wilson International Center for Scholars: Asia Program, Washington 2005, 1 ff. – Hinzu kommt, dass viele Singles auch nicht alleine leben, sondern nach wie vor im Elternhaus.

¹⁶³³ Die Wirtschaftswissenschaftlerin und Expertin *Kanako Amano* fordert v.a. eine bessere *work-family balance* und generell eine Arbeitsreduktion sowie eine entsprechende Aufklärung unter japanischen Jugendlichen und Frauen; s.a. *Schad-Seifert*, 11 f.

¹⁶³⁴ In einer einfachen Partnerschaft lebten 1999 2,3% der 20–24-jährigen Frauen (*Ono*, EISJ 201 (2006), 6), während in der Schweiz die Zahlen unverheirateter Mütter 2007 bei 16,7% und der Einelterfamilien 2007 bei 13,5% lagen. Im europäischen Vergleich zu Schweden, Norwegen, Bulgarien und Frankreich liegen indessen auch diese tief: über 50% (gemäss: BFS, Familien in der Schweizerischer Statistischer Bericht, Neuchâtel 2008, 9).

¹⁶³⁵ Im japanischen Zivilrecht existiert einzig die sog. «Beschränkte Partnerschaft» (*yûgen sekinin-jigyô kumiai*, 有限責任組合), die im Gesetz über die beschränkte Partnerschaft geregelt ist, Gesetz Nr. 40/2005, (*yûgen sekinin jigyo kumiai keiyaku ni kansuru hōritsu* 有限責任組合契約にかんする法律) in Kraft seit 1. August 2005, und einer «einfachen Gesellschaft» nach Art. 530 ff. OR oder einer deutschen Partnerschafts-gesellschaftsgesetz (PartGG) nahesteht, nicht als juristische Person konzipiert ist, aber ein Unternehmen führen kann.

¹⁶³⁶ *Dobritz/Vogt*, BIB 4/2015, 2 ff., 7.

¹⁶³⁷ *Usui*, 62 ff.

¹⁶³⁸ Hinzu kommt, dass nur 5% der Ehen in Japan mit ausländischen Partnerinnen oder Partnern geschlossen werden, sodass davon ausgegangen werden kann, dass die meisten Ehepaare grundsätzlich ähnliche Wertvorstellungen über ihr Eheleben und ihre güterrechtlichen Verhältnisse haben dürfen. Und zum anderen bedeutet das aber auch, dass Japan noch mit viel stärkeren demographischen Problemen rechnen muss als etwa Deutschland, das eine ähnlich tiefe Geburtenrate aufweist, aber auf Zuwanderung setzt: *Dobritz/Vogt*, BIB 4/2015, 2 ff., 7.

¹⁶³⁹ *Usui*, 62 ff.; *Imamura*, 83.

¹⁶⁴⁰ Dieser Punkt lässt sich nicht einfach mit Literatur belegen; es handelt sich um eine persönliche Annahme, die gestützt ist auf Aussagen von japanischen Akademikerinnen.

¹⁶⁴¹ *Ochiai*, 21 ff.; *Tachibanaki*, 102 ff. (in Bezug auf alleinstehende Frauen im Allgemeinen); *Abe, Aya*: Poverty and Social Exclusion of Women in Japan, *Japanese Journal of Social Security Policy*, 2012 (Vol. 9) Nr. 1. m.w.N.: fast 60% der alleinerziehenden Mütter und über 50% der Frauen im Alter leben unter der Armutsgrenze; *Schad-Seifert*, *Womenomics*, 20 ff.

die Ahnenverbundenheit im alten Haussystem (u.a. Blutsverwandtschaft, Adoption) nach wie vor einen gewissen Stellenwert.¹⁶⁴² Und drittens sind es allgemeine finanzielle Gründe, die Paare – in einer Arbeitsstruktur, die alles andere als familien- und frauenfreundlich ist¹⁶⁴³ – dazu bewegen, in der Ehe Sicherheit und Stabilität zu suchen. – Das japanische Kindesrecht unterscheidet entsprechend streng zwischen Kindern, die in der Ehe oder ausserhalb der Ehe geboren wurden.¹⁶⁴⁴ – Was die konkrete *japanische Geburtenrate* betrifft, so liegt diese allerdings heute auf ähnlich tiefem Niveau wie in der Schweiz oder in Deutschland, nämlich bei rund 1,4%.¹⁶⁴⁵

b) «Arrangierte Liebesheirat»

Im heutigen Japan fallen die arrangierten Eheschliessungen nicht mehr übermässig ins Gewicht und die meisten Paare heiraten selbstverständlich «aus Liebe»: «*ra-bu*».¹⁶⁴⁶ Es scheint kein Zufall zu sein, dass in diesem Zusammenhang auffallend oft das englische Lehnwort «*Love*» verwendet wird, denn die «Liebesheirat» ist in Japan ein jüngerer Phänomen. – Der japanische Terminus «*ren'ai kekkon*» (恋愛結婚), der wörtlich übersetzt «Liebesheirat» bedeutet und ebenfalls eine romantische Komponente beinhaltet, wird als Gegenpart von der «*miai kekkon*», einer von Drittpersonen vermittelten Heirat verwendet. – Nach dem Zweiten Weltkrieg sollte Letztere aufge-

¹⁶⁴² Obschon nach *Ueno* eine zunehmende Entfernung von einem Familienverständnis zu konstatieren ist, das auf Blutsverwandtschaft und dem Führen eines gemeinsamen Haushalts beruht: *Ueno, Kazoku*, 8 f.: empirische Untersuchung mit 50 «unkonventionellen» Familien, wobei in 39 Fällen Interviews geführt wurden.

¹⁶⁴³ Eine japanische Standardreaktion wäre nach Aussagen von Freundinnen und Kolleginnen: «*kawaisô-ni, dôshite kashira?*» [*Armes Kind, was ist da wohl passiert?*].

¹⁶⁴⁴ Nishitani, *ZJapanR* 37 (2014) 79; erst mit Urteil des Saikôsai vom 4. September 2013, *Minshû* 67-6, 1320 ff. wurde die erbrechtliche Ungleichbehandlung von nicht-ehelichen und ehelichen Kindern aufgegeben.

¹⁶⁴⁵ Ein Geburtenrückgang erfolgte u.a. in den 1970er-Jahren gleichzeitig mit der zunehmenden Tendenz zur Individualisierung und der Verbreitung von Verhütungsmitteln (*Dobritz/Vogt BIB* 4/2015, 2 ff., 7; *Schoppa*, 643 f.) Ob jedoch auch in Japan ein eigentlicher Gesinnungswandel hin zur beruflichen Orientierung und allenfalls Karriere der Frau stattgefunden hat, darf bezweifelt werden. Tatsache ist, dass es erst in den 1990er-Jahren, also mit dem abrupten Ende des wirtschaftlichen Wachstums, zur Verabschiedung des männlichen Alleinverdienermodells kam. Fakt ist aber auch, dass Japanerinnen trotz der Bemühungen der Regierung von Premierminister *Shinzo Abe*, sie zu motivieren, vermehrt in den Arbeitsmarkt zu treten, bei den traditionellen Arbeitgebern nach wie vor nicht sonderlich erwünscht sind. Denn Frauen sind – zumindest wenn sie verheiratet sind und/oder Kinder haben – weniger bereit und meistens auch nicht in der Lage, sich auch nach Feierabend dem Arbeitgeber zeitlich zur Verfügung zu stellen (*Schad-Seifert, Womenomics*, 22 f.).

¹⁶⁴⁶ Es gibt natürlich auch japanische Termini für Liebe, und zwar wird primär unterschieden zwischen *ai* 愛 (*Liebe i.S.v. Empfinden und Sorgen für jemanden*, gebräuchlich sowohl zwischen Liebesspaaren als auch zwischen Familienmitgliedern) und *kô* 恋 (*Liebe mit sexueller Komponente*). Entsprechend wird zwischen *ren'ai kekkon* 恋愛結婚 (*Liebesheirat mit romantischer Komponente*) und *miai kekkon* 見合ゝ結婚 (*arrangierte Heirat*) unterschieden. Ferner kommt der Begriff *horeru* vor (i.S.v. *mattaku horete shimaimashita*), was so viel bedeutet wie jemandem «hörig zu sein» oder jemandem «verfallen» zu sein, so z.B. die berühmte Prostituierte *Sada Abe*, die ihren Geliebten im Jahre 1936 umbrachte und kastrierte. Die Tat sorgte für viel Medienecho, weil sie gegen sämtliche moralische Konventionen versties. Als Prostituierte wurde von *Sada* erwartet, dass sie weder Liebesgefühle zeigte noch persönliche Ansprüche stellte, sondern nur sexuelle Dienste anbot: vgl. *Ryang*, 42; *Ueno, Ren'ai kekkon*, 31 ff.; *idem, Kazoku*, 23; *West, Lovesick Japan*, 34 f., insb. Anm. 31-32.

geben werden.¹⁶⁴⁷ Doch noch in den 1960er-Jahren wurde die Hälfte der Ehen grundsätzlich von den Familien (über Mittelspersonen) arrangiert.¹⁶⁴⁸ – Die betreffenden Zahlen sind allerdings mit Vorsicht zu genießen. Eine 2003 durchgeführte, elektronische Befragung von 200 *Singles* aus dem Raum Tokio ergab, dass sich 30% der Teilnehmenden, *ein Arrangement* wünschten. In der Literatur wird diesbezüglich darauf hingewiesen, dass diese Zahlen nicht etwa bedeuten würden, es handle sich dabei um Liebesheiraten im kontinental-europäischen Sinne.¹⁶⁴⁹ – Noch anfangs der 1990er-Jahre gab beispielsweise *Ueno Chizuko* (*1948), die bekannte, auf das Thema Familie spezialisierte feministische Soziologin und Emerita der Universität Tokio, in einem Interview mit einer amerikanischen Wissenschaftlerin zur Antwort: «*As you know Japanese couples get married for the institution and not out of romantic love. The Hanakozoku*¹⁶⁵⁰ *go into marriage with very low expectations of romantic or sexual satisfaction. They choose the institution of marriage because of the material advantages it offers to them. They secure their lives financially and socially with a good match. That is not to say that they give up their sexual desire. There is no question of this. They simply don't pursue that desire within marriage.*» Eng verknüpft mit der Motivation zur Liebesheirat ist die gegenseitige Erwartung sexueller Treue. Wie schon erwähnt ist dies ebenfalls ein relativ junges Phänomen, war doch Sex ausserhalb der Ehe in Japan lange nichts «Anstössiges» gewesen, zumindest nicht, was die Aktivitäten des Ehemannes anbelangte.¹⁶⁵¹ – Hier schliesst sich denn auch meines Erachtens der Kreis zu den Ausführungen zur konsensualen Sexualität in und ausserhalb der Ehe (vgl. Kap. 7 Ziff. II.E.1).

Zusammenfassend erscheint die Tendenz indes klar: Heute gibt es viel weniger arrangierte Ehen als noch vor 60 Jahren, aber es gibt sie noch immer – und sie werden nicht negativ konnotiert.¹⁶⁵² Dass eine Ehe arrangiert ist, heisst freilich auch nicht, es wäre keine «Liebesheirat», und umgekehrt bedeutet eine «Liebesheirat» weder in Japan noch in Europa, dass ein Paar keine finanziellen oder gesellschaftlichen Überlegungen anstellen würde. Wichtig in der japanischen Ehe ist nach wie vor das Sozialmanagement, und dazu zählen auch Familienallianzen im weitesten Sinne (z.B. wird mit Vorliebe unter bekannten Familien oder unter Universitätskollegen geheiratet). – Es lässt sich damit in den Raum stellen, dass in der Realität das alte *Ie-System*

¹⁶⁴⁷ Eine sprachliche Trennung von sinnlicher Liebe und sexuellem Begehren sei erst in der *Meiji-Zeit* eingeführt worden: Der Terminus «*ren'ai kekkon*» (恋愛結婚) gibt es nach *Morikawa* (167) erst seither, während in der *Edozeit* der Begriff «*iro*» oder «*iro koi*» (色恋) wörtlich übersetzt die «Fleischeslust» der übliche Begriff für Liebe gewesen war.

¹⁶⁴⁸ *Ochiai*, 25 ff.; *Ono*, EISJ 201 (2006), Schema 1; *Hendry*, 15; *West*, *Everyday Japan*, 74; vgl. Ministry of Health, Labour and Welfare Statistics and Information Department, Special Report on the Longitudinal Survey of Newborns in the 21st Century and the Longitudinal Survey of Adults in the 21st Century: Ten-Year Follow-up, 2001–2011, abrufbar unter: <<http://www.mhlw.go.jp/english/database/db-hss/dl/shw-11.pdf>>, zuletzt besucht am 29.1.2018 (zit. Longitudinal Survey 2001–2011), 13.

¹⁶⁴⁹ *West*, *Everyday Japan*, 73 f.

¹⁶⁵⁰ Der Ausdruck «*Hanakozoku*» bezeichnet die Hochglanzmagazine lesenden Frauen, «*Hanako*» die Hochglanzmagazine zu Konsumgütern und Lifestyle-Themen.

¹⁶⁵¹ S.a. *Hendry*, 15 f.

¹⁶⁵² Zahlen zu Japan aus *Ehara*, Gendâ, 205 f., 219, 224; *Kinjô*, 23 ff.

(Haussystem) bis heute noch nachwirkt (dazu nachfolgend mehr). – Gleichwohl wird die «Liebe» in der Ehe stark romantisiert und dementsprechend auch inszeniert.¹⁶⁵³

3. Exkurs: Japanisches Ehe- und Familienrecht nach dem 2. Weltkrieg

a) Entwicklungen nach dem 2. Weltkrieg

Die Revision des japanischen Ehe- und Familienrechts nach dem 2. Weltkrieg war nur eine der vielen drastischen Veränderungen im Japan der Nachkriegszeit – allerdings eine zentrale. Der 2. Weltkrieg und die japanische Kapitulation führten in Japan zu einem Wendepunkt: In Gesellschaft, Politik und Wirtschaft wurden unverzüglich dringend benötigte, drastische Veränderungen eingeleitet, die mit tiefgreifenden Demokratisierungstendenzen und Einkommensumwälzungen einhergingen. Künftig sollte nicht nur für alle Japanerinnen und Japaner, unabhängig von Stand und Geschlecht, der rechtsstaatliche Zugang zum Recht gewährleistet sein, sondern neu auch allen Bürgerinnen und Bürgern Zugang zu Bildung, Politik, Wirtschaft und Land gewährt werden.¹⁶⁵⁴ Der daran anschliessende rasante ökonomische Aufschwung der Wirtschaft und der Ausbau des Industriesektors führten sodann zu demographischen Umwälzungen, dem Anwachsen von urbanen Regionen und zur *Entwicklung kleiner Kernfamilien*.¹⁶⁵⁵

b) Abschaffung des *Ie*-Systems?

Zur Kodifikationszeit des *Minpō* sollte das Familienrecht, wie bereits erwähnt, nach Mehrheitsmeinung den traditionellen nachfeudalen Vorstellungen besonders gerecht werden. Deswegen wurden damals das Familien- und Erbrecht bewusst japanischen Verfassern überlassen und das 4. und 5. Buch des *Minpō* von 1896 zum Familien- und Erbrecht traten erst einige Jahre später in Kraft, nämlich am 21. Juni 1898

¹⁶⁵³ Das spiegelt sich u.a. im gigantischen Hochzeitsmarkt (vgl. *Coulmas*, 51 ff.) und in dramatischen Liebesuiziden (*shinjū*): vgl. *West*, *Everyday Japan*, 36 f. m.N. zu solchen, die Gegenstand von Gerichtsentscheiden wurden; vielfach beschrieben ist der bekannte Fall der Prostituierten *Abe Sada*, der aber kein Doppelsuizid war; vgl. zu *shinjū ron* [Theorie des Liebesuizids] *Ueno, Chisuko et al.* (Hrsg.), *Seksurariti to Kazoku*, 195 (Tokyo 1995). Zudem existieren die sog. Mädchenmanga («*shojo manga*»), die von romantischen Liebesgeschichten handeln, und die «Frauenmanga» («*jōsei manga*»), welche im Anschluss daran die Post-shojo-manga-Leserinnen bedienen und auf Mütter, Hausfrauen und Frauen im Arbeitsleben ausgerichtet sind (*Toku, Masami*: *Power of Shjo Manga*, in: *idem* [Hrsg.], *International Perspectives on Shjo and Shjo Manga, The influence of Girl Culture*, New York 2015, 9 ff., 13).

¹⁶⁵⁴ Wer z.B. zu viele Grundstücke besass, wurde durch die Landreform gezwungen, einen Teil davon zu verkaufen, und Grossunternehmen wurden mittels einer strengen Anti-Monopolgesetzgebung zerschlagen (*Tachibanaki*, 43 ff.); japanische Frauen fanden etwa Zugang zu Bildungsinstitutionen und zu neuen Einkommensmöglichkeiten. Was indes nicht bedeuten soll, dass die Lohnungleichheit zwischen Frauen und Männern in Japan heute kein Thema mehr wäre (*Tachibanaki*, 100 ff., 103).

¹⁶⁵⁵ *Tachibanaki*, 49, 57: Während die Einkommensverteilung vor dem 2. Weltkrieg krass ungleich war (der *Mitsubishi* Topmanager verdiente 120'000 mal mehr als sein durchschnittlicher Büroangestellter: *Tachibanaki*, 49) und nach dem 2. Weltkrieg sehr ausgewogen wurde, zeichnet sich nach *Tachibanaki* in der Gegenwart wieder eine zunehmend unausgewogene Einkommensverteilung ab (heute verdient der *Matsushita* Topmanager rund 300 mal mehr als sein durchschnittlicher Büroangestellter).

(Nr. 9/1898).¹⁶⁵⁶ Zugrunde lag dem japanischen Familienrecht von 1898 das streng patriarchal und hierarchisch strukturierte *Ie*-System (*ie-seido*), was so viel bedeutet, wie die Familieneinheit derjenigen Personen, die unter dem gleichen Dach zusammen leben, lebten und leben werden, wobei die Ahnenverehrung einen gemeinsamen Grundgedanken darstellte. Rechte und Pflichten hatte dabei diese Familieneinheit, nicht die Individuen. Allerdings bestimmte der weitgehend autonom handelnde Hausvorstand.¹⁶⁵⁷ – Dieses Denken von Familie als der wichtigsten öffentlich-rechtlichen Einheit war einem westlich-europäisch geprägten individualistischen Rechtsverständnis von Personen und Familie jener Zeit bereits fremd.

Während der amerikanischen Besatzung unter General *Douglas MacArthur* (1945–1952) erfuhr die japanische Verfassung einige grundlegende Änderungen, die zum Ziel hatten, die japanische Gesellschaft entsprechend der Potsdamer Erklärung zu demokratisieren und die Grundrechte der Japanerinnen und Japaner zu stärken.¹⁶⁵⁸ Namentlich die Einführung des Art. 24 der Verfassung vom 5. Mai 1947 (*Kenpô*) hatte nachhaltige, bis heute spürbare Auswirkungen auf das japanische Ehe- und Familienrecht. Art. 24 *Kenpô* besagt, dass die Ehe einzig im gegenseitigen Einverständnis der Eheleute geschlossen werden darf, und dass sämtliche das Ehe- und Familienleben betreffenden Gesetze das Individuum und dessen Menschenwürde sowie die Gleichberechtigung der Geschlechter jederzeit gewährleisten müssten. Ziel der Revisionen war es, die Persönlichkeitsrechte, namentlich die *Selbstbestimmungsrechte hinsichtlich Ehe und Familie*, zu stärken. Entsprechend wurden das 4. und das 5. Buch des *Minpô* zum Familien- und Erbrecht innerhalb von sechs Monaten angepasst, sodass die Revisionen bereits am 1. Januar 1948 in Kraft treten konnten.¹⁶⁵⁹ – Nach *Sakae Wagatsuma*, einem Befürworter der Revisionen (vgl. Kap. 5 Ziff. III.A.2.a), waren die Änderungen des *Minpô* nach dem 2. Weltkrieg jedoch «*rather a leap in the direction of the revision which we had already been trying to effect ourselves during the past fifty years*».¹⁶⁶⁰

Nachdem sich die japanische Bevölkerung bereits mit den drastischen Änderungen der Verfassung hatte abfinden müssen, stiessen die Änderungen des *Minpô* und des

¹⁶⁵⁶ Ômura, Kazoku, 12 ff.; krit. Ueno, Kazoku, 69 ff.; Nishitani, ZJapanR 37 (2014) 80; zur Rezeptionsgeschichte des *Minpô* allg. Hotz, 6 ff.

¹⁶⁵⁷ Inkl. Vorfahren und künftiger Generationen: Marutschke, 165 ff.; das gesamte Vermögen der Hauseinheit erbte etwa der erstgeborene Sohn des Hausherrn des *Ie*-Systems; dem Recht des Hausherrn an der Spitze der Hauseinheit kam damals die gesetzlich bestimmende Bedeutung zu (z.B. gab er etwa die Einwilligung zum Heiraten, entschied über Adoptionen, bestimmte Wohnorte der Mitglieder oder sanktionierte Verstösse gegen die Hausordnung): Nishitani, ZJapanR 37 (2014), 80 ff.

¹⁶⁵⁸ Unter dem Einfluss von Alfred Oppler, einem nach Amerika emigrierten, preussischen Verwaltungs- und Strafrichter, waren die amerikanischen Rechtsberater bestrebt, die Initiative wenn immer möglich den japanischen Gesetzesrevisoren zu überlassen und dem Land keine anglo-amerikanischen Rechtsinstitute zu oktroyieren. – Allerdings stand General MacArthur in jedem Fall ein Vetorecht zu: Oppler, Reform of Japan's Legal and Judicial System, 192 ff., 292, 302, 318; Kawashima Y., Americanization of Japanese Family Law, 54 ff., 54 f.

¹⁶⁵⁹ Kawashima Y., Americanization of Japanese Family Law, 54 ff., 55.

¹⁶⁶⁰ Wagatsuma, Sakae 我妻榮: Kazoku seido to kempô kaisei ron 家族制度と憲法変更理論 [Familiensystem und Theorie der Verfassungsrevision], Sekai 164 (1950), 71 ff., 74; idem, Democratization of the Family Relation, 405 ff., 405 f., 409 ff.; Zum Lager der Bewahrer des *Ie*-Systems zählte der heute ebenfalls sehr berühmte Zivilrechtler Eiichi Makino (vgl. Kawashima Y., Americanization of Japanese Family Law, 54 ff., 55).

alten *Ie-Systems* grundsätzlich nicht mehr auf einen besonders grossen Widerstand:¹⁶⁶¹ Diesmal ging es darum, die Macht, die der Hausvorstand, die Eltern und die Grossfamilie im *Ie-System* bisher ausgeübt hatten, ernsthaft einzuschränken. Neu sollten die Eheleute den Kern der Familie und des Familienrechtssystems bilden.¹⁶⁶² Im Erbrecht wurde das patrilineare *Ie-System* aufgegeben, sodass ausser den Nachkommen nunmehr auch eine Frau, insbesondere die Ehefrau, erbberechtigt war (Art. 900 Minpô). Was die eherechtlichen Regelungen betrifft, bestand die wichtigste Änderung in der Befreiung vom bisherigen Mitspracherecht der Eltern der Ehegatten.¹⁶⁶³ Fortan war weder die Eheschliessung von Frauen unter 25 und von Männern unter 30 Jahren noch die Scheidung der Ehe vom Einverständnis der Eltern (Art. 731 ff. Minpô)¹⁶⁶⁴ abhängig (Art. 763 ff. Minpô) und durch die Heirat wurden die Frauen neu zugleich auch «mündig» (Art. 753 Minpô). Nachdem die amerikanische Okkupation 1952 beendet war, kam es in den 1950-60er-Jahren zu einem Aufleben der konservativen Kräfte im Land. Diese betonten die Einzigartigkeit des japanischen *Ie-Systems*.¹⁶⁶⁵ Die Macht der Hausvorstände und der Familie in den Belangen der Ehe eines Paares blieben jedoch mit der Gesetzesrevision abgeschafft. Das Bewusstsein einer hierarchisch geordneten Familienstruktur setzte sich aber dennoch fort, beispielsweise in der japanischen Unternehmenswelt, in der viel mehr als Arbeitsleistungen erbracht werden, nämlich private familienähnliche Beziehungen geknüpft werden, oder in der Bedeutung der Eigentumsfreiheit.¹⁶⁶⁶

c) Japanisches Scheidungssystem

Die Bedeutung des Ehegüterrechts und der darin enthaltenen bzw. fehlenden vertraglichen Regelungen zeigt sich besonders im japanischen Scheidungssystem. Es soll daher in der Folge knapp erläutert werden:¹⁶⁶⁷

Vor Inkrafttreten des Minpô (1889) existierte gemäss dem japanischen Gewohnheitsrecht seit der *Edo-Zeit* eine Form des «einvernehmlichen Scheidungsverfahrens», welches zwar *de iure* wie auch *de facto* die Zustimmung der Eltern bzw. anderer Familienangehöriger zur Scheidung brauchte,¹⁶⁶⁸ im Wesentlichen aber darin bestand, dass der Mann die Frau mit einem Dreizeiler «nach Hause» (sog. *miku-*

¹⁶⁶¹ Demokratisierungsbestrebungen gab es in Japan schon lange. Spätestens seit dem Sino-Japanischen Krieg (1937) waren Zweifel an den nationalistischen Kräften und dem konservativ-patriarchalen Haussystem – dem *Ie-System* – aufgekommen. Ausserdem bewirkten auch die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung, die zunehmende Migration (infolge Landflucht und Landzerstückelung) sowie die Liberalisierung Umwälzungen (Hendry, 14), die mit den Gesetzesrevisionen des Erb- und Eherechts Hand in Hand verliefen (Fuess, 146 ff.).

¹⁶⁶² Fuess, 146 ff.

¹⁶⁶³ Ebenfalls aufgegeben wurde die schon seit Langem kritisierte Ungleichbehandlung des Ehebruchs von Frauen und Männern. Neu wurde der Ehebruch eines jeden der beiden Partner als Scheidungsgrund anerkannt (wörtlich: «Unkeuschheit» nach Art. 770 Ziff. 1 Minpô).

¹⁶⁶⁴ aArt. 772 Minpô von 1898.

¹⁶⁶⁵ Hendry, 14.

¹⁶⁶⁶ Marutschke, 175.

¹⁶⁶⁷ Für weiterführende Ausführungen zur japanischen Scheidung in englischer Sprache sei nur auf das Buch von Fuess, *Harald: Divorce in Japan: Family, Gender and the State, 1600–2000*, Stanford 2004 verwiesen.

¹⁶⁶⁸ Zum Ganzen vgl. Fuess, 75 ff.

darihan) schicken konnte und sie «unfreiwillig» in ihre Scheidung einwilligte:¹⁶⁶⁹ Ausschliesslich dem Mann standen sieben Scheidungsgründe zu: Untreue der Frau, Kinderlosigkeit, Ungehorsam seinen Eltern gegenüber, Geschwätzigkeit, Diebstahl, Eifersucht, Krankheit. Die Frauen hingegen hatten von sich aus keine Handhabe; es blieb ihnen nichts anderes übrig, als das Haus zu verlassen und in einem Tempel – zu dem Männer keinen Zutritt hatten – Zuflucht zu suchen. Ab dem Jahre 1874 stand der japanischen Ehefrau immerhin die Möglichkeit offen, in Begleitung ihres Vaters, ihres älteren Bruders oder eines nahen Verwandten ein Scheidungsbegehren zu stellen, dies jedoch nur, falls ihr Mann über zwei Jahre verschollen, über ein Jahr im Gefängnis, verschwendungssüchtig oder ernsthaft geistig krank war.¹⁶⁷⁰

Das japanische Scheidungsverfahren verläuft seither zweispurig und besteht heute noch aus einem einvernehmlichen und einem streitigen gerichtlichen Verfahren. aArt. 808 *Minpô* schrieb zum einen das bisherige Gewohnheitsrecht fest, wonach gegenseitiges Einvernehmen für eine Scheidung genügte, während aArt. 813 *Minpô* u.a. die im vorangehenden Abschnitt erwähnten – nicht für beide Geschlechter gleichermassen gültigen – Scheidungsgründe enthielt. Dieses zweispurige System wurde *auch mit der Reform von 1948 grundsätzlich beibehalten*. Es wurden jedoch die für beide Ehegatten ungleichen Scheidungsgründe aufgehoben. Zudem wurden neu Familiengerichte nach amerikanischem Vorbild eingeführt.¹⁶⁷¹ Den japanischen Familiengerichten gehören demnach seit der Nachkriegszeit zwei nicht juristische Fachpersonen (v.a. Psychologen, Ökonomen, Sozialarbeiterinnen) und eine Richterin bzw. ein Richter an, wobei deren Durchschnittsalter relativ hoch ist.¹⁶⁷² Ihnen kommt die umfassende Pflicht zu, die tatsächlichen ehelichen Vermögensverhältnisse zu klären, die Scheidungswilligen zu beraten und zwischen ihnen zu schlichten.¹⁶⁷³ Ebenfalls geändert wurde das Gesetz zur Registrierung der Familien (*Koseki-System*).

99% der Scheidungen vor dem 2. Weltkrieg und 90% der Scheidungen danach erfolgten *durch eine einvernehmliche Mitteilung an das Registeramt*. Die Eheleute müssen dazu nicht einmal persönlich vor dem Amt erscheinen.¹⁶⁷⁴

Es besteht auch die Möglichkeit, von gerichtlichen Scheidungsformen nach Art. 763 ff. *Minpô* Gebrauch zu machen. Eine gerichtliche Scheidung kann nach entsprechender Schlichtung wiederum einvernehmlich erfolgen (sog. «Scheidung durch Schlichtung»: *chôtei rikon*) oder wird durch Mediation vor dem Familiengericht entschieden (sog. «Scheidung durch Festlegung»: *shinpan rikon*. Dabei legt ein Mediator die Scheidungsbedingungen fest und diese können innert 14 Tagen widerrufen werden.) Letztere Scheidungsformen sind jedoch praktisch unbedeutend geblieben.

¹⁶⁶⁹ Kawashima, Takeyoshi/Steiner, Kurt: Modernization and Divorce Rate Trends in Japan, *Economic Development and Cultural Change* 6/1960, 213 ff., 216.

¹⁶⁷⁰ Oppler, 118 ff.; Hendry, 14 ff., 18 f.

¹⁶⁷¹ Oppler, 118.

¹⁶⁷² Bryant, 73 ff., 79.

¹⁶⁷³ Uchida, Kazoku-hô, 43 ff.; Nakamura, Hideo: Familienrecht und Familiengerichtsbarkeit in Japan, *Waseda Bulletin of Comparative Law* 4 (1985), 1 ff.

¹⁶⁷⁴ Fuess, 149; dies trotz vieler aufgetretener Missbrauchsfälle – die sog. «Stempel-Unterschrift» des jeweils anderen Ehepartners konnte nämlich leicht gefälscht werden, und davon wurde auch rege Gebrauch gemacht – sowie ungeachtet aller Bestrebungen, die Scheidungswilligen dazu anzuhalten, ihre Scheidung vor Gericht durchzuführen, wird bis heute an diesem informellen Scheidungsverfahren festgehalten.

Erst wenn vor dem Familiengericht keine Einigung erzielt werden kann, wird die Scheidung aufgrund einer der fünf gesetzlichen Scheidungsgründe nach Art. 770 *Minpô* gerichtlich eingeklagt. Diese gerichtliche Scheidung erfolgt vor dem ordentlichen Gericht erster Instanz. *De facto* lassen sich solche gerichtlichen Scheidungen aber kaum gegen den Willen einer scheidungsunwilligen Partei durchsetzen. Dabei steht es dem Richter frei, nicht auf die Klage einzutreten (Abs. 2). Somit erstaunt es nicht, dass dieses Verfahren nur gerade 1% aller Scheidungen ausmacht.¹⁶⁷⁵

Allerdings ist die Wirkung dieser richterlichen Kontrollinstanz relativ, denn im Jahre 2003 z.B. *betrafen weniger als 5% der Fälle eine ehedüterrechtliche Auseinandersetzung*. Noch immer (wenn auch tendenziell weniger und durch die Erkenntnisse im Schrifttum heute relativiert) besteht in der Tendenz in familialen Angelegenheiten eine Abneigung oder sogar ein gewisses Schamgefühl vor öffentlichen gerichtlichen Verfahren.¹⁶⁷⁶ Oft wird bei Eheproblemen zuerst einmal der «*Go-Between* von damals», eingeschaltet. Während ab den 1960er-Jahren auch in Japan die Scheidungen stetig zunahmen und die Zahlen durchaus mit denen in Europa vergleichbar wurden – zumindest mit den Zahlen in Italien und Griechenland –,¹⁶⁷⁷ liegt eine japanische Besonderheit darin, dass der Einfluss der Eltern und der Gemeinschaft auf die Eheschliessungen und -auflösungen länger anhielt.

Das Sorgerecht für die Kinder infolge einer Scheidung nahm folgenden Lauf: Dem Wohnheitsrecht der *Edo-Zeit* entsprechend fiel das Sorgerecht entweder der Linie des Hauses (*Ie-System*), d.h. meistens der Linie des Vaters zu oder wurde bei einer Trennung entlang des Geschlechts entschieden, sodass ein Mädchen nach der Scheidung bei der Mutter und ein Knabe beim Vater lebte.¹⁶⁷⁸ Das *Minpô* von 1898 überliess die Sorgerechtsregelung gänzlich den Eltern, wobei im Streitfall der Linie des Hauses gefolgt werden sollte. *Fuess* berichtet von vereinzelt Urteilen, in denen zugunsten des Wohls des Kindes entschieden wurde. Mit der Familienrechtsrevision von 1948 wurde die Sorgerechtsregelung alleinige Sache der Eltern; in der Praxis wurde das Sorgerecht ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zunehmend der Mutter zugesprochen.¹⁶⁷⁹ – Eine Änderung dieser Praxis ist bis heute noch nicht abzusehen.¹⁶⁸⁰

Mit der zunehmenden Übertragung des Sorgerechts an die Mutter begann man sich auch die Frage nach der Unterhaltspflicht und dem Ehegüterrecht zu stellen:¹⁶⁸¹ Bei Scheidungsfällen um 1870 galt noch immer die gewohnheitsrechtliche Regel, dass sich Ehegatten die Vermögenswerte, die sie in die Ehe gebracht hatten, gegenseitig zurückerstatteten. Dann war es üblich, dass derjenige Elternteil, welcher das Sorgerecht über die Kinder erhielt (also der Mann), für deren Unterhalt aufkam. Entspre-

¹⁶⁷⁵ Es ist aber an der Tagesordnung, dass diese gerichtlichen Scheidungsgründe vor dem Familiengericht geltend gemacht oder auch ohne Geltendmachung berücksichtigt werden *Bryant*, 73 ff., 74.

¹⁶⁷⁶ Vgl. Kap. 1 Ziff. II.B.3.

¹⁶⁷⁷ *Fuess*, 152 ff., 155.

¹⁶⁷⁸ *Fuess*, 156 f.

¹⁶⁷⁹ Die von *Fuess* zitierte Statistik belegt für das Jahr 2000, dass in über 80% der Fälle der Mutter das Sorgerecht zugesprochen wurde.

¹⁶⁸⁰ *Uchida*, *Kazoku-hô*, 210; so auch *Fuess*, 157.

¹⁶⁸¹ *Fuess*, 158 f.

chend waren im *Minpô* von 1898 (wie bereits erwähnt) noch keine ehedüterrechtlichen Regeln und Unterhaltsregelungen enthalten. Das änderte sich erst mit dem *Minpô* von 1948, als die Art. 755 ff. und Art. 768 *Minpô* aufgenommen wurden.

In der Praxis übt die Form der Scheidung einen Einfluss auf die Regelung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen aus. Laut *Fuess* sind vermögensrechtliche Regelungen bei einvernehmlichen Scheidungen vor dem Registeramt (und dies sind 90% der Fälle) selten, bei gerichtlichen Schlichtungen bzw. Einigungen jedoch häufiger und bei Scheidungen durch ein richterliches Urteil (dies sind allerdings nicht mehr als 1 %) am häufigsten. Letzteres hängt auch damit zusammen, dass die gerichtlichen Scheidungen oft Ehepaare betreffen, die sehr lange miteinander verheiratet waren.

Im Prinzip versuchen aber japanische Paare, gegenseitige finanzielle Verpflichtungen nach der Scheidung zu verhindern.¹⁶⁸² Von 5000 gerichtlichen Scheidungsfällen haben sich nur 3000 mit monetären Scheidungsnebenfolgen auseinandergesetzt. Und falls je eine vermögensrechtliche Regelung getroffen werde, so handle es sich meist um eine einmalige Abfindung, und nicht um eine Unterhaltsrente. Die wenigsten Ehepartner, denen das Sorgerecht nicht zusteht, leisten Kindesunterhalt.

Ein Grund dafür ist darin zu sehen, dass die Scheidungen früher immer verschuldensunabhängig erfolgten. Das japanische Scheidungsrecht kannte kein Verschuldensprinzip, sodass sich kein japanisches Gericht je darum bemühen musste, den Schuldigen oder die Schuldige zu eruieren.¹⁶⁸³ Dies änderte sich erst im Jahre 1957: Damals entschied der *Saikôsaï*, dass ein «schuldiger Ehegatte» die Scheidung einem unschuldigen Partner gegenüber nicht durchsetzen könne. Und erst mit Urteil vom 2. Februar 1987 entschied der *Saikôsaï*, dass ein Mann, der seine Familie nach 12 Jahren Ehe verlassen hatte, um mit einer anderen Frau zusammenzuleben und Kinder zu haben, sich scheiden lassen durfte.¹⁶⁸⁴

In den 1990er-Jahren wurde u.a. dank den Forderungen der *Tokyo Bar Association* (*Bengoshi-kai*) der Druck nach einer Anpassung der Scheidungsregelungen an die veränderte Rolle der Frau in der Familie sowie nach der Aufnahme einiger neuer und präzisierender Regelungen ins *Minpô* immer stärker.¹⁶⁸⁵ Im Februar 1996 präsentierte das Justizministerium schliesslich einige Revisionsvorschläge zur Scheidung und den Scheidungsgründen, insbesondere denjenigen der «Zerrüttung» (破綻主義離, 婚 *hatan shugi rikon*). Die Revisionskommission, der auch einige Frauen angehörten, diskutierte und erarbeitete ausserdem einige Grundsätze, welche die Verteilung des ehelichen Vermögens, das Sorgerecht und die Unterhaltsregelungen betrafen. Die Familiengerichte sollten die gegenseitigen ehelichen Beiträge, die Dauer der Ehe, das Alter, die Gesundheit sowie die Arbeitsstellung und das Einkommen beider Partner mitberücksichtigen. Bei der Zuteilung des Sorgerechts für die Kinder sollte ausschliesslich das Kindeswohl massgebend sein.¹⁶⁸⁶ Wenn sich die Partner nicht einigen konnten, sollte das Familiengericht entscheiden. Am stärksten umstritten war jedoch

¹⁶⁸² *Fuess*, 158.

¹⁶⁸³ *Fuess*, 159.

¹⁶⁸⁴ *Minshû* 41-1423.

¹⁶⁸⁵ *Fuess*, Japanstudien 9 (1997), 255 ff., 260 m.w.H.

¹⁶⁸⁶ Wörtlich: *kodomo no riei*; das heisst soviel wie das finanzielle Wohl des Kindes.

die Regelung des ehelichen Namensrechts, das ein Wahlrecht für die Ehegatten vorsah.¹⁶⁸⁷

Japanische Paare wissen und wussten schon immer, dass sie nach einer Scheidung finanziell grundsätzlich auf sich selbst, ihre Familie oder auf einen neuen Ehepartner angewiesen sind. Das wiederum mag durchaus ein Grund für die relativ niedrige Scheidungsrate sein. Nach *Fuess* ist dieser ganze Themenkomplex bis anhin kaum erforscht worden: Zum einen könnten Studien, die nur auf gerichtliche Urteile beruhen, keine Repräsentativität beanspruchen, zum anderen seien historische Berichte aus erster Hand selten.

d) Jüngste Entwicklungen im japanischen Familienrecht

Seit die japanische Gesellschaft in jüngster Zeit immer älter und die Familienformen vielfältiger werden, ist auch das dortige Familienrecht – ähnlich wie in Deutschland und der Schweiz – im Umbruch:

So wurden u.a. grundlegende Reformen zum «Erwachsenenschutzrecht» (Vormundschaftsrecht) vorgenommen,¹⁶⁸⁸ welche die *Selbstbestimmung der Betroffenen stärken*. Zudem werden laufend Diskussionen darüber geführt, wie die bestehenden Sozialversicherungsgesetze in einer alternden Gesellschaft effektiver umgesetzt werden könnten (z.B. müssen die Gemeinden ehrenamtliche Pflegekräfte ausbilden, denn 65% dieser Pflegekräfte sind derzeit Familienmitglieder).¹⁶⁸⁹

Zudem wurden die Bestimmungen zum elterlichen Sorgerecht revidiert (sie sind seit dem 1. April 2014 in Kraft) und neu steht *das Wohl des Kindes als wichtigstes Prinzip* im japanischen Familienrecht festgeschrieben (Art. 818 ff., Art. 820 *Minpô*).¹⁶⁹⁰ Nachdem der *Saikôsaï* im September 2013¹⁶⁹¹ zwei grundlegende Entscheide zur Gleichbehandlung ausserehelicher Kinder fällte, schreitet die statusunabhängige Gleichbehandlung von Kindern auch in Japan voran. Am 25. Mai 2011 wurde zudem eine *einheitliche Prozessordnung für alle familienrechtlichen Angelegenheiten* erlassen. Das entsprechende, fast 300 Artikel umfassende Gesetz trat 2013 in Kraft.¹⁶⁹² Es soll den Parteien u.a. den Zugang zu den Gerichten erleichtern, die Mediation fördern und auch neu die Partizipations- sowie die Selbstbestimmungsrechte von Kindern im

¹⁶⁸⁷ *Fuess*, 163.

¹⁶⁸⁸ Änderung des *Minpô* vom 1. Dezember 1999, Nr. 149/1999 bei gleichzeitiger Einführung der im Prinzip vorrangigen, selbstbestimmten Vorsorgeoption durch das Gesetz über den «freiwilligen Vormundschftsvertrag» (*Nin'i kôken keiyaku-hô*) Nr. 150/1999, insb. Art. 10 Abs. 1; vgl. *Arai, Makoto*: Alternde Gesellschaft und System der sozialen Sicherheit in Japan, *ZJapanR* 10 (2000), 16 ff., 33 ff.

¹⁶⁸⁹ Revision des japanischen Gesetzes zur sozialen Vorsorge älterer Menschen (*Rôjin fukushi-hô*) von 2005/2012; japanisches Gesetz vom 11. Juli 1963, Nr. 133/1963.

¹⁶⁹⁰ Japanisches Gesetz vom 27. Mai 2011/Nr. 177; ein gemeinsames gesetzliches Sorgerecht ausserhalb der Ehe gibt es indes nicht.

¹⁶⁹¹ Urteil, *Saikôsaï* vom 4. September 2013, 67 *Mishû* 67-1320 betr. die Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses vom Erbrecht für aussereheliche Kinder und Urteil, *Saikôsaï* vom 26. September 2012, *Minshû* 67-1384, betr. Rechtswidrigkeit, aussereheliche Kinder als solche im Geburtsregister (*Koseki*) eintragen lassen zu müssen.

¹⁶⁹² Japanisches Gesetz vom 25. Mai 2011, Nr. 52/2011, i.d.F. von Nr. 63/2013, 2013 in Kraft getreten.

Verfahren stärken.¹⁶⁹³ Zugleich wurden die Kompetenzen des Familiengerichts erweitert. Ferner hat Japan das im April 2014 in Kraft getretene Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte bei Kindesentführungen ratifiziert.

Die im japanischen Familienrecht verankerten Regelungen, die sechsmonatige Wartefrist für Frauen bevor sie wieder heiraten können (Art. 733 *Minpō*) und das Namensrecht (Art. 750 *Minpō*), das einen gemeinsamen Namen als Familiennamen vorschreibt, wobei *de facto* zu 96%¹⁶⁹⁴ der Name des Mannes gewählt wird – beides (auch in Japan) *pièces de résistance* –, wurden schon vielfach kritisiert: Der *Saikōsai* hat jüngst in voller Besetzung (15 Personen, bei drei Richterinnen) mit *zwei Urteilen vom 17. Dezember 2015* wie folgt entschieden: 1.) Die sechsmonatige Wartefrist zur Wiederverheiratung ist grundsätzlich verfassungswidrig. Das Gericht hat angeordnet, dass die Frist auf 100 Tage reduziert werden könne, und hat veranlasst, dass dies von den Behörden sofort umgesetzt werde. Allerdings hat das höchste Gericht die konkrete Schadenersatzforderung des Paares abgewiesen: dafür, dass es nicht hatte heiraten können und der gemeinsame Sohn vor Ablauf der Frist geboren worden ist, sodass ihr damaliger erster Ehemann zum rechtlichen Vater wurde.¹⁶⁹⁵ Im zweiten Urteil¹⁶⁹⁶ ging es um das Namensrecht gemäss Art. 750 *Minpō*, das vor Gericht von fünf Personen als indirekt diskriminierend und verfassungswidrig erklärt worden war. In diesem Punkt blieb das höchste Gericht unnachgiebig und berief sich explizit auf tiefgreifende japanische Traditionen, die an den gemeinsamen Familiennamen gekoppelt seien. Ein verheiratetes japanisches Paar muss damit auf offiziellen Dokumenten auch künftig einen gemeinsamen Familiennamen benützen.

C. Zur Dogmatik des Ehevertrags und des (Teil-)Ehevertrags

1. Grundlage: Konsensprinzip

Bereits im römischen Recht, etwa im *Corpus Iuris Civilis*, wurde die Ehe (Manusehe und manusfreie Ehe) als *Willensakt* aufgefasst, und nicht bloss als eine soziale Tatsache betrachtet (z.B. Verwirklichung der Lebensgemeinschaft, Beischlaf).¹⁶⁹⁷ Es wurde zwischen konstitutiver Eheschliessung und Lebensgemeinschaft unterschieden. Allerdings erscheint ungewiss, ob bezüglich der Eheschliessung wirklich von einem Vertragsschluss ausgegangen werden kann, denn gemäss der Doktrin verfügten die Römer damals noch gar nicht über eine eigentliche Rechtsgeschäftslehre.¹⁶⁹⁸ Tatsache

¹⁶⁹³ Das deutsche Familiengesetz hat dabei Modell gestanden, aber es wurden auch andere Gesetze konsultiert.

¹⁶⁹⁴ Ergibt sich aus dem besagten Urteil vom 16.12.2015 (*dai 3-1*).

¹⁶⁹⁵ Urteil, *Saikōsai* vom 16. Dezember 2015 (Grosse Kammer): Az. 2013 (o) Nr. 1079 Schadenersatzforderung [平成 25 年 (オ) 第 1 0 7 9 号 (損害賠償請求)].

¹⁶⁹⁶ Urteil, *Saikōsai* vom 16. Dezember 2015 (Grosse Kammer), Az. 2014 (o) Nr. 1023 (Schadenersatzforderung) [平成 26 年 (オ) 第 1 0 2 3 号 (損害賠償請求事件)].

¹⁶⁹⁷ *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, 310; *Eisenring*, 37 ff., 40-48 m.w.N. zu Digestenstellen zur *Massgeblichkeit des Ehewillens*: z.B. wurde ein Vermächtnis im Hinblick auf die Heirat gültig mit Eintritt der Bedingung und nicht erst bei der Verwirklichung des Zusammenlebens; besteht etwa ein Ehehindernis wegen eines Mandats in einer Provinz, beruht die Ehe auf dem bestehenden Ehewillen, sobald das Amt niedergelegt wird. Ferner basierte auch das Verlöbnis auf Versprechen und wird mit dem Eheversprechen verglichen (46 ff.).

¹⁶⁹⁸ *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, 227 ff.; *Eisenring*, 241 ff.

ist aber, dass das klassische RR unter der Manusehe zwischen einem faktischen Konkubinat und der auf dem gegenseitigen Willen begründeten Ehe unterschied, was für den Vertragscharakter der Letzteren spricht.¹⁶⁹⁹ Unter der später verbreiteteren, manusfreien Ehe bestand zudem die Möglichkeit, einen vor Zeugen erklärten Vertrag darüber zu schliessen, dass das voreheliche Vermögen im Besitze der Frau verbleiben soll. Unbestritten ist jedenfalls das Konsensprinzip des klassischen RR («*consensus facit nuptias*»¹⁷⁰⁰). – Ebenfalls nichts anderes als ein Konsensprinzip war in der Augusteischen Ehe- und Erbrechtsgesetzgebung vorgesehen; auch wenn im Einzelfall ebenfalls die *Zustimmung des pater familias* zur Eheschliessung erforderlich war.¹⁷⁰¹

Das moderne Eherecht geht nach *Hattenauer* aber weder auf römische noch germanische Wurzel zurück, sondern stammt direkt aus der Kirchenlehre, welche die Ehe im christlichen Europa bis ins Mittelalter als *ein Sakrament*, das der Zeugung und Versorgung von Nachkommen diene, verstand.¹⁷⁰² So wurde die Ehe zum Gegenstand des Kirchenrechts. Im Konzil von Trient (Mitte des 16. Jahrhunderts) wurden für die Ehe gewisse Formvorschriften etabliert; so wurde die Einhaltung kirchlicher Formen für deren Wirksamkeit verlangt.¹⁷⁰³ Das Konsensprinzip wurde nunmehr als eine Bedingung, d.h., als ein *Konstitutivement* des Sakraments verstanden, während die Ehe selbst unauflösbar war.¹⁷⁰⁴ Bis ins 19. Jahrhundert blieb die Ehe ein Sakrament, obschon die Reformatoren, v.a. *Martin Luther*, diese als «weltliches Geschäft» ansahen, das u.a. auch aufgelöst werden konnte. Nichtsdestotrotz wirkte die kirchliche Ehemoral auch bei *Luther* weiter.¹⁷⁰⁵ Im 17. Jahrhundert wurde schliesslich aufgrund des römischen Konsensprinzipes und *Luthers* Forderung nach einer weltlichen Ehe der entscheidende Gedankenschritt zum Vertragsdenken getätigt.¹⁷⁰⁶ Die Vertragstheorie und Verstaatlichung der Ehe setzte sich erst am Ende des 19. Jahrhunderts durch.¹⁷⁰⁷ Zuerst änderte sich die Rechtslage in Frankreich und in Preussen: Mit dem Allgemeinen Preussischen Landrecht von 1794 konnte die Ehe neu auch *durch die Vereinbarung wechselseitiger Unterstützung allein begründet werden*.¹⁷⁰⁸ Aller-

¹⁶⁹⁹ *Eisenring*, 263.

¹⁷⁰⁰ «*Nuptias non concubitus sed consensus facit*», u.a. *Ulpian, liber 36 ad Sabinum*: D. 50. 17. 30., s. w. N. bei *Eisenring*, 22, 42 f.; *Reynolds, Philip Lyndon*: *Marriage in the Western Church: The Christianization of Marriage during the Patristic and early Medieval Periods*, Leiden 1994, 31 f.

¹⁷⁰¹ *Lex Iulia et Papia* (18 v.Chr. – 9 n.Chr.): Das Gesetz verlangte unter Strafandrohung die Eheschliessung von Frauen und Männern innerhalb eines gewissen Alters. Dabei wurden soziale Hierarchien sowie Privilegien für kinderreiche Familien eingeführt und das Erbrecht wurde in der Familie geregelt.

¹⁷⁰² *Hattenauer*, 141 f.

¹⁷⁰³ *Wieacker*, 230 ff.; *Röthel*, *Institution und Intimität*, 9 ff.; *Büchler/Vetterli*, 12 ff.; weiterführend zur Ehe als Sakrament und Vertrag: *Breitbach*, 15 ff., 23 ff.

¹⁷⁰⁴ *Eisenring*, 230 ff., 242 ff. zum Einfluss des römischen Rechts auf das Kirchenrecht: *Breitbach*, 26 m.w.N. und zur Wechselwirkung von römischem Recht und Christentum: *Mayer-Maly*, 53 ff. Das Konsensprinzip zwischen den Ehegatten als Partnern wurde auch in den hochmittelalterlichen *Corpus Iuris Canonici* aufgenommen: vgl. im heutigen *Codex Iuris Canonici* aus 1983 den Canon 1507, abrufbar unter: <http://www.kath-tg.ch/landeskirche/rb/kr/cic.html?file=tl_files/kath-tg.ch/landeskirche/dateien/rechtshandbuch/Kirchenrecht/CIC%20deutsch...&file=tl_files/kath-tg.ch/landeskirche/dateien/rechtshandbuch/Kirchenrecht/CIC%20deutsch.pdf>, zuletzt besucht am 10. Dezember 2015.

¹⁷⁰⁵ *Hattenauer*, 139.

¹⁷⁰⁶ *Nach Hattenauer*, 146 f. mit *Thomas Hobbes (1588-1679)*.

¹⁷⁰⁷ *Gestrich*, 27 f.; *Wienfort*, 11; bekanntlich erhob sich bereits *Heinrich VIII.* als Staatsoberhaupt gegen die Kirche, um sich seine Scheidung zu bewilligen.

¹⁷⁰⁸ *Gestrich*, 28 m.w.N.; *Wienfort*, 11.

dings ging mit der «natürlichen Ordnung» der Ehe auch die untergeordnete rechtliche Stellung der Frau einher.¹⁷⁰⁹ Mit der Zulassung einer Konventionalscheidung wurde der logische Folgeschritt eines Vertragsdenkens vollzogen.¹⁷¹⁰

Mit der Einführung der bürgerlichen Zivilehe im Code Civil von 1804 und später im BGB von 1900 und im ZGB von 1911¹⁷¹¹ löste sich die Ehe schlussendlich formell vom Kirchenrecht und wurde Teil des Privatrechts.¹⁷¹² – Neuere Regelungen wie diejenige zur «Scheinehe» gehen genau genommen nicht über das Konsensprinzip und das Vertragsprinzip hinaus.

2. Frühe Formen von denkbaren Ehe(schliessungs)verträgen

Ein erster wichtiger Entwurf zu einem umfassenden, selbstbestimmten vertraglichen – und gleichberechtigten – Eheverständnis stammt von *Olympe de Gouges* (1748–1793), die im Jahre 1791 einen Ehevertrag im Sinne eines Eheschliessungsvertrags formulierte, der heute noch Vorbildfunktion haben könnte:¹⁷¹³

«Wir, N. und N., gehen aus eigenem Willen eine Verbindung auf Dauer unseres Lebens und auf Dauer unserer gegenseitigen Zuneigung unter den folgenden Bedingungen ein: Wir wollen unser Vermögen zusammenfügen und gemeinschaftlich verwalten, wobei wir uns das Recht vorbehalten, es zu Gunsten unserer gemeinsamen Kindern zu verteilen, und zu Gunsten von Kindern, die einer besonderen Neigung entspringen; wir anerkennen gegenseitig, dass unser Besitz direkt unseren Kindern zukommt, aus welcher Verbindung auch immer sie hervorgehen, und dass sie alle ohne Unterschied das Recht haben, den Namen der Väter und Mütter zu tragen, die sie als ihre Kinder anerkannt haben; und wir unterschreiben das Gesetz, das das Verleugnen des eigenen Bluts bestraft. Wir verpflichten uns gleichermassen, im Falle von Scheidung, unser Vermögen zu teilen, nachdem daraus erst die Anteile der Kinder, wie vom Gesetz bestimmt, sichergestellt sind. In einer perfekten Verbindung wird im Todesfalle jede/r die Hälfte ihres/seines Besitzes den Kindern vererben. Wer kinderlos stirbt, vererbt der/dem Überlebenden von rechts wegen alles, es sei denn, die/der Verstorbene hat testamentarisch bestimmt, dass die Hälfte des gemeinsamen Besitzes einer anderen Person zukommt.»

¹⁷⁰⁹ Gestrich, 28.

¹⁷¹⁰ Hattenauer, 151.

¹⁷¹¹ So schon implizit das «Privatrechtliche Gesetzbuch des Kantons Zürich» aus dem Jahre 1853, das von Friedrich Ludwig Keller und Johann Caspar Bluntschli verfasst worden war, und das Eugen Huber später als Vorlage für das eidgenössische Zivilgesetzbuch diente. Huber trat zudem neu für die Abschaffung der ehelichen Vormundschaft, für ein egalitäres Erbrecht und für ein gesetzliches Sondergut der Ehefrau ein; nur das Prinzip des männlichen Oberhauptes der Familie mit all seinen Konsequenzen sollte erst mit der Ehrechtsrevision im Jahre 1988 aufgegeben werden: vgl. zur Entwicklung des schweizerischen Ehrechts: Bächler/Cottier, 124 ff.

¹⁷¹² Röthel, Institution und Intimität, 10. – Von einer vollständigen materiellen Ablösung kann nach der hier vertretenen Ansicht erst seit der Aufgabe der Scheidungsgründe gesprochen werden.

¹⁷¹³ Schröder, Hannelore: Olympe de Gouges – Mensch und Bürgerin: Die Rechte der Frau, Aachen 1995, 119 ff.

Daneben waren aber auch einfache güterrechtliche Vereinbarungen nicht selten. So belegen Eheverträge aus Österreich aus dem 17. und 18. Jahrhundert,¹⁷¹⁴ dass es praktisch keine Hochzeiten ohne Vertrag gab, und dass zu jener Zeit vieles mittels Verträgen ausgehandelt wurde. Diese (Teil-)Eheverträge erfüllten eine rein vermögensrechtliche Funktion: Sie fassten das Ehepaar als eine Arbeitsgemeinschaft auf und enthielten absichernde Regelungen auf den Todesfall hin. Eheverträge wurden auch nicht notwendigerweise zum Nachteil der Frauen errichtet.

Ähnlich war es im japanischen Recht: Im 19. Jahrhundert gab es nach *Fuess* praktisch keine Heirat ohne gegenseitige Vereinbarungen über die «Mitgift» und die eherechtlichen Güterverhältnisse.¹⁷¹⁵ Da die japanische Frau in das Familiensystem ihres Mannes einheiratete und das Eigentum ihrer Güter an den Ehemann übergab, erfüllten diese Vereinbarungen die Absicherung der Ehefrau im Todesfall ihres Mannes oder bei der Auflösung der Ehe.

3. Aktuelle Formen der Verträge

a) Denkbare Vertragsinhalte

Nach geltendem Recht steht der vermögensrechtliche Gegenstand (v.a. Ehegüterstand) von (Teil-)Eheverträgen in allen drei hier verglichenen Rechtsordnungen grundsätzlich ausser Frage (dazu nachfolgend Ziff. III).

Ebenso unbestritten ist das Konsensprinzip bei Eheschliessungsverträgen. Entsprechend regeln die Gesetze jeweils nur wenige zwingende Ehevoraussetzungen oder -hindernisse bzw. weitere Inhalte. Die wichtigsten staatlichen Vorgaben sind in allen drei Rechtsordnungen die Heteronormativität, die Einehe und das Verbot der Verwandtenehe. – Und welches sind die häufigsten Vertragsgegenstände?

Die gegenseitige *Liebe* oder «*rabu*»/«*ai*» ist, wie eingangs schon ausgeführt, *nicht* Gegenstand eines Ehevertrags, sondern das Motiv oder das Ziel.¹⁷¹⁶ Bisherige Entscheide und Diskussionen in der Schweiz und Deutschland betrafen höchstens indirekt das nach aussen Erkennbare: etwa das gesellschaftlich noch nicht tolerierte *Zusammenleben von Unverheirateten* sowie die Auffassung, dass *ausserhehliche Sexualität* und damit zusammenhängende Rechtsgeschäfte sittenwidrig seien (Art. 19 f. OR oder § 138 BGB). So bejahte das deutsche Amtsgericht *Emden* noch im Jahre 1975 die Sittenwidrigkeit eines Vertrages über die gemeinsame Übernachtung Verlobter in einer Ferienpension. Ausführungen zu den letzten Entscheiden betreffend die «sittenwidrigen Geliebtentestamente» folgen unter Ziff. III.A.4.a (für eine allgemeine Übersicht s. Kap. 5 Ziff. V). In solchen Fällen kann die Sittenwidrigkeit heute höchstens noch dann bejaht werden, wenn das betreffende Rechtsgeschäft *in erster Linie* dazu dient, die geschlechtliche Hingabe zu entlohnen oder die Fortsetzung sexueller Beziehungen zu fördern bzw. zu ermöglichen. Eine vertragliche Vereinbarung über eine sexuelle Handlung gegen Entgelt war lange Zeit verboten und/oder galt als sit-

¹⁷¹⁴ Lanzinger, Margareth/Barth-Scalmani, Gunda/Forster, Ellinor/Langer-Ostrawsky, Gertrude: Aushandeln von Ehe; Heiratsverträge der Neuzeit im europäischen Vergleich, Köln u.a. 2010, 167.

¹⁷¹⁵ *Fuess*, 85.

¹⁷¹⁶ So für das japanische Recht: West, Lovesick Japan, 34.

tenwidrig; dies ist übrigens teilweise noch heute der Fall. Während die Entwicklungen in den 1960er und 1970er-Jahren der sexuellen Selbstbestimmung revolutionäre Möglichkeiten eröffneten, bleibt die Prostitutionstätigkeit seltsamerweise nach wie vor stigmatisiert.¹⁷¹⁷

Denn die Ehe im Sinne des heutigen Kooperationsmodells¹⁷¹⁸ wird in der Schweiz und in Deutschland auch heute noch als eine vom Recht anerkannte, auf Dauer¹⁷¹⁹ angelegte, ausschliessliche und umfassende, seelisch-geistige *und körperliche* sowie wirtschaftliche, partnerschaftliche Lebensgemeinschaft zwischen Frau und Mann verstanden.¹⁷²⁰ Auch wenn etwa keine Pflicht mehr zum Zusammenleben besteht¹⁷²¹ und Ehegatten einen eigenen Wohnsitz haben können, umfasst die *allgemeine eheliche Treuepflicht* nach dem herrschenden traditionellen Verständnis auch den sexuellen Bereich.¹⁷²²

b) Güterrechtlicher (Teil-)Ehevertrag

Neben den allgemeinen Ehwirkungen, die von Gesetzes wegen zur Anwendung gelangen, nachdem die Ehegatten den *Eheschliessungsvertrag eingegangen* sind, können sie ihre vermögensrechtlichen Beziehungen auch besonders vertraglich vereinbaren. Das kann in allen drei Rechtsordnungen mittels Ehevertrag geschehen. Es rechtfertigt sich, wie bereits ausgeführt, auch von einem (Teil-)Ehevertrag zu sprechen, denn dieser umfasst vermögensrechtliche Dispositionen (freilich in Schranken) und keine, welche die persönliche Sorge zwischen den Parteien betreffen würden.

Die güterrechtlichen Belange in der Ehe lassen sich seit jeher innert bestimmter Schranken vertragsrechtlich bestimmen (Art. 181 ff. ZGB, § 1409 BGB, dazu gleich Ziff. III. A und B). Dafür ist ein zweiseitiger Vertrag mit erhöhten Formvorschriften nötig (öffentliche Beurkundung nach Art. 184 ZGB, § 1409 BGB). Die Wirkungen eines Ehevertrags sind dinglicher und obligatorischer Natur. Fehlt eine solcher Ehevertrag, gilt der gesetzliche Güterstand zwischen den Ehegatten.

Nach schweizerischem Recht bestehen daneben bei der freien Vereinbarung von Scheidungsnebenfolgen insofern zwingende Schranken, als *Scheidungskonventionen gerichtlich überprüft* werden müssen (Art. 140 ZGB). Ausserdem lässt sich ein güterrechtlicher Ehevertrag (wie jeder andere Vertrag auch) aufgrund von Willensmängeln oder der Generalklausel der *«guten Sitten»* anfechten bzw. für ungültig erklären (dazu nachfolgend Ziff. III.A.2 und B.2).

Daneben können alle handlungsfähigen Ehegatten oder Partnerinnen und Partner auch sonstige vermögensrechtlich nicht formpflichtige Rechtsgeschäfte miteinander vereinbaren (z.B. Kaufvertrag, Arbeitsvertrag, Darlehensvertrag).

¹⁷¹⁷ Bowald, 28.

¹⁷¹⁸ In der Schweiz ab AS 1986 122; die BBl 1998 IV 3491.

¹⁷¹⁹ § 1353 BGB: «auf Lebenszeit».

¹⁷²⁰ BSK ZGB I-Schwander, Art. 159 N 2 ff., 4; KuKo-ZGB-Fankhauser, Art. 159 N 2; vgl. älter: ZK-Bräm, Art. 159 ZGB N 8.

¹⁷²¹ BSK ZGB I-Staehelin, Art. 23 N 10; BSK ZGB I-Schwander, Art. 159 N 5; BGE 134 V 369 E. 6.1.1, 7; BGE 118 II 235 E. 3b.

¹⁷²² KuKo-ZGB-Fankhauser, Art. 159 N 6: «Loyalität im affektiven und geschlechtlichen Bereich»; Palandt/Brudermüller, § 1353 BGB Rn. 7.

c) Vermögensvertrag resp. der Lebenspartnerschaftsvertrag als Teilvertrag

Die (Lebens-)Partnerschaftsgesetze in der Schweiz und Deutschland nehmen heute diesen Gedanken des güterrechtlichen (Teil-)Ehevertrags auf: Im Hinblick auf die Auflösung der eingetragenen (Lebens)Partnerschaft können die Parteien eine besondere vermögensrechtliche Vereinbarung treffen. Nach schweizerischem Recht kann mittels Vermögensvertrag (Art. 25 PartG) insbesondere vereinbart werden, dass das Vermögen gemäss den Bestimmungen über die Errungenschaftsbeteiligung (Art. 196–219 ZGB) geteilt wird. Ein solcher Vertrag muss auch beim Notariat öffentlich beurkundet werden (Art. 25 PartG).¹⁷²³ Ebenso können eingetragene Partnerinnen und Partner in Deutschland nach dem Lebenspartnerschaftsvertrag gemäss § 7 LPartG ihre Güterrechte regeln. Meist wird es um die Modifikationen des ordentlichen Güterstands, der Zugewinnngemeinschaft, (§ 6 LPartG) gehen.

Der Vermögensvertrag nach Art. 25 PartG wird, obschon er in weiten Teilen dem güterrechtlichen Ehevertrag nach Art. 182 ZGB nachgebildet ist, hingegen als ein «*neues Institut eigener Art*» aufgefasst.¹⁷²⁴ In erster Linie will dies eine Abgrenzung zum Eherecht und dem Ehevertrag darstellen und klarstellen, dass dieser nicht die gleichen Wirkungen erzeugen kann wie der güterrechtliche Ehevertrag: Es ist namentlich die Vereinbarung der Gütergemeinschaft ausgeschlossen und die dinglichen Aussenwirkungen während der Dauer des Güterstands sind beschränkt sind.¹⁷²⁵

Am Vertragscharakter, dem qualifizierten Formerfordernis und den dinglichen und obligatorischen Wirkungen ändert sich indes nichts. Dieser ist unbestritten.

4. Vertrag und/oder Institution?

a) Ehe als Institution

Auch wenn das unbestrittene Konsensprinzip aus vertragsrechtlicher Perspektive als *conditio sine qua non* des Vertrags erscheint, und dem Eheschluss in den Zivilrechtskodifikationen zweifellos entscheidende Bedeutung zukommt und die gesetzlichen Ehehindernisse zumindest nicht gegen eine Vertragsnatur der Ehe sprechen, bleibt die Rechtsnatur der Eheschliessung dogmatisch eigenartig unscharf.¹⁷²⁶ Handelt es sich hierbei um einen Vertrag oder nicht? Was bedeutet es, wenn die Ehe als «Institution» verstanden wird?

Gesichert ist, dass die Ehe Verfassungsschutz geniesst (Art. 14 BV, Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 12 EMRK, Art. 24 *Kenpô*) und insofern unter öffentlich-rechtlichem Schutz steht. Allerdings ist festzuhalten, dass es sich dabei in erster Linie um einen *Abwehrschutz* handelt.¹⁷²⁷ Dadurch wird die Ehe in ihrem Kern auch staatlich garantiert. Aus dieser

¹⁷²³ Jede Partnerin und jeder Partner kann zudem die Aufnahme eines Inventars der eigenen Vermögenswerte mit öffentlicher Urkunde verlangen. Ein solches Inventar wird als richtig vermutet, wenn es innerhalb eines Jahres nach Einbringung dieser Vermögenswerte errichtet wurde (Art. 20 PartG).

¹⁷²⁴ Brändli, 47 ff., 62 f.; Bächler/Matefi, FamKomm PartG, Art. 25 N 12.

¹⁷²⁵ Brändli, 62.

¹⁷²⁶ Statt vieler: Röthel, Institution und Intimität, 1 ff.; nach Hattenauer, 159 liess es § 1317 BGB offen, ob deswegen ein Vertrag vorliege oder nicht.

¹⁷²⁷ Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Januar 1957, BVerfGE 6, 55 (71).

Form der *Institutionsgarantie* kann einerseits etwa eine Förderpflicht der Ehe durch den Staat resultieren (z.B. Gewährung steuerlicher Vorteile). Andererseits ist fraglich, ob die Eheschliessungsfreiheit nicht auch ohne diesen Institutionsschutz gewährleistet wäre, denn das Institut der Vertragsfreiheit genießt ebenfalls verfassungsrechtlichen Schutz und umfasst nichts anderes als die Prinzipien der Selbstbestimmung und des Konsens (zudem existiert noch der verfassungsrechtliche Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre). Zudem ist die Ehe auch in allen Zivilgesetzbüchern normiert. Der rechtliche Schutz der Ehe auf verschiedenen Normebenen ist unbestritten.¹⁷²⁸

Was aber macht den unhinterfragten Institutionscharakter der Ehe aus?¹⁷²⁹ Ist es der geltende Verfassungsschutz, der diesen ausmacht oder das zuvor geschilderte historisch-traditionelle Regime? Und umgekehrt, resultiert daraus die Frage, ob eine andere Form der Lebensgemeinschaft auf Dauer nicht als Institution qualifiziert werden kann, weil der ausdrückliche Verfassungsschutz fehlt? Dies wäre dann beispielsweise konkret der Fall bei der eingetragenen Partnerschaft nach schweizerischem Recht.

Oder ist unter einer Institution¹⁷³⁰ ein gesellschaftliches Regelsystem zu verstehen, das historisch-christlich und kirchenrechtlich gewachsen ist und welches die Ehe als Sakrament verstand bzw. noch versteht? Daraus liesse sich dann ableiten, dass der «Institutionscharakter» der Ehe ins Recht transferiert wurde bzw. wird. Und heisst das, dass die eingetragene (Lebens)Partnerschaft mit Eingang ins Zivilrecht heute auch eine Institution geworden ist – trotz fehlendem expliziten Verfassungsschutz?

Nach der hier vertretenen Ansicht kann es jedenfalls einen Institutionenschutz ausserhalb des Rechtsordnung nicht geben und umgekehrt ist der Verfassungsschutz nicht etwas Ausschliessliches, das nur der Ehe zuteil wird oder zuteil werden kann, denn die Freiheit eine Lebensgemeinschaft einzugehen und zu führen ist gleichermaßen verfassungsmässig und institutionell geschützt, z.B. durch die Vertragsfreiheit und der Persönlichkeitsschutz. Anders ausgedrückt: Hier stehen verschiedene Grundrechte einander (und wenn man so will den Institutionen) gegenüber, die es abzuwägen gilt. Der Ehe als einem gesellschaftlichen Regelsystem kommt also keine weitergehende Bedeutung zu.

Hinzu kommt, dass der Ehe heute grundsätzlich weniger Bedeutung beigemessen wird, denn dank der Gleichberechtigung der Geschlechter und dem Aufkommen neuer Familienformen wurde die Ehe als alleinig legitime Beziehungsform zwecks Gründung einer Familie zurückgedrängt. – Es gibt heute sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz zunehmend Lehrmeinungen, die den erwähnten verfassungsrechtlichen Schutz aus Gleichbehandlungsgründen auf die gleichgeschlechtliche Paa-

¹⁷²⁸ Welche Paarbeziehungen unter den verfassungsrechtlichen Terminus «Ehe» fallen können, ist eine andere Frage, auf die hier in Sachen Vertragsdogmatik nicht weiter eingegangen werden muss.

¹⁷²⁹ Institut der Ehe (vgl. BGE 119 II 264, 114 II 6 E. 4); vgl. ähnlich *Röthel*, 12; a.A. MüKo-Roth, § 1353 BGB Rn. 3.

¹⁷³⁰ *Institutio* bedeutet im Lateinischen Einrichtung und der wortverwandte Begriff *institutum* Brauch und Sitte: Der kleine *Stowasser*, Lateinisches Wörterbuch, München 1979, weshalb auch eine feste Einrichtung wie z.B. ein Gericht oder eine Universität als Institution bezeichnet werden kann.

re ausdehnen möchten und keine rechtlichen Hindernisse dafür erkennen können.¹⁷³¹ Nunmehr ist in Deutschland das Bundesgesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschliessung für Personen gleichen Geschlechts angenommen.¹⁷³²

Die Selbstbestimmung der Individuen hat infolge der pluralen Gestaltung der eigenen Lebensgemeinschaft an Gewicht gewonnen, und umgekehrt ist die Ehe auf relativ wenig zwingende Bestimmungen sowie Sittlichkeitsvorstellungen beschränkt worden.¹⁷³³ Dementsprechend erweisen sich Versprechungen oder Auflagen im Hinblick auf die Eheschliessung – etwa zur Sexualität (Verhütungsmethode), der Anzahl der zukünftigen Kinder oder einer allfälligen Kinderlosigkeit, aber etwa auch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe¹⁷³⁴ zur Sicherung eines bestimmten Verhaltens – als sittenwidrig und damit als ungültig (Art. 19 f. OR/§ 138 BGB).

b) Ehe als Vertrag

In der schweizerischen Doktrin wird die Ehe heute *als Rechtsgeschäft verstanden*, wobei der *Institutionscharakter* – so weit ersichtlich – in der Doktrin nicht infrage gestellt ist. Dogmatisch handelt sich um einen Vertrag¹⁷³⁵, den das Paar seinem Willen entsprechend schliesst, der jedoch unter staatlicher Kontrolle geschlossen und aufgelöst werden muss. In der (spärlichen) Literatur wird diesbezüglich manchmal von einem *Gesellschaftsvertrag*¹⁷³⁶ oder auch von einem sog. *Statusvertrag* ausgegangen,¹⁷³⁷ denn dieser spricht den Parteien im Namen des Staates den Status des Verheiratetseins zu und begründet gleichzeitig Statusrechte zwischen ihnen: Beide Parteien

¹⁷³¹ Aus der deutschen Lehre mit unterschiedlichen Begründungen: Gutachten von Wapler, *Friederike*: Die Frage der Verfassungsmässigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, Forum für Politik und Gesellschaft der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015; Auer, AcP 216 (2016) 239 ff., 270 m.w.H.; aus der schweizerischen Lehre: Belser/Jungo, ZSR 135 (2016), 196 ff., 201 ff., 217 f.; noch etwas vorsichtiger BSK-Diggelmann, Art. 8 BV N 77 f. m.w.H.; der EGMR hat am 24.6.2010 im Urteil des gleichgeschlechtlichen Paares *Schalk/Kopf gegen Österreich* (Nr. 30141/04) festgehalten, dass die Ehe nicht länger als auf Paare unterschiedlichen Geschlechts beschränkt erachtet werden kann. Dass es der EGMR den heteronomen Mitgliedstaaten im Resultat aber frei gestellt lässt, den gleichgeschlechtlichen oder transsexuellen Paaren den Zugang zur Ehe zu verwehren, bedeutet nicht, dass ein nationales Gericht auch so entscheiden muss.

¹⁷³² § 1353 Absatz 1 Satz 1 BGB wird wie folgt gefasst: «Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen»; die Diskussion um eine allfällige notwendige «Verfassungsrevision» ist mit der Verabschiedung des Gesetzesentwurfs theoretisch zwar noch nicht ganz vom Tisch. Aber es ist höchst unwahrscheinlich, dass ausgerechnet das Deutsche Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde gegen die neue Gesetzesregelung gutheissen würde, denn das höchste Gericht war massgeblich an Entwicklungsschritten zur Öffnung der Ehe in Deutschland beteiligt.

¹⁷³³ MüKo-Roth, § 1353 BGB Rn. 5.

¹⁷³⁴ Betr. Vertragsstrafe, die u.U. zulässig sein könne: MüKo-Roth, § 1353 BGB Rn. 5.

¹⁷³⁵ *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, § 21 Rn. 19; *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller* Rn. 02.04 f.; *Büchler/Vetterli*, 3 (kein anderes Rechtsgeschäft [sei] an derart komplizierte [...] Formvorschriften gebunden), wobei diese Doktrin auch vom Institutionencharakter ausgeht.

¹⁷³⁶ *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, Rn. 02.04 f.

¹⁷³⁷ So *Emmenegger*, 258 ff.; bekannter ist der Terminus *Statusvertrag* im Zusammenhang mit völkerrechtlichen Abkommen, welche die Rechtsstellung eines Staates oder Gebietes für *alle* als verbindliche Ordnung zu definieren vermögen, so dass sie *ergo omnes* über die Vertragsparteien hinaus wirken: *Klein, Eckart*, Statusverträge im Völkerrecht, Berlin 2012).

erhalten aufgrund des Eheschliessungsvertrags die Rechte und Pflichten verheirateter Personen.¹⁷³⁸

Aus der Tatsache, dass die Eheschliessung unter staatlicher Kontrolle steht, ergibt sich, dass die vertragsrechtlichen Regeln zum Vertragsschluss und der Vertragsauflösung resp. der Unwirksamkeitsregelungen *grundsätzlich keine Anwendung finden sollen*, obschon ein Vertrag abgeschlossen wird. Das Gesetz sieht stattdessen vielmehr besondere Regelungen vor:¹⁷³⁹ Beispielsweise regelt es die Ungültigkeitsgründe der Ehe abschliessend (Art. 104 f. ZGB). Ausdrücklich ausgeschlossen ist etwa auch die Anwendung der Regeln der Willensmängel auf den Ehevertrag (Art. 23 ff. OR),¹⁷⁴⁰ dies obschon die vertragsrechtlichen Regeln im Rahmen des generellen Verweises in Art. 7 ZGB auch auf die sog. *nicht schuldrechtlichen Verträge* wie den Ehe- und/oder den Erbvertrag, den dinglichen Vertrag sowie die Gesellschaftsverträge Anwendung finden und sich die familien- und die schuldrechtlichen Bestimmungen in dieser Querschnittmaterie überschneiden.¹⁷⁴¹ Punktuell regelt das schweizerische OR insbesondere auch die schuldrechtlichen Verhältnisse von Ehepaaren mit Dritten (z.B. im Miet- und Wohnrecht, aber auch im Arbeits- oder Bürgschaftsrecht).¹⁷⁴²

Die Auffassung, dass der Eheschliessungsvertrag als Statusvertrag verstanden wird, steht im Hinblick auf die gegenwärtigen Anpassungen der Familienrechte an die gesellschaftlichen Realitäten insofern unter Kritik, als die Ausschliesslichkeit dieses Status infrage gestellt wird.¹⁷⁴³ Würde dagegen auch die Eheschliessung primär als eine Form von Partnerschaftsvertrag¹⁷⁴⁴ verstanden werden, so wäre eine gewisse Unabhängigkeit von Statusfragen zu erzielen (dazu nachfolgend Ziff. V).

Würde der Ehevertrag dagegen als *Vertrag* über sexuelle Handlungen verstanden, der primär sexuelle Ausschliesslichkeitsrechte und Pflichten wie Monogamie oder Beischlafsgebot umfasst, so wird seine Nähe zum Prostitutionsvertrag offensichtlich (dazu ausführlich unter Kapitel 7), sodass sich ähnliche Fragen zum geschlechtsspezifischen Machtungleichgewicht und dem Schutz der Selbstbestimmung in diesen beiden Vertragstypen stellen.¹⁷⁴⁵ Auch wenn dieser Ansicht hier nicht Folge geleistet wird, macht diese spezifische Perspektive klar, dass weder eine formal geschlechtsneutrale noch eine institutionelle Handhabe (was immer das genau bedeuten mag)

¹⁷³⁸ Kirchenrechtlich betrachtet kann indes nicht von einem Vertragscharakter ausgegangen werden, denn der Konsens reicht zur Begründung nicht aus, sondern die Ehe muss vollzogen werden.

¹⁷³⁹ Vgl. zum Ganzen *Hofer/Schwab/Heinrich*, 23.

¹⁷⁴⁰ Art. 10 Abs. 1 PartG besagt ausdrücklich etwas anderes.

¹⁷⁴¹ BSK ZGB I-Lardelli, Art. 7 ZGB N 2; BK-Friedrich, Art. 7 ZGB N 6 ff.; rechtsvergleichend s. *Rabel, Ernst*: Streifzüge im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, in: *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht* 4 (1912), 135 ff., 139 ff. (= *Gesammelte Aufsätze*, Bd. I, 210 ff., insbes. 214 ff.); *Bucher*, OR AT, 71 ff., 73; *Gauch*, FG Schnyder, 249 ff.; das zeigt sich etwa schon an den besonderen Vertragsbestimmungen unter Ehegatten: Art. 134 Abs. 1 Ziff. 4 OR zur Verjährung, Art. 203 Abs. 2 ZGB zur Stundung und Art. 249 Ziff. 2 OR zur Schenkung unter Ehegatten.

¹⁷⁴² *Emmenegger*, in: FS Gauch, 395 ff., 398 f.

¹⁷⁴³ Vgl. für die Schweiz nur *Büchler*, FamPra 15 (2014) 4, 797 ff.

¹⁷⁴⁴ *Emmenegger*, in: FS Gauch, 395 ff. betont den Kooperationsaspekt bzw. die Kooperationspflicht in der Ehe, welche die Autorin als Lösungsansatz beispielsweise für die Bürgschaftsfälle Angehöriger ansieht (406 f.), indem eine Bank, die aus den ehelichen Bindungen/Pflichten ihrer Kunden einen Nutzen ziehe, nicht in ihren vertraglichen Rechten zu schützen wäre.

¹⁷⁴⁵ Zum Ganzen nur *Emmenegger*, 242 ff.

des Eheschliessungsvertrags dazu geeignet sind, die Selbstbestimmung und Gerechtigkeit in diesem Vertrag und im Vertragsrecht im Allgemeinen zu fördern. Vielmehr hat die sexuelle und körperliche Selbstbestimmung jeder Person aufgrund ihres Persönlichkeitsschutzes Vorrang – unabhängig davon, ob sie nun einen Ehe- oder einen Prostitutionsvertrag geschlossen hat. – Und auch in der Ehe gilt keine Pflicht zu sexuellen Leistungen.

Nach *japanischem Recht* ist der Ehevertrag dagegen *ein einfacher bürgerrechtlicher Vertrag*, also *kein Statusvertrag und schon gar nicht ein Sakrament*. An die Eheschliessung werden nach dem japanischen Recht nur äusserst geringe materielle Anforderungen gestellt (Art. 731 ff. *Minpō*): So erlangt die Ehe bereits durch den Eintrag der beiden Ehemittigen ins Familienregister bei der zuständigen kommunalen Behörde Gültigkeit. Die Auflösung der Ehe ist sogar *formlos möglich*. Erwähnenswert ist einmal mehr, dass nach wie vor ungefähr ein Drittel der japanischen Ehen von den Eltern oder anderen Familienangehörigen arrangiert werden.¹⁷⁴⁶ Somit ist es naheliegend, dass diesbezüglich teils andere gesellschaftliche Schutzmechanismen bestehen.

De lege lata regeln Art. 104 und insbesondere Art. 105 ZGB die Gründe für die Ungültigkeit einer Ehe abschliessend; insofern ist davon auszugehen, dass die Bestimmung der «*guten Sitten*» (Art. 19 f. OR) *nicht* als Ungültigkeitsgrund auf den Ehevertrag als Statusvertrag anwendbar ist. Im Gegenteil: Es liesse sich nämlich umgekehrt argumentieren, dass die gesetzlich aufgezählten Ungültigkeitsgründe (Art. 105 ZGB) im «*öffentlichen Interesse*» stünden, weshalb sich eine weitere Grenzziehung zu Art. 19 f. OR und Art. 27 ZGB erübrige. Eine generelle Öffnung des Ehevertrags – sei es als Statusvertrag oder als Kooperationsvertrag – gegenüber der Generalklausel der «*guten Sitten*» müsste hingegen sehr sorgfältig bedacht werden. Dies könnte zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen und möglicherweise sogar als Einfallstor für ausländer- und fremdenfeindliches Gedankengut dienen. – In den Materialien der Gesetzgeber finden sich zum Verhältnis von Ungültigkeitsgründen und den Grenzen der Autonomie mittels der Generalklausel der «*guten Sitten*» dementsprechend auch keine Hinweise.¹⁷⁴⁷

c) Verlöbnis als Vertrag

Anzufügen bleibt, dass dem (formlosen) Verlöbnis nach herrschender Meinung im schweizerischen und deutschen Schrifttum *ein Vertrag zugrunde liegt*.¹⁷⁴⁸ Dafür spricht, dass nur ein solches Rechtsverständnis Rechtsunsicherheiten vermeiden kann und nur diese Betrachtung in die Privatrechtssysteme des ZGB/OR bzw. des BGB eingefügt werden kann. Das bedeutet freilich nicht, dass aufgrund der persönlichen Vertragsinhalte nicht besondere Regelungen gelten müssen (z.B. Nichterzwingbarkeit des Eheversprechens Art. 90 Abs. 3 ZGB bzw. § 1279 Abs. 1 BGB, § 888 Abs. 3 ZPO).

¹⁷⁴⁶ Fuess, 122.

¹⁷⁴⁷ Vgl. Art. 105 ZGB.

¹⁷⁴⁸ §§ 104 BGB.

D. Zwischenergebnisse

Historisch betrachtet, haben die Gesetzgeber (in der Schweiz und Deutschland) einen bereits bestehenden Zustand (namentlich die kirchliche Heirat) in ihren Zivilgesetzen umgesetzt.

Die Ehe ist eine Verbindung zwischen einer Frau und einem Mann, die als Vertrag, der unter spezifischen Formvorschriften zustandekommt, verstanden werden kann. Als Lebensgemeinschaft schafft sie Verbindlichkeiten und Anerkennung. Die Lebensgemeinschaft soll rechtliche Absicherung bieten und anerkannt sein. «*Liebe*» hingegen ist eine intime Beziehung zwischen Menschen, die keinen anderen Zweck hat als sich selbst. Die romantischen Vorstellungen von Liebe und Exklusivität einer Beziehung kann ein Motiv zum Vertragsschluss sein, sie ist aber in keiner Rechtsordnung Gegenstand des Vertrags. – Erlischt die Liebe, löst sich der Vertrag nicht automatisch auf.

Die *säkulare bürgerliche Ehe* wird zwar *mehrheitlich als Vertrag bezeichnet*, doch wird sie nicht als «schuldrechtlicher Vertrag» verstanden, was aufgrund ihrer personalen Elemente (Beistand, Fürsorge) auch durchaus verständlich ist. Ob aber deswegen selbstbestimmte vertragliche Vereinbarungen und damit das Obligationenrecht keine Anwendung finden können, sind nach der hier vertretenen Ansicht eine andere Frage. Der ehedüterrechtliche Vertrag zur Identifizierung und Regelung der Vermögensverhältnisse für sich, könnte demgegenüber als schuldrechtlicher Vertrag aufgefasst werden. In der Doktrin stellen sich zu diesem seit langer Zeit Fragen nach der Inhaltskontrolle.¹⁷⁴⁹ Je nach Terminologie wird die Ehe als einen Status begründender Vertrag und/oder als eine «Institution» verstanden. Das bedeutet zum einen, dass die Wirkungen besondere sind (Status bestimmend) und zum anderen, dass diese vertragliche Form des Zusammenlebens verfassungsmässigen Schutz genießt; mehr kann in einem säkularen Staat «Ehe» nicht bedeuten. Mit dem verfassungsmässigen Schutz mag sich dann auch beispielsweise eine steuerrechtliche Schutzregelung rechtfertigen. – Wobei zu beachten ist, dass die Vertragsfreiheit und der Schutz der Privatsphäre für alle Paare (mit oder ohne Kinder, egal welchen Geschlechts) auch verfassungsmässigen Schutz geniessen.

Unter dem Terminus «Ehevertrag» verstehen wir im deutschen und schweizerischen Sprach- und Rechtsgebrauch jedoch nur das Rechtsinstitut zur Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse in der Ehe. Das heisst, es ist traditionell nicht der Vertrag für die Ehe im Allgemeinen resp. der Eheschliessungsvertrag angesprochen, sondern nur derjenige Teil zu den Wirkungen auf das Vermögen der Eheleute. Man könnte deshalb auch von einem *Teilvertrag* sprechen. In dieser Arbeit wird der Begriff des *Ehevertrags umfassend* verstanden:¹⁷⁵⁰ zum einen als Vertrag, der zur Begründung, Auslösung oder Modifizierung des ehelichen Güterstandes (Art. 182-184 ZGB, §§ 1408 BGB) dient und insofern einen *Teilbereich des Ehelebens* bestimmt – näm-

¹⁷⁴⁹ Schwenzer, AcP 196 (1996), 88 ff.; Dauner-Lieb, Barbara, Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht, AcP 201 (2001), 295 ff. und *idem*, Die Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle, AcP 210 (2010), 580 ff.

¹⁷⁵⁰ Franz.: *contrat de mariage*, Ital.: *convenzioni matrimoniali*; vgl. hierzu schon Hotz, JCL 5 (2010) 2.

lich die güterrechtlichen Belange –, zum andern aber auch als *Eheschliessungsakt* in einem umfassenderen Sinne, der auf die Wirkungen des Eheverhältnisses im Allgemeinen zielt, und neben den persönlichen auch die materiellen Belange des künftigen Zusammenlebens auf Dauer regeln soll. Wird der Ehevertrag nämlich als *Ehe(schliessungs)-vertrag* verstanden, so wird dessen *Vertragsnatur* dadurch klar betont.

Umgekehrt, spricht für die Vertragsnatur des Ehevertrags auch die *Existenz des (Teil)Ehevertrag, der das eheliche Vermögen betrifft resp. der Vermögensvertrag, der das partnerschaftliche Vermögen betrifft*. Es ist explizit anerkannt, dass die Ehegatten und die eingetragenen Partnerinnen und Partner ihre Vermögensbelange innert der gesetzlichen Schranken selbstbestimmt vereinbaren können.

Vor dem historisch-ideengeschichtlichen Hintergrund der Eheverträge (ursprünglich im «Clan- bzw. Haussystem», dann aber auch in der Kleinfamilie mit traditioneller Rollenverteilung und dem Gedanken, dass die Ehe der persönlichen und sozialen Stabilisierung dient) wird klar, dass das Vermögensrecht *nicht völlig dem Willen der Parteien überlassen werden konnte*. – Schliesslich stand bzw. steht nicht selten zu viel auf dem Spiel. Und umgekehrt wird im Vorfeld einer «Liebesheirat» weniger über Vermögensrechte nachgedacht oder gar verhandelt, als dies noch im 17./18. Jahrhundert üblich war. – Die Heirat wird vielmehr auch als ein «Liebesbeweis» angesehen. – In der Schweiz würden wohl viele ein solches Verhalten als Zeichen des Misstrauens werten. Hinzu kommt, dass es für viele auch eine Überforderung wäre, ihre Vermögensangelegenheiten im Hinblick auf die Ehe gebührend und im Interesse beider Parteien ausgewogen, resp. rechtmässig zu regeln; sie bräuchten dazu eine kompetente Beratung.

Heute fragt sich, ob aufgrund der gegenwärtigen sozialen Entwicklungen eine Änderung des Eherechts oder der Regelung des partnerschaftlichen Zusammenlebens nötig ist. Will man das geltende Eherecht als ein Abbild («Reaktion») der gesellschaftlichen Lebensrealitäten verstehen, bestünde dann Handlungsbedarf, wenn sich andere Lebensformen in der Gesellschaft durchgesetzt haben. Geht es bei den Regeln des Eherechts nicht um das möglichst kohärente Abbild der Lebensrealitäten, muss geprüft werden, worin das damalige historische Ziel der staatlichen Regelung der Ehe lag und worin es heute liegt bzw. liegen sollte. – Konkret stellen sich folgende Fragen: Soll das Institut der Ehe weiteren partnerschaftlichen Lebensformen zugänglich gemacht werden oder soll das Institut der Ehe abgeschafft und wie andere Zusammenlebensformen dem Vertragsrecht und grundsätzlich dem Prinzip der Selbstbestimmung überlassen werden – oder drittens, soll die Ehe als Institution wieder den Kirchen überlassen werden, weil ihre Regelung als Institution bzw. Sakrament richtig verstanden gar nicht Sache des Staates ist?

In dieser Arbeit wird ausgehend von den vertraglichen Regelungen aus dem Güterrecht für ein Verständnis einer gesamtheitlichen Vertragsregelung für alle Formen des vereinbarten Zusammenlebens von zwei Personen plädiert, das aber keine Person daran hindern soll zu heiraten und damit die Bestimmungen des Eherechts zu akzeptieren.

III. Zu den Grenzen der Selbstbestimmung am Beispiel des güterrechtlichen (Teil-)Ehevertrags in der Schweiz, Deutschland und Japan

A. Rechtslage in der Schweiz

1. Zum güterrechtlichen (Teil-)Ehevertrag nach Art. 181 ff. ZGB

Das schweizerische Güterrecht ist unter dem Titel Ehwirkungen geregelt. Es umfasst 68 Artikel (Art. 181–251 ZGB), beginnend mit allgemeinen Bestimmungen und regelt alle drei Güterstände: Errungenschaftsbeteiligung, Gütergemeinschaft und Gütertrennung. In diesem gesetzlichen Rahmen wird davon ausgegangen, dass die Partner – abhängig davon, welche Vorstellungen sie von der Ehe haben – in der Lage sind, sich mittels eines Ehevertrags *selbstbestimmt* für eines der drei gesetzlichen Modelle des Güterstandes zu entscheiden (Art. 181 f. ZGB). Das Partnerschaftsgesetz aus dem Jahre 2006 geht dabei implizit vom Güterstand der Gütertrennung aus (Art. 18–25 PartG).¹⁷⁵¹

a) Vertragsfreiheit und ihre Schranken

Für die Regelung der ehelichen Vermögensbelange gilt der Grundsatz der *Vertragsfreiheit* nach Art. 181 ZGB. Expliziter formuliert wird dies noch in Art. 25 PartG.

Nach der im schweizerischen Schrifttum vorherrschenden Ansicht leitet sich daraus ab, dass der *Konsens der Ehegatten*, sich für die Zukunft vermögensrechtlich binden zu wollen und zu können, untrennbar mit dem Recht auf Vertragsfreiheit verbunden ist, und dass der Konsens im Ehevertrag grundsätzlich *nur* von den Parteien selber wahrgenommen, akzeptiert oder verworfen werden kann.¹⁷⁵²

Im Resultat – das belegt die Rechtsprechung – modifizieren und beschneiden Eheverträge insbesondere die nachehelichen Ausgleichsansprüche, ja sie können – je nach Rechtsordnung – zu Einschränkungen der nachvertraglichen Rechte führen und mitunter existenzbedrohende Folgen haben. Aus dieser Perspektive stellte sich auch im schweizerischen Schrifttum seit vielen Jahren die Frage, weshalb Eheverträge – ohne institutionalisierte Inhaltskontrolle – überhaupt noch zulässig sein sollen.¹⁷⁵³

b) Regelungsinhalte

Art. 182 ZGB regelt die *Schranken der Vertragsfreiheit* und umschreibt zugleich die Regelungsinhalte, die von den Parteien selbstbestimmt vereinbart werden können. Zu beachten ist zunächst, dass nicht alle ehelichen Vermögensbelange dem Güter-

¹⁷⁵¹ Bächler/Matefi, Vorbem. zu Art. 18–25 PartG, N 1 ff.; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 31 Rn. 2, 27 f.; weiterführend Brändli, 49 ff.

¹⁷⁵² Ein Vertrag gilt, weil es die Parteien so wollen, nicht weil er gerecht oder vernünftig wäre: Ellscheid, 148 ff., 157.

¹⁷⁵³ Schwenzer, FamPra 6 (2005) 1 ff., 9.; Schwander, AJP (2003) 5, 572 ff.; Geiser, Thomas, Bedürfen Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung?, in: Geiser, Thomas/Koller, Thomas/Reusser, Ruth/Wiegand, Wolfgang/Walter, Hans Peter (Hrsg.), Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, FS Hausheer, Bern 2002, 217 ff.; Emmenegger, in FS Gauch, 403 f.

recht und der Vertragsfreiheit unterstellt sind: beispielsweise Fragen des Familienunterhalts (Art. 163-165 ZGB) und der Vertretungsrechte der Gemeinschaft (Art. 166 ZGB) nicht Gegenstand des Güterrechts und damit nicht des güterrechtlichen Ehevertrages sind. Verträge zu den gegenseitigen Unterhaltsbeiträgen der Eheleute sind ihnen freigestellt und bedürfen keiner besonderen Form, sie können aber im Ehevertrag aufgenommen werden. Die Ehegatten können namentlich auch gegenseitig Arbeits-, Kauf- oder Darlehensverträge miteinander abschliessen wie sie dies mit jeder dritten anderen Person auch vereinbaren dürfen.¹⁷⁵⁴ Die Vertretungsrechte gegen ausen stehen indes grundsätzlich aus Glaubigerschutzgründen nicht zur Parteidisposition (Art. 166 Abs. 3 ZGB).¹⁷⁵⁵ Es kann auch sein, dass Unterhaltsrechte und Güterstand verknüpft sind, namentlich dann, wenn ein Güterstand (Gütertrennung) von den tatsächlichen Unterhaltsbeiträgen abhängig gemacht wird (volle Erwerbstätigkeit beider Eheleute).¹⁷⁵⁶ Eheleiche und nacheheliche Unterhaltsvereinbarungen gehören damit nach schweizerischem Recht grundsätzlich nicht in einen Ehevertrag.

Der primäre Regelungsinhalt eines Ehevertrags ist die *Wahl, die Begründung oder Aufhebung, eines Güterstandes*, welche nach Art. 182 Abs. 1 ZGB *vor oder während der Ehe* getroffen werden kann (z.B. wenn eine Ehepartner selbstständiger Unternehmer wird). Die Wirkungen können auch von einer *Befristung* oder einer *Bedingung* (Geburt/Tod) abhängig gemacht werden. Insgesamt gilt aber das Prinzip der Typenbundenheit, das heisst, die einzelnen Güterstände dürfen nicht gemischt werden.¹⁷⁵⁷

Es können aber auch unter Beibehaltung des gesetzlichen Güterstands oder eines anderen *inhaltliche Änderungen* vereinbart werden: Besonders häufig sind Vereinbarungen zur gegenseitigen Vorschlagszuteilung. Nach dem gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung stehen jedem Ehegatten 50% des Vorschlags des anderen zu, wobei die Forderungen gegenseitig verrechnet werden (Art. 215 ZGB). Solange der erbrechtliche Pflichtteilsschutz der *nicht gemeinsamen Nachkommen* gewahrt ist, können mit dem Ehevertrag andere Zuteilungen des Vorschlags vereinbart werden (Art. 216 f. ZGB).¹⁷⁵⁸ Häufig sind die sog. Überlebensklauseln zur Begünstigung des Ehegatten sowie die sog. Rückfallsklauseln für den Fall des Versterbens oder der Wiederverheiratung des begünstigten Ehegatten und den Rückfall des Vermögens an Stamm der Erben.¹⁷⁵⁹ Es können aber auch je verschiedene Teilungsquoten vereinbart werden und diese dürfen grundsätzlich auch in Abhängigkeit unterschiedlicher Auflösungsgründe gesetzt werden (Art. 217 ZGB).¹⁷⁶⁰ – In der Gütertrennung sind Änderungen allerdings grundsätzlich nicht vorgesehen.

¹⁷⁵⁴ Privat.–Komm ZGB–Rumo–Jungo, Art. 182 ZGB N 4.

¹⁷⁵⁵ Wobei zwischen Rechtsgeschäften zu laufenden Bedürfnissen der Familie und solchen zu ausserordentlichen zu unterscheiden ist: BSK ZGB I–Aebi–Müller/Hausheer, Art. 181 ZGB N 4 und Art. 182 ZGB N 2 ff.; Privat.–Komm Zeiter, Alexandra, Art. 166 ZGB N 1 ff.

¹⁷⁵⁶ BSK ZGB I–Aebi–Müller/Hausheer, Art. 182 ZGB N 3.

¹⁷⁵⁷ Privat.–Komm ZGB–Rumo–Jungo, Art. 182 ZGB N 8 f.

¹⁷⁵⁸ Vereinbaren die Ehegatten allerdings nur eine andere Mehrwertbeteiligung unter sich (Art. 216 Abs. 3 ZGB), ist kein Ehevertrag nötig; es reicht die Schriftform.

¹⁷⁵⁹ BK–Hausheer/Geiser/Aebi–Müller, Art. 241 ZGB, N 25 ff.

¹⁷⁶⁰ BSK–I Aebi–Müller/Hausheer, Art. 182 ZGB N 8; Privat.–Komm/Rumo–Jungo, Art. 182 ZGB N 8 ff., 216–217 ZGB N 1 ff., 3, 12. Brändli, 111 ff.

Ebenso ist nach Art. 25 PartG vorgesehen, dass eingetragene Partner mit einem Vermögensvertrag ihre Vermögensverhältnisse teils regeln können. Namentlich wird die Vereinbarung der Errungenschaftsbeteiligung und die Zuweisungen von Vorschlägen zur Anwendung kommen.¹⁷⁶¹

c) Die Vereinbarung des Vorsorgeausgleichs unterliegt der gerichtlichen Kontrolle

Der sog. *Vorsorgeausgleich* im Falle der Scheidung oder Auflösung der Ehe ist in der Schweiz jüngst revidiert worden.¹⁷⁶² Die Bestimmungen gelten neu auch für Personen in eingetragener Partnerschaft (Art. 23 nFZG, Art. 33 PartG). Es gilt im Grundsatz immer noch, dass das Guthaben aus der beruflichen Vorsorge, das die Ehegatten während der Ehe bei Vorsorge- und Freizügigkeitseinrichtungen erworben haben, bei Austritt hälftig geteilt wird und nach Art. 50 FZG und Art. 122 ff. ZGB voraussetzungslos und zwingend geschuldet ist.¹⁷⁶³

Als massgebender Zeitpunkt für die Berechnung gilt aber neu die Einleitung und nicht mehr das Ende des Scheidungsverfahrens. Neu wird eine Teilung auch dann vollzogen, wenn ein Ehegatte bereits pensioniert oder invalid ist. Die Vorsorge- und Freizügigkeitseinrichtungen werden dabei verpflichtet, der *Zentralstelle 2. Säule* periodisch alle Inhaber von Vorsorgeguthaben zu melden. Damit können die Scheidungsgerichte kontrollieren, dass keine Vorsorgeguthaben der Teilung entzogen werden.¹⁷⁶⁴ Nach Art. 124b Abs. 1 nZGB können die Ehegatten in einer Vereinbarung über die Scheidungsfolgen von der hälftigen Teilung abweichen oder auf den Vorsorgeausgleich verzichten, wenn eine andere Alters- oder Invalidenvorsorge gewährleistet bleibt.¹⁷⁶⁵

Das Scheidungsgericht genehmigt die Teilungsvereinbarung nach Art. 280 f. ZPO oder legt die entsprechenden Beträge von Amtes wegen nach Art. 122-124a ZGB und Art. 22-22b FZG fest, anderenfalls überweist es den Fall an das Sozialversicherungsgericht. Art. 280 f. ZPO überträgt dem Gericht die Kompetenz zur strikten Überprüfung der Vereinbarungen zum Vorsorgeausgleich. Dieser ist nur in den engen Grenzen von Art. 123 ZGB gestattet, namentlich dann, wenn die Vorsorge anders gesichert wird (z.B. durch Grundstücksübertragung).

Daraus ergibt sich, dass ein Verzicht auf den Vorsorgeausgleich von Anfang an mittels Ehevertrag unzulässig ist.¹⁷⁶⁶

¹⁷⁶¹ Die Pflichtteilsschutzbestimmung nach Art. 25 Abs. 2 PartG lässt dabei Art. 216 ZGB keinen Raum: Brändli, 122 ff., 126.

¹⁷⁶² Am 19. Juni 2015 ist die Revision des Zivilgesetzbuches (ZGB) verabschiedet worden (BBl 2015 4883) die neuen Gesetzesbestimmungen und die entsprechenden Verordnungsänderungen treten auf den 1. Januar 2017 in Kraft (AS 2016 2313).

¹⁷⁶³ FamKomm-Lauterburg, Art. 123 ZGB N 13.

¹⁷⁶⁴ Obschon Art. 50 FZG als zwingendes Recht konzipiert war und ist, wurde gemäss einer Untersuchung der Teilungsgrundsatz in der gerichtlichen Praxis jedoch mehrheitlich als dispositives Recht verstanden. Trotz der zwingenden gesetzlichen Regelung wird *de facto* zu einem überwiegenden Teil nicht hälftig geteilt: Baumann, Katerina/Lauterburg, Margareta: Evaluation Vorsorgeausgleich: Eine empirische Untersuchung an sieben Scheidungsgerichten, Schriftenreihe zum Familienrecht Bd. 3, Bern 2004, 13 ff.

¹⁷⁶⁵ Ferner kann das Gericht aus wichtigen Gründen eine andere als eine hälftige Teilung vorsehen (Abs. 2 und 3).

¹⁷⁶⁶ Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 24 Rn. 17, 30; KuKo ZGB-Cantieni/Vetterli, Art. 123 ZGB N 1; BGer 5A_623/2007 vom 4. Februar 2008.

d) Eheverträge – eher eine Seltenheit

Es ist eine Tatsache, dass heute Eheverträge die Ausnahme bleiben.¹⁷⁶⁷ Dies gilt zumindest für die Erstheiraten. Nach Auskunft dreier grösserer Notariate in der Stadt Zürich und einem in Winterthur (2009, 2015)¹⁷⁶⁸ schliessen weit unter der Hälfte der Eheleute in der Schweiz einen Ehevertrag ab. Die meisten güterrechtlichen Eheverträge beinhalten die Gütertrennung oder abweichende Regelungen über die Vorschlagszuteilung. In der Regel handelt es sich um höhere Vorschlagszuteilungen für die (überlebenden) Ehegatten. – Bei Heiraten mit einer Ausländerin oder einem Ausländer sind Eheverträge klar verbreiteter. Sie kommen bei einer Zweitheirat ebenfalls häufiger vor. Bei letzteren wird in höherem Alter der Ehevertrag oft auch mit einem Erbverzicht (zugunsten der Nachkommen aus erster Ehe) kombiniert. Die angefragten Notare waren sich jedenfalls insoweit einig, dass Eheleute nicht ohne Anlass oder speziellen Grund einen Ehevertrag abschliessen würden.

2. Urteil des Bundesgerichts vom 10. November 1995 (BGE 121 III 393 ff.)

Der Leitentscheid in Sachen Inhaltskontrolle zum Ehevertrag nach schweizerischem Recht stammt vom 10. November 1995. Es liegt ihm folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Brautleute schlossen *vor* der Heirat einen Ehevertrag, in welchem sie den Güterstand der Gütertrennung wählten und ausserdem vereinbarten, dass die Ehefrau von ihrem Gatten eine «Ehesteuer» zugute habe, wobei eine Maximalsumme von 50'000.– CHF festgelegt wurde. In der Folge war die Auslegung des Vertrags umstritten. Während die Frau darunter verstand, dass diese Summe ihr als «Ausgleich» für den unvorteilhafteren Güterstand der Gütertrennung zustünde, hatte der Mann diese als Verzicht seitens seiner Exfrau auf nahehelichen Unterhaltsleistungen nach Art. 151 f. aZGB verstanden.¹⁷⁶⁹

Ausgehend von der allgemeinen Genehmigungspflicht von Scheidungsvereinbarungen nach Art. 140 aZGB schliesst das Bundesgericht eine Gleichbehandlung von Scheidungsfolgevereinbarungen grundsätzlich mit solchen aus einem Ehevertrag aus. Es argumentiert, dass die emotionale Verfassung der Vertragspartner vor der Heirat noch «konsenswilliger» sei als zum Zeitpunkt der Vereinbarung einer Scheidungskonvention. Ausserdem sei die Abschätzung der Folgen einer solchen Vereinbarung vor der Heirat noch viel schwieriger als zum Zeitpunkt der Scheidung. Fazit war und ist, dass Vereinbarungen zwischen Ehegatten, die im Hinblick auf eine spätere Scheidung, also im Voraus getroffen wurden und später die Scheidungsfolgen direkt tangieren, zwar grundsätzlich zulässig seien¹⁷⁷⁰, aber auch dann der gerichtlichen Ge-

¹⁷⁶⁷ Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 31 Rn. 6.

¹⁷⁶⁸ Das *Notariat Zürich-Hottingen* hatte im Jahr 2013 40 Eheverträge beurkundet, wovon 15 Gütertrennungen und 16 Vorschlagszuweisungen; im Jahr 2014 waren es 50 Eheverträge, wovon 23 Gütertrennungen und 17 Vorschlagszuweisungen.

¹⁷⁶⁹ Heute sind die Unterhaltsbeiträge in Art. 143 ZGB positiviert.

¹⁷⁷⁰ Auch nach der Mehrheit der Lehre: statt vieler siehe: *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, 285, Fn. 59 m.w.H.

nehmung gemäss Art. 140 aZGB unterliegen, wenn sie im Rahmen eines Ehevertrages, d.h. in einer besonders qualifizierten Form abgeschlossen wurden.¹⁷⁷¹

Allerdings hält das Bundesgericht fest, dass bei rein vermögensrechtlichen Belangen der Parteiwille grundsätzlich zu respektieren sei, sodass eine Genehmigung dieses Willens seitens des Gerichts nur ausnahmsweise nötig und nur aus wichtigen Gründen zu verweigern sei, namentlich wenn sich die Umstände erheblich geändert hätten.¹⁷⁷²

Verwiesen wird dabei auf ein älteres Bundesgerichtsurteil vom 15. Februar 1973¹⁷⁷³, das einen Ehevertrag für gültig befand, obschon darin die Gütergemeinschaft erst am Bett des todkranken Erblassers geregelt wurde. Entscheidend ist dabei, dass der Erblasser bei Vertragsschluss nichts von seiner Krankheit wusste und damit seinen anderen Erben gegenüber kein rechtsmissbräuchliches Ansinnen haben konnte. Auch aus zwei weiteren Urteilen ergibt sich, dass die Ungültigkeitsschranke sehr hoch angesetzt wird und die ehevertragliche Regelung nur als ungültig angesehen werden kann, wenn damit klare Umgehungsabsichten und/oder krasse Benachteiligungen – vor allem von Kindern aus erster Ehe – verbunden sind.¹⁷⁷⁴ Einzig ein altes Urteil¹⁷⁷⁵ aus dem Jahr 1927 erklärte einen Ehevertrag für ungültig, weil die Ehegatten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits wussten, dass ihnen gar keine Zeit mehr blieb, um den gewählten Güterstand noch zu (er-)leben.

Daraus resultiert, dass im Grundsatz an der Vertragsfreiheit der Parteien im Ehevertrag festgehalten wird (Art. 181 ZGB), und dass vermögensrechtliche Regelungen der Parteien nur ausnahmsweise aus wichtigen Gründen aufgehoben werden.¹⁷⁷⁶

3. Gerichtliche Kontrolle

Die Entscheide zeigen, dass die Frage, welche Inhalte massgeblich sind und ob insbesondere der güterrechtliche Ehevertrag bei der Auflösung der Ehe (Scheidung) zulässig ist, von der gerichtlichen Kontrolle und der Überprüfungsbefugnisse abhängt.

¹⁷⁷¹ BGE 121 III 393 ff., 395; BGer 5C.270/2004 vom 14. Juli 2005; BGer 5C.114/ 2003 vom 4. Dezember 2003, E. 2.2, 3.2.1: «globale Vereinbarungen» zur Auflösung der Ehe bedürfen der Genehmigung; BGer 5A_599/2007 vom 2. Oktober 2008 betr. Liquidation der Kollektivgesellschaft, die von den Ehegatten betrieben wurde.

¹⁷⁷² Ein wichtiger Grund liege vor, wenn die Parteienlösung unklar sei, eine Partei im Prozess ausgenutzt wurde oder wenn die Folgen aus «Billigkeitserwägungen» nicht zu tragen seien. Gemäss Rechtsprechung handelt es sich dabei vor allem um Fälle, bei denen sich die Umstände zwischen Vertragsschluss und Scheidungsfolgen stark geändert haben (a.a.O. 395).

¹⁷⁷³ BGE 99 II 9 ff.

¹⁷⁷⁴ BGE 81 II 413; BGE 82 II 491 ff.; vgl. Art. 216 Abs. 2 ZGB.

¹⁷⁷⁵ BGE 53 II 97 ff.

¹⁷⁷⁶ BGE 121 III 393 ff. (Genehmigung der Scheidungsfolgen, auch wenn diese in der Form des Ehevertrages und vor der Ehe festgehalten werden); BGE 122 III 97, 98 (der Abänderungsverzicht einer Bedürftigkeitsrente sei an sich zulässig, unterstehe aber grundsätzlich der c.r.s.st. nach Art. 2 ZGB bzw. Art. 27 Abs. 2 ZGB, in casu verneint); BGer 5C.114/2003 vom 4. Dezember 2003, E. 2.2, 3.2.1: «globale Vereinbarungen» zur Auflösung der Ehe bedürfen der Genehmigung – Bestätigung, dass Eheverträge allein keiner Genehmigung bedürfen, Verweisung auf Art. 23 ff. OR); BGer 5A_599/2007 vom 2. Oktober 2008 betr. Liquidation der von den Ehegatten betriebenen Kollektivgesellschaft.

Die gerichtliche Genehmigung der Nebenfolgen, die in einer Scheidungskonvention geregelt worden sind, ist nach Art. 279 ZPO Voraussetzung für die Wirkung der Konvention und macht diese zugleich zum Bestandteil des Urteils (damit geht der Vertragscharakter der Konvention verloren).¹⁷⁷⁷ Die güterrechtliche Auseinandersetzung kann jedoch ausnahmsweise auch getrennt behandelt werden.¹⁷⁷⁸

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass der güterrechtliche Ehevertrag nicht direkt der Genehmigung durch ein Gericht nach Art. 279 ZPO unterliegt, sondern dass diese Genehmigungspflicht die übrigen eherechtlichen Vermögensrechte betrifft, wie etwa Regelungen zu den Unterhaltsbeiträgen während der Ehe.¹⁷⁷⁹ Eine gerichtliche Beurteilung der Scheidungsfolgen, das heisst einer Vereinbarung, hat im Hinblick auf ihre *offensichtliche Unangemessenheit* jedoch immer auch die gesamte Situation ins Auge zu fassen und insoweit die güterrechtliche Auseinandersetzung (das heisst vorgelagert den Ehevertrag) und den Vorsorgeausgleich mit einzubeziehen.¹⁷⁸⁰

Der Anspruch auf Vorsorgeausgleich nach Art. 122 f. ZGB *auf die Hälfte* der nach dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42) für die Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistung besteht im Grundsatz auch nach der Revision der Bestimmungen zum Vorsorgeausgleich voraussetzungslos.¹⁷⁸¹

B. Rechtslage in Deutschland

1. Regelungen zum Ehevertrag nach §§ 1363 ff. BGB

a) Die Zugewinnngemeinschaft

Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt das eheliche Güterrecht in rund 200 Paragraphen: §§ 1363–1563 BGB, wobei es in gesetzliches (§§ 1363–1390 BGB) und vertragliches Güterrecht (§§ 1408–1563 BGB) unterteilt ist.

Die *Zugewinnngemeinschaft* ist der gesetzliche Güterstand gemäss §§ 1363 ff. BGB, wobei insgesamt – wie in der Schweiz – drei gesetzliche Güterstände existieren (Zugewinnngemeinschaft, Gütertrennung, Gütergemeinschaft). Der Zugewinnngemeinschaft liegt das gleiche Denkprinzip zugrunde wie dem schweizerischen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung: Jedem Ehegatten soll von dem, was sie während der Ehe an Vermögen erworben haben – sei es gemeinsam oder individuell –, ein gleichmässiger Anteil zustehen. Dementsprechend wird bei der Auflösung des Güterstandes der während der Ehe (im Vergleich zum Anfangsvermögen) erwirtschaftete Zugewinn (§ 1373 BGB) bestimmt und je zu gleichen Teilen verteilt.¹⁷⁸²

¹⁷⁷⁷ OF-Schwander, Art. 279 ZPO N 4 f.

¹⁷⁷⁸ OF-Schwander, Art. 284 ZPO N 4.

¹⁷⁷⁹ ZPO Komm-Sutter-Somm/Gut, Art. 279 ZPO N 13 ff.; BSK ZGB I-Aebi-Müller/Hausheer, Art. 182 ZGB N 3a m.w.N.; a.A. Schwenzer, FamPra 6 (2005) 1, 1 ff., 7 ff.

¹⁷⁸⁰ BGE 121 II 293, 395; ZPO Komm-Sutter-Somm/Gut, Art. 279 ZPO N 18; FamKomm-Stein-Wigger, Anh. ZPO, Art. 279 ZPO N 19; BSK ZGB I-Aebi-Müller/Hausheer, Art. 182 ZGB N 3a.

¹⁷⁸¹ BGE 135 III 153 E. 6.1; BGE 136 III 455 E. 4.1.

¹⁷⁸² BGH, Urteil vom 21. November 2012 (XII ZR 48/11). Interessant ist die unterschiedliche Bestimmung des Zugewinns bei Auflösung des Güterstandes durch Tod oder aus anderen Grün-

Wie im schweizerischen Recht (Art. 201 ZGB) verwalten in der Zugewinnngemeinschaft die Eheleute ihr Vermögen während der Ehe grundsätzlich selbstständig (§ 1364 BGB); jeder Ehepartner bzw. Lebenspartner kann nur mit Zustimmung des andern über dieses Vermögen als Ganzes oder über gewisse Haushaltsgegenstände verfügen. Das heisst, dass die während der Ehe erworbenen Gegenstände *nicht* zum gemeinschaftlichen Vermögen beider Ehegatten werden. Jeder der Eheleute bleibt damit grundsätzlich Alleineigentümer seines vor *und während* der Ehe erworbenen Vermögens. In dem Sinne kann sowohl die «Errungenschaftsbeteiligung» als auch die «Zugewinnngemeinschaft» als eine Form der Gütertrennung bezeichnet werden. Jeder der Eheleute bzw. Lebenspartner verwaltet sein Vermögen zwar selbstständig, unterliegt hierbei jedoch Verfügungsverboten. Bei Auflösung des Güterstandes wird aber, wie bei der Errungenschaftsbeteiligung, der während der Ehe erzielte Zugewinn bemessen und je zu gleichen Teilen verteilt.

Der 2. Untertitel zum Güterrecht ist dem Ehevertrag gewidmet (§§ 1408-1413 BGB), dessen Begründung die Geschäftsfähigkeit, die Schriftlichkeit (inkl. notarieller Beurkundung) und einen Eintrag ins Güterrechtsregister¹⁷⁸³ voraussetzt. Im Übrigen gilt das allgemeine Vertragsrecht.¹⁷⁸⁴

Das Versorgungsausgleichsgesetz (VersAusglG) aus dem Jahre 2009 regelt ferner speziell die Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich von Ehegatten (§ 1578 BGB, §§ 6 ff. VersAusglG),¹⁷⁸⁵ wobei die qualifizierten Formvorschriften gemäss § 1410 BGB gelten, wenn der Versorgungsausgleich im Rahmen des Ehevertrags geregelt wird (§ 7 Abs. 3).

Die notarielle Beurkundung des Ehevertrags soll generell die rechtliche Beratung sichern. Aufheben können die Eheleute einen Ehevertrag hingegen auch formlos, denn dies dient «nur» der Wiederherstellung der gesetzlichen Regelung.

b) Vertragsfreiheit

Das Güterrecht hält den Grundsatz der Vertragsfreiheit – wie im schweizerischen Recht – nach § 1408 BGB fest, d.h. den Eheleuten steht es frei, darüber zu entscheiden, ob sie einen güterrechtlichen (Teil-)Ehevertrag abschliessen wollen, und welche Regelungen sie in diesen aufnehmen möchten. Was unter dem Begriff «Ehevertrag» bekannt ist, hat sich über die Jahre hinweg auf verschiedene Vertragstypen bezogen: Traditionell wird ein Ehevertrag zwischen Eheleuten aus Anlass der Ehe (oder kurz zuvor) zur Regelung des Güterstandes und des nachehelichen Unterhalts- und Versorgungsausgleichs geschlossen. Unter dem Terminus finden sich aber auch andere Vereinbarungen im Hinblick auf eine bevorstehende Trennung (der Ehevertrag kann

den: Bei Tod wird der Erbteil des überlebenden Ehegatten pauschal um einen Viertel erhöht, unabhängig vom konkret erzielten Zugewinn.

¹⁷⁸³ Allerdings wird dies für die Wirksamkeit nicht vorausgesetzt, sondern dient lediglich dem Gläubigerschutz (§ 1412 BGB). In den meisten Eheverträgen steht, dass auf Nachfrage des Notars die Eheleute von einer Eintragung absehen.

¹⁷⁸⁴ BVerfGE 103, 89; BVerfGE, Urteil vom 29. März 2001 = NJW 2001, 2248 ff.

¹⁷⁸⁵ Das Versorgungsausgleichsgesetz vom 3. April 2009 (VersAusglG, BGBl. I S. 700), das zuletzt durch Artikel 25 des Gesetzes vom 8. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1768) geändert worden ist, regelt in Deutschland den Versorgungsausgleich; die Bestimmungen im BGB (und im späteren Versorgungsausgleichhärtereregulierungsgesetz VAHRG) sind seither aufgehoben.

auch während der Ehe geschlossen werden) oder Scheidung (die einvernehmliche Scheidungskonvention). Hierzu zählen ferner Schenkungsverträge, mit denen sich Eheleute während des Bestehens der Ehe etwas zuwenden.

c) Regelungsinhalte

Mit einem Ehevertrag wählen die Eheleute auch im deutschen Recht einen anderen Güterstand als den gesetzlich vorgegebenen. Regelungen zum Güterstand sind in aller Regel wirksam, wenn sie nicht in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreifen (dazu gleich nachfolgend). Wie nach schweizerischem Recht kann der Güterstand auch bei grundsätzlicher Beibehaltung der Zugewinnngemeinschaft geändert werden. Besonders häufig ist laut der Literatur die Vereinbarung einer *modifizierten Zugewinnngemeinschaft*, bei der festgelegt wird, dass im Fall der Ehescheidung kein Zugewinnausgleich durchgeführt wird. Ausserdem kann vereinbart werden, dass bestimmte Vermögensgegenstände nicht dem Zugewinnausgleich unterliegen. Dies kommt in der Praxis vor, wenn zum Beispiel ein Ehepartner vorhandenes Vermögen oder das Eigentum an einem Unternehmen mit in die Ehe bringt, das im Scheidungsfalle unter allen Umständen unangetastet bei dem betreffenden Ehepartner verbleiben soll, einschliesslich der damit einhergehenden Wertsteigerungen.

Grundsätzlich dürfen auch Regelungen zum *Ausgleich von Rentenanwartschaftsansprüchen*, das heisst von Vorsorgeleistungen, getroffen werden (welche die Eheleute während der Ehezeit für Krankheit oder Alter erwerben können).

Entsprechend der Regelungen zum Ehevertrag hält das VersAusglG das Selbstbestimmungsrecht der Eheleute zur Regelung des Vorsorgeausgleichs ausdrücklich fest (§ 6 Abs. 1 VersAusglG). Allerdings sind in diesem Fall die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Vereinbarung in allgemeiner Form legiferiert nach § 8 Abs. 1 VersAusglG. Die Vereinbarung über den Versorgungsausgleich muss einer Inhalts- und Ausübungskontrolle standhalten. Besteht kein materielles oder formelles Durchsetzungshindernis, so ist das Familiengericht an eine solche Vereinbarung gebunden (§ 6 Abs. 2 VersAusglG).

Im Gegensatz zum schweizerischen Recht können die Eheleute mit dem Ehevertrag auch abweichende Regelungen zum *nachehelichen Unterhalt*, der in den §§ 1570 ff. BGB geregelt ist, vereinbaren. Einen Verzicht auf nachehelichen Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB hält der Bundesgerichtshof grundsätzlich nicht für sittenwidrig.¹⁷⁸⁶ Dies gelte auch dann, wenn ein Ehegatte infolge dieses Verzichts nach der Scheidung erwerbstätig sein müsse, obwohl er ein Kind zu betreuen habe. Vereinbarungen zum Unterhalt während der Ehe (etwa für die Zeit des Getrenntlebens) sind dagegen in aller Regel nicht wirksam. Des Weiteren dürfen die Unterhaltspflichten im Ehevertrag nicht so verteilt werden, dass das Kindeswohl dadurch gefährdet wäre oder dass der Staat als Träger der sozialen Transfersysteme über Gebühr belastet würde.

In einem Ehevertrag können theoretisch auch weitere Abmachungen getroffen werden, etwa wie das Zusammenleben ausgestaltet werden soll und ob Kinder erwünscht sind. Einklagbar sind solche Vereinbarungen jedoch nicht. Andererseits ist der Ehevertrag als Ganzes wegen einer solchen Klausel auch nicht zwingend ungültig.

¹⁷⁸⁶ BGH, Urteil vom 24. April 1985 – IVb ZR 22/84 = FamRZ 1985, 788.

2. Rechtsprechung

a) Inhaltskontrolle nach § 138 BGB: sog. Kernbereichslehre

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 6. Februar 2001 der Vertragsfreiheit der Eheleute im Ehevertrag Grenzen gesetzt. Dieser Fall handelt von einem «Unterhaltsverzichtsvertrag».¹⁷⁸⁷ Damit wurde für den Fall, dass ein Ehevertrag die Leistungen und Lasten offensichtlich einseitig unter den Parteien verteilt, eine Inhaltskontrolle für Eheverträge eingeführt. Das Bundesverfassungsgericht nimmt in diesem Entscheid die in der Lehre vertretene Argumentation aus den 1990er-Jahren auf, dass durch Hausarbeit und Kindererziehung ökonomische Abhängigkeiten entstünden und daher Betroffene einen «Übervorteilungsschutz» genießen müssten; was eine Einschränkung der Vertragsfreiheit rechtfertige. Dies sei namentlich dann der Fall, wenn der kinderbetreuende Teil, meist die Frau, weder ein Einkommen bezieht noch eine eigenständige soziale Sicherung erwirbt.¹⁷⁸⁸

Das Bundesverfassungsgericht führt in Rn. 1b dabei auch Grundlegendes zur Selbstbestimmung und zum Vertrag aus:

«Privatautonomie setzt voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben sind. Maßgebliches Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns in Beziehung zu anderen ist der Vertrag, mit dem die Vertragspartner selbst bestimmen, wie ihre individuellen Interessen zueinander in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Wechselseitige Bindung und Freiheitsausübung finden so ihre Konkretisierung. Der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat. Ist jedoch auf Grund einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt.»

Die Tatsache, dass mit einem Ehevertrag Höchstpersönliches, das heisst Intimes geregelt wird, schliesst nach Bundesverfassungsgericht eine vertragsrechtliche Inhaltskontrolle nicht aus.¹⁷⁸⁹ – Damit wird der «Ehevertrag» ausdrücklich den vertragsrechtlichen Regeln unterstellt und der familienrechtlichen Sonderstellung entzogen. Lehre und Rechtsprechung unterscheiden hinsichtlich der Inhaltskontrolle zwischen einer eigentlichen Wirksamkeitskontrolle und einer Ausübungskontrolle. Erstere stützt sich auf die Sittenwidrigkeit des Ehevertrags nach § 138 BGB und bewirkt, dass der Ehevertrag *ab initio* ungültig ist. Letztere bedeutet, dass richterlich geprüft wird,

¹⁷⁸⁷ BVerfGE 103, 89.

¹⁷⁸⁸ Schwenzler, AcP 196 (1996), 88 ff., 109 f.; Dethloff, Nina: Bürgerliches Recht. Familienrecht; Zulässigkeit eines Verzichts auf Versorgungsausgleich durch Ehevertrag, JZ 1997, 411 ff., 414 f.; Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 18. September 1996 – XII ZB 206/94 (OLG Köln).

¹⁷⁸⁹ BVerfGE 103, 89, Rn. 1c.

ob die Anwendung des an sich gültigen Ehevertrags im Einzelfall gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB verstösst.

Danach entwickelte der BGH in seinem Leitentscheid vom 11. Februar 2004 zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen¹⁷⁹⁰ die sog. *Kernbereichslehre*, die verkürzt in einer inhaltlichen Rangfolge der möglichen Vertragskontrollen besteht: Am ehesten kontrolliert werden dürfen vereinbarte Einschränkungen/Verzichte zum sog. Betreuungsunterhalt (Kinderbetreuung, § 1570 BGB), gefolgt von denjenigen zur Altersvorsorge (Krankheits- und Pflegevorsorgeunterhalt, § 1578 Abs. 1 und 3 BGB) und danach die zum sog. Elementarunterhalt (Ehegattenunterhalt, § 1578 Abs. 1 BGB) und danach die zum Vorsorgeausgleich; am wenigsten kontrolliert werden darf die Verteilung bzw. der Ausgleich des Zugewinns.

b) Weitere Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Eheverträgen lässt sich generell in eine Wirksamkeitskontrolle gemäss § 138 BGB und in eine Ausübungskontrolle gemäss § 242 BGB einteilen. Letztere betrifft regelmässig die geänderten Umstände, die dazu führen können, dass sich die Berufung auf einzelne Klauseln eines beurkundeten Vertrags *später als rechtsmissbräuchlich erweisen könnte*: Was freilich nur im Einzelfall unter Würdigung der gesamten Umstände im Hinblick auf die konkreten Rechtsfolgen zum betreffenden Zeitpunkt zu bestimmen ist.¹⁷⁹¹ Die sich bei einem ehevertraglichen Ausschluss des Versorgungsausgleichs im Einzelfall ergebenden Rechtsfolgen der Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs oder der Vertragsanpassung betreffen grundsätzlich die rechtliche Tragweite des Geschäfts.

Als Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit von Eheverträgen setzten Rechtsprechung und Lehre¹⁷⁹² kumulativ Folgendes voraus: eine *einseitige Benachteiligung*, wobei das Gewicht bei den Scheidungsfolgen liegt, *zusätzlich besondere Umstände*, wie die Schädigung Dritter, ein Verzicht auf eine Vertragsstrafe oder eine «*besondere individuelle Zwangslage*» wie die Schwangerschaft, die Sorge um das gemeinsame Kind betreffend¹⁷⁹³ oder eine schwierige Lebensbedingung wie beispielsweise, wenn jemand ohne Aufenthalts-/Arbeitsbewilligung dem Partner in ein fremdes Land folgt.¹⁷⁹⁴ In Fällen, in denen die Vereinbarung objektiv zwangsläufig zur Sozialhilfebedürftigkeit eines Ehegatten führen würde, besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass ein Ehevertrag ungültig sein soll.¹⁷⁹⁵ Problematisch sind diejenigen Vereinbarungen,

¹⁷⁹⁰ BGH, Urteil vom 11. Februar 2004 – XII ZR 265/02 = BGHZ 158 81, 94 ff. = NJW 2004, 930 ff.

¹⁷⁹¹ Zu den gewandelten Belehrungspflichten eines Notars vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2014 – III ZR 375/12, Rn. 14; BGHZ 158, 81, 86 nach bisheriger Rechtsprechung (gemeint ist der BVerfGE von 2001) galt noch volle Vertragsfreiheit; BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2004, XII ZB 110/99 = FamRZ 2005, 26f.; BGH, Urteil vom 25. Mai 2005 – XII ZR 296/01 = NJW 2005, 2386 ff.; BGH, Urteil vom 22. November 2006 – XII ZR 119/04 = NJW 2007, 907 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 2. Juli 2003 – Az. 10 UF 62/02.

¹⁷⁹² Schnitzler, Klaus/Arens, Wolfgang: Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, 2. Aufl., München 2002, § 24 N 23 ff.; Palandt/Brudermüller, § 1408 BGB Rn. 8 ff.; neuerdings: Schmolke, 301 ff., 305 ff.; Wagner, 197 ff. und Dauner-Lieb, 181 ff. (beide in Röthel 2014).

¹⁷⁹³ A.A. BGH, Urteil vom 25. Mai 2005 – XII ZR 296/01 = NJW 2005, 2386 ff.

¹⁷⁹⁴ BGH, Urteil vom 25. Mai 2005 – XII ZR 296/01 = NJW 2005, 2386 ff.

¹⁷⁹⁵ BVerfGE 103, 89, Rn. 3.

die nach der Rechtsprechung in den sog. «Kernbereich» des Scheidungsfolgenrechts eingreifen (dazu bereits unter lit. a). Allgemein formuliert: Eine ehevertragliche Vereinbarung ist nach § 138 BGB dann sittenwidrig, wenn die wirtschaftlich unterlegene Partei auf jede Form des Unterhalts in Zukunft, aber speziell auch auf Unterhalt oder Rentenanwartschaften im Alters- oder Krankheitsfall verzichtet.

Des Weiteren legt der BGH in seinem Beschluss vom 18. März 2009 (XII ZB 94/06) nahe, die Tatsache, dass die Ehefrau bei Abschluss des Ehevertrages (schon) schwanger war und die Eheleute somit wussten und auch bewusst in Kauf genommen hatten, dass sie künftig wegen Kindesbetreuung aus dem Erwerbsleben ausscheiden würde, spreche für eine ungleiche Verhandlungsposition. Dies führte schliesslich zur Unwirksamkeit des konkreten Ehevertrages wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB).

Einzig und allein aus der Unausgewogenheit des Vertragsinhalts lässt sich jedoch nicht ableiten, dass der gesamte Ehevertrag sittenwidrig wäre.¹⁷⁹⁶ Stets ist der Einzelfall massgebend. Wird also eine mögliche Sittenwidrigkeit geprüft,¹⁷⁹⁷ kommt es auf eine «*Gesamtwürdigung der individuellen Verhältnisse der Ehegatten*» an, insbesondere auf deren Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie auf den geplanten oder verwirklichten Lebenszuschnitt: Sei etwa ein Ehepartner bereits zum Zeitpunkt der Vertragsunterschrift erheblich benachteiligt worden, weil der andere seine Unterlegenheit oder Abhängigkeit ausgenutzt habe, so seien alle Vereinbarungen im Ehevertrag unwirksam. Ein Ehevertrag kann sich jedoch nur dann als sittenwidrig und daher als insgesamt nichtig erweisen, wenn konkrete Feststellungen hinsichtlich einer unterlegenen Verhandlungsposition des benachteiligten Ehegatten gemacht worden sind.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Eheverträgen lässt sich generell in eine Wirksamkeitskontrolle gemäss § 138 BGB und in eine Ausübungskontrolle gemäss § 242 BGB einteilen. Letztere betrifft regelmässig die geänderten Umstände, die dazu führen können, dass sich die Berufung auf einzelne Klauseln eines beurkundeten Vertrags *später als rechtsmissbräuchlich erweisen könnte*. Dies ist freilich nur im Einzelfall und unter Würdigung der gesamten Umstände im Hinblick auf die konkreten Rechtsfolgen zum betreffenden Zeitpunkt zu bestimmen.¹⁷⁹⁸

Die sich bei einem ehevertraglichen Ausschluss des Versorgungsausgleichs im Einzelfall ergebenden Rechtsfolgen der Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs oder der Vertragsanpassung betreffen grundsätzlich die rechtliche Tragweite des Geschäfts.¹⁷⁹⁹

¹⁷⁹⁶ BGH, Urteil vom 31. Oktober 2012 – XII ZR 129/10 = NJW 2013, 380 ff.

¹⁷⁹⁷ BGH, Urteil vom 9. Juli 2008 – XII ZR 6/07 = FamRZ 2008, 2011.

¹⁷⁹⁸ Zu den gewandelten Belehrungspflichten eines Notars vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2014 – III ZR 375/12, Rn. 14; BGHZ 158, 81, 86 nach bisheriger Rechtsprechung (gemeint ist das Urteil des BVerfGE von 2001) galt noch volle Vertragsfreiheit; BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2004, XII ZB 110/99 = FamRZ 2005, 26f; BGH, Urteil vom 25. Mai 2005 – XII ZR 296/01 = NJW 2005, 2386 ff.; BGH, Urteil vom 22. November 2006 – XII ZR 119/04 = NJW 2007, 907 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 2. Juli 2003 – Az. 10 UF 62/02.

¹⁷⁹⁹ Zu den gewandelten Belehrungspflichten eines Notars vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2014 – III ZR 375/12, Rn. 14; BGHZ 158 81, 86 nach bisheriger Rechtsprechung (gemeint ist das Urteil des BVerfGE von 2001) galt noch volle Vertragsfreiheit; BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2004, XII ZB 110/99 = FamRZ 2005, 26f; BGH, Urteil vom 25. Mai 2005 – XII ZR 296/01 = NJW

3. Ehevertrag in der Praxis

Zwei empirische Studien aus den späten 1980er-Jahren belegen, dass nur rund 10% der Paare einen Ehevertrag schliessen. Die allermeisten entschieden sich für die Gütertrennung.¹⁸⁰⁰ Nach den vom Bundesverfassungsgericht zitierten Studien ging es bei der Hälfte der Verträge um Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich und bei einem knappen Viertel um den nachehelichen Unterhalt, wobei meistens gegenseitig auf den Unterhalt verzichtet wurde.¹⁸⁰¹

C. Rechtslage in Japan

1. Eheliches Güterrecht

a) Gütertrennung

Im japanischen Recht ist nur ein gesetzlicher Güterstand vorgesehen, nämlich die Gütertrennung (Art. 762 *Minpô*).¹⁸⁰²

Das Güterrecht umfasst insgesamt nur acht Artikel, die geltenden Art. 755–762 *Minpô*. Entsprechend spärlich sind auch die Rechtsfolgen der Auflösung des Güterstandes geregelt: Das japanische Recht statuiert, dass das Vermögen der Ehegatten aufzuteilen sei (Art. 768 *Minpô*) – während im deutschen Recht die Rechtsfolgen der Auflösung der verschiedenen Güterstände bis ins Detail geregelt sind.

Art. 755 *Minpô* bestimmt wie das schweizerische Recht implizit die Vertragsfreiheit: Haben die Ehegatten nicht vor der Anmeldung der Ehe durch besonderen Vertrag etwas anderes vereinbart, so gelten für ihre vermögensrechtlichen Beziehungen die nachfolgenden Bestimmungen. Die Schranken der Vertragsfreiheit liegen in einer Registrierungspflicht *vor dem Abschluss* der Ehe (Art. 756 Abs. 2 *Minpô*). Ist die Ehe also einmal geschlossen, sieht das Gesetz explizit (Art. 758 Abs. 1 *Minpô*) keinen «Ehevermögensvertrag» (*fufu saiken keiyaku*) mehr vor. Nur wenn der Vertrag registriert ist, kann er Dritten oder Erben entgegengehalten werden (Art. 756 Abs. 2 *Minpô*).

Gesetzlicher Güterstand nach Art. 760 ff. *Minpô* ist die Gütertrennung. Bestehen jedoch Zweifel, wem ein Vermögenswert, der während der Ehe erworben wurde, gehört, ist von Miteigentum auszugehen (Art. 762 Abs. 2 *Minpô*). Für die laufenden Lebensführungskosten sollen beide Ehegatten gemeinsam je nach ihren finanziellen Mitteln, ihrem Einkommen und anderen Umständen gemeinsam aufkommen (Art. 760 *Minpô*). Dritten gegenüber besteht grundsätzlich im Rahmen der alltäglichen Lebensführung Solidarhaftung (Art. 761 *Minpô*).

2005, 2386 ff.; BGH, Urteil vom 22. November 2006 – XII ZR 119/04 = NJW 2007, 907 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 2. Juli 2003 – Az. 10 UF 62/02.

¹⁸⁰⁰ Sanders, 98 f.

¹⁸⁰¹ BVerfGE 103, 98, Rn. 2.

¹⁸⁰² Die laufenden Ausgaben für den gemeinsamen Haushalt sind dabei nach Gesetz gemeinsam zu tragen (Art. 760 *Minpô*): Unter Einbezug des Vermögens, Einkommens und «aller anderen Umstände».

b) Entstehung

Mit der Reform des Eherechts wurden neu auch einige ehedüterrechtliche Bestimmungen ins *Minpô* aufgenommen, namentlich die geltenden Art. 755-762 *Minpô*. Nach amerikanischem Vorbild wurde in Japan die Gütertrennung als gesetzlicher Güterstand eingeführt. Von amerikanischer Seite wurde im Reformprozess mit Nachdruck auf eine klare güterrechtliche Regelung bei Eheauflösung hingearbeitet. Einer der Berater, Rechtsanwalt *Thomas L. Blakemore*,¹⁸⁰³ hatte dazu ein einfaches Errungenschaftsmodell vorgeschlagen (jeder sollte die Hälfte der Gütermasse des andern erhalten), doch die japanischen Gesetzesrevisoren hielten diesen Vorschlag für zu radikal. Als Kompromiss einigte man sich schliesslich auf eine offene Formulierung: Bei einer Eheauflösung sollte die diesbezügliche Entscheidung den Familiengerichten überlassen werden.¹⁸⁰⁴

c) Teilung des Vermögens: «*zaisan bun'yo*»

Die wichtigste Bestimmung zur Aufteilung des ehelichen Vermögens findet sich deshalb im Scheidungsrecht: Am Ende einer Ehe steht das Forderungsrecht auf Teilung des ehelichen Vermögens (w: *zaisan bun'yo no seikyûken*) nach Art. 768 Abs. 2 *Minpô*: Demnach kann bei einer sog. einvernehmlichen Scheidung die Teilung des ehelichen Vermögens gefordert werden (Abs. 1). Sollte keine Einigung zwischen den Parteien möglich sein, kann innert zwei Jahren nach der Scheidung klageweise das Familiengericht angerufen werden (Abs. 2 «*zaisan bun'yo*»¹⁸⁰⁵). Nach Art. 768 Abs. 3 *Minpô* ist es Sache des Familiengerichts, darüber zu befinden, ob etwas verteilt werden soll, und wenn ja, zu welchen Teilen und zu welchem «Anrechnungswert».¹⁸⁰⁶ Rein gesetzlich ist nur vorgesehen, dass das zuständige Gericht *alle relevanten Umstände berücksichtigen soll*, namentlich die Vermögensverhältnisse der Ehegatten und die Umstände, die zur Anschaffung von ehelichem Vermögen geführt haben. Die Teilung des ehelichen Vermögens umfasst im Wesentlichen drei Inhalte: die Auflösung der ehelichen Vermögensrelation, eine Entschädigung infolge der Scheidung (w: *songai baishô*, das ist der Schadenersatz im Schuldrecht) und einen familienrechtlichen Unterhalt (*fuyô*), der demjenigen Ehegatten zufällt, der durch die Scheidung in Not gerät.

d) «*Ni bun no ichi ruru*» und ihre Alternativen

Ginge man etwa von einem Miteigentumsverhältnis an einer ehelichen Liegenschaft aus, die aus einem gemeinsamen Einkommen erworben worden war, so muss das

¹⁸⁰³ *Thomas L. Blakemore* stand im Dienste der US-Regierung sowie des japanischen Justizministeriums und arbeitete unter *General MacArthur*. Im Jahre 1949 war er der erste Ausländer, der die japanischen Juraprüfungen absolvierte und die Zulassung zum Praktizieren erhielt. *Blakemore* gründete die erste internationale Rechtsanwaltskanzlei in Tokyo: *Blakemore & Mitsuki*, diese existiert heute noch.

¹⁸⁰⁴ *Zadankai Shinzoku-hô no kaisei* [Symposium zur Revision des Familienrechts], *Hôritsu-Jihô* Nr. 10 (1959), 31; *Kawashima Y.*, *Americanization of Japanese Family Law*, 54 ff., 57, 62 ff.: «one can pinpoint the American influence on some particular aspects of family law such as division of marriage property and the Family Court's supervision of children»; *Fuess*, 147.

¹⁸⁰⁵ Die Bestimmung ist nach Art. 771 *Minpô* sowohl auf die einvernehmliche wie auch auf die gerichtliche Scheidung anwendbar: *Uchida*, *Kazoku-hô*, 123 ff.

¹⁸⁰⁶ *Fuess*, 147.

Vermögen bei einer Scheidung aufgeteilt und die Verdienste dank der Mithilfe der Ehefrau müssen berücksichtigt werden.¹⁸⁰⁷ Das gemeinschaftliche System (*kōyu seiron no yakuwari*) beruhte auf der traditionellen Vorstellung, dass die finanziellen Interessen bei der Scheidung mit einem einmaligen Betrag abgegolten werden sollten (*Clean-break-Prinzip*). Zwar figurierte auch die Vorstellung, dass der Ehefrau bei der Scheidung «einer von zwei Teilen» des Vermögens zukommen sollte: das sog. «*ni bun no ichi ruru*». Diese Idee vermochte sich jedoch nicht durchzusetzen. Die Rechtsprechung geht vielmehr davon aus, dass die nachehelichen Leistungen an die Ehefrau konkret zu berechnen seien.

Die Grenzen des japanischen «*zaisan bun'yo*» manifestieren sich nach Uchida schliesslich dort, wo kein Vermögen zum Teilen existiert («*mukei zaisan*»). Wenn sich beispielsweise ein junger, in einer renommierten Kanzlei tätiger Anwalt von seiner Frau, die ihn während der Ausbildung finanziell unterstützte, scheiden lässt, ist kein zu teilendes Vermögen vorhanden. Es ist aber höchstwahrscheinlich, dass dieser Anwalt künftig ein erhebliches Einkommen erzielen wird, sodass ein anderes Ausgleichssystem gesucht werden musste. Daher sind in der Doktrin verschiedene Alternativen zugunsten der Frau entwickelt worden: So ist etwa ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung denkbar, indem sich der Ehemann durch die während der Ehe unentgeltlich erbrachten Arbeitsleistungen der Frau ungerechtfertigt bereicherte.¹⁸⁰⁸ Problematisch an dieser Konstruktion ist aus Sicht der Frau aber nicht nur, dass dieser Anspruch sich nicht auf ein objektiv bestimmbares «Einkommen» zu stützen vermag. Vielmehr ist auch zu berücksichtigen, dass die Leistungen der Frau Investitionen in die Zukunft darstellen und sie deshalb auch in Zukunft einen Wertschöpfungsanteil, der mit einem einmaligen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung unmöglich abgedeckt werden kann, erhalten können muss.

Aus diesem Grund ist ein Anspruch der Ehefrau auf «Schmerzensgeld» (*isharyō*) oder teilweise auch ein Anspruch auf ein sog. Trennungsgeld (*hatan ryō*, w: Liquidationsgeld)¹⁸⁰⁹ entstanden. Problematisch an beiden Anspruchsgrundlagen ist, dass sie auf dem Verschuldensprinzip beruhen, womit die Ehefrau wiederum leer ausginge, wenn ihr ein Verschulden an der Trennung nachgewiesen bzw. wenn keinem der Partner ein Verschulden nachgewiesen werden kann.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass sich die Bedeutung des «*zaisan bun'yo*» – also dessen, was unter der Teilung des Vermögens zu verstehen war – im Laufe der Zeit veränderte. In den späten 1950er und in den 1960er-Jahren verstand die Lehre darunter, dass die Frau nach der Scheidung einen Betrag erhalten sollte, der sich aus drei Teilen zusammensetzte: aus dem Wert der während der Ehe erworbenen Liegenschaft, aus dem nachehelichen Unterhalt und aus einer Entschädigung.¹⁸¹⁰ Zudem machte sich allmählich der Einfluss breit, dass die familialen Leistungen der Ehefrau auch ausserhalb des Erbrechts ihren Niederschlag finden sollten. Zugleich fand das Verschuldensprinzip Eingang in das japanische Scheidungsrecht. Die Höhe der Beiträge an die Frau sollten fortan von ihrem Verschulden an der Scheidung abhängig

¹⁸⁰⁷ Uchida, Kazoku-hō, 124.

¹⁸⁰⁸ Uchida, Kazoku-hō, 125.

¹⁸⁰⁹ Hisaki, 136.

¹⁸¹⁰ Hisaki, Hōritsu Jihō Nr. 10 (1959) 19 f.

gemacht werden.¹⁸¹¹ Der Unterhaltsbetrag an sich steht wegen seiner geringen Höhe nach wie vor unter Kritik. Hauptgrund dafür ist die mangelhafte Berücksichtigung der Leistungen der Ehefrau.¹⁸¹²

Im Jahre 1982 wurde – gemäss einer einjährigen empirischen Untersuchung der Anthropologin *Tamie L. Bryant* – den betreffenden Frauen nur in 64,3% der vor dem *Chisai Tokyo* behandelten Scheidungsfälle ein Geldbetrag zugesprochen. *Bryant* spricht diesbezüglich von maximal 3 Millionen Yen, d.h. von ca. 36'000.– CHF, die eine Frau als einmalige Scheidungsabfindung erhielt, wenn sie genügend lange verheiratet war und in der Ehe oder Scheidungsphase gelitten hatte (das durchschnittliche Jahreseinkommen lag damals netto bei 4,7 Millionen Yen, d.h. bei ca. 56'000.– CHF).¹⁸¹³

Allgemeine Tendenz schien – gemäss dem Clean-break-Prinzip – eine einmalige Abfindungsleistung des Ehemannes an die geschiedene Ehefrau zu sein, denn die Mediatoren und Richter hielten es nicht für sinnvoll, wenn zwei Entfremdete durch künftige Geldleistungspflichten miteinander verbunden bleiben sollten.¹⁸¹⁴ Das führte etwa dazu, dass die Mediatoren in der Regel lieber einen kleineren Betrag festsetzten, den der Betreffende sofort bezahlen konnte, anstatt eines höheren Betrages, den er in Raten abbezahlen musste. Anerkannt ist meist auch ein kleiner einmaliger Betrag, um der Frau den Wiedereintritt ins Berufsleben zu ermöglichen: das sog. *tachinaorikin*,¹⁸¹⁵ wörtlich das Geld, welches hilft, wieder auf die Beine zu kommen.

In den 1980er-Jahren kam in der Lehre die Ansicht auf, dass eine Art Errungenschaftsbeteiligung (nach schweizerischem Recht oder eine Zugewinnngemeinschaft wie im deutschen Recht) sinnvoll wäre.¹⁸¹⁶ Als das Erbrecht 1980 revidiert wurde, erbte die Ehefrau neben den Nachkommen neu die Hälfte und drei Viertel, wenn sie verpflichtet war, mit Nachkommen des elterlichen Stamms zu teilen. Aus dem amerikanischen Recht wurde zudem ein «*Preemptive Right*» übernommen, sodass ihre Leistungen als Erbin zur Werterhaltung des Vermögens berücksichtigt werden konnten.

2. Keine Eheverträge in der Praxis, keine Rechtsprechung

Es gibt keine japanischen Urteile zu Eheverträgen, weil praktisch keine Eheverträge geschlossen werden.

Gemäss Literatur wird in Japan von dieser Vertragsfreiheit gewöhnlich kein Gebrauch gemacht. Es finden sich auch keine gesetzlichen Hinweise, wie ein sog. «Ehe-

¹⁸¹¹ Dies belegt auch, dass es nach der Einführung des gerichtlichen Scheidungsgrundes der «einseitig begründeten, unzumutbaren Weiterführung der Ehe» nach Art. 770 Abs. 1 Ziff. 5 *Minpō* nicht einfach ist, gestützt darauf eine Scheidung durchzusetzen: Untersuchung *Bryant*, 73 ff., 75.

¹⁸¹² *Zadankai-Kazoku-hō jō no tsuma no chii* [Die Stellung der Frau im Familienrecht], Jurisuto Nr. 344 (1966), 25 f.

¹⁸¹³ *Bryant*, 73 ff., 81 f.

¹⁸¹⁴ *Bryant*, 73 ff., 86: In 59% der Fälle, in denen es überhaupt zu einer Geldabfindung kam, wurde die vollständige Geldleistung erbracht, bevor die Scheidungsvereinbarung unterzeichnet wurde.

¹⁸¹⁵ *Bryant*, 73 ff., 88.

¹⁸¹⁶ Interessanterweise wird diese Tendenz jedoch nicht «beim Namen» genannt, sondern als eine neue Lösung aus Amerika bezeichnet, die zwischen Gütertrennung und Gütergemeinschaft liege: *Kawashima Y.*, *Americanization of Japanese Family Law*, 54 ff., 63.

vermögensvertrag» (*fufu saiken keiyaku*) auszugestalten wäre.¹⁸¹⁷ Einzig eine Regelung, welche die Abänderung des Vertrags während der Ehe ausschliesst, ist positioniert.

Daraus folgt, dass die *höchstrichterlichen deutschen Urteile zur Sittenwidrigkeit von Eheverträgen*, die etwa von bereits schwangeren oder ausländischen Ehefrauen einseitig zu ihrem Nachteil – in Abweichung des dispositiven Eherechts – geschlossen wurden, von Anfang an kein direktes Pendant im japanischen Recht finden können.

IV. Rechtsvergleichende Würdigung im Lichte der aktuellen und vergangenen Entwicklungen

A. Rechtsvergleichende Erkenntnisse zum güterrechtlichen Ehevertrag

1. Schematische Übersicht

Zum Güterrecht	Deutsches Recht	Schweizerisches Recht	Japanisches Recht
Rechtsgrundlage	§§ 1363-1563 BGB ca. 200 Paragraphen 3 Güterstände + sog. fortgesetzte Gütergemeinschaft, Zugewinnngemeinschaft als Regel	Art. 181-251 ZGB 71 Artikel 3 Güterstände, Errungenschaftsbeteiligung als Regel	Art. 755-762 <i>Minpō</i> 8 Artikel 1 Güterstand: Gütertrennung, Pflicht für Kosten + Schulden gemeinsam aufzukommen; im Zweifelsfall: Miteigentum
Zum güterrechtlichen Ehevertrag			
1.) Anzahl der Eheverträge	ca. 10% der Ehen, davon 90% betr. Gütertrennung: zwei Studien Ende der 1980er-Jahre ¹⁸¹⁸	keine Studien gemäss Zürcher Notariaten: weniger > 50%, wenn Gütertrennung oder Ehegattenbegünstigung	keine Studie gemäss Literatur fast keine Eheverträge
2.) Gesetzesgrundlagen	§§ 1408–1413 BGB – Geschäftsfähigkeit – Schriftlichkeit, notarielle Beurkundung – Eintrag ins Güterrechtsregister (fakultativ)	Art. 181–184 ZGB – Urteilsfähigkeit, absolut höchstpers. R. = vertretungsfeindlich – Schriftlichkeit, öffentliche Beurkundung	Art. 755–756 <i>Minpō</i> indirekt erwähnt: – Eheleute = Ehefähige – Registereintrag

¹⁸¹⁷ *Uchida, Kazoku-hō*, 27. Erklärungen nach dem Warum, finden sich kaum: Auf meine Fragen hin, wurde mir mehrmals von Juristen (Männern, 30-50 Jahre) geantwortet, dass 1.) die meisten Leute gar nicht wüssten, dass sie ein Ehevertrag schliessen können, dass 2.) sich ein Ehevertrag schlecht mit ehelichen und persönlichen Angelegenheiten vertrage und 3.) dass bei Japanern kein Bewusstsein darüber bestehe, dass es sich hier um eine Vertragsangelegenheit handle.

¹⁸¹⁸ *Sanders*, 98 f.

Zum Güterrecht	Deutsches Recht	Schweizerisches Recht	Japanisches Recht
3.) Zeitpunkt	vor ¹⁸¹⁹ oder nach der Eheschliessung	vor oder nach der Eheschliessung	nur vor der Eheschliessung, danach keine Möglichkeit der Änderung der vermögensrechtlichen Verhältnisse mehr; Missbrauch vorbehalten
4.) Vertragsfreiheit und deren Schranken	§ 1408 BGB explizit § 1408 II BGB/ §§ 6,8 Vers-AusglG, § 1409 BGB, § 1412 BGB = Typengebundenheit ¹⁸²⁰	Art. 181 ZGB Art. 182 II ZGB: Vertragsinhalt: = Typengebundenheit	Art. 755 <i>Minpô</i>
5.) Rechtsfolgen der Auflösung	je nach Güterstand im Detail geregelt	je nach Güterstand geregelt	«Vermögensverteilung», falls nicht einverständlich Entscheid durch Familiengericht

2. Rechtsvergleichende Erkenntnisse

Ehegüterrechtliche Regelungen finden sich zwar in allen drei Rechtsordnungen, jedoch in höchst unterschiedlichem Umfang. So stehen den ca. 200 Bestimmungen im deutschen Recht 71 im schweizerischen und bloss acht im japanischen Recht gegenüber.

Im deutschen und im schweizerischen Recht wird davon ausgegangen, dass die Partner – abhängig von ihren Vorstellungen hinsichtlich der Ehe – in der Lage sind, sich selbstbestimmt für eines der drei gesetzlichen Modelle des Güterstandes zu entscheiden und mittels eines Ehevertrags eine entsprechende Vereinbarung zu treffen (Art. 181 f. ZGB, § 1408 BGB). Zur Auswahl stehen je drei Güterstände, die einander mehr oder weniger entsprechen: die Zugewinnngemeinschaft bzw. die Errungenschaftsbeteiligung, die Gütergemeinschaft und die Gütertrennung.

Im japanischen Recht ist dagegen mit der Gütertrennung (Art. 762 *Minpô*) nur ein gesetzlicher Güterstand vorgesehen. Generell sieht das eheliche Güterrecht des *Common Law* die Gütertrennung vor und geht davon aus, dass die vermögensrechtlichen Verhältnisse von der Ehe unberührt bleiben sollen.

¹⁸¹⁹ Bei der richterlichen Beurteilung des Ehevertrags ist die real gelebte Vertragsbeziehung mitzubetrachten: Zu diskutieren wäre, ob die Sittenwidrigkeitsprüfung nicht nur zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebend sein sollte, sondern auch zum Zeitpunkt der Rechtswirkungen, d.h. der objektiven Rechtsfolgen: Eckert, AcP 199 (1999), 337 ff., 347 f. Im Schrifttum eher akzeptiert ist jedoch die Auffassung, dass jeder Ehevertrag eine «*clausula rebus sic stantibus*» brauche bzw. nach deutschem Recht § 313 BGB zur Anwendung gelange. Oder es wird darüber diskutiert, ob Eheverträge nur befristet (z.B. auf fünf Jahre) aufgestellt werden sollten – zum Ganzen: Sanders, 209 ff.

¹⁸²⁰ Palandt/Brudermüller, § 1409 BGB Rn. 1.

Entsprechend wenig ausführlich bzw. spärlich sind auch die Rechtsfolgen der Auflösung des Güterstandes geregelt: Das japanische Recht statuiert bloss, dass das Vermögen der Ehegatten aufzuteilen sei (Art. 768 *Minpō*), während die Rechtsfolgen der Auflösung der Güterstände im deutschen Recht bis ins Detail geregelt sind.

Gesetzesgrundlagen, die den Ehepaaren einen gleichberechtigten, frei bestimmten Abschluss eines Ehevertrags zugestehen, existieren in allen drei Rechtsordnungen, im deutschen Recht explizit (§ 1408 BGB), im schweizerischen und im japanischen Recht hingegen implizit. Nach den im deutschen und schweizerischen Schrifttum herrschenden Ansichten leitet sich aus der Vertragsfreiheit ab, dass der gegenseitige, tatsächlich selbstbestimmte Konsens der Ehegatten, sich für die Zukunft vermögensrechtlich binden zu wollen und zu können, untrennbar mit dem Recht auf Vertragsfreiheit verbunden ist, und dass dieser Konsens grundsätzlich nur von den Parteien wahrgenommen, akzeptiert oder verworfen werden kann. Das Ehegüterrecht wird allerdings nicht vollständig der Parteidisposition überlassen; vielmehr sind bestimmte Voraussetzungen wie Formvorschriften in allen drei Rechtsordnungen erforderlich. Ausserdem haben sich die Parteien an einen der drei gesetzlich umschriebenen Güterstände zu halten (im Rahmen des jeweiligen Güterstandes können jedoch Änderungen vereinbart werden).¹⁸²¹

Im Resultat werden nur in Deutschland und der Schweiz die Güterstände und die nachehelichen Ausgleichsansprüche durch Eheverträge modifiziert – allerdings nicht im gleichen Umfang: In der Schweiz sind Kinderunterhalts- und Ehegattenunterhaltsvereinbarungen *nicht* Gegenstand von Eheverträgen. Das heisst aber nicht, dass Eheleute nicht einen «anderen» Vertrag zum Umgang mit dem Familienvermögen oder zu nachehelichen Unterhaltungspflichten treffen könnten. Diese beurteilen sich dann nach allgemeinem Vertragsrecht (Art. 19 f., 21, 23 ff. OR).

Zudem unterstehen Eheverträge zwar – wie in Deutschland – nicht grundsätzlich der richterlichen Genehmigung. Ausnahmsweise werden sie überprüft, wenn die Scheidungskonvention die güterrechtliche Auseinandersetzung regelt oder wenn die Bestimmungen rechtswidrig sind (Art. 19 f. OR; Art. 27 Abs. 2 ZGB). Für die schweizerische Rechtsprechung gilt, dass Eheverträge mit Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung grundsätzlich keiner Genehmigung durch das Scheidungsgericht bedürfen, aber dass bei «offensichtlicher Unangemessenheit» eine Inhaltskontrolle durchgeführt wird.

In Japan werden keine sog. «Ehevermögensverträge» (*fufu saiken keiyaku*) vor der Ehe geschlossen – während der Ehe sind diese von Gesetzes wegen nicht mehr gestattet. Daraus folgt, dass zu den höchstrichterlichen deutschen Urteilen zur Sittenwidrigkeit von Eheverträgen, die etwa von bereits schwangeren oder ausländischen Ehefrauen einseitig zu ihrem Nachteil – und in Abweichung vom dispositiven Ehe-

¹⁸²¹ Z.B. können beim Güterstand der Errungenschaft Vermögenswerte, die für die Arbeit bestimmt sind, nach Art. 199 ZGB per Vertrag von der Errungenschaft ausgenommen werden oder Änderungen am Vorschlag nach Art. 216 ZGB vereinbart werden: *Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo*, § 31 Rn. 4 ff.

recht – geschlossen wurden,¹⁸²² von Anfang an kein direktes Pendant im japanischen Recht zu finden ist.

Materielle Überlegungen zu den Interessen der Parteien, insbesondere zu denjenigen der wirtschaftlich schwächeren Partei, findet man in der Argumentation des Schweizerischen Bundesgerichtes nicht. Hingegen existieren im schweizerischen (wie auch im deutschen) Recht einige Entscheide zur Frage des Rechtsmissbrauchs von Ehegatten, die kurz vor dem Tod des einen Ehegatten noch Verträge zulasten anderer Erben geschlossen hatten. Das Bundesgericht entschied in diesen Fällen, meiner Ansicht nach zu Recht, zugunsten der Vertragsfreiheit.¹⁸²³

Die deutschen Urteile des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zur Inhaltskontrolle bei Eheverträgen sind rechtsvergleichend vor dem Hintergrund des Scheidungsrechts zu betrachten, denn im schweizerischen Recht muss eine einvernehmliche Scheidungskonvention stets noch vom Gericht genehmigt werden; anderenfalls ist sie nicht gültig (Art. 140 Abs. 1 ZGB). Nach deutschem Recht unterliegen Scheidungskonventionen der familiengerichtlichen Protokollierung; den Versorgungsausgleich ordnet ggf. das Gericht an.¹⁸²⁴ Ein Ehevertrag wird vom Gericht nur auf Antrag einer Partei geprüft. Der Ehevertrag nach deutschem Recht kann dabei auch Trennungs- und Scheidungsfolgen beinhalten, wobei die Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich vor einer Scheidung bis Ende 2008 noch nicht in der Form eines Ehevertrags formuliert werden mussten. Diese gesetzlichen Unterschiede erklären teilweise, warum es in der Schweiz keine entsprechenden höchstrichterlichen Urteile zu Eheverträgen, die gegen die «guten Sitten» verstossen, gibt. Umgekehrt wird verständlich, dass die *Inhaltskontrolle der deutschen Gerichte* in Bezug auf den Ehevertrag umso strenger ausgefallen ist und ausfällt.¹⁸²⁵

¹⁸²² BGH, Urteil vom 11. Februar 2004 – XII ZR 265/02 = in NJW 2005, 930 ff.; BGH, Urteil vom 17. Mai 2006 – XII ZB 250/03 = NJW 2006, 2331 ff.; BGH vom 22. November 2006 – XII ZR 119/04 = NJW 2007, 907 ff.; OLG Hamm vom 2. Juli 2003 – Az. 10 UF 62/02; zuvor: BVerfGE, Urteil vom 6. Februar 2001 – 1 BvR 12/92 = NJW 2001, 957 ff. und BVerfGE, Urteil vom 29. März 2001 – 1 BvR 1766/92 = NJW 2001, 2248 ff.

¹⁸²³ BGE 99 II 9 ff., m.w.H. zur ehevertraglichen Freiheit, die ihre Schranke im Verbot des Rechtsmissbrauchs (in Art. 2 Abs. 2 ZGB) findet: Es stand zur Diskussion, ob der Ehevertrag nur im Hinblick auf den Tod und die Begünstigung des einen Ehegatten und zum Schaden der anderen Erben abgeschlossen worden war.

¹⁸²⁴ Die Ehepartner müssen sich nach § 630 ZPO für den Fall einer einverständlichen Scheidung auch über die sog. Nebenfolgen einigen: also über den Ehegattenunterhalt, die Verteilung von Ehwohnung, Hausrat und Sorgerecht, das Umgangsrecht und den Kindesunterhalt, ferner über den: Zugewinnausgleich, den Versorgungsausgleich und das Namensrecht. Viele Gerichte scheiden jedoch eine Ehe nach einjähriger Trennungszeit mit Zustimmung beider Ehepartner auch dann, wenn keine Einigung über diese Folgesachen vorgelegt wird: *Die Scheidungsfolgenvereinbarung kann aber vor Gericht protokolliert werden*. Den Versorgungsausgleich ordnet das Gericht an – es sei denn, es liege ein Ehevertrag vor. Bevor jedoch eine Entscheidung über die anhängigen Folgesachen getroffen worden ist, insbesondere über den Versorgungsausgleich, kann die Scheidung nicht ausgesprochen werden.

¹⁸²⁵ Vor dem Inkrafttreten des Versorgungsausgleichsgesetzes (2009) gab es noch eine familiengerichtliche Genehmigungspflicht, wenn diese innerhalb eines Jahres vor Stellung des Scheidungsantrags erfolgte. Eine Vereinbarung über den Versorgungsausgleich (Ausgleich von Anwartschaften der Vorsorge wegen Alters und verminderter Erwerbsfähigkeit) ist nach deutschem Recht, wie bereits erwähnt, möglich, wobei diese familiengerichtlicher Genehmigung unterliegt, vgl. §§ 6, 8 VersAusglG.

Heute gilt, dass das deutsche Recht mit dem Versorgungsausgleichsgesetz (2009) die materiellen und formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Versorgungsausgleichs festschreibt. § 7 VersAusglG stellt dabei klar, dass eine Vereinbarung über den Versorgungsausgleich vor (Rechtskraft) einer Scheidung in der Form eines Ehevertrags erfolgt (§ 1410 BGB). – Hinzu kommt, dass auch Vereinbarungen über den Unterhalt vor einer Scheidung (§ 1585c BGB) der notariellen Beurkundungspflicht bedürfen.

Inhaltlich lässt sich aus der deutschen Rechtsprechung lesen, dass grundsätzlich alle Regelungen zur Disposition der Parteien stehen. Die Ehegatten dürfen also selbstbestimmt die Vertragsinhalte wählen, die bei einer Trennung und Scheidung gelten sollen; nur dürfen diese nicht einseitig eine der beiden Parteien benachteiligen und die Lasten ungleich verteilen. Zudem müssen das gemeinsame Eheleben und das Geleistete sich auf minimale Art und Weise in der Vereinbarung spiegeln. Dabei ist auch eine konkrete negative *Stufenfolge* (die sog. Kernbereichslehre) hinsichtlich der selbstbestimmt zu regelnden Vertragsinhalte entwickelt worden: An erster Stelle soll der Kinderunterhalt gesichert sein, denn dieser steht zum einen dem Kind zu und soll zum anderen von den Ehegatten möglichst gesamtverantwortlich (nicht einseitig) getragen werden; dann folgen die Vereinbarungen zur Alters- oder Krankheitsvorsorge, welche die Ehegatten besonders empfindlich treffen können.

Aus dieser wichtigen deutschen Rechtsprechung zum Ehevertrag kann im Resultat allgemein Folgendes geschlossen werden: Die Grenzen der Selbstbestimmung im Ehevertrag liegen im minimalen Sozialschutz (wobei dem unbeteiligten Dritten, dem Kind, besonderer Schutz zukommen soll) und im Gerechtigkeitsdenken.

Ferner ergibt sich aufgrund des Ausgeführten allgemein das Folgende zu den güterrechtlichen (Teil-)Eheverträgen:

- Je besser das dispositive Ehegüterrecht die Anliegen der Ehegatten zu berücksichtigen scheint, umso weniger Eheverträge werden geschlossen.
- Je persönlicher der Vertragsinhalt ist, desto grösser scheinen – je nach Kultur – die Bedenken zu sein, einen solchen Vertrag abzuschliessen.
- Je persönlicher ein Vertragsinhalt ist, desto grösser erscheint je nach Kultur die Hemmschwelle, vor Gericht zu gehen.
- Zieht man ausserdem in Betracht, dass nach der deutschen Rechtsprechung strukturelle Ungleichheiten zwischen den Vertragsparteien im Sinne von punktuellen einseitigen Unterlegenheiten im Ehevertrag nach § 138 I BGB berücksichtigt werden können, so sollte dies aus relational-feministischer Sicht von Anfang an erst recht gelten, wenn der Ehevertrag dazu beiträgt, für die Frauen eine «soziale Rolle» festzuschreiben, nämlich die Rolle der «Ehefrau» (im Güterrecht). Damit werden geschlechterspezifische Haltungen gespiegelt: Dass eine schwangere Frau eher bereit ist zu heiraten und daher auch eher einwilligt, einen Ehevertrag zu unterzeichnen, kann ihr aus vermögensrechtlicher Sicht niemand verübeln, denn der Familienunterhalt währt länger.

Die Frage nach einer sinnvollen Ausübung der Vertragsfreiheit oder der Selbstbestimmung – oder genauer gesagt die Frage, zu wessen Gunsten der rechtliche Spiel-

raum genutzt wird –¹⁸²⁶ ist deshalb nicht erst vor Gericht zu klären, sondern *früher*, etwa in einem obligatorischen Beratungsgespräch.

B. Die japanische Güterrechtsregelung – der Versuch einer Einordnung

Die skizzierten rechtlichen Verhältnisse zum Ehevertrag werfen bezüglich des japanischen Rechts u.a. folgende Fragen auf: Ist der Güterstand der Gütertrennung nach kulturellen Gesichtspunkten der beste, und wenn ja, warum? Weshalb werden dann heute in Japan – gerade in Zeiten der wirtschaftlichen Instabilität – keine Eheverträge geschlossen?

1. Gütertrennung und traditionelle Rollenteilung

Wie bereits ausgeführt, hat die japanische Ehe als Hort der Stabilität und Sicherheit ihren hohen Stellenwert beibehalten – trotz der Reformen des Familien- und Erbrechts nach 1945 und des Wandels der traditionellen Ehe zur «arrangierten Liebesheirat». Am eindrücklichsten belegen dies die niedrigen Zahlen der ausserhalb der Ehe geborenen Kinder. Nach japanischem Verständnis gründet die Familie nach wie vor auf der Ehe; demnach haben sich die Individuen der Familie als zentrale Einheit der japanischen Gemeinschaft unterzuordnen.¹⁸²⁷

Diese Vorstellung deckt sich weitgehend mit der nach wie vor überwiegend traditionellen Rollenteilung zwischen Frau und Mann: In ihrer Rolle als Hausfrau und Mutter ist die Frau für das Wohlbefinden der Familie und die Erziehung der Kinder verantwortlich und arbeitet allenfalls höchstens noch Teilzeit. Demgegenüber kommt dem japanischen Mann die Rolle des Vollzeiternährers zu. – Indes hat sich das Alter der Frauen bei der Heirat erhöht, was wohl auf diverse Faktoren zurückzuführen ist, wie etwa die zunehmend höhere Bildung der Frauen, deren Ablehnung der klassischen Rollenverteilung sowie insbesondere die instabilere Arbeitsmarktsituation, die letztlich immer weniger Vollzeiternährern eine sichere Stelle auf Lebzeiten bieten kann. Dieser Fakt dürfte sich allerdings primär auf die Fertilitätsrate auswirken und nur geringfügig auf die traditionelle Rollenteilung. Hinzu kommt die zunehmende Zahl der älteren Menschen, die in Japan in der Regel zu Hause betreut werden.¹⁸²⁸ Darin spiegelt sich die historisch-traditionelle Vorstellung der mächtigen Hausgemeinschaft, die auf den Erhalt der Familie angelegt ist und die Rolle der Frau als Betreuerin der Familienmitglieder bestärkt. Fazit: Die unter dem gemeinsamen Dach lebende Familiengemeinschaft sowie die traditionelle Rollenteilung sind weiterhin tragende Säulen der japanischen Lebensgemeinschaft.

Vor diesem Hintergrund erscheint der gesetzliche Güterstand der Gütertrennung heutzutage – ursprünglich gedacht als Vorbeugungsmassnahme gegen die traditio-

¹⁸²⁶ Oder anders ausgedrückt: From contract to status?: *Hofer/Schwab/Heinrich*, 15.

¹⁸²⁷ *Coulmas*, 53 f.; das Festhalten an den traditionellen Rollen und der Rollenverteilung unter Ehegatten unterstreichen weitere Statistiken aus den Jahren 1993 und 1999: *Ono*, EISJ 201 (2006) 7 ff. m.w.H., *Dobritz/Vogt*, BIB 4/2015, 2 ff., 7.

¹⁸²⁸ Die japanischen Unterhaltspflichten innerhalb der Familie (Art. 877 *Minpō*) tragen zur Sicherung aller Japanerinnen und Japaner bei; *Ono*, EISJ 201 (2006), 14; *Neuss-Kaneko*, 91 ff.

nelle Einverleibung des Vermögens der Ehefrau durch die Familie des Ehemannes – prinzipiell als schlechte Ausgangslage für alle nicht aus begüterten Verhältnissen stammenden Japanerinnen, insbesondere wenn sie kein eigenes Einkommen erzielen (können). Diese vermögensrechtliche Sichtweise relativiert sich jedoch erheblich angesichts der Kompetenz der japanischen Familiengerichte, das eheliche Vermögen im Scheidungsfall weitgehend frei nach der «*ni bun no ichi ruru*» zu verteilen: Sofern eheliche Vermögenswerte vorhanden sind, wird geteilt. Da seit dem 1. April 2007 auch Japanerinnen und Japaner befugt sind, bei einer Eheauflösung die Teilung der beruflichen Vorsorgeleistungen (*kosei nenkin/kokumin nenkin*)¹⁸²⁹ zu verlangen und seit dem 1. April 2008 die Vorsorgeleistungen von Gesetzes wegen geteilt werden müssen,¹⁸³⁰ hat sich die rechtliche Situation japanischer Frauen in der Hausfrauenrolle und ohne Ersparnisse oder Vorsorgeanwartschaften aus Erwerbseinkommen verbessert.

Bezieht man mit ein, dass in Japan zwar zu 90% die Männer die Hauptbrotverdiener sind, in der Regel jedoch die Ehefrauen die Finanzen der Familie verwalten und zumindest teilweise darüber verfügen, so relativieren sich die Auswirkungen des gesetzlichen Güterstandes dadurch weitgehend.¹⁸³¹ Hinzu kommt, dass die Ehefrauen auch darüber bestimmen, welche Summe der Ehemann als «Taschengeld» zur freien Verfügung erhält.¹⁸³² Ausserdem ist es üblich, dass die Ehefrauen in ihrer Funktion als Vermögensverwalterinnen für die Zukunft der Familie vorsorgend ihr eigenes «Sparkonto» anlegen.

2. Gründe für den Vorbehalt gegenüber Eheverträgen

a) Ehevertrag als Misstrauensbeweis

Wie in der Schweiz und Deutschland verzichten die meisten Eheleute auch in Japan lieber auf einen Ehevertrag. Ein vor der Eheschliessung abgeschlossener Ehevertrag (nur diese Reihenfolge ist in Japan vorgesehen) wird vielmehr als eine Art Misstrauensvotum angesehen.

b) Allgemeiner Umgang mit Verträgen

Als weiterer Grund für die Zurückhaltung gegenüber Eheverträgen mag hinzukommen, dass ein Vertrag nach japanischem Verständnis grundsätzlich nicht alles zu berücksichtigen vermag; das trifft v.a. auf Zukünftiges zu. Die Parteien können sich

¹⁸²⁹ Siehe: <<http://www.nenkin.go.jp>>, zuletzt besucht am 29.1.2018.

¹⁸³⁰ Die Teilung der Vorsorgeleistungen muss innert zwei Jahren nach der Scheidung verlangt werden. Der Betrag nimmt bei einer kurzen Ehedauer proportional ab. Es ist vorgeschrieben, dass die Frau 25 Jahre lang verheiratet gewesen sein oder gearbeitet haben muss, um in den vollen Genuss der Teilung zu kommen. Das heisst, sie muss *de facto* bis zu ihrem Pensionsalter warten, bis sie von der Teilung profitieren kann.

¹⁸³¹ Neuss-Kaneko, 87 ff.; Ueno, Kazoku, 49 ff.; Coulmas, 55.

¹⁸³² Laut einer Umfrage der «Shinsei Bank» von 2009 liegt das durchschnittliche Taschengeld für einen Büroangestellten bei 45,600 Yen pro Monat, das sind etwa 300 Euro. In den 1990er-Jahren lag es noch bei 70'000 Yen pro Monat, das waren etwa 460 Euro pro Monat; und im Jahre 2013 waren es noch 39'000 Yen, das bedeutet, es liegt noch bei rund CHF 250: Nishiya-*ma, George*: Salaryman Blues Continue, Despite Abenomics, in: The Wall Street Journal: Japan Realtime vom 3. Juli 2013, abrufbar unter: <<http://blogs.wsj.com/japanrealtime/2013/07/02/salaryman-blues-continue-despite-abenomics/>>, zuletzt besucht am 13. Dezember 2015.

plötzlich mit völlig neuen Situationen konfrontiert sehen oder auch in unvorhersehbare Schwierigkeiten geraten. Formell ist man zwar durch einen Vertrag gebunden (*pacta sunt servanda*), praktisch sucht man jedoch primär nach einvernehmlichen Lösungen. Nach japanischer Einstellung im Geschäftsleben gilt ein Vertrag als gemeinsames Vorhaben, das man miteinander durchsteht:¹⁸³³ – Der Vertrag soll das gegenseitige Vertrauen bestätigen und verstärken. Man will sich darauf verlassen können, dass die Gegenpartei bereit ist, die unvermeidlich auftretenden Schwierigkeiten ungeachtet ihrer Ursache und Art und in einvernehmlichem Sinne zu lösen. Ein japanischer Partner fasst deshalb grundsätzlich auch eine *langjährige Geschäftsverbindung* ins Auge. Tendenziell wird davon ausgegangen, dass nicht stur auf dem Vertragsinhalt beharrt wird, sondern dass beide Parteien prinzipiell bereit sind, eine Lösung zu finden, selbst wenn das faktisch bedeutet, dass ein neuer Vertrag geschlossen werden muss. Ein Beharren auf Vertragsbedingungen widerspricht der japanischen Vorstellung von einer harmonischen Beziehung. Obschon das japanische Vertragsrecht zahlreiche Rechtsbehelfe sowie die *clausula rebus sic stantibus* kennt, finden sich zumindest in der Judikatur keine Hinweise darauf, dass Verträge in Japan generell einfacher aufzulösen wären als in der Schweiz.¹⁸³⁴ Vielmehr scheint eine Flexibilität im Rechtsdenken mit sich zu bringen, dass bei veränderter Sachlage selbstverständlich über Vertragsinhalte verhandelt werden kann und auch verhandelt werden soll. Darin dürfte auch ein Grund liegen, warum es nicht zu mehr Gerichtsfällen kommt.

Auf den Ehevertrag dürften diese allgemeinen Erwägungen erst recht zutreffen, sind doch unerwartete Vorkommnisse wie Krankheit, Unfall, Verlust einer Anstellung oder eines Bonus usw. Erlebnisse, die es in einer Lebensgemeinschaft anzunehmen und miteinander zu lösen gilt.

c) Umgang mit Eheproblemen

Die Flexibilität, die man den Japanerinnen und Japanern nachsagt, zeigt sich nicht nur in Zusammenhang mit Verträgen, sondern auch beim Umgang mit Eheproblemen. So gilt es in Japan keineswegs als Zeichen der Schwäche, zurückzustecken oder einem Kompromiss zuzustimmen, und damit beiden Seiten zu ermöglichen, das Gesicht zu wahren. Hauptziel ist vielmehr das Aufrechterhalten der Harmonie oder deren Wiederherstellung, denn diese erlaubt letztlich die Kontinuität im geschäftlichen Kontakt wie auch in der privaten Beziehung. Daher dürfte es dank dem Zusammengehörigkeits- und Verantwortungsgefühl der japanischen Eheleute (sowie einem nach wie vor bestehenden gesellschaftlichen Druck, sich nicht zu scheiden, und Lücken im Sozialsystem für Geschiedene) seltener zu Scheidungen und gegenseitigen Schuldzuweisungen kommen.

¹⁸³³ Dies berichten etwa Geschäftsleute aus Japan; s.a. *Kitagawa*, use and non-use of contracts 1996, 145 ff., welcher betont, dass je nach Situation zu differenzieren sei; dezidiert wiederum *Dernauer, Marc*: Japanese Contract Law for a European Perspective, Yomiuri Shimbun, 28.11.2013, allerdings mit Bezug auf Kawashima.

¹⁸³⁴ *Hotz*, in Bezug auf die Vertragsauflösung wegen Irrtums und wegen verbraucherschützender Widerrufsrechte; in Bezug auf die *clausula rebus sic stantibus*.

V. Vom güterrechtlichen Teil(Ehe)vertrag über den Ehevertrag hin zu einem einheitlichen Vertrag für alle Lebensgemeinschaften (Schweiz)?

A. Vertragsdenken – zukunftsweisend und offen oder nur wenig progressiv?

1. Ein Vertragsvorschlag steht zur Diskussion

Heute fragen sich die Bürgerinnen und Bürger und die politischen Entscheidungsträger in der Schweiz, ob die Ehe nicht für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet werden könnte. – Deutschland ist diesen Schritt bereits gegangen. Der Bundesrat fragt sich ferner, ob alternative faktische Lebensgemeinschaften nicht rechtlich geschützt werden sollten. Was sich also aufdrängt ist die Offenheit gegenüber verschiedenen Formen der Lebensgemeinschaft. Diese selbstbestimmten Verantwortungsgemeinschaften umfassen vielfältige Modelle, in deren Rahmen Menschen sich gegenseitig Sorge tragen und aufeinander achtgeben. Eine solche Gemeinschaft könnten beispielsweise Freundinnen bilden, die im Alter füreinander sorgen möchten.

Der schweizerische Bundesrat publizierte im März 2015 einen Bericht zur Modernisierung des Familienrechts; dies u.a. als Antwort auf ein politisches Postulat aus dem Jahre 2012 und unter Berücksichtigung wissenschaftlicher Beiträge aus den Jahren 2013–2014 – namentlich das Rechtsgutachten *Schwenzer* (August 2013) und die Ergebnisse der Tagung zu «*Avenir Familles!*» an der Universität Freiburg, die unter der Ägide der (damaligen) Bundesrätin und Justizministerin *Simonetta Sommaruga* stattfand.¹⁸³⁵ In diesem Bericht geht es um die kohärente Weiterentwicklung angedachter laufender Revisionen des schweizerischen Familienrechts, denn dieses soll an die gewandelten Realitäten angepasst werden. Einer der zentralen Punkte ist der folgende: Die verschiedenen Lebensformen sollen auf den Grundpfeilern der Selbstbestimmung, Verantwortung und Wahrung des Grundrechts auf Ehe und Familie geregelt werden. – Derzeit wird nicht infrage gestellt, dass im schweizerischen Recht die familiäre Lebensform der Ehe mit Abstammungskindern auch weiterhin eine Besonderheit bleiben soll. Jedoch fragt es sich angesichts des Aspektes der Gleichbehandlung (Art. 8 BV), ob andere Lebensformen nicht ebenso geregelt werden sollten bzw. ob diese nicht auch als Status begründende Verträge anzuerkennen wären, die als solche einen gewissen Institutionsschutz auslösen würden. Dies betrifft vor allem eine «gleichgeschlechtliche Ehe» und die «verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften».

Vor allem angesichts der Tatsache, dass immer mehr Menschen im Konkubinat leben, sieht der Bundesrat Handlungsbedarf: Ungleichgeschlechtliche Paare sollen eine eingetragene Partnerschaft eingehen können. Dabei hat er den am französischen Recht¹⁸³⁶ angelehnten «*Pacte civil de solidarité*» (PACS) – eine Form des rechtlich

¹⁸³⁵ Gesammelte Beiträge in FamPra.ch 2014/4.

¹⁸³⁶ Das potenzielle Vorbild gibt es in Frankreich bereits seit über 15 Jahren (Gesetz Nr. 99-994 vom 15. November 1999, Stand: 1. November 2017); Art. 515-1 Code Civil (deutsche Übersetzung s. FamRZ 2000, 531); auch in Andorra, Belgien, Estland, Gibraltar, Luxemburg, Malta und den

abgesicherten Konkubinats – ins Auge gefasst: Im Rahmen des PACS verpflichten sich Paare zur gegenseitigen Unterstützung, u.a. im Krankheitsfall oder wenn der Partner arbeitslos wird. Für zwei erwachsene Personen, egal welchen Geschlechts, dient diese Vertragsform zwar der Begründung von sog. Statusrechten, aber nicht zu einer familialen Bindung; das heisst, eine Namensgleichheit lässt sich nicht daraus ableiten, ebenso entfällt im Falle der Geburt eines Kindes innerhalb eines PACS die Vermutung der Vaterschaft. Des Weiteren sieht ein PACS nach französischen Vorbild auch weder güterrechtliche oder erbrechtliche Wirkungen vor.

Der PACS wird als «ziviler Vertrag» zur Solidaritätsverpflichtung verstanden, der gemäss dem Bundesrat derzeit – neben der eingetragenen Partnerschaft (2006) und der Ehe, die heterosexuellen Paaren vorbehalten ist – als eine weitere rechtliche Form der Beziehung anzuerkennen ist. Zudem soll bei einem PACS auch an die *faktische Lebensgemeinschaft* angeknüpft werden. Dieser soll auch bei all jenen Personen zum Tragen kommen, die betreffend ihrer Lebensgemeinschaft keinen selbstbestimmten schriftlichen Vertrag geschlossen haben: Massgebend könnte dabei beispielsweise die während einer gewissen Dauer gelebte, gemeinsame Hausgemeinschaft sein. Von einer solchen rechtlichen Regelung, die das tägliche Miteinander erleichtert, könnten auch Heiratsunwillige profitieren, ohne dass ihnen das starre Korsett der Ehe auferlegt würde. Die Form kann einfach gestaltet sein: Der PACS nach französischem Vorbild kann vor einem Notar oder der Zivilstandsbehörde geschlossen werden¹⁸³⁷ und lässt sich auf eine gemeinsame Erklärung hin, aber auch auf einseitigen Wunsch einer der Partner, ohne weitere Formalitäten wieder auflösen. Bei Tod endet der PACS.

Dieser Vertragsvorschlag, auf den noch zurückzukommen sein wird, zeigt fürs Erste, dass eine zivilrechtliche Vertragslösung, *neue vertragliche Selbstbestimmungsmöglichkeiten* bietet und zugleich das Potenzial hat, zur Gleichbehandlung von unterschiedlichen Lebensformen beitragen zu können. Mit anderen Worten: das Aufgeben des bisherigen Statusdenkens zugunsten von Vertragslösungen dürfte *aktuell für ein zeitgemässes Familienrecht besonders zu diskutieren sein*. – Dass dies eine alte Forderung ist, dürfte bekannt sein.¹⁸³⁸

Niederlande. Der PACS geniesst in Frankreich grossen Zuspruch (40%) und erweist sich insoweit «als erfolgreich», als seine Auflösungsquote nur bei einem Drittel liegt (2013: 168'223 rund 61'510), bei der Scheidung hingegen bei rund der Hälfte (2013: 238'000 rund 121'849); vgl. weitere Zahlen bei Ferrand, *Frédérique*: Erfahrungen mit dem PACS in Frankreich, Familienrechtstag 2018, Basel (im Ersch.).

Es gibt aber auch zwei Kantone, Neuenburg und Genf, die schon länger einen PACS vorsehen, der die eingetragene Partnerschaft auch verschiedengeschlechtlichen Paaren öffnet: *Loi sur le partenariat enregistré du 6 février 2004* (Canton de Neuchâtel), *Loi sur le partenariat enregistré du 1 février 2001* (Canton de Genève, LPart GE). Ein solcher PACS gilt dann nur auf der kantonalen Ebene und hat generell sehr beschränkte Wirkungen.

¹⁸³⁷ Seit sem 1. November 2017 wird ein PACS in Frankreich statt vor dem Gericht vor dem Zivilstands-beamten eingetragen, geändert oder aufgelöst werden (*La loi no. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle*). Das ist eine Angleichung an die entsprechend revidierte Zuständigkeit in Sachen Scheidung. Das Notariat bleibt parallel zuständig.

¹⁸³⁸ Vgl. Sammelband von Hofer, Sybille/Schwab, Dieter/Heinrich, Dieter (2005) und insb. die historische Einführung von Hofer (1 ff.); das Diktum stammt von Henry James Sumner Maine: *Ancient Law, its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*, London 1861, 170; siehe allerdings schon krit. Atiyah (Rise and Fall), 259 f., 596 ff. oder Reh-

Inwiefern dieser erste Vorschlag mit der rechtspolitischen Diskussion um die Öffnung der Ehe verknüpft werden wird, wird erst die Zukunft zeigen (s. nachfolgend lit. B Ziff. 2).¹⁸³⁹

2. Zwischen Vertrags- und Familienrecht

Folgt man der Ansicht, dass sich künftig eine einzige Form des «*partnerschaftlichen Solidaritätsvertrags*» für verschiedene Lebensgemeinschaften nutzbar machen liesse, stellen sich allerdings grundsätzlich nicht andere Fragen: Inwieweit sollte eine solche Solidaritätsvereinbarung aus Sicht des Privatrechts geregelt werden? Soll sie ausschliesslich der Selbstbestimmung der Parteien überlassen werden, oder falls nicht, welche rechtlichen Rahmenbedingungen sind unerlässlich? Und was steht dabei im Vordergrund? Die Statusbegründung, der Institutionenschutz oder die Regelung der persönlichen Beistands- und Unterstützungspflicht und/oder der Vermögensrechte? Sollen die Rahmenbedingungen Gegenstand des Familienrechts oder des Schuldrechts sein?

Andrea Büchler hat es schon mehrfach betont: Nicht der Status oder die Form, sondern die Regelung der (faktischen) Beziehung soll im Vordergrund stehen.¹⁸⁴⁰ *Büchler* unterscheidet im Wesentlichen zwischen zwei familienrechtsrelevanten Formen der Lebensgemeinschaft, die unter das Vertragsrecht fallen könnten: Die Lebensgemeinschaft mit Kindern und diejenige ohne Kinder. Mit anderen Worten: Lebensgemeinschaften sind nur dann Gegenstand gesetzlicher Regelungen des Familienrechts, wenn es um die Gewährleistung des Schutzes von Kinderrechten und das Kindeswohl geht. Hingegen bedarf die intime Beziehung von erwachsenen Personen nach dieser Ansicht grundsätzlich keiner besonderen Regelungen. Freilich bleibt es Paaren jederzeit freigestellt, zu heiraten oder sich gegenseitig zu verpartnern und eintragen zu lassen, oder eben eine vertragliche Lebensgemeinschaft zu vereinbaren. Solche Lebensgemeinschaften wären dann gleichermassen anerkannt und geschützt wie die gesetzlich geregelte mit Kindern.

Anne Röthel plädiert ebenfalls für eine Öffnung der Ehe, etwa für gleichgeschlechtliche Personen resp. für eine «solidarische Einstandsgesellschaft». Auch die gegenwärtige Selbstbestimmung der Betroffenen hinsichtlich ihrer Intimität will rechtlich umgesetzt sein, indem diese nicht mehr Teil des Eherechts sein soll. Gleichwohl vertritt *Röthel* die Auffassung, dass die Ehe ihren rechtlichen Zweck als Institution jenseits des Vertragsrechts immer noch erfülle und dort gestärkt werden soll, wo sie als ein Solidaritätspakt funktioniert, nämlich als «*Rahmen für die Entfaltung persönli-*

binder, Manfred: Status, Contract and the Welfare State 1971 (23) Stanford Law Rev. 941; *idem*, Status-Kontrakt-Rolle, in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch (dargebracht von Mitgliedern der juristischen Fakultät zum 65. Geburtstag), Berlin 1968, 141 ff.

¹⁸³⁹ Wie schon erwähnt (Fn. 1623) ist Behandlung der parlamentarischen Initiative «Ehe für alle» derzeit auf den Sommer 2019 angesetzt verschoben worden, bis dahin sollen neben einer möglichen Verfassungsänderungen auf Lösungen auf Gesetzesebene überlegt werden.

¹⁸⁴⁰ *Büchler*, FamPra 15 (2014) 4, 797 ff., 799 f.; *Büchler*, FS Schwenzer, 289 ff.; *idem*, Abschaffung, 59 ff.

cher Innerlichkeit».¹⁸⁴¹ Dies entspricht der herkömmlichen Idee, dass die Familie die Mitglieder stärkt und schützt und dazu dient, unsere Gesellschaften zu festigen.¹⁸⁴²

Zwischen den Verfechterinnen dieser gegensätzlichen Positionen besteht insoweit Einigkeit, als die Ehe in Zukunft weder einen Bedeutungs- noch einen Regelungsverlust erleiden soll. Jedoch sollen zusätzlich auch andere mögliche Formen der Lebensgemeinschaft geschützt werden. So sieht der Regelungsvorschlag von *Büchler* beispielsweise konkret vor, dass «*die Lebensgemeinschaft*», *die von Gesetzes wegen durch die gemeinsame Verantwortung für ein Kind entsteht*, darüber hinaus auch durch die Ehe entstehen können sollte. Des Weiteren soll eine Lebensgemeinschaft aber auch auf der Basis einer eingetragenen Partnerschaft oder einer Beziehung, die faktisch wie eine Lebensgemeinschaft gelebt wird, gegründet werden können.¹⁸⁴³ Von einer rein vertragsrechtlichen Lösung sind beide Konzepte weit entfernt, denn dann würde der familienrechtliche Schutz verloren gehen.

Grundsätzlich ist zwischen selbstbestimmten rechtlichen Konzeptionen von «Wahlverwandtschaften», welche die Paarbeziehungen oder Lebensgemeinschaft der Erwachsenen betrifft und dem Schutz der Kinder (Abstammung, Erziehung, Pflege und Unterhalt) rechtlich zu unterscheiden. Während Ersteres der individuellen Disposition überlassen werden könnte, muss Letzteres von Staats wegen geregelt sein. Doch bleibt konzeptionell zu bedenken, ob eine solche Dichotomie den Gedanken, dass intentionale und damit auch vertraglich begründbare Elternverantwortungen (z.B. Vertrag zugunsten Dritter) möglich sind und nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich möglich sein sollen, nicht grundsätzlich behindern würden. Zudem fragt sich, ob nicht genügend Schutz bereits an die Person des Kindes, das heisst die Kindesrechte geknüpft werden können (durch sein Recht auf Betreuung, Pflege, Unterhalt und sein Recht auf Kontakt zu «Eltern» in einem weiten Sinne usw.)? Schliesslich bleibt auch die Frage, ob *alle* Lebensgemeinschaften, die Kinder umfassen, für sich genommen eines gesetzlich geregelten Schutzes bedürfen, vorerst noch offen.

2. Vertragsrechtliche und familienrechtliche Konzeptionen nebeneinander

Eine vertragsrechtliche Lösung würde die verschiedenen Formen von Lebensgemeinschaften dogmatisch als «partnerschaftlichen Solidaritätsvertrag» oder als einen anderen Vertragstyp umfassen. Aus dieser Perspektive wären die Ehe wie auch die eingetragene Partnerschaft schlicht als Varianten der vertragsrechtlichen Lösung zu betrachten.

Zudem bräuchte es bei dieser Konzeption einen Auffangtatbestand für den Schutz von Personen in faktisch gelebten Lebensgemeinschaften, die nicht selbstbestimmt vorgesorgt haben, der über eine sozialrechtliche Härteklausel hinausgehen sollte und sich an einer gemeinsam zu definierenden Verantwortungsethik richten soll (z.B.

¹⁸⁴¹ Röthel, Institution und Intimität, 32; *idem*, Regelungsaufgabe Paarbeziehung und die Instrumente des Rechts, in: Röthel, Anne/Heiderhoff, Bettina (Hrsg.), Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was kann, was darf, was will der Staat?, Frankfurt am Main 2012, 17, 32 f.

¹⁸⁴² Sandoz, *Suzette*, Quelques thèses sur le mariage et autres formes de ménage commun, FamPra 15 (2014) 4, 809 ff.

¹⁸⁴³ Büchler, FamPra 15 (2014) 4, 807.

nach dem Vorbild des Scheidungsrechts). Inhaltlich könnte dabei vertragsrechtlich – wie dies heute im Vorsorgeauftrag nach schweizerischem Recht schon geschehen ist (Art. 360 ff. ZGB) – zwischen einer Personen- und Vermögenssorge unterschieden werden. Ersteres würde die gegenseitigen Beistands- und Unterstützungspflichten und Letzteres den Umgang mit Vermögen und Einkommen im Verlauf der Lebensgemeinschaft umfassen, wobei der Konfliktfall, das heisst insbesondere die Auflösung der Lebensgemeinschaft ebenfalls zu regeln wäre.

a) Personen- und Vermögenssorge

Zu dieser *Personensorge* würde die gegenseitige Sorge und Unterstützung im Alltag, insbesondere aber das gegenseitige Unterstützen bei Krankheit oder Arbeitslosigkeit zählen. Zur *Vermögenssorge* zählte, dass für die Bedürfnisse des Alltagslebens (Nahrung, Unterkunft) gemeinsam gesorgt würde. Insbesondere bestünde bei einer gemeinsamen Wohnung (v.a. im Falle einer Trennung oder des Todes einer Person) ein Recht des anderen Partners auf Übernahme des betreffenden Mietvertrags und beim Tod des Eigentümers der gemeinsamen Wohnung ein Anspruch des überlebenden Partners auf ein angemessenes Wohnrecht. Zur Vermögenssorge gehörte auch eine solidarische Haftung gegen aussen. Hinzu kämen Ansprüche bei Krankheit, Mutterschaft oder Tod (z.B. Renten und Kapitalansprüche).

b) *Opt-in-* oder *Opt-out-*Lösung

Interessant ist ferner die Frage, auf welcher Basis die rechtlich geschützte Lebensgemeinschaft begründet werden soll. Durch Vertrag (inkl. Ehe, Partnerschaft), Gesetz (Lebensgemeinschaft mit Kindern nach Bächler) und/oder durch eine faktische Gemeinschaft? Die entscheidende Frage lautet, ob der Rechtsschutz der Lebensgemeinschaft nur wirken soll, wenn die betroffenen Personen dies explizit wollen – das heisst, wenn sie eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben – oder auch dann, wenn die Parteien dies nicht ausdrücklich vereinbart haben. Diese Frage wird unter dem im Vertragsrecht gängigen Mechanismus *Opt-in-* und *Opt-out-*Lösung diskutiert.

Da es dem Recht auf Selbstbestimmung widerspricht, Parteien zu etwas zu verpflichten, das sie sich gar nicht wünschen und an das sie nie gedacht haben, ist einer *Opt-in-*Lösung grundsätzlich der Vorzug zu geben. Wissen die Paare erst um ihre neuen rechtlichen Möglichkeiten und die Konsequenzen einer unterlassenen Regelung, ist also *die Information genügend*, so werden wohl weniger Paare auf eine Regelung verzichten.

Dennoch sollen auch Personen in faktischen Lebensgemeinschaften geschützt werden, wenn sie erheblich mehr Personen- und/oder Vermögenssorge geleistet haben als ihr Partner oder wenn eine Personen-/Vermögenssorge zugunsten der Partnerin aufgrund ihrer Lebensumstände nötig ist. Das ist der Gedanke einer Personen- und Vermögenssorge nach Auflösung der Partnerschaft.

3. *Familienrechtliche Fragestellungen*

Aus Sicht des Familienrechts stellt sich neben dem Schutz der Partnerinnen und Partner, die Familienleben führen und dem Gedanken einer Personen- und Vermögenssorge, die Wirkungen über die Auflösung hinaus haben kann in jedem Fall die Frage, wie neben einem vertragsrechtlichen Ansatz die Kinderrechte zu sichern sind. Ergänzend zur Möglichkeit einer vertragsrechtlichen Lösung der Lebensgemeinschaft wäre der Schutz der Kinder gesetzlich an deren Existenz anzuknüpfen – wie beispielsweise die Regelung des Unterhalts, der dem Kind seitens seiner Eltern zusteht.

Dann bliebe noch offen, wie das Kind-Eltern-Verhältnis bestimmt wird. Jemand muss schliesslich die Verantwortung und Sorge für die Kinder tragen; in der Regel wären das die genetischen oder die intentionalen Eltern. Fehlen diese einem Kind, hätten die Personen, die mit ihm zusammen eine Lebensgemeinschaft bilden, die Verantwortung und Sorge für das Kind zu tragen. Fehlen ihm jedoch auch solche Personen, dann wäre auf die genetische Abstammung des Kindes abzustützen (was bei anonymen Samen- und Eispenden ausgeschlossen ist) und in letzter Linie kämen Kindesschutzmassnahmen zum Tragen.

4. *Rechtstheoretisch-grundrechtliche Fragestellungen*

Aus rechtstheoretischer Sicht interessiert die Frage, ob der Ehevertrag bzw. dieser neue «Solidarvertrag» nicht zu einem eigenen Querschnittsthema, das zwischen dem Familien- und dem Vertragsrecht anzusiedeln wäre, zu zählen, und damit dogmatisch befriedigend zu regeln wäre.

Damit stellte sich für gewisse Rechtswissenschaftler auch die Frage nach der Notwendigkeit eines besonderen «*Familienschuldrechts*» im Vertragsrecht, das mit speziellen Regelungen zum Schutz und zur Begrenzung der Selbstbestimmung einherginge (dazu später im theoretischen Teil Kap. 11 Ziff. II.D.2.e). – Überlegt man, dass zunehmend mehr Verträge mit familienrechtlichen Implikationen ausserhalb des Schuldrechts geregelt werden (nur schon in der Schweiz wurde in den letzten 10 Jahren der Vermögensvertrag nach Art. 25 PartG und der Vorsorgevertrag nach Art. 360 ff. ZGB eingeführt, aber auch weitere schon lange bekannte Verträge wie der Ehevertrag nach Art. 181 f. ZGB und der Erbvertrag bestehen) und nun neu über einen Solidarvertrag nachzudenken ist, so wird das Anliegen immer ernster oder mit anderen Worten: Es wird auch dringender, sich gründlich über die Kohärenz zum Vertragsrecht Gedanken zu machen. Umgekehrt verweisen «postmoderne» Feministinnen auf die möglicherweise negativen Einflüsse, die eine solche Sonderbehandlung eines Familienschuldrechts mit sich bringen könnte (Stichwort «*Family Law Exceptionalism*», dazu auch ausführlicher im theoretischen Teil, Kap. 11 Ziff. II.D.e).

Aus *grundrechtlicher Sicht* stehen wie bereits erwähnt in erster Linie Diskriminierungsverbote zwischen den verschiedenen selbstbestimmt gewählten Lebensformen zur Diskussion. Damit ist die Frage berührt, warum der besondere verfassungsrechtliche institutionelle Schutz nur der Lebensform Ehe zukomme. Die schweizerische Bundesverfassung räumt als einzige der drei Verfassungen ausdrücklich ein, dass die

Lebensform von Diskriminierung tangiert werden kann (Art. 8 Abs. 2 BV).¹⁸⁴⁴ Das bedeutet aber nach überwiegender Lehrmeinung nicht, dass jede Unterscheidung bezüglich einer Lebensform (z.B. Konkubinat, gleichgeschlechtliche Partnerschaft, Wohngemeinschaft) verboten wäre.¹⁸⁴⁵ Vielmehr ist eine Ungleichbehandlung aufgrund der Lebensform als qualifizierter Hinweis auf eine unzulässige Diskriminierung zu bewerten, die im Einzelfall gerechtfertigt sein kann.¹⁸⁴⁶ *De lege lata* sind denn auch in der Schweiz gleichgeschlechtliche Paare von der Adoption oder der künstlichen Fortpflanzung ausgeschlossen; in Japan ist die Rechtslage nicht anders als in der Schweiz. In Deutschland sind gleichgeschlechtliche Paare zwar (sogar) zur Sukzessivadoption zugelassen, aber ebenfalls von der künstlichen Fortpflanzung ausgeschlossen.

Aber auch andere Grundrechte wie der *Schutz des Privatlebens und der Schutz des Familienlebens*¹⁸⁴⁷ berühren das Recht der selbstbestimmten Lebensform. Es ist allgemein anerkannt, dass die Achtung des Privatlebens das Zusammenleben in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften schützt.¹⁸⁴⁸

B. Vertraglich vereinbarte «Liebe»

1. Einheitliche und umfassende Vertragslösung

Eine konsequente Dogmatik der Selbstbestimmung im Vertragsrecht kann letztlich nicht zu einer Begrenzung der vertraglich vereinbarten Lebensformen führen. Zugleich muss für Personen, die zwar nicht staatlich heiraten, aber dennoch willentlich auf Dauer zusammenleben wollen, ein genügender rechtlicher Schutz gewährleistet sein.

Nach der hier vertretenen Ansicht soll es grundsätzlich allen erwachsenen Menschen zustehen, zu heiraten und sich zu verpartnern, also faktisch zusammenzuleben – ob nun rechtlich geregelt oder ungeregelt –, zu kooperieren oder auch alleine bzw. räumlich getrennt zu leben. In dieser Hinsicht ist weltweit noch ein Umdenken gefragt, nicht nur in Japan, Deutschland und der Schweiz.

¹⁸⁴⁴ BSK-Waldmann, Art. 8 BV N 77 f. m.w.H.; das Völkerrecht schützt etwa die Lebensform nicht explizit, sondern die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und die Achtung des Privatlebens (Art. 2 i.V.m. Art. 26 und 17 UNO-Pakt II, Art. 8 EMRK); vgl. Übersicht der Diskussion: Kaufmann, Christine/Byers, Ann Marie: Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte zur eingetragenen Partnerschaft, in: Böhler, Andrea (Hrsg.), Kommentar zur eingetragenen Partnerschaft, Bern 2007, Allg. Einl. III N 3 ff., 52 ff.

¹⁸⁴⁵ BGE 129 I 392, BGE 126 II 377; Urteil des EGMR *Schalk und Kopf gegen Österreich* vom 22. November 2010, Recueil CourEDH 2010, S. 13 ff. § 54 ff. schliesst gleichgeschlechtliche Paare von der Ehe aus.

¹⁸⁴⁶ So etwa: BSK-Waldmann, Art. 8 BV N 77; Biaggini, Art. 8 BV N 24; SGK-Schweizer/Bigler-Eggenberger/Kägi-Diener, Art. 8 BV N 52 f.; a.A. Pulver, Discrimination, N 348, 351; Hantgartner, Yvo, Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare, AJP (2001) 3, 252 ff.; die jüngere Lehre geht, wie bereits erwähnt, von einer Institutsgarantie der Ehe aus, die sich auf den Schutz der Kerngehalte beschränkt und als Verneinung von Lebensformen gedeutet werden kann: Schefer, 281, 450 f.

¹⁸⁴⁷ Das Recht auf Ehe ist vielfach gesetzlich verankert: Art. 14 BV, Art. 12 EMRK, Art. 23 Abs. 2 UNO Pakt II; ebenso ist das Recht auf Familienleben vielfach gesetzlich geschützt: Art. 14 BV, Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK, Art. 23 Abs. 1 UNO Pakt II.

¹⁸⁴⁸ BGE 126 II 425, 430 E. 4b.aa: Ein lesbisches Paar fällt unter den Schutzbereich des Privatlebens und nicht denjenigen des Familienlebens.

Ein Lösungsansatz wäre, als Basis für eine Lebensgemeinschaft einen alle möglichen Konstellationen des dauerhaften und stabilen Zusammenlebens umfassenden Vertrag zu propagieren, der wie in Frankreich als Partnerschafts- und Solidaritätsvertrag (*pacte civil de la solidarité* – PACS) bezeichnet werden könnte, aber inhaltlich hinsichtlich der Personen- und Vermögenssorge beliebig erweitert werden könnte. Ein solches Vertragskonzept mag ein riskantes Unterfangen sein. Die Grundsatzfrage lautet, ob die «Liebe» – oder nüchterner formuliert, die Partnerschaft – als Vertragsverhältnis betrachtet werden kann, welches den auch den (freilich modifizierten) Regeln des Vertragsrechts unterliegen würde.

2. Keine Vertragslösungen *de lege lata*

1.) Viele Personen erachten ein «alternatives Modell» als Bedrohung für das «*Institut*» oder den Status Ehe und/oder unterstellen heterosexuellen Menschen, die nicht heiraten wollen, ein mangelndes Verantwortungsbewusstsein. Hierzu ein illustratives Beispiel: «*Willst du mich ein bisschen heiraten?*», lautete der sinngebende und abwertende Titel in der NZZ vom 9. April 2015, unter dem über den «*pacte civil de la solidarité*» (PACS) in der Schweiz berichtet wurde.

2.) Selbst wenn man sich ein «Alternativmodell» grundsätzlich vorstellen kann,¹⁸⁴⁹ besteht keinesfalls Einigkeit über die Art des zu wählenden Lösungsansatzes.

Es bestehen *de lege lata* keine klaren Vorstellungen darüber, wie eine sog. nicht ehe-liche Gemeinschaft sprachlich und/oder inhaltlich (insbesondere betreffend Dauer des Zusammenlebens und betreffend Wohnort) rechtlich erfasst werden soll.¹⁸⁵⁰ –

¹⁸⁴⁹ BGE 108 II 204 E.3 S. 207 f. «Wenn die Partner für ihre Gemeinschaft die Ehe ablehnen, besagt dies keineswegs, dass sie überhaupt alle Rechtsfolgen ihres Zusammenlebens ausschliessen wollen.»

¹⁸⁵⁰ BGE 138 III 158: «*relation de concubinage stable*»; BGE 134 V 369, 375 f. E. 6.3.1 «Der Begriff der Lebensgemeinschaft zweier Personen differenziert nicht nach deren Geschlecht. Darunter ist somit eine Gemeinschaft von Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts zu verstehen, was auch dem in der Gesellschaft heute üblichen Sprachgebrauch entspricht.» und E. 7 «Entscheidend ist, dass ungeachtet der Form des Zusammenlebens – hier in zwei Wohnungen und in der Ferienwohnung der Verstorbenen – die beiden Partner bereit sind, einander Beistand und Unterstützung zu leisten.»; BGE 124 III 52 E. 2 a/aa «une union stable, qui lui procure des avantages analogues à ceux du mariage [...] La réalisation de cette condition ne dépend pas des moyens financiers des concubins, mais de leurs sentiments mutuels et de l'existence d'une communauté de destins»; BGE 118 II 235 E.3b ein Konkubinat im engen Sinne ist «eine auf längere Zeit, wenn nicht auf Dauer angelegte umfassende Lebensgemeinschaft von zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts mit grundsätzlich Ausschliesslichkeitscharakter, die sowohl eine geistig-seelische, als auch eine körperliche und eine wirtschaftliche Komponente aufweist und auch etwa als Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft bezeichnet wird [...]; vormalig auch eher «eheähnliche Lebensgemeinschaft» (BGE 104 II 154 ff.; BGE 106 II 1). – Im Urteil 9C_339/2013 vom 29. Januar 2014 ging es um die Anwendbarkeit eines älteren Vorsorgerelements Nr. 1, das für die Leistungspflicht darauf abstellte, das ein Paar mindestens 5 Jahre nachweisbar ununterbrochen im gleichen Haushalt zusammengelebt, und der Verstorbene wesentlich für den Lebensunterhalt des Partners aufgekommen ist oder um die Geltung des neueren Vorsorgerelements, das für die Leistungspflicht nur noch auf nachweisbare 5 Jahre in einer festen Zweierbeziehung abstellt und die Voraussetzung des gemeinsamen Haushaltes aufgegeben hatte.

Das hängt nur teilweise mit dem Wandel der diesbezüglichen Vorstellungen zusammen.¹⁸⁵¹

3.) Das *de lege lata* öfters auf «faktische Lebensgemeinschaften»¹⁸⁵² angewendete *Recht der einfachen Gesellschaft* kann zwar insoweit Abhilfe schaffen, als es gewisse «Arbeits- und Betreuungsleistungen» in der vergangenen Gemeinschaft berücksichtigt, indem es diese Leistungen als Beitrag der Gesellschafterin an die Gesellschaft verstanden wissen will. Allerdings sind diese Leistungen nur dann zurückzuerstatten, wenn gemäss den Liquidationsregeln (Art. 548 f. OR) noch Vermögenswerte übrig geblieben sind¹⁸⁵³. Diese Leistungen wirken jedoch nie über die Auflösung der einfachen Gesellschaft hinaus (sind zur Vereinbarung von nachehlichen Unterhaltsleistungen ungeeignet¹⁸⁵⁴). Hinzu kommt, dass es oft schon von allem Anfang nicht einfach ist zu eruieren¹⁸⁵⁵, ob die Parteien einen Rechtsbindungswillen zur einfachen Gesellschaft hatten oder ob nicht doch eher ein solcher zu einem einfachen Austauschvertrag¹⁸⁵⁶ vorlag.

4.) Würde dennoch von einem einheitlichen obligationenrechtlichen Vertrag zur Lebensgemeinschaft ausgegangen, so stellte sich die grundlegende dogmatische Frage, ob ein «Status- oder Institutionenschutz» des Familienrechts zugunsten (zwingender) Vertragsbestimmungen aufgegeben werden darf, und was dies für Vorteile haben könnte.

Umgekehrt wäre zu entscheiden, ob der sog. «Institutionenschutz», der nach dem Ausgeführten nichts anderes als ein Verfassungsschutz sein kann, entweder ganz abgeschafft oder auf weitere typisierte «Lebensgemeinschaften auf Dauer» ausgedehnt werden soll, sodass eine Verfassungsänderung in der Schweiz unumgänglich wird (Art. 14 BV). So wie dies etwa die schweizerische parlamentarische Initiative aus dem Jahre 2013 für eine «Ehe für alle» fordert (PI 13.468), die entgegen dem, was der Initiativtitel vermuten lässt, den Terminus «Lebensgemeinschaft auf Dauer» einführen will:¹⁸⁵⁷

«Art. 14 Recht auf Ehe, Lebensgemeinschaft (neu) und Familie

¹⁸⁵¹ Die Gesetze kennen aktuell auch einige unterschiedliche Termini: «Lebensformen» (BV 8 II), «Partnerschaftsvermittlung» (OR 406a), «eingetragene Partnerschaft» (PartG/ZGB), «nicht miteinander verheiratet» «unverheiratete Eltern» ZGB« und jüngst die «Haushaltsgemeinschaft» gemäss Art. 264a, 264c nZGB (BBl 2015 949) bei einer *stabilen Lebensgemeinschaft von 3 Jahren*.

¹⁸⁵² Das ist der treffende Terminus, der im Berichte des Bundesrats von 2014.

¹⁸⁵³ Art. 548 f. OR (Versilbern, Ersatzleistungen berücksichtigen) unterscheiden sich von der güterrechtlichen Auseinandersetzung vor allem dadurch, dass es bei ihnen – vertragliche Abreden vorbehalten – nicht zu einer Vorschlagsteilung kommt.

¹⁸⁵⁴ BGer 4A_441/2007 vom 17.12.2008, E.4.

¹⁸⁵⁵ Zum fraglichen Rechtsbindungswillen vgl. BGer 4A_383/2007 vom 19.12.2007; BGer 4C.195/2006 vom 12.10.2007 E. 2.4.1, BGE 108 II 204 E. 4a S. 208 f.; krit. *Cottier/Crevoisier*, *AJP* 2012, 33 f. nur bei wirtschaftlich unabhängigen Parteien dürfe von einer grundsätzlich gewollten Selbständigkeit ausgegangen werden; ferner ist auch die Abgrenzung von Verträgen, die gegebenfalls zusätzlich ausserhalb der einfachen Gesellschaft geschlossen wurden, nicht immer einfach zu bestimmen: BGE 109 II 228 E. 2b.; BGer 4A_320/2010 vom 17.8.2010, E. 4.

¹⁸⁵⁶ BGE 130 V 553, E. 3.5.1.

¹⁸⁵⁷ Seit der Nationalratssitzung von Mitte Juni 2017 ist gewiss, dass die Frist für die Ausarbeitung eines entsprechenden Entwurfes bis im Sommer 2019 verlängert werden konnte. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20130468>, zuletzt besucht am 29.1.2018.

Abs. 1 Das Recht auf Ehe, Lebensgemeinschaft (neu) und Familie ist gewährleistet.

Abs. 2

Die gesetzlich geregelten Lebensgemeinschaften stehen Paaren unabhängig von ihrem Geschlecht oder ihrer sexuellen Orientierung offen.

Art. 38 Abs. 1 erster Satz

Der Bund regelt Erwerb und Verlust der Bürgerrechte durch Abstammung, («Heirat» streichen) gesetzlich geregelte Lebensgemeinschaft (neu) und Adoption. ... »

Bei der geltenden «eingetragenen Partnerschaft» für gleichgeschlechtliche Paare (seit 1. Januar 2007 in Kraft) wurde noch ein bewusster Entscheid zugunsten eines neuen Status und des Institutionenschutzes gefällt.¹⁸⁵⁸ Nun stellt sich die Frage, ob unter eine «faktische Lebensgemeinschaft», nicht auch das «traditionelle Konkubinats», wie auch das Zusammenleben von zwei oder drei Freundinnen im höheren Alter Anwendung finden könnte. – Gemäss entsprechenden Vorschlägen könnte der Terminus «Ehe» in unseren Gesetzen einfach durch «Lebensgemeinschaft» ersetzt werden.¹⁸⁵⁹ Das ist für Juristinnen und Juristen indes nicht die vordringlichste Lösung, denn für viele Menschen ist die Ehe etwas Besonderes, weshalb sie an diesem Terminus und am Konzept der sakralen Ehe festhalten möchten. – Hier ist vielmehr der Frage nachzugehen, ob auf der Basis eines einheitlichen Partnerschaftsvertrags auch ein einheitliches und rechtsgleiches zivilrechtliches Verständnis gewonnen oder gestärkt werden könnte und ob es nicht hilfreich wäre, für all diejenigen Menschen, die sich weder einen Eheschutz noch einen sonstigen institutionellen Schutz wünschen, ein Instrument zu schaffen, durch welches sich das gemeinsame Zusammenleben dennoch regeln liesse.

5.) Familienrechtliche Verhältnisse sind *personaler Natur* – das heisst, auf die Subjekte und ihre Rollen in der Gemeinschaft der Familie (Elternrolle, Kinderrolle) zugeschnitten und insofern grundsätzlich *auf Dauer* ausgerichtet, auch wenn sich Partnerschaften bekanntlich oft auflösen. Daher sind rein vermögens- und haftungsrechtliche Aspekte für familienrechtliche Verhältnisse in der Regel atypisch, sie kommen aber durchaus vor. So wird nicht zuletzt in Trennungs- und Scheidungsverfahren verbittert um Vermögensrechte gekämpft. Zudem erscheint es nach einer gewissen Dauer der Partnerschaft «billig», wenn beide Parteien nach ungeführter Massgabe ihrer Beiträge zur Gemeinschaft Vermögens- oder Ersatzwerte zugesprochen erhalten.

Wie bereits erwähnt, gibt es aber auch eine Reihe von weiteren Verträgen, die heute speziell im ZGB geregelt sind und direkte oder indirekte personale Elemente enthalten: darunter der Vorsorgeauftrag, der Erbvertrag sowie die Testamente und Patientenverfügungen; aber auch der im Partnerschaftsgesetz geregelte Vermögensvertrag (Art. 25 PartG) muss hier hinzugezählt werden. Die vertragliche Vereinbarung einer Partnerschaft ist rechtlich dafür massgebend, welche Vermögensrechte den involvierten Personen nach Beendigung ihrer Partnerschaft zustehen werden.

6.) Ferner ist zu überlegen, ob nicht wenigstens eine «einfache Vertragslösung» zu empfehlen wäre, durch welche die individuellen Beiträge an die Kosten der gemein-

¹⁸⁵⁸ BBl 2003 1288, 1306 f. – zusammen mit dem Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens.

¹⁸⁵⁹ Z.B. Stockrahm, Sven: Lebenspartnerschaft: Öffnet die Homo-Ehe für alle, in: Zeit Online vom 27. Mai 2015.

samen Haushaltsführung und die gemeinsamen Vermögensrechte in jeder Form der Lebensgemeinschaft geregelt werden könnten: also eine Art «Vermögensvertrag». Dieser könnte sich – ähnlich wie dies das geltende Partnerschaftsgesetz (Art. 25 PartG) vorsieht – hinsichtlich der Abwicklung der Auflösung der Gemeinschaft auf die Regeln der Errungenschaftsbeteiligung (Vorschlagsteilung) abstützen.

3. Vom *pacte civil de solidarité* (PACS) nach § 515 *Code civil* (CC)

Das französische Recht hat etwa die Ehe am 18. Mai 2013 auch für homosexuelle Paare geöffnet. Daneben steht in Frankreich zwei erwachsenen Personen, egal welchen Geschlechts, seit dem Jahr 1999 auch die Möglichkeit offen¹⁸⁶⁰, einen *pacte civil de solidarité* (PACS) zu schliessen, mit dem sie pragmatisch ihr Zusammenleben («*vie commune*») regeln können (§ 515-1 CC). – Das zeigt zunächst, dass Vertragslösung und Institutionenschutz nebeneinander stehen können. – Zudem ist auch das Konkubinat gesetzlich umschrieben, nämlich als «faktische Lebensgemeinschaft» zwischen zwei homo- oder heterosexuellen Personen,¹⁸⁶¹ die in einer stabilen und dauerhaften Partnerschaft zusammenleben (§ 515-8 CC). Dauerhaft und stabil bedeutet, dass von einer regel-mässigen intimen Beziehung und einer Wohngemeinschaft ausgegangen wird.¹⁸⁶² Der *Code civil* (CC) sieht zwar keine Rechtswirkungen für die faktische Lebensgemeinschaft vor, doch knüpfen mittlerweile andere Regelungswerke an das Konkubinat an. Beispielsweise steht Konkubinatspaaren die künstliche Fortpflanzung offen und alle Partnerinnen und Partner fallen unter den Anwendungsbereich des Opferhilfeschutzes, wenn sie Gewalt in der Beziehung erleben – egal ob sie verheiratet oder verpartnert sind oder faktisch zusammenleben.¹⁸⁶³

Ausgeschlossen von einem PACS sind Personen, die bereits einen PACS geschlossen haben, oder solche, die verheiratet oder miteinander verwandt sind (§ 515-2 CC). Vertragsgegenstand ist in erster Linie die gegenseitige und materielle Fürsorge nach § 515-4 CC: Die Parteien verpflichten sich «à une *vie commune*, ainsi qu'à une *aide matérielle et une assistance réciproque*». Wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, wird von der Gegenseitigkeit ausgegangen. Der PACS umfasst also gegenseitigen Beistand und Unterstützung (z.B. im Falle von Krankheit, Unfall oder Arbeitslosigkeit). Die Lebenskosten werden gemeinsam getragen und die Schuldenhaftung der üblichen Kosten für die Lebensgemeinschaft gegen aussen erfolgt solidarisch (§ 515-4 para 2 CC). Für alle Schulden, die darüber hinausgehen, haften die Parteien jedoch nicht solidarisch – es sei denn, etwas anderes ist vereinbart worden. Die Eigentumsverhältnisse bleiben grundsätzlich untangiert, jeder verwaltet demnach sein eigenes Vermögen (Gütertrennung § 515-5-2 CC, andere Vereinbarungen sind

¹⁸⁶⁰ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

¹⁸⁶¹ Es spielt etwa auch keine Rolle, ob es sich um Transmenschen oder um Menschen handelt, die während der Partnerschaft eine Geschlechtsumwandlung vornehmen liessen. Entscheidend sei, dass es sich nicht um eine einfache Vereinbarung zwischen Freunden handle, die miteinander die Wohnung teilen: *Malaurie/Fulchiron*, Rn. 363; *Ferrand, Frédérique*: Erfahrungen mit dem PACS in Frankreich, Familienrechtstag 2018, Basel (im Ersch.).

¹⁸⁶² Das entschied der *Cour constitutionnelle* (Verfassungsgericht): *Décision n° 99-419 DC* vom 9. November 1999, worauf mit der Gesetzesänderung vom 23. Juni 2006 Art. 514-4 CC der Terminus «*vie commune*» eingeführt wurde.

¹⁸⁶³ *Code de la Procréation* Art. 2141-2; von der Adoption ausgeschlossen sind sie auch in Frankreich: §§ 343, § 361 CC.

möglich nach § 515-5-1 CC). Kann eine Partei jedoch nicht nachweisen, dass eine (Wert-)Sache in ihrem Alleineigentum steht, wird von Miteigentum ausgegangen (§ 515-5 para 2 CC). Das Erbrecht und die Kinderbelange sind ausgeschlossen. Hingegen knüpfen Rechtswirkungen wie der Sozialversicherungsschutz und die ausländerechtliche Aufenthaltsbewilligung an diese Form der Lebensgemeinschaft an.

Die Begründung, Änderung und Auflösung eines PACS erfolgen *per Erklärung vor dem Zivilstandsbeamten oder dem Notariat*.¹⁸⁶⁴ Bei der Begründung muss der Vertrag vorgelegt werden. Danach wird eine öffentliche Eintragung ins Geburtsregister der betreffenden Personen vorgenommen; dieser Eintrag garantiert die Publizität (§ 515-3-1 CC). Mit dem Tod einer Partei endet der PACS.

C. Wie könnte ein Partnerschaftsvertrag *de lege ferenda* konkret aussehen?

1. Partnerschaftsvertrag *de lege ferenda* mit Personen- und Vermögenssorge?

Ein Partnerschaftsvertrag für Lebensgemeinschaften oder ein *pacte civil de solidarité*, wie er in Frankreich genannt wird, kann grundsätzlich der Wahrnehmung der gegenseitigen Personensorge sowie der Vermögenssorge dienen. Das heisst freilich nicht, dass nicht über die französischen Regelungen hinausgegangen werden könnte. Welche Inhalte aufgenommen werden, richtet sich *nach dem Zweck des Vertrags*: Was soll in einer gemeinsamen Lebensgemeinschaft auf Dauer geregelt werden? Das französische Vorbild sollte dabei keine einschränkende Wirkung zeigen.

2. Gegenseitige Personensorge: Beistand, Rücksicht und Fürsorge

Ein geschütztes Rechtsgut «Liebe» gibt es selbstverständlich nicht, wohl aber ein geschütztes Rechtsgut «Person». Unter die Personensorge fällt alles, was der anderen Person in persönlicher Hinsicht dienen kann: Der gegenseitige Beistand sowie die Rücksichtnahme und die gegenseitige persönliche, affektive und tatsächliche Fürsorge,¹⁸⁶⁵ zu der sich die Parteien für die Dauer ihrer Lebensgemeinschaft bekennen.

Mit anderen Worten: Die Parteien erklären sich bereit, die andere Person in ihrem Lebensalltag zu begleiten, diese in ihrer Lebensgestaltung zu unterstützen, für sie persönlich zu sorgen und ihr Hilfe zu leisten. Der persönliche *Beistand* umfasst insbesondere die Unterstützung bei Krankheit und Arbeitslosigkeit. Die Partnerschaft lässt zwar die eigenen Persönlichkeitsrechte unberührt, doch erfordern die Gemeinschaftsinteressen, dass gegenseitig Rücksicht genommen wird.

Selbstverständlich entstehen aus der *Gegenseitigkeit des Beistands und der Personensorge* auch Gemeinsamkeiten für die betreffende Lebensgemeinschaft. Insofern erüb-

¹⁸⁶⁴ Seit dem 1. November 2017 wird ein PACS in Frankreich statt vor dem Gericht vor dem Zivilstandsbeamten eingetragen, geändert oder aufgelöst werden (*La loi no. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*). Das ist eine Angleichung an die entsprechend revidierte Zuständigkeit in Sachen Scheidung. Das Notariat bleibt parallel zuständig.

¹⁸⁶⁵ *Büchler/Vetterli*, FamKomm PartG, Vorbem. Art. 12-17 N 1 ff., N 4 f., Art. 12 N 13.

rigt sich nach der hier vertretenen Ansicht eine explizite Verpflichtung zur Gemeinschaft (z.B. nach Art. 159 ZGB), zumal die vertretene Abgrenzung zwischen der Ehe als einer eher gemeinschaftsbezogenen und der eingetragenen Partnerschaft als einer eher personenbezogenen Gemeinschaft wenig überzeugend ist.¹⁸⁶⁶ Gleichgeschlechtliche Paare leben gemäss sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen nicht anders als Ehepaare.

Es wäre der Selbstbestimmung der Parteien zu überlassen, ob die gegenseitige Personensorge die *Ausschliesslichkeit dieser Gegenseitigkeit* wie auch eine allgemeine Treuepflicht umfassen soll oder nicht. Dieser Aspekt sollte allerdings als ein zwingend zu regelnder Vertragspunkt erachtet und daher bereits vor dem Vertragsschluss klargestellt werden, indem den Parteien diesbezüglich Informationspflichten aufzuerlegen wären. Dies zumal die Geschlechts- und/oder Wohngemeinschaft in einer Ehe, einer eingetragenen Partnerschaft oder einer faktischen Lebensgemeinschaft ggf. auch fehlen kann.¹⁸⁶⁷

3. Gegenseitige Vermögenssorge: Haushaltsführung, Unterhalt und Regelungen bei Auflösung der Gemeinschaft

Ausgehend vom geltenden Recht des Ehevertrags und des Vorsorgeauftrags sowie der Notwendigkeit einer Regelung zur Auflösung einer Partnerschaft, liessen sich folgende Überlegungen zur Vermögenssorge anbringen:

De lege ferenda sollte für *Partnerschaften im Allgemeinen* – wie dies bereits für das geltende Eherecht (Art. 163 ZGB), die eingetragene Partnerschaft (Art. 13 PartG) oder auch die einfache Gesellschaft (Art. 530 OR) zutrifft – der Grundsatz gelten: Jede Person in einer Partnerschaft trägt *nach Massgabe ihrer Kräfte und Möglichkeiten gebührend zu den Kosten des Zusammenlebens* bei. Wie diese Kosten im engen Sinne aufgeteilt werden und wie die gegenseitigen Leistungen an den Unterhalt des anderen im Einzelnen erfolgen sollen, ist Sache der Parteien: *In natura* durch Besorgen der Haus- oder Betreuungsarbeiten oder in Form von Geldleistungen resp. von entsprechenden Surrogaten (das heisst, v.a. durch das Bezahlen von Dienstleistungen Dritter).

Der «gebührende Unterhalt» gemäss Partnerschaftsgesetz umfasst alles, was nach den Verhältnissen der Partnerinnen und Partner erforderlich ist, um den gemeinsamen Haushalt bestreiten und die persönlichen Bedürfnisse befriedigen zu können. Dazu zählen vor allem die laufenden Kosten für Nahrung, Kleidung, Gesundheit, Wohnen, Sozialversicherungen und Freizeit. Hinzu kommt noch der angemessene Aufbau beruflicher Vorsorgeleistungen. Der individuelle Umfang des Unterhalts hängt von der jeweiligen Vereinbarung zwischen den beiden Parteien ab. Diese müs-

¹⁸⁶⁶ Bächler/Vetterli, FamKomm PartG, Art. 12 PartG N 13 *in fine*; *idem*, Vorbem., Art. 12-17 N 4 ff., 12 ff. v.a. N 10 f. spricht von vereinzelten Unterschieden und Nuancen in den rechtlichen Wirkungen, so dass es sich auch rechtfertige, die Auslegung und Rechtsprechung zu den Wirkungen der Ehe beizuziehen: «ohne Zweifel»; Montini, 271; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo § 30 Rn. 3; zum Partnerschaftsverständnis, dem institutionellen Charakter und den diesbezüglichen Unterschieden zur Ehe vgl. Bächler/Vetterli, FamKomm PartG, Vorbem., Art. 12-17 PartG N 4 ff., 12 ff., s.a. N 10 f.: spricht von vereinzelten Unterschieden und «Nuancen» in den rechtlichen Wirkungen (steht auch oben). Zum Ganzen ausführlich Dutta, Anatol: Paarbeziehungen jenseits der Ehe, AcP 2016 (2016) 609 ff.

¹⁸⁶⁷ Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 30 Rn. 5.

sen jedoch nicht zwingend eine Regelung über die Verteilung der Unterhaltsleistungen vornehmen, doch wäre eine solche prinzipiell von Vorteil.

Bei Abschluss des Partnerschaftsvertrags haben sich die *Parteien gegenseitig über ihre Einkünfte und Vermögensverhältnisse zu informieren* und falls während der Partnerschaft grössere Änderungen auftreten, sind diese ebenfalls mitzuteilen (womit über den geltenden Standard des Eherechts hinaus gegangen würde). Des Weiteren sind sie von den Behörden auf die Vorteile der Verteilung der Unterhaltskosten aufmerksam zu machen. Bestehen während der Partnerschaft Konflikte hinsichtlich des Umfangs des Unterhalts, soll das Gericht oder die zuständige Behörde angerufen werden können.

Zwingend zu regeln sind hingegen die bei einer Auflösung der Partnerschaft geltenden Grundsätze. Darunter fallen Fragen wie die folgenden: Wer soll bei Auflösung einer Partnerschaft welche Gegenstände und welche Vermögenswerte erhalten? Ab welcher Dauer oder welchem Betrag sollen Ausgleichsmechanismen zum Tragen kommen, wenn die von den Partnern im Verlaufe ihrer Partnerschaft erbrachten Leistungen sehr unausgewogen waren?

Beim Ehevertrag wird *de lege lata* von der Errungenschaftsbeteiligung ausgegangen, also von einem «gemeinsamen Portemonnaie», bei der eingetragenen Partnerschaft hingegen von der Gütertrennung, und damit von getrennten Portemonnaies. Im damaligen Vernehmlassungsverfahren stiess diese Regelung des Partnerschaftsgesetzes nicht auf Widerstand,¹⁸⁶⁸ was wohl auf verschiedene Gründe zurückzuführen ist: Eine gewisse Solidarität bei der Auflösung der Partnerschaft wird dadurch erreicht, dass erstens Altersguthaben, die im Rahmen der 2. Säule zwangsgespart worden sind, geteilt werden sollen. Zweitens sind beschränkte Unterhaltsleistungen möglich und drittens kann die gemeinsame Wohnung je nach Notwendigkeit einer der beiden Parteien zugewiesen werden. Der entscheidende Grund dürfte jedoch darin liegen, dass die eingetragene Partnerschaft rechtspolitisch ursprünglich als gleichgeschlechtliche Partnerschaft ohne Kinder konzipiert wurde und von den Vorstellungen geleitet war, dass in gleichgeschlechtlichen Beziehungen beide Partner arbeiten, womit sich in der Regel sowohl Unterhalts- als auch Vorsorgeleistungen erübrigen würden.

Die Regelungen des geltenden Partnerschaftsrechts erweisen sich jedoch in Fällen wie den folgenden als unzureichend: Ein Partner war nicht erwerbstätig (z.B. weil er oder sie nicht dazu in der Lage war infolge Krankheit, Arbeitslosigkeit oder infolge eines Wegzugs ins Ausland mit dem Partner) und/oder leistete mehr Haushaltsarbeit bzw. erbrachte mehr Betreuungsleistungen (für Kinder oder einen Elternteil). Dieser Partner käme gemäss dem Partnerschaftsrecht bei der Vertragsauflösung zu kurz. Das daraus resultierende Missverhältnis in den nachpartnerschaftlichen Verhältnissen wäre darin begründet, dass die betreffende Partei aus Mangel an Vorsicht auf die andere vertraut hat.

Vorbeugend wäre es sinnvoll, für eine beschränkte Dauer (etwa für 1 Jahr) eine zwingende vertragsrechtliche Regelung der Lebensverhältnisse der Partner nach Beendigung ihrer Partnerschaft aufzustellen. In einer weiteren Regelung könnte vorgesehen

¹⁸⁶⁸ BBl 2003 1288, 1317.

werden, dass die gemeinsamen Altersguthaben, die im Rahmen der 2. Säule zwangsgespart worden sind, ab einer Partnerschaftsdauer von drei Jahren geteilt werden müssten. Im Übrigen bestünde die Möglichkeit, dass jeder Partner nach der Vertragsauflösung seine ursprünglichen eingebrachten Eigentums- und Vermögenswerte wieder für sich beanspruchen könnte, während das gemeinsam erworbene Miteigentum hälftig geteilt würde.

4. Formelle Aspekte

Es liegt auf der Hand, dass ein Partnerschaftsvertrag nicht unüberlegt und überstürzt abgeschlossen werden sollte, liegt ihm doch ein besonderes Vertrauensverhältnis zugrunde, das persönlichkeitsrechtliche Elemente wie Beistand, Rücksichtnahme und Fürsorge umfasst und zum Ziel hat, das Zusammenleben der beiden Partner fair geregelt zu gestalten. Zur Begründung der Schriftform bedarf es zudem einer gewissen Publizität, damit Dritte im Rechtsverkehr mit den betreffenden Partnern geschützt werden können. Gemäss geltendem PartG sollen die Wirkungen des Vertrags erst mit der «öffentlichen Beurkundung» bzw. dem öffentlichen Eintrag eintreten. Eine Eintragung in das «Zivilstandsregister» wäre nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht mehr erforderlich. Sollen dem Partnerschaftsvertrag auch *öffentlich-rechtliche Wirkungen* zukommen, so sollten diese erst recht von Gesetzes wegen eintreten.¹⁸⁶⁹ Diese Wirkungen würden alle Lebenspartnerinnen und -partner sowie sämtliche Dritte gleichermaßen betreffen. Der Vorteil einer solchen Regelung läge darin, dass auf den Status verzichtet und stattdessen die Realität repräsentiert würde. Die Wirkungen wären demnach interner wie auch externer Natur.

D. Qualifikation und Abgrenzungen

Eine Ausgestaltung eines solchen Partnerschafts- oder Lebensgemeinschaftsvertrags nach dem Vertragsrecht würde obligationenrechtlich betrachtet zweifellos Parallelen zur Begründung einer einfachen Gesellschaft (Gemeinschaft mit Rechtspersönlichkeit), aber auch zu einem gegenseitigen Auftragsverhältnis zwecks Personen- und Vermögenssorge aufweisen. Daher stellt sich die Frage, wie sich der Partnerschaftsvertrag davon abgrenzen liesse.

Das Recht der einfachen Gesellschaft ist primär auf eine Vermögensgemeinschaft mit gemeinsamen wirtschaftlichen und ideellen Interessen ausgerichtet, und nicht spezifisch auf eine Lebensgemeinschaft. Das zeigt sich auch darin, dass für die einfache Gesellschaft der *Haftungsgedanke* zentral ist: Nur wenn zwei Personen sich zu einem gemeinsamen Zweck zusammengefunden haben und zusammenwirken, sollen sie auch gemeinsam für die Gesellschaft haften. *Essentialia eines Partnerschaftsvertrags* wären wie erwähnt hingegen die gegenseitige Beistands- und Fürsorgepflicht, die im Recht der einfachen Gesellschaft in der Regel fehlen. Zudem eignen sich die Liquidierungsregeln der einfachen Gesellschaft (Art. 548 f. OR) nur beschränkt für die Auflösung von Lebensgemeinschaften. Denn auch wenn sich die Haushaltsführungs- und Betreuungsleistungen als Form der Beitragspflichten ansehen lassen

¹⁸⁶⁹ ZK-Pulver, Einl. PartG N 20f, 30.

(Art. 513 OR), ist eine Bewertung dieser Leistungen erforderlich, was schwierig zu bewerkstelligen ist. Wenn bei Auflösung eines Konkubinats aufgrund der konkreten Umstände *de lege lata* die Liquidationsbestimmungen der einfachen Gesellschaft anzuwenden sind, so bedeutet das noch nicht, dass dadurch auch ein angemessener Ausgleich der Beiträge garantiert ist.¹⁸⁷⁰

Ferner dürfte es keineswegs einfach sein, die folgende Abgrenzung vorzunehmen: Handelt es sich bei einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft um einen gegenseitigen Austauschvertrag (v.a. mit auftragsrechtlicher Komponente) – bei dem die Interessen der Vertragsparteien eher parallel verlaufen –, oder aber um eine einfache Gesellschaft mit gegenseitigen Interessen zum gemeinsamen Zweck einer «Lebensgemeinschaft»?¹⁸⁷¹ Der Schwerpunkt der Interessen wird sich wohl im Verlaufe einer Lebensgemeinschaft hin wieder verschieben. Auch das Auftragsrecht liesse sich nur beschränkt auf den Partnerschaftsvertrag anwenden, denn es handelt sich dabei schliesslich nicht immer um ein synallagmatisches Austauschverhältnis. Hinzu kommt (wie bereits erwähnt), dass in der einfachen Gesellschaft zwischen den Parteien weitere Verträge geschlossen werden können: So ist etwa eine faktische Gemeinschaft möglich, bei der die Parteien auch noch einen Vertrag miteinander geschlossen haben. Wird etwa die Verwaltung des Vermögens ausdrücklich oder stillschweigend dem Partner überlassen, so handelt es sich dabei zweifellos um einen Auftrag.¹⁸⁷² Jedoch ginge es klar über einen einfachen Auftrag hinaus, jemandem den gegenseitigen Auftrag zu erteilen, auch in materiellen Dingen für gegenseitigen Beistand zu sorgen. Dabei würde es sich vielmehr um Vermögenssorge handeln.

De lege lata basiert auch die Gemeinschaft von gleichgeschlechtlichen Paaren, die in einer eingetragenen Partnerschaft leben, auf einem *Konsens*, obschon dies – ähnlich wie beim Eheschliessungsakt – in der Doktrin nirgends *expressis verbis* zum Ausdruck kommt. Nach *Montini* hingegen kommt die Partnerschaft nicht durch das wechselseitige Jawort zustande, sondern durch die Abgabe der gegenseitigen Willenserklärungen zum Unterschreiben der Urkunde im Amtsraum des Zivilstandsamtes.¹⁸⁷³ Unbestritten ist, dass die Rechtswirkungen des Vertrags erst mit dem Eintrag im Zivilstandsregister eintreten. Dogmatisch ist hierbei nach der hier vertretenen Ansicht von einer Vertragsstruktur auszugehen; diese Frage gälte es auch im Hinblick auf den Partnerschaftsvertrag zu klären.

Die eingetragene Partnerschaft trägt dem Grundgedanken und dem Wesen einer Partnerschaft – das heisst dem gegenseitigen Beistand und der gegenseitigen Rücksichtnahme (Art. 12 PartG) – bereits gesetzlich Rechnung. Die Partner werden als Interessengemeinschaft verstanden.¹⁸⁷⁴ Es wird in der Lehre ohne Weiteres davon ausgegangen, dass die eingetragene Partnerschaft zugleich auch eine Partnerschaftsgemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit zur Förderung des gemeinschaftlichen Lebens bilde.¹⁸⁷⁵ Grundsätzlich steht es den Parteien einer eingetragenen Part-

¹⁸⁷⁰ BGE 109 II 228 E. 2b.

¹⁸⁷¹ BGE 104 II 108.

¹⁸⁷² Vgl. zum Eherecht: BGer 5A_72/2009 vom 14. Mai 2009, E. 5.3.

¹⁸⁷³ *Montini*, 281.

¹⁸⁷⁴ *Montini*, 260 ff.; *Büchler/Vetterli*, FamKomm PartG, Art. 12 PartG N 3 ff., 7.

¹⁸⁷⁵ *Büchler/Vetterli*, FamKomm PartG, Art. 12 PartG N 3 ff., 7.

nerschaft offen, auch anderweitige vertragliche Vereinbarungen zu treffen.¹⁸⁷⁶ Da die eingetragene Partnerschaft jedoch wiederum sog. *institutionellen Schutz* genießt, gelangt bei ihr das Recht der einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) nicht zur Anwendung. Dabei wird die Ansicht vertreten, die einfache Gesellschaft könne über die Partnerschaftsgemeinschaft hinausgehen, denn der Zweck, den die Erstere erreichen wolle, sei mehr als nur die blosser Erfüllung der Rechte und Pflichten, die sich aus der eingetragenen Partnerschaft ergeben.¹⁸⁷⁷ Das ist etwa dann der Fall, wenn die beiden Partnerinnen beispielsweise gemeinsam eine Eigentumswohnung kaufen oder eine Zahnarztpraxis betreiben. Für sich genommen beruht jede Partnerschaft ohnehin schon auf einem Vertrag: Die beiden Parteien einigen sich darauf, mit gemeinsamen Mitteln zu einem gemeinsamen Zweck zusammenzuwirken, nämlich miteinander eine Lebensgemeinschaft zu führen. Wenn allein schon eine Wohngemeinschaft von Partnern eine einfache Gesellschaft darstellen kann,¹⁸⁷⁸ scheint es nicht stringent zu sein, warum dies nicht auch auf eine eingetragene Partnerschaft zutreffen sollte.

Ein Partnerschaftsvertrag enthält wichtige Elemente eines «gegenseitigen» Vorsorgeauftrags (Art. 360 ff. OR). Die Parteien versprechen sich gegenseitig Beistand und Personensorge sowie Vermögenssorge und regeln die gegenseitigen Vertretungsrechte. Allerdings ist der Vorsorgevertrag explizit ausschliesslich auf die Handlungsunfähigkeit einer der beiden Parteien zugeschnitten, während der Partnerschaftsvertrag (unabhängig von der Frage der Urteilsfähigkeit) jederzeit Geltung haben soll.

Es ergibt sich: Im Lichte dieser Ausführungen sprechen gute Gründe dafür, neue gesetzliche Rahmenbedingungen für den Partnerschaftsvertrag herauszuarbeiten.

E. Diskussion der Vor- und Nachteile eines Partnerschaftsvertrags

In Anbetracht einer selbstbestimmten Vertragslösung würden die zwingenden Schutzbestimmungen die erforderlichen Schranken setzen. – Deswegen ist jedoch nicht einzusehen, weshalb der Verfassungsschutz nach Art. 14 BV *de lege ferenda* nicht auf weitere nichteheliche Lebensgemeinschaften ausgedehnt werden könnte. Entsprechend bedürfte es auch einer Änderung in der Verfassung: Diese müsste neu den grundrechtlichen Schutz allen verschiedenen Formen der «Lebensgemeinschaft» (als übergeordneten Terminus zur Ehe und zu den eingetragenen sowie anderen nichtehelichen Partnerschaften) zuteil werden lassen. Eine entsprechende parlamentarische Initiative zur Öffnung der Ehe wurde am 1. September 2015 von der zweiten Ratskommission genehmigt – obschon dieser Lösungsansatz bei der Einführung des schweizerischen Partnerschaftsgesetzes in den Jahren 2002 und 2003 noch als zu radikal und politisch undurchführbar erachtet wurde.¹⁸⁷⁹ Die damals geführte Debatte

¹⁸⁷⁶ Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 30 Rn. 7.

¹⁸⁷⁷ Büchler/Vetterli, FamKomm PartG, Art. 12 PartG N 7.

¹⁸⁷⁸ Die Diskussion wurde im Eherecht geführt und dort auf die Eigenständigkeit des zu verfolgenden Zwecks abgestellt (BSK-Hausheer, Art. 165 ZGB N 43). Es ist allerdings zu beachten, dass der Diskussion im Eherecht eine andere Bedeutung beizumessen ist, denn dort geht es auch darum, dass die güterrechtlichen Bestimmungen nicht mittels der Regeln der einfachen Gesellschaft umgangen werden dürfen. Dieses Problem stellt sich bei der Ehe weniger.

¹⁸⁷⁹ BBl 2003 1288, 1307.

um die eingetragene Partnerschaft als «Ehe zweiter Ordnung» mit der vorgeschlagenen gesetzlichen Lösung fasste bewusst nur homosexuelle eingetragene Partnerschaften ins Auge.¹⁸⁸⁰ Der Disput rund um diese Frage ist noch lange nicht abgeschlossen, doch wird er heutzutage aus einem ganz anderen, weiteren Blickwinkel geführt.

Davon ausgehend, dass sich die schweizerische Gesellschaft in den kommenden Jahren und Jahrzehnten weiterhin wandeln wird, gilt es ein einheitliches Vertragsmodell anzudenken, in das sich die verschiedenen Formen der Lebensgemeinschaften integrieren lassen – ein Modell, das die eingangs bereits erwähnten Lebensformen im Wandel (s. Lit. II/B) berücksichtigt und auf dem heute geltenden «Ehevertrag» aufbaut, denn darin ist die Vermögenssorge bereits geregelt.

Die Vorteile eines solchen «*einheitlichen Basisvertrags*» lägen in der Betonung und Stärkung der Selbstbestimmung, das heisst in der eigenen Gestaltungsfreiheit. Damit liessen sich gegenwärtige und künftige Ungleichbehandlungen der verschiedenen Formen rechtlich anerkannter Lebensgemeinschaften grundsätzlich aufheben resp. vermeiden. Überdies könnte das Recht flexibel auf Veränderungen in der Familienpolitik reagieren. Ferner hätte eine einheitliche Vertragslösung für Dritte eine gewisse Vorausssehbarkeit und Vereinfachung zur Folge; insbesondere entstünden jedoch dadurch Vertretungsrechte gegen aussen. Konkret würde ein Partnerschaftsvertrag zur Absicherung der Vermögenssorge innerhalb der Lebensgemeinschaft, aber auch gegen aussen (z.B. müsste die Kündigung bei Mietverhältnissen beiden Partnern zugestellt werden) und in medizinischen Angelegenheiten führen – man denke etwa an die Vertretungsrechte.

Den befürchteten *Nachteilen einer Rechtsunsicherheit*, die mit einem Wegfall der geltenden Statusbezeichnungen (ledig, verheiratet, geschieden, verwitwet oder in eingetragener Partnerschaft lebend) einhergingen, müsste durch zwingende gesetzliche Regelungen konsequent entgegengewirkt werden. Eine *öffentliche Protokollierung* der gegenseitigen Willenserklärungen müsste die Regel darstellen. Ebenso müssten die Lebensgemeinschaften (wie bei der eingetragenen Partnerschaft) in *einem Register namentlich* aufgeführt werden. Das Problem der «ewigen» Verträge liesse sich entweder damit lösen, dass es hinreichend wäre, eine Lebensgemeinschaft auf eine gewisse Dauer einzugehen, die jedoch selbstverständlich beliebig verlängerbar wäre. All jenen Parteien, die eine «lebenslange» rechtliche Verbindung (z.B. per Ja-Wort) einzugehen wünschen, sei dies indes nach wie vor völlig unbenommen, denn alleine deswegen wäre ein Vertrag schliesslich auch *de lege lata* keinesfalls rechts- oder sittenwidrig. Zudem liesse sich einwenden, dass ein solcher Partnerschaftsvertrag aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes jederzeit kündbar bleiben müsste.

Ausgangspunkt für ein einheitliches Vertragsverständnis wäre, dass sich die Parteien vertraglich zu einer Lebensgemeinschaft gebunden haben. Oder die Parteien leben –

¹⁸⁸⁰ VE PartG, 10 ff.; zur Entstehungsgeschichte des PartG vgl. *Büchler/Herz/Bertschi*, FamKomm PartG Allg. Einl. IV N 1-26, N 8; zum Partnerschaftsverständnis und dem institutionellen Charakter vgl. *Büchler/Vetterli*, FamKomm PartG, Vorbem., Art. 12-17 PartG N 4 ff., N 12 f.; *Büchler/Vetterli*, 148 ff.

ohne entsprechende Willensbekundungen – faktisch bereits seit längerer Zeit in einer Lebensgemeinschaft zusammen, und/oder sie stehen einander gegenseitig bei resp. sie unterstützen Dritte (Kinder und andere Betreuungsbedürftige). Als Basis für einen Partnerschaftsvertrag kommt also einerseits eine Anknüpfung an den Willensakt (und die Normativität) und andererseits die Faktizität der gelebten Beziehung infrage. Dieser Punkt entspricht der bereits ausgeführten Problematik der *Opt-in-* oder *Opt-out-Lösung* (vgl. lit. IV/C/2). – Nach der hier vertretenen Haltung wäre prinzipiell ein *Opt-in-Modell* zu bevorzugen, denn dieses würde *dem Willen der Parteien* entsprechen, zumal ein Vertrag ein *Selbstbestimmungsinstrument* darstellt.

1. Sind die Motive irrelevant?

Hingegen sollten die Motive für den Vertragsschluss – etwa «Liebe», Familiengründung, rechtliche oder wirtschaftliche Sicherheit, steuerrechtliche oder ausländerrechtliche Überlegungen – eine untergeordnete Rolle spielen, solange die andere Partei nicht bezüglich der Beweggründe getäuscht wird (Art. 23 ff. OR).

Dennoch wird ein Vertrag, der regelmässig «*im Schatten der Liebe*» geschlossen wird und bei dem emotionale Aspekte wie der Kinderwunsch und/oder andere höchstpersönliche Motive eine vordergründige Rolle spielen, niemals gleich aussehen wie ein professioneller Gesellschaftsvertrag zwischen zwei Personen, die beispielsweise mit gemeinsamen Mitteln eine Anwaltskanzlei betreiben möchten, oder wie ein zwischen zwei Parteien abgeschlossener Arbeitsvertrag. Wir bewegen uns hier vielmehr in einem «*Graubereich*» – *ähnlich wie eine Prostituierte oder eine Leihmutter, die aufgrund der gesellschaftlichen und persönlichen Situation möglicherweise in ihrer Selbstbestimmung eingeschränkt sind*. Diese und ähnliche Überlegungen sind keineswegs neu, sondern wurden bereits von den deutschen Gerichten zur Inhaltskontrolle bei den Eheverträgen angestellt und fanden in der Schweiz Eingang in die Diskussion rund um das Partnerschaftsgesetz.¹⁸⁸¹

2. Schutzgedanken

Was gälte es also zu bedenken? Zunächst wäre der Schutz der Parteien in diesem «*Graubereich*» wichtig: Jede Person, die in einer Lebensgemeinschaft mehr unentgeltliche Betreuungsarbeit leistet als ihr Partner, soll deswegen nicht vermögensrechtlich zu kurz kommen dürfen. Des Weiteren wären die Auswirkungen des betreffenden Vertrags zu berücksichtigen; insbesondere wäre zu erwägen, ob dieser nur vertragsrechtliche Wirkungen (Vertretungsrechte, Beistand, gegenseitige Unterstützung) oder auch familienrechtliche (z.B. Unterhalt, Kindsverhältnis, Güterrecht, Erbrecht) bzw. öffentlich-rechtliche (Sozialversicherungs-, Ausländer- und Steuerrecht) Konsequenzen haben soll. Schliesslich wäre zu überlegen, wie die Änderung und/oder die Auflösung des Vertrags (Kündigung, gegenseitige Auflösung) geregelt werden sollen. Dies wiederum stünde in engem Zusammenhang mit Erwägungen zur gerichtlichen Kontrolle, das hiesse vorab zur Inhaltskontrolle.

¹⁸⁸¹ Vgl. VE PartG, 54 ff.

Nachfolgend wird zunächst von einer reinen Vertragslösung ausgegangen, die für sich genommen weder familienrechtliche noch öffentlich-rechtliche Auswirkungen hätte. Letztere müssten vielmehr an der gesetzlich definierten, vertraglichen oder faktischen «Lebensgemeinschaft» anknüpfen. Unter Lebensgemeinschaft ist eine Hausgemeinschaft auf Dauer zu verstehen (vgl. Art. 267 nZGB).

Der *staatliche Sozialschutz* soll dann greifen, wenn Personen seit längerem (das heisst nach dem Verständnis dieser Arbeit mindestens 2 Jahre) in einer Lebensgemeinschaft leben, in der die Personen- und Vermögenssorge derart unausgewogen sind oder (bei deren Auflösung) waren, dass eine Partei dadurch übervorteilt (Art. 21 OR) und/oder in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt wurde (Art. 27 Abs. 2 ZGB, Art. 19 f. OR), oder wenn die betreffende Lebensgemeinschaft gegen die «öffentliche Ordnung» (Art. 19 f. OR) verstossen würde. – Ausserdem soll der *staatliche Sozialschutz* grundsätzlich bei Kindern greifen.

3. *Faktische Lebensgemeinschaft*

Mit einer Vertragslösung bliebe allerdings die rechtliche Behandlung der faktischen Lebensgemeinschaften noch ungelöst. Zunächst wäre jedoch zu erwarten, dass sich dank einer neuen Einheitslösung zum Partnerschaftsvertrag und einer unbürokratischen Regelung mehr Paare über eine schriftliche Vereinbarung Gedanken machen und schliesslich auch auf eine solche Lösung eingehen würden. Ferner müsste die Bevölkerung diesbezüglich gründlich informiert werden.

Des Weiteren wäre es aber möglich, bei einer gesetzlichen Regelung des Partnerschaftsvertrags (*de lege ferenda*) diese Bestimmungen *ergänzend anzuwenden*. Da sich die davon betroffenen Personen eben gerade nicht über die gegenseitige Personen- und Vermögenssorge geeinigt haben, wäre es umso dringender, die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Personen- und Vermögenssorge klar zu formulieren.

F. Verträge für die Lebensgemeinschaft und Sicherung der Kinderrechte durch das Familienrecht

Sind die vertraglichen Partnerschaften vereinbart, eingetragen und als faktische Lebensgemeinschaften anerkannt und entstehen Familien mit Kindern, kommt das Familienrecht zum Zuge. Nunmehr muss das Kind, das nicht oder nur beschränkt selbstbestimmt ist, im Zentrum des staatlichen Schutzinteresses stehen.

Elternrollen, -rechte und -pflichten sind ausgehend vom Kindesinteresse zu regeln.¹⁸⁸² Kurz gesagt: Das Kind steht im Zentrum des rechtlichen wie auch des staatlichen Interesses – und folglich auch des *Familienrechts*. Die Kindersorge und der Kinderunterhalt als zentrale Rechte von Kindern ihren Eltern gegenüber sind in Deutschland oder der Schweiz heute bereits unabhängig vom Status geregelt. Das ist richtig. Gerade die zunehmend komplexen Beziehungsverhältnisse gebieten für Kinder einen umfassenden individuellen gesetzlichen Schutz, unabhängig davon, wo sie

¹⁸⁸² In einem weiteren Schritt sind u.a. auch die Arbeitsstrukturen gemäss den Bedürfnissen von Eltern mit Kindern zu ändern.

geboren sind, wo sie leben und wer ihre genetischen, biologischen oder sozialen Eltern sind. Das Kindeswohl als *Maxime* ist entsprechend völker-, verfassungs- und zivilrechtlich garantiert.

Ob die Rechtswirkungen des Familienrechts auch zum Schutze von Eltern, die Kinder betreuen und während dieser Zeit beispielsweise auf Erwerbs- und Vorsorgetätigkeiten verzichten, immer gesetzlich wirken soll, ist zu diskutieren, so z.B. bei einer faktischen Lebensgemeinschaft mit einem Kind von einer gewissen Dauer (z.B. 3 Jahre)¹⁸⁸³. Eine subsidiäre Härteklausele wird es jedoch brauchen. Nach der hier vertretenen Ansicht soll es aber Erwachsenen/Eltern grundsätzlich unbenommen bleiben, selbstbestimmte vertragliche Lösungen zu treffen, wenn sie das können¹⁸⁸⁴ – dies selbst hinsichtlich ihrer künftigen Mutter- oder Vaterrolle. Ein *ein- oder zweiseitiger Willensakt* einer Person, ihre Mutter- oder Vaterrolle übernehmen zu wollen¹⁸⁸⁵ – wie beispielsweise die Anerkennung der Elternschaft vor der Geburt, damit keine Rechtsunsicherheiten auftreten – oder eine gegenseitige Vereinbarung zum Betreuungs- und Unterhaltsmodus während oder nach der Auflösung der Partnerschaft, sollten demnach nicht ausgeschlossen sein. – Diese Möglichkeiten müssten allerdings staatlich überwacht und gerichtlich kontrolliert werden, wie dies heute in der Schweiz bei der Vaterschaftsanerkennung bereits der Fall ist.

Es ergibt sich: Zum Schutz des Kindes müssen familienrechtliche Bestimmungen den rechtlichen Rahmen setzen. Die Erwachsenen/Eltern sollen aber grundsätzlich selbstbestimmte vertragliche Regelungen zu ihrer Form des Zusammenlebens treffen können. Nicht ausgeschlossen soll dabei sein, dass sie auch Vereinbarungen und Regelungen zu ihren Mutter- und/oder Vaterpflichten und ihren Betreuungsrechten treffen können – sofern das Kindesrecht und Kindeswohl gesichert ist.

¹⁸⁸³ So etwa die «Haushaltsgemeinschaft», Art. 264a, 264c nZGB (BBl 2015 949) verstanden als *stabile Lebensgemeinschaft bei 3 Jahren*; Bächler, FamPra 15 (2014) 4, 797 ff., 789 ff.

¹⁸⁸⁴ Ob Bächler, FamPra 15 (2014) 4, 802 und Gutachten *Schwenzer* 2013, 974 eine Vertragslösung als so weit gehend verstehen, ist wohl eher zu bezweifeln.

¹⁸⁸⁵ BGH, Urteil vom 23. September 2015, XII ZR 99/14. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass eine siebzehnjährige Frau einen Unterhaltsanspruch gegenüber dem Lebenspartner ihrer Mutter hat. Dieser Anspruch wurde gestützt auf eine Vereinbarung, mit welcher der Lebenspartner in die heterologe Insemination von Spermien eines Dritten bei der Mutter eingewilligt hatte (er hatte das Fremdsperma auch besorgt) und das Kind daraus hervorgegangen war. Es handelt sich um einen berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB); einen von familienrechtlichen Besonderheiten geprägten Vertrag zugunsten des zu zeugenden Kindes, der die Bereitschaft des Mannes ausdrückt, die Vaterrolle einzunehmen und Verantwortung zu übernehmen und entsprechend eben auch Unterhalt zu leisten. Der Bundesgerichtshof spricht von einer «*Übernahme der Elternschaft kraft Willensakt*» (Rn. 5). Die Vertragspflicht gilt nach dem Bundesgerichtshof auch, wenn der Mann nicht mit der Mutter verheiratet ist und das Kind nicht anerkannt hat. Seine schriftliche Einwilligung kann nämlich als eine die Vaterschaftsanfechtung ausschliessende Erklärung verstanden werden (§ 1600 Abs. 5 BGB). Die Tatsache, dass der Vater das Kind gar nicht anerkannt hat, soll dem nichtehelichen Kind nicht schaden.

Teil 4

Selbstbestimmung und ihre Grenzen aus theoretischer Perspektive

Kapitel 10

Selbstbestimmung aus theoretischer Perspektive und die Kritik am Konzept der Autonomie

I. Im Spannungsfeld von Selbstbestimmung und Schutz

Eine vertragsrechtliche Untersuchung zur Selbstbestimmung im Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung ist, wie schon in der dogmatischen Verortung erwähnt, im übergeordneten Spannungsfeld von Selbstbestimmung und Schutz anzusiedeln.¹⁸⁸⁶ Man könnte sie gleichermaßen mit dem Spannungsfeld zwischen Individualismus und Paternalismus,¹⁸⁸⁷ Individualismus und Kollektivismus,¹⁸⁸⁸ materialer und formaler Vertragsfreiheit¹⁸⁸⁹ oder – je nach Verständnis – allenfalls auch mit demjenigen zwischen formaler und materialer Vertragsgerechtigkeit¹⁸⁹⁰ assoziieren. Bezogen auf den Vertrag ist die dem Spannungsfeld zugrunde liegende Problematik jeweils dieselbe:

Das Prinzip der Selbstbestimmung verbietet es, dass ein Vertrag, der von beiden Parteien aus freien Stücken und unter Kenntnis der erforderlichen Informationen abgeschlossen wurde, für ungültig erklärt wird. Und umgekehrt vermag ein so verstandenes Selbstbestimmungsrecht keinen Vertrag zu schützen, der bloss zustande gekommen ist, weil mindestens eine der betroffenen Personen fremdbestimmt oder bezüglich des Vertragsinhalts unwissend war, oder auch, weil sie beispielsweise unter starkem emotionalem Druck stand oder aufgrund ihrer spezifischen Lebenssituation keine andere Wahl hatte.¹⁸⁹¹

Diese Problematik wird bzw. wurde in den drei Vertragsbeispielen zugespitzt: Dass die Inhalte und Vertragsumstände sehr persönlich und/oder körperlich und/oder wirtschaftlich alltagsrelevant sind, spricht zum einen klar für ein Recht auf Selbstbestimmung und Vertragsgestaltung (jenseits von Verboten). Zum anderen bedürfen gerade diese Parteien auch eines besonderen Schutzes, weil in diesen spezifischen Vertragsumständen ihre Selbstbestimmung nicht unbedingt gewährleistet ist.

¹⁸⁸⁶ Laut *Jürgen Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Band 1 (Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung), Frankfurt a. Main 1981, 531, liegt v.a. im Bereich der Sozialpolitik und des Sozialrechts eine «Ambivalenz von Freiheitsverbürgung und Freiheitsentzug» vor, wobei er hier eine «dilemmatische Struktur dieses Verrechtlichungstyps» erkennt (534).

¹⁸⁸⁷ *Dworkin, G.*, Paternalism, 121 ff.; *Eidenmüller*, JZ 17/2011, 814 ff.; neuerdings ausführlich *Schmolke*, 57 ff.

¹⁸⁸⁸ *Auer*, die von einem fortwährenden Hin und Her ausgeht, 11 ff.

¹⁸⁸⁹ *Bydlinski*, System, 158 ff., 755 f.

¹⁸⁹⁰ Beispielsweise *Sedlmeier*, 44 f., für die das Vertragsrecht die «Gerechtigkeit der Freiheit als jene Form der Vertragsgerechtigkeit» avisiert, «die eine Verwirklichung der Selbstbestimmung hervorbringt»; *Bydlinski*, Formale Freiheitsethik und andere Ethiken, 99 ff., 113 plädiert für ein «Mischverhältnis».

¹⁸⁹¹ *Hanna, J.*, 434 ff. Umgekehrt läge wiederum eine Form des Paternalismus vor, wenn ein Vertrag nicht eingegangen würde, nur weil sich die eine Partei vorstellen kann, dass dieser Vertrag für die andere ein Risiko bedeuten würde.

Diese Grundproblematik soll im vorliegenden Kapitel *breit verstanden* werden und über diejenige eines möglichen (klassischen) Machtungleichgewichts der vertragschliessenden Parteien beim Abschluss solcher spezifischen Verträge hinausgehen. Denn wenn eine Prostituierte mit einem Alkoholiker oder einem Menschen mit sehr geringem Selbstwertgefühl einen Vertrag über sexuelle Handlungen gegen Entgelt schliesst, mag unklar sein, wie es sich mit dem Machtungleichgewicht verhält. Und dennoch kann es sein, dass die Prostituierte diesen Vertrag nicht selbstbestimmt schliesst, weil etwa ihre Familie starken Druck auf sie ausübt oder weil sie ihr Leben lang sexuell ausgebeutet wurde und sie insoweit vielleicht nicht selbstbestimmt ist, obschon sie das Gefühl hat, es zu sein.

Verträge, die nur zustande kommen, weil es den Parteien oder einer Vertragspartei *«am notwendigen Schutz fehlt»*, liegen oft ausserhalb der (rechts-)ethischen Wertmassstäbe – d.h. *ausserhalb der «guten Sitten»* (oder ggf. ausserhalb der öffentlichen Ordnung) – und sind deshalb teils auch verboten (z.B. zum Schutz der Jugend). Das wurde schon hinreichend erörtert (Kap. 5, 7). Ob aber das Ziel, den Konflikt (Wahrung der Selbstbestimmung und notwendiger Schutz), der solchen Verträgen zugrunde liegt, mittels Verboten oder einer flexiblen Generalklausel der «guten Sitten» bzw. der «öffentlichen Ordnung» erreicht werden kann oder soll und welches ein gangbarer Weg ist, um die Selbstbestimmungsfähigkeiten aller Parteien möglichst zu gewährleisten, hängt *in sehr hohem Masse von der Bedeutung des Konzepts der Selbstbestimmung bzw. den Vorstellungen von Autonomie* ab (vgl. dazu gleich Ziff. II.D).

Es gilt, dabei auch grundsätzliche *theoretische* und *philosophische Zweifel am Konzept der Selbstbestimmung* (lit. A–D) sowie *grundsätzliche Kritik am Autonomiekonzept* aus den empirischen Wissenschaften, weil etwa Rationalitätsdefizite im menschlichen Entscheidungsverhalten vorliegen (lit. E), zu berücksichtigen. Es wird mitunter infrage gestellt, ob sich das Verhalten der Vertragshandelnden und solchen, die mittels Vertrag oder im Rahmen eines Vertrags zu Eingriffen in ihre körperliche Integrität einwilligen, mit dem Selbstbestimmungskonzept befriedigend erklären lässt. Auf einige solche *kritische Konzepte soll in diesem letzten Teil näher eingegangen werden*. Denn je nachdem, von welchen theoretischen Grundvorstellungen bezüglich des menschlichen Verhaltens und vor allem der Selbstbestimmung und der Handlungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit) eine Rechtsordnung ausgeht, fällt die Haltung gegenüber dem Schutz des Individuums unterschiedlich aus. Sollte die Rechtsordnung also davon ausgehen, dass wir generell irrationale Wesen sind oder dass wir uns irrational(er) verhalten, wenn es um einen Vertrag über höchst persönliche/intime Belange wie «Liebe», Sex oder Fortpflanzung geht, und dass wir folglich überwiegend nicht in der Lage sein werden, dessen Rechtswirkungen realistisch einzuschätzen? Falls dem zuzustimmen ist, wäre es dann legitim, wenn die Rechtsordnung in eine Form von Paternalismus verfiere,¹⁸⁹² um uns vor uns selbst zu schützen? Erst wenn von einer Selbstbestimmung ausgegangen werden kann, fragte sich weiterführend, ob ein legitimer Paternalismus vorliegt,¹⁸⁹³ wenn unsere Rechtsordnung (Verfassungs- und Zivilrecht) gewisse Grundwerte wie den Schutz der Menschen-

¹⁸⁹² Vgl. Eidenmüller, JZ17/2011, 814 ff.

¹⁸⁹³ Eidenmüller, JZ 17/2011, 815.

würde und der Persönlichkeit demokratisch festlegt und daraus abgeleitet hat, dass über Körperteile (z.B. Organe), die lebenswichtig sind, nicht rechtsgeschäftlich verhandelt werden kann, hingegen über «Liebe», Sex oder Fortpflanzung möglicherweise schon.

In neuerer Zeit – am Ende des 20. Jahrhunderts und im 21. Jahrhundert – haben kritische Juristen und Juristinnen sowie Feministinnen aus den Fachbereichen Rechts- und Sozialwissenschaften und der Philosophie ein *grundsätzliches Überdenken des Konzepts der Autonomie* einer Person gefordert (Ziff. II). Deren Ansätze, welche sich in den Einzelheiten unterscheiden, werden noch weitgehend ausserhalb der Rechtswissenschaften erörtert: Die persönlichen Beziehungen zwischen den Parteien, insbesondere die unter ihnen wirkenden Machtverhältnisse sowie ihre kulturelle und soziale Einbettung, müssten mehr Beachtung finden. Man spricht mitunter vom sog. *relationalen Autonomieverständnis* (Ziff. III). Dabei geht es auch um die Frage, wie rechtliche Selbstbestimmung ermöglicht werden kann, ohne dadurch die Handlungsalternativen einer Person *de facto* zu beschränken (diese Frage stellt sich beispielsweise bei der Zulassung von neuen pränatalen Diagnose-Tools, welches die reproduktive Selbstbestimmung grundsätzlich erhöhen mag, aber zugleich auch einen Druck zum Abtreiben aufbauen kann).¹⁸⁹⁴ Die Auseinandersetzung mit dem Konzept der Autonomie hat aber vor allem auch in der *Medizinethik* und im *Medizinrecht* einen festen Platz. So setzen sich die heute bereits als traditionell geltenden, wegweisenden Medizinethiker *Tom T. Beauchamp* und *James F. Childress* für ein relativ differenzierteres Verständnis von Selbstbestimmung ein:¹⁸⁹⁵ Gemäss diesen Autoren räumt das Autonomieprinzip (genauer: «*The Principle of Respect for Autonomy*») allen Personen das Recht ein, ihre eigenen Ansichten zu haben, ihre eigenen Entscheidungen zu fällen und Handlungen zu vollziehen, die den «*eigenen Wertvorstellungen*» entsprechen. Die Debatte rund um Selbst- oder Fremdbestimmung und um die Konstruktion der eigenen Identität hat heute in der Medizinethik im Rahmen der Lebensend-Entscheidungen und den einmal gültig verfassten Patientenverfügungen eine neue Aktualität gewonnen – wobei man sich fragen muss, ob der erst vor relativ kurzer Zeit erreichte *Paradigmenwechsel hin zu einer Patientenautonomie* nicht bereits wieder verteidigt werden muss (vgl. dazu Ziff. II.D.3). In einem Schnittbereich von Philosophie, Medizinethik und Feminismus sind sodann die über die klassische medizinethische hinausgehenden Kritiken am Prinzip der Autonomie etwa von *Onora O'Neill* (Grossbritannien, *emerita*) und *Natalie Stoljar* (Kanada, *McGill University*) anzusiedeln. Darüber hinaus findet sich aber auch in der Rechtswissenschaft¹⁸⁹⁶ Kritik im Zusammenhang mit Autonomie, namentlich im Rechtsverständnis von

¹⁸⁹⁴ Aber auch Kommunitaristen wie *Charles Taylor* kritisieren das Konzept von Autonomie im Rahmen des traditionellen Liberalismus, wenn sie betonen, dass ein Mensch nicht ausserhalb von Beziehungen zu anderen und ausserhalb der Gesellschaft gedacht werden kann. Sein Konzept der Authentizität besagt etwa, dass ein Individuum sich nur in Referenz zu seiner Gruppe und den wichtigen Bezugspersonen denken und definieren kann: *What's wrong with negative liberty?*, *Taylor*, *The ethics of authenticity*.

¹⁸⁹⁵ Vgl. 7. Auflage des Buchs *Principles of Biomedical Ethics* (2013), 101 ff., 103 f.; die vier grundlegenden Prinzipien wurden jedoch erstmals 1979 propagiert: 1.) *respect for autonomy*, 2.) *non-maleficence*, 3.) *beneficence* und 4.) *justice*.

¹⁸⁹⁶ Im Familienrecht wird ein relationales Denken von Autonomie – das im anglo-amerikanischen Familienrecht bereits seit den 1990er-Jahren regelmässig thematisiert wird – zunehmend auch bei uns aufgegriffen: vgl. den Sammelband von *Anne Röthel* (2014).

Jennifer Nedelsky (Toronto) und im Vertragsrecht bei den Vertragsrechtlern *Ian MacNeil* (Schottland, *verstorben*) und *Takashi Uchida* (Japan, *emeritus*), die sich für ein kontextuales oder eben relationales Denken im Vertragsverhältnis einsetzten (zu dieser Unterscheidung später).

Die von all diesen Kritikerinnen und Kritikern erhobene Forderung nach einer gewissen «*relational autonomy*» oder einer «*relational contract theory*» bedeutet freilich nicht immer das Gleiche. Dennoch verlaufen ihre Intentionen parallel: Die Selbstbestimmung oder die Vertragsfreiheit einer Person sei nur im Zusammenhang mit ihrer aktuellen Handlungsfähigkeit, ihrer Selbstwahrnehmung, ihren konkreten Lebensumständen und ihrer Beziehung zu den involvierten Personen zu betrachten; diese einem Vertrag zugrunde liegenden Beziehungen würden die formalisierte Vertragsbeziehung oft überdauern.¹⁸⁹⁷ Bei *Uchida* kommt hinsichtlich des japanischen Vertragsrechts etwa hinzu, dass er sein Theorieverständnis als eine an das japanische Rechtsverständnis und die japanische Kultur besonders gut angepasste Herangehensweise versteht. Das sog. relationale Autonomieverständnis dient zweifellos auch als Sammelbegriff («*umbrella term*»), unter dem verschiedene kritische Ansätze zusammengefasst werden.

So verschieden diese Kritiken aus den einzelnen Disziplinen sind, so unterschiedlich ist auch das Verständnis von Autonomie oder Selbstbestimmung (zur Terminologie vgl. bereits unter Kap. 4; nachfolgend werden die Begriffe so verwendet, wie sie die jeweiligen Autorinnen und Autoren verwenden, also überwiegend der Autonomiebegriff und nicht der Begriff der Selbstbestimmung).¹⁸⁹⁸ Während im Vertragsrecht Autonomie meist als formelle Vertragsfreiheit verstanden wird, kann das Autonomiekonzept in der Medizinethik und im Medizinrecht mit dem Prinzip des *Informed Consent* gleichgesetzt werden. In der politischen Philosophie hingegen wird es in erster Linie als negative Freiheit und Fähigkeit zur «Selbstgesetzgebung»¹⁸⁹⁹ verstanden. In der Entscheidungstheorie wiederum schlägt sich das Autonomiekonzept als sog. rationales Entscheidungsverhalten nieder.

Ziel der Auseinandersetzung mit diesen Kritikerinnen und Kritikern ist es, ein differenziertes Verständnis von Selbstbestimmung und ihren Grenzen im Vertragsrecht zu entwickeln. Dabei wird weder Anspruch auf Vollständigkeit hinsichtlich der Darstellung der verschiedenen Vertragstheorien oder deren Entwicklung erhoben noch eine deskriptive oder eine normative Vertragstheorie präsentiert. Vielmehr sollen aus dem auch im Vertragsrecht bestehenden Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmungs- und Schutzbedürfnis gewisse Überlegungen und Begründungen herausgearbeitet werden, aufgrund derer sich ableiten lässt, wann die Selbstbestimmung gestärkt werden sollte, wann diese allenfalls als eine Überforderung der betroffenen Personen zu gelten hat und wann der Schutzgedanke im Vordergrund stehen muss.¹⁹⁰⁰ – Weil und

¹⁸⁹⁷ *Christman*, 369 ff.

¹⁸⁹⁸ Vgl. Übersicht bei *Mackenzie/Stoljar*, 4 f.

¹⁸⁹⁹ Vgl. *Kant*, MS, Einleitung, XXV (Ausgabe 1798, Fn. 922); *Rawls, John*: Eine Theorie der Gerechtigkeit, übersetzt von Vetter, Hermann, Frankfurt a.M. 1979, 557 ff.

¹⁹⁰⁰ Weiterführende Erläuterungen zur Entwicklung der theoretischen Grundlagen des Vertragsrechts und der Vertragsfreiheit finden sich z.B. bei *Trebilcock*, 23 ff., u.a. mit der hier relevanten Diskussion des Ansatzes von *Margaret Jane Radin*, die bereits in den 1990er-Jahren mit ihrer Theorie zur Kommodifikation den *Identitätsaspekt im Sinne von Integrität und Kontinuität* als

soweit sich diese Überlegungen nicht bloss auf einen, sondern auf verschiedene Vertragstypen anwenden lassen, rechtfertigt es sich, hier im vierten Teil der Arbeit von vertragstheoretischen Überlegungen auszugehen.¹⁹⁰¹

II. Kritikpunkte am Konzept von Selbstbestimmung und Autonomie

A. Disziplinenübergreifende Kritikpunkte

Die Kritiken an den Konzepten von Selbstbestimmung und Autonomie bewegen sich selten streng innerhalb der disziplinären Grenzen von Rechtswissenschaft, Philosophie, Medizinethik und Entscheidungstheorie.¹⁹⁰² Eine disziplinäre Systematisierung verfehlte darüber hinaus insbesondere dann ihr Ziel, wenn etwa die feministische Kritik miteinbezogen wird. Daher richtet sich die nachfolgende Gliederung nicht oder nur eingeschränkt nach Disziplinen, sondern nach den inhaltlichen Kritikpunkten.

Im Vordergrund sollen wegen der hier interessierenden Vertragstypen die feministischen Kritikpunkte an den Vorstellungen von Selbstbestimmung und Autonomie in den Rechtswissenschaften im Allgemeinen und im Vertragsrecht im Besonderen stehen (lit. B.1), die freilich für sich genommen schon sehr unterschiedlich sind.

Auch innerhalb der Rechtswissenschaft findet sich in verschiedenen Fachbereichen Kritik am Autonomiemodell, allen voran die Kritik von den feministischen Rechtswissenschaftlerinnen oder den *Critical Legal Studies* (lit. B.2).

Diese Kritiken thematisieren schwergewichtig *drei Problemkreise*: Einmal wird Kritik vorgebracht an der Struktur und Konstruktion von Identitäten und der fehlenden Authentizität von sog. autonomen Handlungen. Ein zweiter zentraler Kritikpunkt setzt beim Rationalitätsdefizit des Individuums an. Drittens wird häufig die fehlende Berücksichtigung des sozialen Kontextes, in welchem Autonomie entsteht (vgl. lit. C–D), kritisiert.¹⁹⁰³

eine Voraussetzung für die Freiheit umschrieb (1993, 1996) und ein entsprechendes Marktdenken ablehnte; u.a. *Atiyah*, *Rise and Fall*; *idem*, *Essays*; *Gordley*, 287 ff.; *Smith*, *Contract Theory*; *Benson*, *Contract*; *idem*, *Narrative Self-Understanding*; s.a. *Belser*, 11 ff., 25 ff.

¹⁹⁰¹ *Dagan/Heller*, *Freedom of Contracts*, 2.

¹⁹⁰² Das zeigt sich etwa, wenn ein Philosoph und Rechtsphilosoph wie *Ronald Dworkin* sich mit Autonomie und Euthanasie oder Autonomie und Abtreibung auseinandersetzt (1994) und rechtspolitische Forderungen daran anknüpft: *Life's dominion: An Argument about Abortion and Euthanasia*, New York 1994.

¹⁹⁰³ Freilich könnte auch eine ganz andere Systematisierung gewählt werden, wie z.B. die Unterscheidung in prozedurale und materiale Kritikansätze (so etwa *Mackenzie/Stoljar*, 13 ff., 17 f.): Bei den Ersteren geht es – im Gegensatz zu den Letzteren – nicht darum, die Inhalte von Wünschen, Willenskundgebungen oder Handlungen von Personen zu bewerten, sondern darum, zu untersuchen, ob die betreffenden Personen in den unterschiedlichen Momenten in der Lage sind oder nicht, ihre Motivationen zu reflektieren. Zudem unterteilen sie die prozeduralen Ansätze in strukturelle und historische Kritikansätze: Zu den strukturellen zählen sie etwa die Stufentheorie von *Frankfurt* und zu den historischen den Ansatz von *Christman*, der auf den Zeitablauf abstellt.

B. Kritik aus der feministischen Forschungsperspektive oder die fehlende Berücksichtigung weiblicher Lebenskontexte

1. Allgemeine Kritikpunkte

a) Autonomie als «männliches Ideal» oder «Obsession»

Allen Kritikerinnen und Kritikern voran haben die feministischen Juristinnen und die Wissenschaftlerinnen aus dem Gebiet der *Genderstudies* die herrschenden Konzepte von «Autonomie» und «Selbstbestimmung» hinterfragt. Da das westliche *Freiheitsideal* aus dem 18. Jahrhundert als «von Männern erdacht» begriffen wird,¹⁹⁰⁴ erstaunt dies wenig. Feministische Forschungsperspektiven sind letztlich als Reaktionen auf den Ausschluss von Frauen von Recht, Selbstbestimmung und Autonomie zu verstehen.

Selbstbestimmung und Autonomie werden in der feministischen Forschung oftmals als «männliche Ideale» verstanden, die nicht unabhängig von den historischen und gesellschaftlich-kulturellen Entwicklungen gedacht werden können. Selbstbestimmung oder Autonomie können, so beispielsweise die kanadische Philosophin *Lorraine Code*,¹⁹⁰⁵ denn auch weitgehend mit stereotypen männlichen Eigenschaften gleichgesetzt werden: «[... an] autonomous man is – and should be – self-sufficient, independent, and self-reliant, a self-realizing individual, who directs his efforts towards maximizing his personal gains [...]» – Zentral ist nach dieser Autorin das Denken, dass ein Mensch unabhängig (isoliert) und selbstgenügsam leben könne und dass jeder mit eigenen Kräften und Anstrengungen das Maximum erreichen könne. Weil die eigene Unabhängigkeit aber unter konstanter Bedrohung leide, verteidige der Mensch diese. Das werde als Individualismus verstanden und dann in der Folge mit Autonomie gleichgesetzt. Die Folge ist nach *Code*, dass die gesamte westliche Kultur sozusagen an einer «Autonomie-Obsession» leide.¹⁹⁰⁶

Entsprechend wird der Vertrag aus einer feministischen Forschungsperspektive auch nicht unbedingt als repräsentativ für das «*Freiheitsideal*»¹⁹⁰⁷ betrachtet, sondern wird vielmehr als Sinnbild von Freiheit, Autonomie oder Selbstbestimmung hinterfragt. Dies geht teilweise so weit, dass der Vertrag als solches als *Subordinationsinstrument* (von Männern über Frauen) gesehen wird (dazu gleich Ziff. 2).

b) Herabsetzung von Care-Gefühlen

Auch die Philosophinnen *Mackenzie* und *Stoljar* gehen in ihrer feministischen Kritik davon aus, dass die Autonomie an und für sich ein «männliches Konzept» und somit

¹⁹⁰⁴ *Maihofer*, 160 ff.; *Pateman*, 19 ff. m.w.H.; s.a. Lee, Martha (Hrsg.): *Women in Western Thought*, New York 1979; es ist auch ausserhalb der feministischen Literatur unbestritten, dass die theoretisch einflussreichsten Gesellschaftsvertragstheoretiker (*Locke*, *Hobbes*, *Rousseau*) sowie die «Erklärung der Menschenrechte» von 1789 mit Menschen implizit den Mann gemeint haben: *Mahlmann*, 62 ff., 74, 211 ff., *Büchler/Cottier*, 59 ff.;

¹⁹⁰⁵ *Code*, 12 ff., 78.

¹⁹⁰⁶ *Codes* Kritik richtet sich u.a. dagegen, dass der Loyalität und der Freundschaft weniger Wert beigemessen werde, da sie für die Individualität unbedeutend seien, und dass soziale Werte und Praktiken die Autonomie bedrohen würden (z.B. «Care-Kritik»).

¹⁹⁰⁷ *Atiyah*, *Essays*, 10 ff., 121 ff.

nicht auf die Lebensrealitäten von Frauen zugeschnitten sei, was sich u.a. in der Herabsetzung von *Care*-Gefühlen äussere. Vielmehr sei der «*self-made man*» der Inbegriff von Selbstbestimmung.

Diese Autorinnen unterscheiden fünf Hauptkritikansätze (statt wie hier drei): 1.) Die *symbolischen Kritiken*, die sich gegen die Abstraktheit und das Ideal des Prinzips richten.¹⁹⁰⁸ 2.) Die *metaphysischen Kritiken*, die daran anknüpfen, dass keine Person als atomistisch separates Subjekt wahrgenommen werden dürfe.¹⁹⁰⁹ Rein logisch kann kein Mensch ausserhalb unserer Gemeinschaft, ausserhalb eines sozialen Kontexts existieren. Jedes Selbstverständnis eines Akteurs ist sozial konstruiert. 3.) Der sog. «*Care-Kritikansatz*», der sich gegen eine Herabsetzung von Werten wie Abhängigkeits- und Verbundenheitsgefühle richtet. 4.) «*Postmoderne*» Kritiken – ein Sammelbegriff für Dekonstruktionsansätze und psychoanalytische Ansätze, welche die Pseudo-Rationalität des Selbstbestimmungskonzepts herausstreichen (vgl. nachfolgend lit. d) und die Machtungleichheit sowie das Andersein infrage stellen. 5.) Der «*Diversity-Kritikansatz*», der betont, dass die Personen verschieden sind und daher nicht als Einheit aufgefasst werden können. Da diese Kritiken inhaltlich nicht über die bereits angesprochenen (und impliziten) Ansätze hinausgehen, soll hier einzig die Kritik an der Herabsetzung der *Care*-Gefühle (Nr. 3) hervorgehoben werden.

Die sog. *Care-Kritiken* richten sich gegen die Herabsetzung von Werten der Anerkennung von Abhängigkeiten und Verbundenheit. Weiblich geprägte Lebensformen und Werte wie Liebe, Loyalität und Freundschaft, Betreuung, Pflege und Anteilnahme würden in einer Autonomie- und Individualgesellschaft zu wenig wertgeschätzt. Diesem Ansatz lässt sich auch die kanadische Rechtswissenschaftlerin *Nedelsky* zuordnen (vgl. unter Ziff. III), die etwa auch für eine Neubewertung der Mutter-Kind-Beziehung plädiert, wodurch *Care*-Arbeiten im Sinne von *Carol Gilligan* aufgewertet werden sollten.

c) «Selbstgesetzgebung» statt Selbstbestimmung

In eine ähnliche Richtung zielt die Basler Philosophin *Andrea Maihofer* (Geschlecht als Existenzweise, 1995). Für diese spiegelt das «autonome Subjekt» die Sichtweise des bürgerlichen, d.h. des männlichen Moralverständnisses.¹⁹¹⁰ Ein Subjekt zu sein bedeutet nach *Maihofer* nichts anderes, als ein Selbstverhältnis zu sich als «Mann» aufzubauen. Dieses Selbstverhältnis zeichne sich durch Herrschaft und Unterwerfung aus, denn ein Subjekt zu sein bedeute regelmässig, sich selbst zu beherrschen. Zugleich liege darin ein Akt der Unterwerfung, weil sich das Subjekt nämlich auch «sich selbst unterwirft». Dies lässt sich nach *Maihofer* auch an der ursprünglichen Bedeutung von Autonomie ablesen: insofern liege eher eine «Selbstgesetzgebung» als eine Selbstbestimmung vor.

¹⁹⁰⁸ *Mackenzie/Stoljar*, 6. Dabei können vier verschiedene Vorstellungen von Individualismus unterschieden werden: 1.) Alle Akteure sind unabhängig von anderen Akteuren. 2.) Die Selbstwahrnehmung der Akteure ist unabhängig von derjenigen ihrer Familie und der Gemeinschaft. 3.) Die Natur, die Eigenschaften und die Identitäten der Akteure sind intrinsisch. 4.) Die Akteure sind metaphysisch separate Wesen.

¹⁹⁰⁹ *Mackenzie/Stoljar*, 7 ff.

¹⁹¹⁰ *Maihofer*, 150 ff., 153.

d) Pseudo-Rationalität

Die «postmoderne» Kritik am Selbstbestimmungs- und Autonomiekonzept ist, wie angesprochen, in verschiedenen Disziplinen gegen dessen *Pseudo-Rationalität* gerichtet (dazu auch lit. E).¹⁹¹¹ Ein anschauliches Argument dafür, das aus den Rechtswissenschaften stammt, führt etwa *Susanne Baer* ins Feld: Die Tatsache, dass beispielsweise das Alter als Kriterium für die *Urteilsfähigkeit* (resp. nach deutschem Recht für die *Geschäftsfähigkeit*) je nach Rechtsordnung anders angesetzt wird, belege, dass sich die zivilrechtliche Urteilsfähigkeit und damit auch die Vertragsfähigkeit nur pseudo-rational begründen lasse, indem sie nämlich an ein bestimmtes Alter und an eine aufgrund dessen zu erwartende kognitive Entwicklung anknüpfe.¹⁹¹²

Ferner lässt sich grundsätzlich festhalten, dass auch die schweizerische Rechtsprechung zum Grundsatz der *Relativität der Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit* (Art. 16 ZGB) zu berechtigten Zweifeln am Prinzip der Autonomie Anlass gibt: So werden die Anforderungen an die der Urteilsfähigkeit resp. Geschäftsfähigkeit einmal bewusst hoch, ein andermal wiederum ausserordentlich tief angesetzt: Beispielsweise werden in Fällen der Eheschliessung in der Schweiz besonders tiefe Anforderungen an die Selbstbestimmungsfähigkeit des Entscheidenden gestellt, weil es sich um ein höchstpersönliches Recht handelt.¹⁹¹³ In Fragen des Lebensendes werden dagegen hohe Anforderungen gestellt, obwohl es hier ebenfalls um ein höchstpersönliches Recht geht. – Es fragt sich demnach, wie die unterschiedlichen Anforderungen an die der Urteilsfähigkeit einer Person begründet werden sollen; jedenfalls sicherlich nicht mit der Höchstpersönlichkeit der Angelegenheiten, denn diese ist unbestrittenermassen in all diesen Fällen gleichermassen gegeben.

2. Kritik an der Selbstbestimmung und der Autonomie im Vertragsrecht

a) Vertrag als Subordinationsinstrument

Wie schon in Kapitel 9 erwähnt, vertrat in den 1980er-Jahren allen voran die Rechtsprofessorin *Catharine A. MacKinnon* eine radikalfeministische These,¹⁹¹⁴ die sich verkürzt wie folgt zusammenfassen lässt: In patriarchalen Gesellschaften wird auch das Recht mehrheitlich von Männern für Männer geschaffen. Deshalb sind sowohl das Familienrecht wie auch das Vertragsrecht so gestaltet, dass sie die gesellschaftliche Dominanzstellung der Männer stärken. Zugleich würden diese rechtlichen Regelungen dazu beitragen, von den unangenehmen Realitäten der Geschlechterungleichheit abzulenken, indem sie den Sollzustand beschreiben. Die Sexualität sei dabei in besonderem Masse die «*social sphere of male power*» und die sexuelle Gewalt gegen Frauen der Hauptgrund für die fortbestehende Ungleichheit zwischen den Ge-

¹⁹¹¹ *Mackenzie/Stoljar*, 10 f. fassen etwa unter der postmodernen Kritik die Psychoanalyse und *Foucaults* Machtdekonstruktion zusammen.

¹⁹¹² Das deutsche Recht fixiert mit § 104 BGB die Geschäftsfähigkeit auf das Minimalalter von 7 Jahren: *Baer*, 13 ff.; in der Schweiz werden keine festen Altersgrenzen vorgeschrieben, die Rechtsprechung hat jedoch einzelne Stufenfolgen entwickelt: Werden hier diese Stufenfolgen erwähnt?

¹⁹¹³ BGE 109 II 237 E.3.

¹⁹¹⁴ Towards a Feminist Jurisprudence, signs 1982; Towards a Feminist Theory of State, 1989; vgl. eine Übersicht zu *MacKinnons* Position: *Büchler/Cottier*, 273 ff., 324 ff.

schlechtern. *MacKinnon* sieht die Prostitution als Paradebeispiel für einen Akt männlicher Macht und für die Unterordnung – und im Resultat erkennt sie in einem solchen System keinen Raum für einen Konsens über Sex gegen Engelt.¹⁹¹⁵ – Diese Position wird, wie schon erwähnt, auch von «postmodernen» Rechtswissenschaftlerinnen und Feministinnen kritisiert.¹⁹¹⁶

Etwa zur gleichen Zeit vertrat auch die Oxford-Politologin und Genderwissenschaftlerin *Carole Pateman*, dass Verträgen über Ehe/Partnerschaft und Sex ein patriarchales Subordinationsverhältnis zugrunde liege, das durch das Vertragskonstrukt verfestigt werde.¹⁹¹⁷ *Pateman* hinterfragt den Vertrag als Paradigma der Vereinbarung (*agreement*) grundsätzlich.¹⁹¹⁸ Diese Position vertritt sie auch noch nach mehr als 25 Jahren. *Pateman* erscheint in der Tendenz noch radikaler, denn sie möchte zur Begründung einer sozialeren Gesellschaft vollständig auf eine Vertragstheorie verzichten.¹⁹¹⁹

Pateman untersuchte in den 1980er-Jahren die Exklusion von Frauen und anderen Gruppen von Menschen durch deren strukturelle Unterordnung im Gesellschaftsvertrag der Kontraktualisten des 17. Jahrhunderts (*Hobbes, Locke, Rousseau*). Davon ausgehend warf sie im Jahre 1988 in ihrer Monografie «*The Sexual Contract*» die spezifische Frage auf, wie und vor allem warum es dazu kam, dass Frauen mit der Zeit in einem solchen Staat Vertragsparteien in einem Ehe- oder Prostitutionsvertrag wurden bzw. wie sie dies werden konnten. Ihre Antwort lautet kurz: zwecks Unterdrückung, damit eine Partei der anderen untergeordnet werde.¹⁹²⁰ *Pateman* gelangt in ihrer Untersuchung zu folgendem Schluss: Immer wenn der (weibliche) Körper zum Gegenstand eines Vertrags gemacht werde, liege *grundsätzlich* eine Ungleichheit zwischen den Vertragsparteien vor, sei es bei den Vereinbarungen zur «direkten Nutzung» des Körpers wie bei der Prostitution, der Ehe/Partnerschaft oder der Arbeit, oder sei es bei Vereinbarungen zu dessen «indirekter Nutzung» wie im Falle der Leihmutterchaft (u.a. die künstliche Insemination).¹⁹²¹ Das Problematische an einem Prostitutionsvertrag ist nach *Pateman*, dass dadurch das Recht des Mannes auf Sexualität («*male sex-right*») erst öffentlich legitimiert werde (bzw. eine öffentliche Stimme bekomme). Der Prostitutionsvertrag ist damit wie schon bei *MacKinnon* der *öffentliche Ausdruck patriarchaler Herrschaft par excellence*.¹⁹²² Die spezielle Gefahr von Arbeitsverträgen und Eheverträgen sieht *Pateman* hingegen darin, dass es sich um *Dauerschuldverhältnisse der Subordination handelt*.¹⁹²³ Zudem ist für *Pateman* unklar, worin die «echte» Vertragsleistung für die Frau liegt: Während sie in einem Ehevertrag noch eine gewisse Schutz-/Beistandsleistung der männlichen Vertrags-

¹⁹¹⁵ *MacKinnon*, 474, 173 (betr. Anforderung an Widerstand).

¹⁹¹⁶ Prominent etwa durch *Drucilla Cornell, Janet Halley* oder *Judith Butler*.

¹⁹¹⁷ *Pateman*, 198 ff., 208, 215, 225.

¹⁹¹⁸ *Pateman*, 55.

¹⁹¹⁹ *Pateman/Hills*, 22, 26.

¹⁹²⁰ *Phillips*, Free to decide for oneself, 102: «we need to recognize that contract itself can be inimical to freedom»; *idem*, *Gender and Culture* (2010), 124 ff.

¹⁹²¹ *Pateman*, 209, 214.

¹⁹²² *Pateman*, 17, 207 f.; nach *Pateman* möchte ein Mann nicht einfach sexuelle Dienstleistung erwerben, sondern es geht um die Bestätigung der Machtposition und zugleich um Wohlbefinden.

¹⁹²³ Zu der Aufzählung von Dauerverträgen gehört nach *Pateman* auch der «civil slave contract» (208).

partei erkennen kann, sei beim Prostitutionsvertrag nichts Derartiges ersichtlich.¹⁹²⁴ – Im Prostitutionsvertrag fehlt nach *Pateman* im Gegensatz zu einem Ehevertrag der staatliche Schutz vollkommen, was typisch sei für das Vertragsrecht, das regelmässig *auf Verträge von kürzerer Dauer ausgelegt sei und Zug um Zug* erfolge. Einen entscheidenden Unterschied zwischen Leihmutterschafts- und Prostitutionsvertrag sieht *Pateman* darin, dass Ersterer keine unmittelbare sexuelle Dienstleistung für den Mann beinhalte. Dennoch soll nach *Patemann* erst dann, wenn ein (indirektes) Ungleichgewicht zwischen den Parteien des Vertrags *positiv verneint werden kann*, ein Vertrag den weiblichen Körper in irgendeiner Form (d.h. von der einfachen Bildaufnahme, über Pornografie bis hin zur Prostitution) zum Inhalt haben dürfen. Medizinische Heilzwecke nimmt *Patemann* explizit von ihren Betrachtungen aus.

Patemans und *MacKinnons* Verdienst bleibt es u.a., dass sie darauf hinweisen, dass (vertragliche) Unterordnung und Demokratie grundsätzlich nicht miteinander vereinbar sind¹⁹²⁵ und dass stets auch gesellschaftlich-systemische Faktoren zu berücksichtigen sind; nicht bloss die individuelle Vulnerabilität. Auch ihre Annahme, dass es grundsätzlich keine gleich-starken Vertragsparteien gibt, ist und bleibt durchaus geeignet, unseren Blickwinkel zurechtzurücken. Es bleibt wichtig, dass sie etwa darauf aufmerksam gemacht haben, dass viel weniger oft einvernehmlicher Sex stattfindet, als gemeinhin angenommen wurde, und dass die Umstände, die einvernehmlichen Sex ermöglichen, näher betrachtet werden müssen.

Die Frage, warum es aber im Prostitutionsvertrag, im Ehevertrag oder im Leihmutterschaftsvertrag *stets die Frau* sein soll, die untergeordnet ist, bleibt aber letztlich nur unbefriedigend beantwortet, zumal auch zwei Männer Verträge über Sex und «Liebe» abschliessen können und sich im Leihmutterschaftsvertrag auch zwei Frauen und Mütter (die sog. intentionale und die gebärende) gegenüberstehen können. Zudem werden Geschlechteridentitäten heute generell vielfältiger gelebt. Wenn man die Argumente der Autorinnen auf alle rechtsgeschäftlichen Dienstleistungen, die den Körper betreffen, anwenden wollte (und darunter fallen nach *Pateman* alle drei hier interessierenden Vertragsbeispiele), müssten als logische Konsequenz alle solchen Verträge verboten werden. Dieses pauschale Subordinationsargument erscheint daher weder dazu geeignet, die tatsächlichen Probleme von Frauen, die solche Rechtsgeschäfte eingehen, zu lösen und Frauen effektiv vor Unterdrückung zu schützen, noch dazu, solche rechtlichen Verbote, die Eingriffe in ihre Selbstbestimmung darstellen (auch beim Leihmutterschaftsvertrag geht es vor der Geburt eines Kindes primär um die Selbstbestimmung der Frau), zu rechtfertigen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Selbstbestimmung von Frauen im Vertragsrecht, besonders bei allen Verträgen zu «Liebe», Sex oder Fortpflanzung, fehle, sondern es gilt, differenziert nach dem Kontext der Selbstbestimmung im konkreten Vertragsverhältnis zu fragen.

Ferner kann auch nicht von einem *übergeordneten öffentlichen Interesse* (oder von einem «Subordinationsverhältnis» im Vertrag) entlang der Geschlechtergrenzen aus-

¹⁹²⁴ *Pateman*, 208 f.

¹⁹²⁵ *Goodhart, Michael*: A Democratic Defense of Universal Basic Income, in: *O'Neill, Daniel I./Shanley, Mary Lyndon/Young, Iris Marion*, Illusion of consent, Engaging with Carole Pateman, Penn State 2008, 139 ff.

gegangen werden, denn dies würde die gesellschaftliche Situation von Frauen und damit des Staates grundsätzlich schwächen. – So verstanden, nämlich als Folge des Selbstbestimmungsrechts, reflektieren und reproduzieren diese drei Vertragstypen nach der hier vertretenen Ansicht, auch isoliert betrachtet, nicht die männliche Dominanzstellung.

b) Kritik am Konsens

Seit dieser Fundamentalkritik ist noch keine *umfassende feministische Vertragstheorie entstanden*. Wohl gibt es aber einzelne umfassende feministische Kritiken am Vertragsrecht, namentlich die Monografie von *Susan Emmenegger* aus dem Jahre 1999, die sich von diesem radikal-feministischen Ansatz distanziert hat,¹⁹²⁶ die allgemeine feministische Kritikpunkte (nach Ziff. 1) aufnahm und sich grundsätzlich für die verbesserte Berücksichtigung von weiblichen Lebenserfahrungen aussprach. Etwas häufiger finden sich spezifische radikal- bis differenzfeministische Kritiken an einzelnen allgemeinen Vertragsinstituten wie der Vertragsfreiheit, dem Konsens oder, mit Letzterem zusammenhängend, am äusseren Zwang (*duress law*).

Das feministische Forschungsfeld hat sich vorab mit der *Theorie des Konsenses* auseinandergesetzt, wobei die Untersuchungen zu einvernehmlichem resp. nicht einvernehmlichem Sex den überwiegenden Teil der Literatur ausmachen:¹⁹²⁷ Als gemeinsamer Nenner kann diesen Untersuchungen die allgemeine Fragestellung, ob die Dogmatik des *Konsenses* vertragsrelevante Faktoren wie «Liebe» oder Sex (z.B. Ehevertrag) genügend berücksichtigen könne, entnommen werden. Auf der normativen Ebene wird die Forderung erhoben, dass die konkreten Lebenssituationen und Erfahrungen und die Perspektiven von Frauen zu beurteilen seien:¹⁹²⁸ Ob eine Partei etwa bei einem Vertrag über Sex tatsächlich unter *Zwang* (*duress law*) gestanden hat, wä-

¹⁹²⁶ *Emmenegger*, zur radikal-feministischen Sichtweise des Vertrags (vgl. 251 ff.) und zu ihrem überzeugenden Beispiel des «durchschnittlichen vernünftigen Menschen», auf welchen im Schuldrecht öfters abgestellt wird und der sich an sozialtypisch männlichen Eigenschaften orientiert (121 ff.); zu den männlich gedachten Rechtssubjekten s.a.: *Büchler/Cottier*, 247 ff.

¹⁹²⁷ *MacKinnon*, 474; s.a. *Chamallas, Martha*: Consent, Equality and the Legal Control of Sexual Conduct, *Southern California Law Rev* 61 (1988) 777 ff., 814: diese Autorinnen haben schon in den 1980er-Jahren erklärt, dass nicht von einem Konsens und nicht von Selbstbestimmung ausgegangen werden könne, wenn eine Frau unter ökonomischem Druck stehe; ebenfalls früh, aber *theoretischer*, *Dalton, Claire*: An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine, *Yale Law Journal* 94 (1985) 5, 997 ff.; *Harris Aiken, Jane*: Intimate Violence and the Problem of Consent, *South Carolina Law Rev.* 48 (1997) 615 ff., 637, wobei etwa nach *Aiken* eine doppelte Benachteiligung der Frau bei Verträgen, die sowohl Liebe als auch Sex involvierten, vorliegen kann; für eine jüngere Publikation s. statt vieler *Cheryl Hanna*, *Michigan J. Gender & Law*, Vol. 17 (2010) 111 ff., die, ausgehend von einer HBO-Serie über eine polygames Familienleben, der individuellen Autonomie im Verhältnis zu den öffentlichen Interessen des Staates nachgeht und die Konsensdoktrin zwischen Autonomie und Zwang bzw. zwischen «*pain and pleasure*» verortet. *Hanna* kommt zum Schluss, dass es sich um ein unlösbares Spannungsfeld der feministischen Rechtstheorie handelt (155 ff.); *Beres, Melanie A.*: «Spontaneous» Sexual Consent: An Analysis of Sexual Consent Literature, *Feminism & Psychology* 18 (2007) 1, 93 ff.; und sehr spezifisch zum «*duress law*» in Zusammenhang mit Eheverträgen: *Gan*, *Harv. J. of Gender & Law*, Vol. 36 (2012) 172 ff.

¹⁹²⁸ *Bix*, *William & Mary Law Rev.* Vol. 40 (1998), 145 ff., 170 ff. (s.a. zu den Grenzen des Konsens, gewisse Inhalte wie Prostitution oder Leihmuttertschaft aufgrund des «harm principle» zu verbieten); *Bix*, *Contract law*, 138 f. m.w.H.; *Gan*, *Harv. J. of Gender & Law*, Vol. 36 (2012) 181 f. m.w.H., 191 f.

re beispielsweise danach zu beurteilen, ob der Frau andere Handlungsoptionen offengestanden hätten und/oder wie sie die Situation konkret empfunden habe, denn hinsichtlich Leid oder Schmerz in Sachen Sexualität könnten Männer und Frauen durchaus unterschiedlich empfinden.¹⁹²⁹ Dies gelte es erst recht auch darum zu beachten, weil das Vertragsinstitut *Zwang nicht für solche vergleichbare Zwangssituationen konzipiert worden sei*. – Letztlich muss aber das Verständnis über den Konsens massgebend bleiben, denn nur wenn davon ausgegangen werde, dass dieser auf den Willensäusserungen zweier selbstbestimmter Parteien beruhe, erschliesse sich, dass das geltende Institut des Zwangs aus der Perspektive der Frau restriktiv verstanden werde.

Mit *Gerhard Wagners* Beitrag aus dem Jahre 2014 zum hierfür treffenden englischen Ausdruck «*Bargaining in the Shadow of Love*» (von *Brian Bix* aus dem Jahre 1998) wird das Thema nunmehr wohl auch im deutschsprachigen Raum über die feministische Forschungsperspektive hinaus vermehrt diskutiert werden.¹⁹³⁰

Zusammenfassend ergibt sich: Statt von einem radikal-feministischen Ansatz und einem Bilde der stets unterdrückten Frauen (im Vertrag) auszugehen, verlagert eine differenzfeministische Betrachtungsweise die Fragestellung darauf, wie mit Unrechtserfahrungen und Rechtsmeinungen im Allgemeinen umgegangen werden könnte – dies stets im Wissen um die Unauflösbarkeit der Spannungsverhältnisse zwischen Selbstbestimmung und Schutz. Diese Kritiken zeigen aber auch schon konkrete Ansätze, wie versucht werden kann, spezifische Vertragssituationen, in denen Frauen weniger selbstbestimmt sind und damit in höherem Masse schutzbedürftig sind, zu identifizieren.

Im Resultat stellt sich in Bezug auf die hier interessierenden drei Vertragsbeispiele konkret die Frage, ob im Rahmen der speziellen personalen Nähe und/oder körperlicher Intimität nicht von einer grundlegenden Vertragsasymmetrie und/oder von einem speziellen Vertragstypus zur Regelung der personalen Beziehungen, des Privaten und Intimen, auszugehen ist. Während nach dem Vertrauensprinzip im schweizerischen Recht das Gericht zunächst eine Pflicht hätte, festzustellen, ob übereinstimmender Willen bezüglich Form und Inhalt vorliegt (Art. 18 OR), kann vom Gericht nicht erwartet werden, dass es in jedem einzelnen Fall abklärt, ob sich eine Partei allenfalls gezwungen gefühlt hat, den Vertrag abzuschliessen, obschon sie einen anderen Willen hatte.

c) Kritik der *Critical Legal Studies*

Eng mit der feministischen Forschungsperspektive sind die *Critical Legal Studies* (CLS) verbunden, die Ende der 1970er-Jahre aufgekommen sind.¹⁹³¹ Die CLS zeigen entsprechend den hier benannten inhaltlichen Kritikpunkten (lit. C–E) drei grundlegende Widersprüche im klassisch-liberalen Konzept der Vertragsfreiheit auf:¹⁹³² *Ers-*

¹⁹²⁹ FN 1941.

¹⁹³⁰ *Wagner*, Im Schatten der Liebe (2014), 199.

¹⁹³¹ CLS kamen in den USA mit der Kritik am Vietnamkrieg auf; für die Rezeption in Japan vgl. *Matsumoto*, 129 f.

¹⁹³² *Kennedy*, 89 Harvard Law Review, 1685 ff.; *Günter Frankenberg*, Der Ernst im Recht, 281 ff.; s. allg. *Kelman*, 2 f., zum Vertrag im Speziellen s. *Unger*, 561, 616 ff.

tens bestehe ein grundlegendes Spannungsfeld zwischen der Notwendigkeit von «klaren» Regelungen und faktischen Gerechtigkeitsstandards. *Zweitens* kollidiere das Vertrauen in die eigenen subjektiven Fähigkeiten, etwas zu beurteilen, mit dem Glauben an sog. objektive ethische Betrachtungsweisen. *Drittens* widerspreche die herrschende, positiv bewertete Idee eines freien Willens fundamental der Vorstellung, dass gewisse Präferenzen einer Vertragspartei bloss eine Folge zwanghafter Umstände oder von Informationsdefiziten sein können. Aus diesem Grund stehen laut *Duncan Kennedy* – einem der wichtigsten Vertreter der CLS¹⁹³³ – die Vertragsfreiheit und der Vertragsschutz im Vertragsrecht in einem fundamentalen Widerspruch zueinander. In ihrer Kritik kommen die CLS ebenfalls zum Schluss, dass die Vertragsfreiheit *pseudo-rational und nur vermeintlich objektiv* sei. Nach den CLS handelt es sich bei der Vertragsfreiheit in erster Linie um *eine politisch-historisch motivierte Rechtsfigur*, die den Machtträgern einen grösseren Handlungsspielraum beimisst.

C. Fehlende Berücksichtigung des sozialen Kontexts

1. Kritik aus dem Vertragsrecht

Wichtige Kritik erwuchs der Vorstellung einer Selbstbestimmung im Vertragsrecht, einer Vertragsfreiheit an und für sich, auch von Vertretern des Vertragsrechts, so etwa bereits Mitte der 1970er-Jahre im deutschsprachigen Rechtsraum sowohl durch *Zweigert* und *Kötz*¹⁹³⁴ als auch durch *Kramer*, dessen Werk zur «*Krise des liberalen Vertragsdenkens*» einen entsprechend aussagekräftigen Titel führt. Die Vertragsfreiheit war nach *Kötz* gar eine «*Utopie*»,¹⁹³⁵ denn höchstens bei Verträgen zwischen zwei Grossunternehmen könne von ökonomisch und sozial gleichgestellten Parteien ausgegangen werden. Diese Auffassung ist jedoch bis heute umstritten; so setzte *Canaris* diesem Vertragsverständnis beispielsweise die «Neutralisierung durch den allgemeinen Wettbewerb» entgegen.¹⁹³⁶ Ob und bis zu welchem Grad Grosskonzerne bei der Vertragsschliessung tatsächlich «frei» sind, wenn sie im globalen Wettbewerb stehen und etwa in diversen amerikanischen Bundesstaaten bei den lokalen Behörden einzelne Geschäftsführungsbewilligungen einholen müssen, in anderen Ländern hingegen nicht, sei dahingestellt.

Ein Hauptthema des damaligen Schrifttums (v.a. *Kramer*) waren die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (das «Kleingedruckte») in den Verträgen zu durchaus existenziellen Fragen der Kreditsicherung oder einfach zu einseitig vorteilhaften Rücktrittsregeln. Ab Ende der 1980er-Jahre stellte sich allmählich ernsthaft die Frage nach dem Mass an Selbst- bzw. Mitbestimmung, die einer Verbraucherin oder einem Verbraucher beim Vertragsabschluss zustehe. Weitere substantielle Kritik zum Konzept der

¹⁹³³ *Kennedy*, 89 Harvard Law Review, 1685 ff.; Kritik dazu: *Günther, Klaus*: Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral, in: Herberger, Maximilian/Neumann, Ulfrid/Rüssman, Helmut (Hrsg.), Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken, ARSP Beiheft Nr. 45 (1992), 36 ff.

¹⁹³⁴ *Zweigert/Kötz*, 7 f.; *Kötz*, Gutachten, 36 ff.; vgl. *idem*, Vertragsrecht, Rn. 22 und 48 ff. (sehr viel vorsichtiger); von Caemmerer/Mentschikoff/Zweigert, 501 ff.

¹⁹³⁵ *Kötz*, Gutachten, 36 ff. (ob er dies heute so noch unterschreiben würde, dürfte fraglich sein).

¹⁹³⁶ *Canaris*, FS Lerche, 882.

Vertragsfreiheit äusserte etwa *Schmidt-Rimpler*, der zum Schluss kam, dass Vertragsfreiheit im Rahmen von Arbeitsverhältnissen gar nicht existent sei: Er kritisiert das Konzept der Privatautonomie, weil es keine «Richtigkeit» gewähren könne.¹⁹³⁷

Inhaltlich anders gelagert ist die im angloamerikanischen Rechtsraum in den 1980er-Jahren geübte Kritik am liberalen Autonomiekonzept, beispielsweise diejenige durch *Charles Fried (Contract as Promise)*¹⁹³⁸ Diese orientiert sich nicht am Individuum und dessen sozialem Kontext, das heisst an den realen Möglichkeiten der beiden Vertragsparteien, sondern an der *ökonomischen Analyse* des Vertrags. Die Hauptfrage, welche einige prominente Vertragstheoretiker (inkl. *Richard Posner* und die Vertreter der *Columbia Law School*¹⁹³⁹) bis heute interessiert, lautet, wie sich staatliche Intervention zwischen zwei Parteien aus ökonomischer Sicht überhaupt rechtfertigen lasse.

Daraus folgt: Das Prinzip der Selbstbestimmung und der Autonomie wird im Zuge der Liberalismus- und Individualismuskritik deutschsprachigen Schrifttums auch im Vertragsrecht kritisiert, wobei dieses in direkter Abhängigkeit vom sozialen Kontext gesehen wird. Die Kritik in der angloamerikanischen Rechtswissenschaft am Konzept richtet sich vermehrt gegen die staatliche Intervention.

2. Kommunitarismus

Schlussendlich hat der gesamte Kommunitarismus dazu beigetragen, die Bedeutung und den eigenständigen Wert gesellschaftlicher Institutionen (zum Beispiel der Rolle der Familie) zu betonen. Und hat sich damit als allgemeine Gegenposition zum ausgeprägten Individualismus und Liberalismus (Ende der 1970er-1980er Jahre) entwickelt. Kommunitaristen beschäftigen sich zwar auch mit Fragen der Natur und des Wertes individueller Autonomie, aber sie gehen stets davon aus, dass eine soziale Einbettung vorliegt. Für einen Kommunitaristen wie *Charles Taylor* ist die Autonomie die Fähigkeit, aufgrund realistischer Interpretationen der konkreten Umstände starke Wertungen vorzunehmen und dadurch eine eigene Identität zu schaffen.¹⁹⁴⁰ Sie gehen entsprechend davon aus, dass mit dem Konzept der Selbstbestimmung und Autonomie allein, keine schwierigen ethischen Frage gelöst werden können.¹⁹⁴¹

¹⁹³⁷ Diese kritische Literatur wurde bereits von *Bydlinski* aufgenommen, vgl. System, 151, indes nicht weiterverfolgt, weil alle Autoren es unterlassen hätten, Aussagen zur Gewährleistung von Vertragsgerechtigkeit bzw. der Richtigkeitsgewähr zu leisten – ein Vorwurf, der m.E. leider zutrifft.

¹⁹³⁸ Vgl. nur historische Einführung «Life of Contract» zur 2. Auflage, Oxford, 2015, 1-7.

¹⁹³⁹ Die Abstimmung der «individuellen Autonomie» mit dem gesellschaftlichen Kontext wurde bereits schon von *Aristoteles* als klassisches Problem erörtert: *Aristoteles*, Politik. 1. Buch, 2. Kapitel zum Verhältnis von Hausherrn und Sklaven, 289 ff., 291 (Hauptwerke, ausgewählt und übt. v. *Nestle, Wilhelm*, 8. Aufl., Stuttgart 1977); s. *Schwartz/Scott*, Contract Theory, 540 ff.; *Kraus*, 1608 f., 1614 f.; neuerdings: *Dagan/Heller*, 15 ff.

¹⁹⁴⁰ *Taylor*, Negative Freiheit, 9 ff., 118 ff.

¹⁹⁴¹ S.a. *Sandel*, Against perfection, oder *Benhabib* – im Rahmen der Liberalismuskritiker müsste freilich noch zwischen den sog. traditionellen und den egalitär denkenden Liberalisten unterschieden werden: vgl. *Nedelsky*, 1. Kapitel.

D. Fehlende Berücksichtigung der Individualität, der individuellen Präferenzen und Wünsche

1. Individualität als *conditio sine qua non* der Selbstbestimmung

Für *John Locke* war die Sorge (w.: *concern/concernment*), die sich eine Person um ihrer selbst willen macht bzw. machen kann, ausschlaggebend für die Umschreibung ihrer eigenen persönlichen Identität (w.: *personal identity*). Damit wird das Konzept der Individualität als *conditio sine qua non* zum Zweck der Selbstbestimmung bereits angesprochen.¹⁹⁴²

2. Stufenkonzept der Wünsche

In den 1980er-Jahren kamen philosophische Ansätze auf, die sich von einem einfachen Ideal der Autonomie distanzieren und den Versuch unternahmen, die Bedingungen selbstbestimmten Handelns zu identifizieren. Die Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler unterschieden dabei Spielarten oder Hierarchien von Wünschen, Präferenzen oder Interessen, womit sich auch erste Stufenkonzepte zur Autonomie entwickelten.¹⁹⁴³ – Einige der aktuellen Debatten über das Konzept der Autonomie (aus Sicht des Medizinrechts oder der Medizinethik) lassen sich auf diese kritischen Strömungen zurückführen.

Allen voran ist das Stufenkonzept der Wünsche von *Harry G. Frankfurt* zu erwähnen, das dieser in den 1970er-Jahren entwickelte und das auch späteren Konzepten zugrunde liegen dürfte (was aber nicht immer so dargestellt wird).¹⁹⁴⁴ *Frankfurt* unterscheidet zwischen Wünschen erster und zweiter Stufe, die jeweils einen Willen nach sich ziehen können, wobei auf der zweiten Stufe von sog. *Volitionen* die Rede ist (dem Wunsch, dass der Wunsch der ersten Stufe handlungswirksam werde): Die Wünsche erster Stufe können unterteilt werden in Wünsche, die man einfach nur hat und solche, die handlungswirksam werden (= Wille). Die Wünsche zweiter Stufe können unterteilt werden in einfache Wünsche (Wunsch, einen Wunsch der ersten Stufe zu haben) und Volitionen (Wunsch, dass ein Wunsch erster Stufe handlungswirksam wird). Willensfrei ist eine Person dann, wenn sie nichts mehr daran hindert, ihre Wünsche erster Stufe ihren Volitionen anzupassen, also zu bestimmen, welchen Willen man hat.

Nur Personen, die in der Lage sind, einen sog. handlungswirksamem Wunsch zweiter Stufe hervorzubringen, der den ersten in einen effektiven Wunsch umzuwandeln

¹⁹⁴² *John Locke*, *An Essay Concerning Human Understanding*, 27. Aufl., London 1836: Chap. I Men think not always, 11–12 (S. 55): «Thinking, Enjoyments, and Concerns, its Pleasure or Pain apart, which the Man is not conscious of, nor partakes in: It is certain, that Socrates asleep, and Socrates awake, is not the same Person; [...]. Since waking Socrates, has no knowledge of, or Concernment for that Happiness, or Misery of his Soul, which it enjoys alone by itself whilst he sleeps, without perceiving any thing of it. [...] For if we take wholly away all Consciousness of our Actions and Sensations, especially of Pleasure and Pain, and the concernment that accompanies it, it will be hard to know wherein to place personal Identity. [...] If a sleeping man thinks without knowing it, the sleeping man and waking man are two persons.»

¹⁹⁴³ Zu weiteren philosophischen Ansätzen eines «bedingten Freiheitsverständnisses»: *Hotz*, *Faktische und normative Willensfreiheit*, 372 ff., Resumé 401 f.

¹⁹⁴⁴ *Frankfurt*, 65 ff.; s.a. *Guckes*, *Einleitung*, 1 ff., 10 f.

vermag, und die gewillt sind, sich für ihr Tun verantwortlich zu erklären, können als willensfrei bezeichnet werden. Ihr umgesetzter Wunsch zweiter Stufe drückt aus, was ihrem Willen erster Stufe entspricht.¹⁹⁴⁵ Nach *Frankfurt* sind Kinder oder auch triebhafte und gewisse kranke Personen oft keiner Volitionen der zweiten Stufe fähig und deswegen als «unfrei» anzusehen. Beispielsweise kann der Kleptomane zwar durchaus den Wunsch zweiter Stufe haben, nicht zu klauen, trotzdem gelingt es dem Kleptomanen nicht, entsprechend seinem Wunsch zweiter Stufe den Wunsch und Willen der ersten zu eliminieren, er ist also willensunfrei. Unproblematischer ist die Situation eines Kleptomanen, der seinen Wunsch nicht infrage stellt. Der ist zwar ebenfalls unfrei zu handeln, wie er will (denn wenn er den Wunsch hätte, nicht mehr zu klauen, kann er diesen nicht umsetzen), nur sind bei ihm der Wunsch und der Wille identisch, womit er gar keine Volition zweiter Stufe aufweist, die er reflektieren könnte. – Entscheidend für autonomes Handeln ist nach *Frankfurt* die *Fähigkeit, die eigene Einstellung zu hinterfragen, also die reflexive Struktur des Bewusstseins*.¹⁹⁴⁶ – Bedeutung kann *Frankfurts* Modell heute etwa insofern zukommen, als er aufzeigte, dass neben «äusseren» auch «innere» Zwänge die Autonomie beeinträchtigen können, was sich u.a. darin zeigt, dass das Vorhandensein von alternativen Handlungsoptionen nicht zwingend bedeuten müsse, jemand sei frei bzw. autonom.¹⁹⁴⁷

3. Entlang von Präferenzen und Interessen

Nach dem Rechtsphilosophen *Joseph Raz* (*The Morality of Freedom*, 1986)¹⁹⁴⁸ ist Autonomie primär *ein Ideal*: nämlich die Fähigkeit einer Person, ihr eigenes Leben und dessen Verlauf zu bestimmen sowie die eigene moralische Welt zu formen. Dabei nimmt *Raz* gewisse *Abstufungen* vor, denn nach ihm sind Personen mehr oder weniger selbstbestimmt. Um die Autonomie zu sichern, müsse unterschieden werden, ob eine Person fähig sei, aufgrund *ihrer Wertvorstellungen und Überzeugungen (commitments)* einfache Handlungen zu planen und auszuführen bzw. zu unterlassen und/oder diese zu reflektieren.¹⁹⁴⁹ Dies setze allerdings voraus, dass ihr eine Auswahl zur Verfügung stehe. Es erstaunt deshalb nicht, wenn *Raz* weiter vorschlägt, dass *Autonomie einen Pluralismus voraussetze*. Er entwickelt eine «*rich theory*», in der er

¹⁹⁴⁵ Betzler, Einleitung, 17 ff., 23.

¹⁹⁴⁶ Betzler, Einleitung, 18 f.

¹⁹⁴⁷ *Frankfurts* Stufentheorie wird zu Recht auch kritisiert, u.a. von *Marilyn Friedman*, denn zum einen blende diese den sozialen Kontext aus und zum anderen sei unklar, wie die Volitionen zweiter Stufe als solche des wahren Selbst erkannt werden könnten. Sie kritisiert also die Hierarchisierung für sich genommen, die eine Ontologisierung des «wahren Ich» zum anderen beinhalte. Nach ihr sollte sich die Wissenschaft darum kümmern, wie sich das Selbst entwickelt habe und ob es eine Voraussetzung sei für selbstbestimmtes Handeln, dass der Mensch nicht determiniert sei: Müssen wir, um autonom zu sein, metaphysisch unabhängig und selbstkausal, d.h. selbstverantwortlich sein? Dann wäre wohl niemand mehr selbstbestimmt.

¹⁹⁴⁸ *Raz*, 373: «If a person is to be maker or author of his own life then he must have the mental abilities to form intentions of a sufficiently complex kind, and plan their execution. These include minimum rationality, the ability to comprehend the means required to realize his goals, the mental faculties necessary to plan actions, etc. For a person to enjoy an autonomous life he must actually use these faculties to choose what life to have. There must in other words be adequate options available for him to choose from. Finally, his choice must be free from coercion and manipulation by others, he must be independent.»

¹⁹⁴⁹ *Raz*, 411 f.

erläutert, wie der Staat die Rahmenbedingungen dafür schaffen könne, damit das Individuum in der Lage sei, sich «richtig» zu entscheiden.

Der Philosoph und Ethiker *Gerald Dworkin* (*Theory and Practice of Autonomy*, 1988¹⁹⁵⁰) differenziert zwar nicht nach individuellen Präferenzen oder Hierarchiestufen der Wünsche, aber auch er trifft Unterscheidungen, indem er auf Aspekte der Autonomie hinweist und zudem eine *historische Komponente* miteinbezieht.¹⁹⁵¹ Er unterscheidet konkret, zum einen unterschiedliche Interessen, die Rechtssubjekte verfolgen können, und zum anderen unterschiedliche Aspekte der Autonomie. So habe eine Person nicht nur erlebnisbezogene Interessen, wie etwa frei von Schmerz oder Angst zu sein, sondern auch wertbezogene Interessen (*critical interests*), wie beispielsweise in der Lage zu sein, über ihr Lebensende (frei) disponieren zu können. Die Autonomie wird nicht nur als eine Fähigkeit verstanden, über die eigenen Motivationen reflektieren zu können, sondern darüber hinaus auch als Fähigkeit, die eigenen Präferenzen zu ändern.¹⁹⁵² – Damit wird auch klar, dass Freiheit und Autonomie im Sinne von Selbstbestimmung durchaus nicht immer das Gleiche bedeuten (vgl. Kap. 4 Ziff. II.C). *Dworkin* unterscheidet ferner zwischen dem Wert der Autonomie (*value of autonomy*) und dem Respekt vor der Autonomie (*respect of autonomy*). – Der Respekt vor einer Person erfordere es, ihr die eigene Lebensweise zu belassen: «*Individuals have the right to be treated as persons, as masters of their own body, as responsible for their decisions, as makers of choices.*»¹⁹⁵³ Während *Gerald Dworkin* in früheren Werken die Zuschreibung der Autonomie (auch) mehr von der Identifikation mit den eigenen Interessen über die Zeit abhängig machte, wird ihm in den jüngeren Schriften die unmittelbare Kontextualisierung der Autonomie immer wichtiger.¹⁹⁵⁴

Einen zeitgenössischen materialen Kritikansatz, der von einem Selbstbestimmungs- und Personenverständnis ausgeht, das von den eigenen Wertvorstellungen und dem Konzept von Individualität abhängt, vertritt der *Vertragstheoretiker* *Peter Benson*, Professor für Vertragsrecht und Rechtstheorie in Toronto:¹⁹⁵⁵ Seiner Ansicht nach braucht eine Person vor allem Selbstwertgefühl und Selbstvertrauen, damit sie in der Lage ist, «selbstbestimmt» zu handeln. Nur eine Person mit einem – zumindest minimalen – Selbstwertgefühl wird ihren Wunsch oder Willen überhaupt äussern und diesen dann auch umsetzen wollen und können. Er veranschaulicht dies überzeugend mit folgendem Beispiel: Eine Frau und Mutter aus dem 19. Jahrhundert verliess ihre Familie und ihre Kleinkinder vermeintlich selbstbestimmt, weil sie in ihrer Mutterrolle derart unglücklich und traurig war, dass ihr der Arzt «strikte Bettruhe» (ohne Besuchskontakte, ohne Möglichkeit zum Lesen etc.) verordnet hatte, sodass sie erst recht verzweifelte und keinen anderen Ausweg mehr sah, als ihre Familie zu ver-

¹⁹⁵⁰ Seine wichtigsten Ideen hatte *Gerald Dworkin* bereits in Einzelpublikationen entwickelt, u.a. in: *Autonomy and Behavior Control*, 6 Hastings Center Report 1 (1976), 23 ff.; *idem*, *Paternalism*, in: Wasserstrom, Richard (Hrsg.), *Morality and the Law*, Belmont 1971, 107–126.

¹⁹⁵¹ *Mackenzie/Stoljar*, 13 ff., 17 f. unterscheiden zwischen prozeduralen und substanziellen Kritiken und unterteilen Erstere wiederum in strukturelle und historische Kritikansätze.

¹⁹⁵² *ibid.*, *Theory and Practice*, 107 ff.

¹⁹⁵³ *G. Dworkin*, *Theory and Practice*, 103, 107 f.

¹⁹⁵⁴ Vgl. *Brahier, Gabriela*: *Medizinische Prognosen im Horizont eigener Lebensführung*, Tübingen 2011, 74.

¹⁹⁵⁵ *Benson*, *Contract*, 29 ff.; *idem*, *Narrative Self-Understanding*, 1 ff.; s.a. *Belser*, 11 ff., 25 ff.

lassen. *Bensons* Ansicht nach kann diese Frau nicht als selbstbestimmt angesehen werden.

Einen ähnlichen, aber mehr prozeduralen Kritikansatz zur Autonomie vertritt *John Christmann*, Professor für Philosophie und Frauenforschung, indem er *Fragen der Individualität mit dem Druck des sozialhistorischen Kontexts verknüpft*.¹⁹⁵⁶ Er wendet allem voran ein, dass Selbstreflexion immer nur dann zu einer Form von Selbstbestimmung führen könne, wenn der Reflexionsprozess bei der betreffenden Person nicht durch «unlautere» externe Einflüsse wie beispielsweise Indoktrination oder unterdrückende Sozialisation gestört worden sei. *Christmann* führt dazu folgendes Beispiel aus dem Prostitutionskontext an: Eine Prostituierte, die ihr Leben lang unterdrückt worden sei und in den Slums gelebt habe, handle nicht wirklich selbstbestimmt, wenn sie angeblich «selbstbestimmt» zu ihrem Zuhälter zurückkehrt, obschon dieser ihr gegenüber gewalttätig ist.

Ähnlich – aber wiederum eher inhaltlicher Natur – ist der Kritikansatz der amerikanischen Moralphilosophin *Susan Wolf* (*Sanity and the Metaphysics of Responsibility*):¹⁹⁵⁷ Sie argumentiert, dass Willen und Handlung einer Person an einem tiefen, gesunden bzw. selbstbestimmungsfähigen inneren Selbst (*the sane deep-self view*) gemessen werden müssten. Anhand ihres Beispiels des Kindersoldaten *JoJo* stellt *Wolf* infrage, ob völlig verwahrloste Kinder wie *JoJo* (der von einem gemeinen, sadistischen Vater zu einem brutalen Menschen erzogen worden war) tatsächlich die Fähigkeit haben, ihre Wünsche bzw. ihren Willen zu hinterfragen – auch wenn sie nach eigenen Aussagen selbstbestimmt handeln. Vielmehr führe die Unterdrückung eines Menschen zu bestimmten internalisierten Vorstellungen, die eine Hinterfragung dieser normativen Vorstellungen eben gerade verhindern würden. Daraus zieht *Wolf* die Schlussfolgerung, dass *JoJo* nicht selbstbestimmungsfähig (also «*insane*») sei.

4. Sichern der Wünsche und Willen durch «shared decision making»

Die «Illusion» der Selbstbestimmung bzw. die «Imperfektion» der Autonomie ist auch im Medizinrecht und in der Medizinethik schon länger ein Thema. Das zeigt sich etwa darin, dass viel Literatur zum Thema Selbstbestimmung vorliegt,¹⁹⁵⁸ die weitgehend auf die zentrale praktische Frage hinausläuft: Wie soll ausgerechnet eine Patientin in der Lage sein, selbstbestimmt bezüglich einer Behandlung zu entscheiden, da sie doch krank ist? Hinzu kommt, dass die betreffenden Inhalte nicht nur schwierig zu verstehen, sondern auch sehr persönlicher Natur sind.¹⁹⁵⁹ Als Beispiel wird etwa der Fall einer kranken, depressiv gewordenen Patientin angeführt, die

¹⁹⁵⁶ S.a. seine Beiträge jüngerer Datums: *Autonomy and Liberalism: A Troubled Marriage?* In: Wall Steven (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Liberalism*, Cambridge 2015, 141 ff. oder *Autonomy and Social Disorientation* in: Levey Geoffrey (Hrsg.), *Authenticity, Autonomy and Multiculturalism*, London 2015; *Christman* ist an dem amerikanischen Penn State College of Liberal Arts tätig.

¹⁹⁵⁷ S.a. *idem.*, *The Variety of Values: Essays on Morality, Meaning and Love*, Oxford 2015.

¹⁹⁵⁸ Zur Geschichte des Konzepts der Selbstbestimmung in der Medizin: *Berg/Appelbaum/Lidz/Parker*, 3 ff.; *Maehle, Andreas-Holger*: *Assault and Battery, or Legitimate Treatment?*, *German Legal Debates on the Status of Medical Interventions without Consent*, 1890-1914, *Gesnerus* 57 (2000) 3-4, 206 ff.

¹⁹⁵⁹ *Damm*, 375 ff.; *Höfling*, 2006, 390.

nicht mehr in der Lage sei, vernünftig über vorzunehmende resp. zu unterlassende Behandlungen zu entscheiden.¹⁹⁶⁰ – Inhaltlich umfasst die Idealvorstellung von Autonomie aus Sicht der Medizinethik ebenfalls Konzepte wie Präferenzen und Wertungskohärenzen (vgl. bereits Ziff. 1–2).

Die Medizinethiker *Beauchamp/Childress* plädieren deshalb für ein praktisch umsetzbares Autonomieverständnis. Gerade im Falle einer medizinischen Behandlung von Krankheiten könne die Urteils- und Handlungsfähigkeit der betroffenen Person, der Patientin oder des Patienten, eingeschränkt sein, wodurch ihre bzw. seine Autonomie – im Sinne eines Ideals – infrage gestellt wird. Ferner ist das Autonomieverständnis gemäss diesen Autoren *an die involvierten Personen anzupassen*. Deren Selbstbestimmung sei von ihrer Intention, d.h. einem zielgerichteten Willen (*«intentionality»*), ihrer Einsichtsfähigkeit (*«competence»*) sowie vom Fehlen eines äusserlichen Zwangs- bzw. eines Kontrollmechanismus abhängig: Während eine Intention laut diesen Autoren prinzipiell entweder vorliegt oder nicht, können die beiden anderen Voraussetzungen der Autonomie in unterschiedlichem Ausmass vorhanden sein oder gar fehlen.¹⁹⁶¹ Sofern ein *gewisses Mass an Einsicht* vorliegt und kein äusserer Zwang besteht, würden auch ältere Menschen oder Kinder eine autonome oder selbstbestimmte Handlung an den Tag legen. – Diese *praktisch ausgelegte Auffassung von Autonomie kann meines Erachtens ebenfalls als relational angesehen werden* (dazu gleich Ziff. III).

Nach dem Autonomieverständnis von *Beauchamp/Childress* soll also allen Personen das Recht zugestanden werden, ihre eigenen Ansichten zu vertreten, ihre eigenen Entscheidungen zu fällen und Handlungen zu vollziehen, *die den eigenen Wertvorstellungen entsprechen*, wobei sich diese über Zeit auch ändern können.¹⁹⁶² Das Selbstbestimmungsrecht einer Patientin oder eines Patienten wird entsprechend bei medizinischen Behandlungen durch die Pflicht der medizinischen Fachperson zur Aufklärung und der Einholung der informierten Einwilligung gewährleistet (*Informed-Consent-Prinzip*). Nur wenn die Patientin oder der Patient über den Eingriff rechtsgenügend aufgeklärt wurde, ist ihr bzw. sein Selbstbestimmungsrecht gewahrt. Oder in der erwähnten Terminologie von *Gerald Dworkin* formuliert: Nur dann wurde ihre/seine Autonomie respektiert und wertgeschätzt, sodass ein *Informed-Consent* vorliegt.

Das Autonomieprinzip beinhaltet sowohl den Verzicht auf äusseren Zwang (negative Freiheitsrechte) als auch ein positives Recht auf Förderung der persönlichen Entscheidungsfähigkeit einer Patientin oder eines Patienten. Folglich hat nach *Beauchamp/Childress* eine medizinische Fachperson immer *auch die Pflicht, den Entscheidungsprozess der betroffenen Person selbst zu stärken*, z.B. durch eine sorgfältige, auf deren Bedürfnisse angepasste Kooperation und eine Beratung, die darauf Rück-

¹⁹⁶⁰ Illhardt, 193 ff.

¹⁹⁶¹ *Beauchamp/Childress*, 101 ff., insb. 114 ff. (*Einsichtsfähigkeit*), 120 ff.

¹⁹⁶² *Beauchamp/Childress*, 113 ff., die, nachdem die Zeitfrage aufgeworfen und offengelassen wird, zu den (medizinischen) Bestimmungskriterien der Einsichtsfähigkeit (118) überleiten, die skaliert ausfallen: ob jemand nicht verstehen kann, die Folgen nicht abschätzen kann, die Informationen nicht verstehen kann, keine Begründung für den Entscheid anzugeben vermag oder nur eine irrationale/keine Risiko-Nutzen-Abwägungen machen kann und im Vergleich zu einer durchschnittlichen Drittperson vernünftig erscheint.

sicht nimmt, dass die Überzeugungen der betreffenden Patientin oder des Patienten unsicher oder gar widersprüchlich sein mögen. Zudem braucht es Zeit und das richtige *setting*.¹⁹⁶³ Erst dann eröffnen sich ihr/ihm die verschiedenen Optionen. Ein so verstandenes Autonomieprinzip richtet sich letztlich auch gegen einen wohlwollenden Paternalismus und soll die *Berücksichtigung der Wünsche und Wertvorstellungen der Patientinnen und Patienten* sicherstellen.

Das Selbstbestimmungsrecht muss im Medizinrecht ferner ein *Wahlrecht* bleiben. Will eine Patientin oder ein Patient anderen Menschen (vorab den medizinischen Fachpersonen) die Entscheidung überlassen, so ist ihr/ihm dies freigestellt.¹⁹⁶⁴ Es soll ihr/ihm ferner auch nicht mehr offenbart werden, als sie/er wissen will (Recht auf Nichtwissen); sonst liegt wiederum eine Form von Paternalismus vor.¹⁹⁶⁵ Mit der demographischen Entwicklung und den neuen Instrumenten der Selbstbestimmung im Erwachsenenschutz bzw. im Betreuungsrecht, insbesondere mit der Patientenverfügung, hat das Thema der Wahl und der «Scheinautonomie» in einem speziellen Kontext Aufwind bekommen. Die Debatte um Selbstbestimmung und Schutz hat heute in der Medizinethik u.a. im Rahmen der Lebensentscheidungen und der (nunmehr anerkannten) Patientenverfügungen sowie bei medizinischen Behandlungen von Kindern und Personen mit Demenz eine neue Aktualität gewonnen, sodass sich bereits wieder die Frage stellt, ob der erst vor relativ kurzer Zeit erreichte Paradigmenwechsel hin zu einer Patientenautonomie bereits wieder verteidigt werden muss, weil zu viele Schutzgedanken angestellt werden.¹⁹⁶⁶ Konkret wird etwa auf unrealistische Vorstellungen hinsichtlich der Erstellung einer Patientenverfügung hingewiesen: Es werde von einem «juristisch und medizinisch gebildeten, geistig völlig gesunden Menschen» ausgegangen, wenn verlangt werde, dass die betroffene Person möglichst detaillierte Anweisungen geben soll. Es wird in der Medizinethik in diesem Zusammenhang überlegt, ob nicht der Respekt vor dem Menschen bzw. vor der *Menschenwürde*¹⁹⁶⁷ oder ein Konzept des *Vertrauens*¹⁹⁶⁸ dem liberalen Selbstbestimmungskonzept vorzuziehen sei. Denn bevor eine Person selbstbestimmt handeln könne, müsse sie «den nötigen Schutz genießen» (*Erwachsenenschutz oder Personensorge*). Nach dieser Auffassung fällt primär eine *verständnisvolle, offene und gu-*

¹⁹⁶³ Berg/Appelbaum/Lidz/Parker, 153 ff., 171 ff.

¹⁹⁶⁴ Beauchamp/Childress, 105 m.w.H. auf kulturelle Differenzen.

¹⁹⁶⁵ G. Dworkin, Paternalism, 122.

¹⁹⁶⁶ Hausheer/Perrig-Chiello, 799; Aebi-Müller, ZBJV 149/2013, 150 ff., 174, die von einer «Scheinautonomie» sprechen. So wird etwa argumentiert, dass eine Person bei Eintritt einer starken Demenz *nicht mehr die gleiche Identität habe* und damit nicht mehr die *gleiche Person* sei, wie zum Zeitpunkt, als sie noch urteilsfähig war und die Patientenverfügung verfasst und unterschrieben hatte; womit Letztere grundsätzlich in Zweifel zu ziehen sei nach Art. 27 Abs. 2 ZGB. – Das soll freilich nicht bedeuten, dass die Inhalte einer Patientenverfügung nicht kritisch kontextualisiert werden sollen, aber es sollte nicht wieder dazu führen, dass *Pro-Lebensbewegungen* sich über einen schriftlich formulierten Willen einer Person hinwegsetzen – einen Willen, den diese Person gerade im Hinblick auf die Situation, dass sie künftig eventuell eine *andere Person* sein könnte, zum Ausdruck gebracht hat; s.a. Büchler/Michel, 62ff.; Büchler, 27ff.; Brauer/Strub, *Swiss Academies Communications*, Vol. 11, No. 12, 2016, 51f.

¹⁹⁶⁷ Z.B. der Philosoph Ralf Stöcker, 133 ff. Ein theoretisches Grundproblem des Autonomiekonzepts stellen etwa auch die verschiedenen Zuschreibungen von Kant dar, der diesbezüglich einerseits individuelle Fähigkeiten voraussetzt und andererseits entsprechende Ansprüche an das Menschsein an sich stellt; s. grundlegend zur Autonomie und Würde, Schaber, 41 ff.

¹⁹⁶⁸ Vorab die Medizinethikerin Wiesemann, Vertrauen, 69 ff.; dies., Patientenautonomie, 13 ff.

te Beratung der Patientinnen und Patienten ins Gewicht; es sei aber zudem auch wichtig, die betroffenen Personen möglichst weitgehend an den Entscheidungen mitwirken zu lassen (*shared decision making*).

So verstanden hat das bekannte *Konzept des shared decision making*¹⁹⁶⁹ das Potenzial um das Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmung und Schutz auflösen. Das Recht zur Selbstbestimmung und der Respekt vor der Selbstbestimmung (der allenfalls darüber hinausgehen kann) beinhalten so verstanden eine Pflicht der medizinischen Fachperson zur Aufklärung und zum Einbezug (beziehungsweise des Recht zur Mitwirkung) der Patientin und des Patienten in Entscheide, welche die höchstpersönlichen Lebensbelange betreffen.

Befürworterinnen und Befürworter einer relationalen Vorstellung von Selbstbestimmung möchten aber bewusst die Notwendigkeit unterstreichen, dass die betroffenen Personen – auch von aussen – grundsätzlich als selbstbestimmt wahrgenommen werden müssten. Fehle diese konstituierende Voraussetzung (z.B. die «*normative authority*»), so sei Selbstbestimmung gar nicht mehr vorstellbar. Allein schon der Respekt und die Achtung, die einer Person entgegengebracht werden, könnten die Fähigkeit zur Selbstbestimmung fördern. Dieser Respekt vor der Selbstbestimmung der anderen Person ist es auch, welcher die Pflicht zur Aufklärung und Unterstützung beinhaltet. – Sowohl ein Informed-Consent als auch die Mitwirkung sind Ausflüsse des individuellen Persönlichkeitsrechts.

E. Fehlende Berücksichtigung rechtstatsächlicher Kritik an der Rationalität

Aus Sicht der *Hirnforschung* wurde Ende der 1990er-Jahre die *Willensfreiheitsdebatte* neu belebt, wobei diese auch in den Rechtswissenschaften aufgenommen wurde.¹⁹⁷⁰ Seither wurde die Frage nach der möglichen Bedeutung eines biologischen *Determinismus* für das Recht, insbesondere für das hier interessierende Zivil- und Vertragsrecht, aber praktisch ignoriert.¹⁹⁷¹ Aktuell erhält die Debatte durch die Fortschritte in der Robotik (beispielsweise konkret, dem Aufkommen von Sexrobotern) Aufwind und auch das Privatrecht wird sich diesen Fragen zu Rationalität, Selbstbestimmung und dem, was eine Person oder eine Maschine je tatsächlich und rechtlich zu leisten imstande ist, kaum mehr länger entziehen können.

¹⁹⁶⁹ Berg/Applebaum/Lidz/Parker, 171ff.; Beauchamp/Childress, 111 ff; Gigerenzer/Gray Muir, 27 ff.; Haerter Martin/Simon, Daniela: Do Patients Want Shared Decision Making and How is this to be measured? in: Gigerenzer/Gray Muir (Hrsg.), 54 ff. m.w.H. Soziologen sowohl aus der Spähre der Medizin- als auch den Familienwissenschaften unterscheiden dabei verschiedene Stufen der Mitwirkung, die sich nach Art des Eingriffs und/oder der Initiative für das Gespräch unterscheiden kann: Thompson, Andrew: The meaning of patient involvement and participation in health care, *Social Science & Medicine* (2007), 64, 1297–1310; Smeybe Kari Lisl-lerud/Krikevold, Marit/Engedal, Knut: How do persons with dementia participate in decision making related to health and daily care? A multi-case study, *BMC Health Services Research* 2012, 12 (Article 241); s. grundlegend Roger Hart, *Children's Participation: From Tokenism to Citizenship*, Florenz Florence 1992.

¹⁹⁷⁰ Zum Ganzen anderenorts: Hotz, FS Ott m.w.H.

¹⁹⁷¹ Ausnahmen vorbehalten: Mankowski, AcP 211(2011), 153 ff., 156.

Grundsätzliche Zweifel an der Rationalität der Autonomie von Personen kamen in den 1970er-Jahren auch in den Wirtschafts- und Entscheidungswissenschaften auf: So kritisierten *Herbert A. Simon* und *Reinhard Selten* im Jahre 1979 im Rahmen ihrer Arbeiten auf dem Gebiet der Spieltheorie am sog. *Rational Choice-Ansatz* (nachfolgend auch *Rational Choice Theory*, RCT), dass die Menschen nicht in der Lage seien, all ihre Möglichkeiten zu erkennen, wie sie den Nutzen maximieren könnten. Denn durch ihre Gefühle würden sie die Aufmerksamkeit gegenüber gewissen Risiken einschränken oder verändern.¹⁹⁷² *Simon* (1978) machte verschiedene störende Seiteneffekte der RCT ausfindig, welche die Menschen daran hindern würden, rational entscheiden zu können: Die RCT sei demnach begrenzt; vielmehr handle es sich hierbei um eine «*Bounded Rationality*». Unter diesen störenden Seiteneffekten verstand er etwa Besitzverhältnisse (dem eigenen Besitz werde ein höherer Wert beigegeben), Risikoaversion, Kurzsichtigkeit hinsichtlich des Entscheidens und das «*Satisficing*», also die Haltung, sich mit halbbefriedigenden Lösungen zufriedenzugeben. Der Mathematiker und Wirtschaftswissenschaftler *Selten*¹⁹⁷³ erklärt in der Folge, die *Bounded Rationality* unterscheide sich strukturell von der *Rational Choice-Theory*,¹⁹⁷⁴ und geht nur noch von einer «Teilspielperfektheit» aus:¹⁹⁷⁵ Damit ist gemeint, dass Menschen nicht in der Lage seien, all ihre Möglichkeiten des Nutzenmaximierungskalküls zu durchleben, denn ihre Gefühle würden ihre Aufmerksamkeit gegenüber gewissen Risiken einschränken oder diese verändern. Besonders problematisch sind die sog. rationalen Entscheidungen in der Spieltheorie, wenn sie in der Struktur des Gefangenendilemmas verhaftet sind: Dann besteht nämlich ein Widerspruch zwischen dem, was der Einzelne für «rational» hält, und dem, was für die Gemeinschaft «rational» ist.¹⁹⁷⁶ In der Folge führte *Selten* mit dem Psychologen *Gerd Gigerenzer* zahlreiche Untersuchungen durch, die zusammenfassend ergaben, dass hinsichtlich der Qualität einer Entscheidung «weniger [...] mehr ist». Massgebend sei

¹⁹⁷² Roth, 115 f.; *Nida-Rümelin*, 341 ff., 346 ff.

¹⁹⁷³ Vgl. auch: Der Philosoph und Ökonom *Harsanyi* hatte in den 1960er-Jahren in einem weiteren Schritt ein rationales Verhalten für die Behandlung von Spielen mit unvollkommenen Informationen entwickelt. Der Mathematiker *John Nash* hatte bereits in den 1950er-Jahren dargelegt, dass es in jedem Spiel mit einer endlichen Zahl von Strategien ein Gleichgewicht gebe. Im Jahre 1994 erhielten *Selten*, *Nash* und *Harsanyi* den Nobelpreis für Wirtschaft.

¹⁹⁷⁴ Die RCT war zumindest ursprünglich als Oberbegriff zur Entscheidungs- und Spieltheorie zu verstehen: Zum einen wird durch gegebene Werte und Wahrscheinlichkeiten der Umstände («gegen die Natur») bestimmt, zum anderen durch Interaktion (gegen die anderen «rationalen» Akteure). Die RC-Theoretiker untersuchen sog. individuelle rationale Entscheidungen. Nach der RCT geht der «*homo oeconomicus*» möglichst ökonomisch vor, seine Vorgehensweise ist ausschliesslich zweckorientiert – was jedoch noch nicht bedeutet, dass das Resultat daraus ebenfalls zweckmässig sein muss: *Roth*, 111 ff.; *Diekmann/Eichner/Schmidt/Voss*: *Rational Choice*: Theoretische Analysen und empirische Resultate, Berlin 2008.

Ein Beispiel: Dass eine angestrebte medizinische Behandlungsmethode vorgibt, die effektivste, einfachste und günstigste zu sein, erscheint zunächst plausibel. Die Voraussetzungen für das Zustandekommen eines entsprechenden Behandlungsvertrags sind allerdings, dass die Patientin weiss, was sie will. Um frei wählen zu können, muss sie zudem über die entsprechende finanzielle Möglichkeit verfügen. Auch sollte sie eine Vorstellung von der Wahrscheinlichkeit der positiven bzw. negativen Wirkungen der ihr vorgeschlagenen Behandlung haben. Gemäss dem Grundprinzip der RCT handelt eine Person dann rational, wenn ihre Handlungen im Vergleich zum intendierten Ziel vernünftig erscheinen (*Nida-Rümelin*, 346).

¹⁹⁷⁶ In der Soziologie wird der *Rational-Choice-Ansatz* auch als sog. «*akteurorientierte Soziologie*» bezeichnet; nach diesem Ansatz ist das Individuum (neu) als kreatives, denkendes, empathisches Wesen zu verstehen, und nicht bloss als reagierendes: *Treibel*, 138 f.

nicht, dass möglichst viele Informationen in die Entscheidung miteinbezogen werden (Quantität), sondern vielmehr, dass *die relevanten Informationen ermittelt werden*.¹⁹⁷⁷ Im Jahr 2006 führten *Ap Dijksterhuis* und sein Team mehrere Untersuchungen durch, die das Konzept der *bounded rationality* bestätigten und zugleich präzisierten: Menschen entscheiden dann «am besten», wenn sie in einfachen Entscheidungssituationen gründlich überlegen können. In komplexen Situationen entscheiden sie indes nicht «schlechter», dann handeln sie nämlich intuitiv. Überlegen hingegen Personen in komplexen Situationen sehr lange, so fallen ihre Entscheide «schlechter» aus. In solchen Fällen sind die Betroffenen mit den von ihnen zuvor gefällten Entscheiden *ex post* häufig unzufrieden.¹⁹⁷⁸

Die Entscheidungstheoretiker *Kahneman* und *Tversky* (1979, 2000)¹⁹⁷⁹ leiteten Ende der 1970er-Jahre im angloamerikanischen Bereich den «*heuristic and biases approach*» ein und zeigten anhand zahlreicher Untersuchungen, dass entgegen dem RC-Ansatz präferenziell nach sog. Daumenregeln, «Schubladendenken» oder nach Bekanntheitsgraden entschieden wurde. Ausserdem mögen wir Menschen in der Regel keine Extreme und sind eher risikoavers. *Tversky* und *Kahnemann* wiesen überdies nach, dass Personen je nach den ihnen vorgegebenen Rahmenbedingungen über den gleichen Inhalt unterschiedlich «irrational» entschieden (sog. *Framing-Effekt*). So kamen die Autoren etwa zum Schluss, dass in sog. Verlustsituationen gefällte Entscheidungen generell risikofreudiger ausfielen als solche, die unter positiven Voraussetzungen getroffen wurden.¹⁹⁸⁰

Damit dürfte das Ideal des *homo oeconomicus* heute weitgehend dekonstruiert sein. Einige Defizite der Rationalität scheinen gut dokumentiert zu sein: So etwa, dass *mehr Information* besser sei als weniger oder dass wir Menschen nach *Daumenregeln* oder *kontextbezogen* weniger treffend entscheiden würden als nach rationalen Kriterien. Gestützt auf solche ausserrechtlichen Fakten in Sachen Selbstbestimmung, liessen sich demnach auch guten Gewissens rechtliche Vorschläge machen, wann und wie eine Rechtsordnung sinnvoll Schutz schaffen könnte.¹⁹⁸¹

¹⁹⁷⁷ *Gigerenzer/Gray/Roth*, 116 ff. In dem von ihm mitherausgegebenen Buch «*Better Doctors, Better Patients, Better Decisions*» wird der Informationsstand von Patienten und Ärzten sowie die Patienten-Arzt-Beziehung untersucht, wobei der Schwerpunkt nicht auf die maximale Selbstbestimmung der Patienten gelegt wird, sondern auf die Eindämmung des Ressourcenverbrauchs bei einem Mehr an Qualität in der Behandlung. Beispielsweise überschätzten viele Patienten den Nutzen von Computertomografien, Magnetresonanztomografien und Mammografien aufgrund von Fehlinformationen.

¹⁹⁷⁸ *Dijksterhuis, Ap/Bos, Maarten W./Nordgren, Loran F./van Baaren, Rik*: On Making the Right Choice: The Deliberation-Without-Attention Effect, *Science* 311 (2006) 5763, 1005 ff.

¹⁹⁷⁹ In: Gilovich, Thomas/Griffin, Dale/Kahneman, Daniel (Hrsg.): *Heuristics and biases: The psychology of intuitive judgement*, Cambridge 2002.

¹⁹⁸⁰ *Tversky/Kahnemann*, *Rational Choice*, 251 ff.; *idem*, *Framing of Decisions*, 453.

¹⁹⁸¹ Nur stellt sich dann, wie etwa *Eidenmüller* einwendet, das grundlegende Sein-Sollen-Problem (von deskriptiven Aussagen lässt sich logisch nicht auf normative schliessen); rechtliche Interventionen setzten immer auch ein überzeugendes normatives Konzept voraus: JZ 17/2011, 819 ff.; *idem*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 369 ff. Dem liesse sich wiederum entgegen, dass die Rechtsordnung auch die Lebensrealitäten spiegeln wolle, weswegen normative Konzepte zu überlegen seien: z.B. wie etwa alle Personen, die in faktischen Lebensgemeinschaften leben, minimal geschützt werden könnten, oder wie sich allenfalls das Recht anzupassen habe, wenn Menschen zunehmend zu den neuen Methoden der Fortpflanzungsmedizin greifen.

F. Zwischenergebnisse

Diese verschiedenen theoretischen Konzeptionen von Selbstbestimmung (über die selbstverständlich je einzeln Beiträge geschrieben werden könnten) zeigen *erstens*, dass ein idealisiertes Verständnis von Selbstbestimmung und Autonomie *disziplinenübergreifend von zahlreichen Personen* hinterfragt wird. Einige Kritiken sind dabei auch schon durchaus älteren Datums und seither mehrfach überprüft.

Diese Einblicke zeigen als Ganzes, dass die Kritik am Konzept der Selbstbestimmung auch keiner besonderen Personengruppe oder keiner spezifischen Theorie zugeordnet werden kann: Es handelt sich weder um eine Erfindung von so genannten «radikalen» Feministinnen (*Patemann, McKinnon*) noch um eine derjenigen medizinischen Fachpersonen und Ethikerinnen und Ethikern, die in ihrem Berufsalltag öfters als andere Berufsgruppen mit urteilsunfähigen Personen zu tun haben und sich in vielen Einzelfällen überlegen müssen, ob sie an einer klassisch-liberalen Auffassung von Selbstbestimmung festhalten wollen oder ob sie sich gar an anderen Werten als der Autonomie orientieren sollen. Schliesslich wäre aber auch verkürzt, die Kritik an der Selbstbestimmung nicht im Vertragsrecht selbst zu verorten, denn Willensmängel und Machtungleichgewichte im Vertrag sind klassische Vertragsthemen. Sind die Vertragsinhalte aber höchstpersönlicher Natur, wie in der vorliegenden Untersuchung, so vereinen sich klassische vertragsrechtliche Fragen mit solchen aus der feministischen und medizinethischen Perspektive, die noch dringender eine vielschichtigere Betrachtungsweise einfordern.

Zweitens, dürfte ferner auch klargestellt sein, dass die Bedeutung der sozialen Einbettung der Individualität und die Defizite der Rationalitätstheorie in der Wissenschaft keine Neuheiten mehr darstellen. Dennoch ist das Autonomiekonzept in seinen Grundzügen trotz fundamentaler Kritik bis heute in allen Disziplinen mehrheitlich anerkannt geblieben. Es geht den zitierten Autorinnen und Autoren mehrheitlich darum, die Bedingungen des Autonomiekonzepts zu umschreiben:

Im Feld philosophischer und ethischer Konzeptionen liegt der Schwerpunkt vor allem auf der Individualität und den individuellen Fähigkeiten der Menschen zur Reflexion und zur Präferenzbildung und schliesslich auch auf der individuellen Authentizität von Entscheidungen.

Im Vertragsrecht liegt der Schwerpunkt der Kritik auf dem sozialen Umfeld der Vertragsparteien. Die Notwendigkeit eines sozialen Schutzes für gewisse Gruppen von Personen (Verbraucher, Arbeitnehmer, Mietende) und der Schutz vor gewissen spezifischen Inhalten (AGB) wird zwar grundsätzlich anerkannt, aber die konkreten individuellen Fähigkeiten zur Präferenzbildung und Authentizität der Parteien werden noch weniger thematisiert. Diese Fragen bilden traditionell Gegenstand der der Urteilsfähigkeit und der Geschäftsfähigkeit, die sich erst bei spezifischen Rechtsgeschäften stellt (z.B. Testamenten, Vorsorgeaufträge). Die sich mit der Zeit ergebende Umstände und die dem Druck und Zwang ausgesetzten Situationen, die nicht unbedingt eine Täuschung oder einen krassen Missbrauch (bzw. eine Übervorteilung) darstellen müssen, sind dagegen bisher noch weniger diskutiert geblieben. Entsprechend vermag es auch nicht zu erstauern, wenn im Vertragsrecht das Autonomiekonzepts insgesamt noch beständiger erscheint.

Die unterschiedlichen feministischen Kriterinnen verstehen die Selbstbestimmung von Frauen im Allgemeinen sowie im Besonderen durch die für diese massgeblichen (Gewalt-)Beziehungen kontextualisiert. Ausgehend von der Vorstellung, dass alle Personen durch ihre sozialen Beziehungen geformt und durch «überschneidende Faktoren» wie Gender, Ethnie, soziale Klasse, Politik und autoritäre Strukturen bestimmt seien, vertraten sie die Ansicht, dass die Selbstbestimmung – und damit auch die Vertragsfreiheit einer Person – durch den Kontext faktisch eingeschränkt oder behindert werden könne.¹⁹⁸² Dabei sei davon auszugehen, dass sich das Spannungsfeld zwischen der Selbstbestimmung von Frauen und den vorherrschenden gesellschaftlichen Sittlichkeitsvorstellungen besonders pointiert in der Selbstbestimmung über den eigenen Körper und in Fragen der Sexualität zeige.¹⁹⁸³

Mit Cheryl Hanna¹⁹⁸⁴ lässt sich deshalb als weiteres Zwischenergebnis festhalten:

«I conclude that the future of feminist legal theory depends on its ability to remain ambivalent about the tensions presented in the consent doctrine as applied to contexts such as polygamy, prostitution, sadomasochistic sex, obscenity, and domestic violence. Big Love seeks to persuade us to accept ambivalence and to be open to changing our minds because of the complicated nature of women's (and men's) lives.»

III. Relationales Verständnis von Autonomie

A. «Relational Autonomy» als Alternative

Einige Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler gehen dem Gesagten zufolge von einer sog. «*relational autonomy*» aus. Damit möchten sie die privaten und gesellschaftlichen Bedingungen und Möglichkeiten der Personen hinsichtlich ihrer rechtsgeschäftlichen Willenskundgebungen betonen und sind zugleich bestrebt, diese in die juristische Würdigung mit einzubeziehen. Der herausragende individualistische Wert des Autonomiekonzepts ist infrage gestellt. Stattdessen treten die Beziehungen zu anderen Individuen in den Mittelpunkt und der soziale Kontext in den Vordergrund der Betrachtungen. Während die relationalen Ansätze hinsichtlich der von ihnen verwendeten Terminologien nicht übereinstimmen müssen, ist ihnen gemeinsam, dass sie die Absicht verfolgen, die Implikationen einer individuell-historischen und sozial differenzierteren Betrachtungsweise («*rich understanding*») der Selbstbestimmung zu untersuchen.¹⁹⁸⁵ Zudem stehen bei den relationalen Ansätzen die Selbst- bzw. die Fremdbestimmung *in heiklen Unterdrückungssituationen erklärtermassen im Zentrum* des Interesses, was von Anfang an zu mehr Transparenz führt. So wird beispielsweise thematisiert, wann eine Person allenfalls trotz erheblicher sozialer Einwirkungen, denen sie ausgesetzt ist, als partiell selbstbestimmt angesehen werden

¹⁹⁸² Friedman, *Feminism in ethics*, 205 ff.; Mackenzie/Stoljar, 3 ff.; Gan, 171 ff.

¹⁹⁸³ Holzleithner, *Olympe* 17/2002, 48 ff.; *idem*, 21, 39 ff., 41.

¹⁹⁸⁴ Mich. J. Gender & Law 2010, 112.

¹⁹⁸⁵ Mackenzie/Stoljar, 3 ff.; Nedelsky, 2 ff.; Raz: «*thicker understanding*»; Anderson/Honneth, 128 f.

kann und wann eine Person, welcher in der Realität nur wenige oder schlechte Handlungsoptionen offenstehen, als fremdbestimmt zu betrachten ist.¹⁹⁸⁶

B. Relationales Verständnis von Autonomie

1. *Relationales (Selbst-)Verständnis als Ausgangspunkt (Jennifer Nedelsky)*

Eine der ersten Feministinnen, die das Konzept der relationalen Autonomie in der Rechtswissenschaft (v.a. im Verfassungs- und Verwaltungsrecht) verwendet und weiterentwickelt hat, ist *Jennifer Nedelsky*, Professorin für Rechtstheorie, Rechtsgeschichte und Verfassungsrecht an der Universität von Toronto.¹⁹⁸⁷ Sie versteht ihr Konzept der *relational autonomy* als Brückenschlag zwischen dem nach wie vor dominierenden liberalen Autonomiekonzept und einem Selbstverständnis, das ausschliesslich auf dem sozialen Kontext beruht.¹⁹⁸⁸

Nedelsky verlangt, dass zunächst begriffen werden müsse, dass Selbstbestimmung eine Fähigkeit sei, die durch (positive) interpersonale Erfahrungen angelegt werde. Mit anderen Worten formuliert: Das «Selbst» (*self*) jeder Person hänge von ihren interpersonalen, sozialen und politischen Erfahrungen ab.¹⁹⁸⁹ Sie verweist diesbezüglich auf das Beispiel eines Kindes, das in seiner Selbstbestimmung sehr beeinflussbar und von den im Elternhaus gemachten Erfahrungen abhängig sei.¹⁹⁹⁰ Ein solches «Selbst» ist kein Individuum, das für sich allein steht und als solches vor anderen Individuen (rechtlich) geschützt oder gestärkt werden müsse. Vielmehr ist es Teil der anderen Individuen, weil es von diesen konstituiert bzw. konstruiert worden sei.¹⁹⁹¹ Werde von einem so verstandenen, relationalen Selbstverständnis ausgegangen, so ergebe sich daraus zwanglos, dass auch die gesellschaftlichen Werte relational seien, und entsprechend müssten auch die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Instrumente relational sein.

In Wechselwirkung dazu konstruiere das Recht die Beziehungen. Die meisten Rechtsinstitute beträfen relationale Verhältnisse, so beispielsweise der Vertrag, welcher zwischen den Parteien u.a. ein Vertrauensverhältnis aufzubauen vermöge; allerdings

¹⁹⁸⁶ *Mackenzie/Stoljar* unterscheiden drei verschiedene Ebenen: 1.) Welche Rolle spielen soziale Normen, Institutionen und kulturelle Praktiken bei der Entwicklung der Wünsche/des Willens der Person und bei deren Haltung sich selbst gegenüber? 2.) Welche Kompetenzen und Fähigkeiten müssen entwickelt werden, damit jemand als autonom zu bezeichnen ist? 3.) Wie sieht die individuelle Fähigkeit, mit selbstbestimmten Entscheiden umzugehen, in der konkreten Situation aus?

¹⁹⁸⁷ Während sie erklärt, dass der Feminismus entscheidend für ihre Theoriebildung gewesen sei, geht sie davon aus, dass ihre Theorie über die feministische Wissenschaft hinausreiche: «Relational Law»: *Law's relations: a relational theory of self, autonomy, and law* (2011), 5, Kapitel 1; bereits früher: *Nedelsky*, *Reconceiving Autonomy*, 7 ff.

¹⁹⁸⁸ *Nedelsky*, 9 f.

¹⁹⁸⁹ *Nedelsky*, 5 ff.

¹⁹⁹⁰ Ein japanisches Kind, das in der Schule und im Elternhaus dazu erzogen wird, dem Lehrer/der Lehrerin zu gehorchen, äussert seine Meinung in der Schule nicht gleichermassen «selbstbestimmt» wie ein amerikanisches Kind, das von allem Anfang an gewohnt ist, dass alle ihm gestellten Aufgaben bzw. seine Antworten mit einem Lob quittiert werden; ob das japanische Kind dadurch aber ein weniger gestärktes Selbstwertgefühl hat, dürfte fraglich sein.

¹⁹⁹¹ *Nedelsky*, 19 ff.

könne umgekehrt etwa mit einem «*caveat emptor*»-Ansatz auch eine auf Misstrauen basierende Relation aufgebaut werden.¹⁹⁹² Diese Frage nach der Konstruktion der Beziehungen durch das Recht (*How does law structure relations?*)¹⁹⁹³ steht für *Nedelsky* letztlich im Vordergrund. Denn würden wir diese Beziehungskonstruktionen (besser) verstehen, könnten wir wiederum das Recht verbessern. Dabei dürfte sich *Nedelsky* der Herausforderung, die in dieser Argumentation steckt – nämlich «*using the master's tool*»¹⁹⁹⁴ – durchaus bewusst gewesen sein.

Es ist dieser grundlegende Konstruktionsansatz, der nach *Nedelsky* den Unterschied zu einem bloss kontextualisierten Verständnis von Recht ausmacht (vgl. zum Begriff Kap. 11 Ziff. II.A),¹⁹⁹⁵ und damit letztlich auch den Unterschied zu einer «Relational Contract Theory» begründet (nachfolgend lit. C). Das relationale Verständnis von Recht ist für sie viel weiterführender: Es erfasst sowohl strukturelle wie auch institutionelle Umstände und dient dazu, die Vielschichtigkeit von Beziehungen zu erkennen. *Nedelsky* möchte ihren Ansatz jedoch nicht als materiale Gerechtigkeitstheorie verstanden wissen, sondern *als Methode*. Wenn das relationale Verständnis im Rahmen der Selbstbestimmung (des Konzepts der Würde oder der Gerechtigkeit) verinnerlicht werde, so führe das aber zu einer Betrachtungsweise, die für die Gerechtigkeit förderlich sei und zudem zeige, dass die (vermeintliche) Errungenschaft der Selbstbestimmungsrechte dadurch nicht infrage gestellt werde, denn relational bedeute keineswegs, dass sich ein Individuum dem Kollektiv beugen müsse.¹⁹⁹⁶

2. Erhalt der Reflexionsfähigkeit und Kohärenz (*Marilyn Friedman*)

Nach der Philosophin *Marilyn Friedman* (*Autonomy, Gender and Politics*, 2003) handelt es sich bei «Autonomie» oder der «Selbstbestimmung» von Frauen zwar um streitbare Begriffe; ihnen kommt aber gleichwohl eine grundlegende theoretische Bedeutung zu: Frauen sollen sich als «selbstbestimmt» empfinden und erleben, denn das wiederum stärke ihr Selbstbewusstsein und das notwendige Selbstverständnis, um als Akteurinnen auftreten zu können. Frauen sollen nach *Friedman* u.a. in der Lage sein, sich sowohl gegen staatliche Kontrolle und Eingriffe als auch gegen private Übergriffe zu wehren. Daher hält *Friedman* bewusst an den Begriffen «Autonomie» bzw. «Selbstbestimmung» fest, plädiert aber dafür, deren Inhalte an die konkreten Lebensbedingungen von Frauen anzupassen, indem Massnahmen zu treffen seien, die die soziale Unterdrückung sowie Unterordnung beseitigen. – Wie das konkret zu geschehen hätte, erklärt *Friedman* in ihrem Werk (leider) nicht.

Friedman kann mit ihrem Modell aber erklären, warum Personen sich nicht mehr mit sich selbst identifizieren, wenn sie im Kontext der Unterdrückung ihre Autonomie aufgeben: *Friedman* bezieht sich zunächst auf Theoretikerinnen wie *Jennifer Nedelsky* oder auch *Seyla Benhabib*, die für das Konzept der Selbstbestimmung herausgeschält haben, dass eine Person sich nur selbstbestimmt fühlen könne, wenn sie entsprechend sozialisiert worden sei und sich in ihrer Gemeinschaft als «sich selbst»

¹⁹⁹² *Nedelsky*, 76, gesamte Kapitel 6.

¹⁹⁹³ *Nedelsky*, 81, 237.

¹⁹⁹⁴ *Nedelsky*, 81, 364, 373 ff., 376.

¹⁹⁹⁵ *Nedelsky*, 81 ff.

¹⁹⁹⁶ *Nedelsky*, 77.

empfinde. Zudem setze eine Selbstbestimmung voraus, dass von anderen Personen gelernt werden könne und dass die Fähigkeit gegeben sei, sich selbst infrage zu stellen und über sich selber zu reflektieren. *Friedman* tritt dann für eine Untersuchung der fließenden Entwicklung des sog. «*wahren Selbst*» ein. Im Gegensatz zu dem bereits erwähnten Stufenkonzepten, namentlich demjenigen Frankfurt's (unter Ziff. II) lehnt *Friedman* eine Hierarchisierung von Wünschen/des Willens bewusst ab. So fragt sie sich beispielsweise, ob es eine Voraussetzung für das selbstbestimmte Handeln sei, dass eine Person *nicht* determiniert ist. Nach *Friedman* stehen die unterschiedlich starken Motivationen, Wertvorstellungen und Prinzipien einer Person miteinander in dauerndem Austausch. Erst wenn ihre höchsten Prinzipien sich anhand ihrer alltäglichen Motivationen nachweisen liessen, könne davon ausgegangen werden, dass die betreffende Person nach ihren eigenen Prinzipien entscheide und handle. Entsprechend wird ihre Konzeption von Autonomie auch treffend als eine «*integrative*» verstanden.¹⁹⁹⁷ Danach ist Selbstbestimmung (Autonomie) an sich schon stets etwas Relationales. – Diese Annahmen seien jedoch für die betreffenden Personen nicht unbedingt von Vorteil, denn soziale Beziehungen seien zwar grundsätzlich notwendig, doch seien sie in der Vergangenheit oftmals – gerade für Frauen und deren Autonomiebestreben – hinderlich gewesen.¹⁹⁹⁸

Nach *Mackenzie/Stoljar* bietet dieser Ansatz von *Friedman* hingegen noch keine genügende Beschreibung der Bedingungen von Autonomie. Auch nach *Benson* hilft dieser Ansatz höchstens dann, wenn noch ein gewisser Widerstand möglich ist bzw. eine gewisse Reflexionsfähigkeit besteht. Hat jedoch eine Person alle Mechanismen, die es ihr überhaupt erst ermöglichen würden, zu erkennen, dass sie nicht selbstbestimmt ist, ausgeschaltet, hilft dieser Theorieansatz wenig.¹⁹⁹⁹ Ferner wird gegen *Friedmans* Ansatz auch eingewendet, dass er die historische Dimension der Sozialisation einer Person ausser Acht lasse.²⁰⁰⁰

Dem ist insoweit zuzustimmen als Autonomie resp. Selbstbestimmung als minimale Voraussetzung dafür erscheint, dass eine Person zur Reflexion der eigenen Motivationen fähig ist und diese aufgrund eigener Überlegungen zu ändern vermag. Für das Mass der Selbstbestimmungsfähigkeit einer Person bleibt es daher letztlich ausschlaggebend, ob sie die eigenen Motivationen erkennt und versteht oder ob sie diesen bloss unreflektiert folgt.

3. Respekt vor der selbstbestimmten Person

In Anlehnung an die Fähigkeit zur Selbstreflexion, die bereits *Harry Frankfurt* betont hat, und an die Fähigkeit zur Identifikation, die *Gerald Dworkin* hervorhebt, führt die feministische Philosophin *Catriona Mackenzie* (*Relational Autonomy, Normative Authority and Perfectionism*, 2008)²⁰⁰¹ den Begriff der «*normative authority*» ein, welche für das relationale Autonomieverständnis wichtig sei. Sie bezeichnet damit die für die Entscheidungsfähigkeit ausschlaggebende Kompetenz ei-

¹⁹⁹⁷ *Mackenzie/Stoljar*, 13 ff.

¹⁹⁹⁸ *Friedman*, *Feminism in ethics*, 218.

¹⁹⁹⁹ *Benson*, 72 ff.

²⁰⁰⁰ *Mackenzie/Stoljar*, 13 ff.

²⁰⁰¹ *Journal of Social Philosophy* 39 (4) (2008), 512 ff.; *Mackenzie/Stoljar*, 3-31.

ner Person zur kohärenten Selbstwahrnehmung und Selbstbestimmung. Diese Kompetenz ist gemäss *Mackenzie* von der eigenen Kultur, Religion und der sozialen Stellung abhängig. Wird sie jedoch durch Erlebtes oder ungerechte soziale bzw. politische Umstände beeinträchtigt, so kann dies dazu führen, dass die betroffene Person letztlich doch nicht autonom entscheidet – selbst wenn dies gegen aussen so erscheinen mag –, da sie von der Gesellschaft unterdrückt oder marginalisiert worden ist und somit jedenfalls nicht ernst genommen wird. Nach der «*normative authority*» müsse eine Person sozial anerkannt sein, damit bei ihr überhaupt von der Fähigkeit zur Selbstbestimmung ausgegangen werden könne.²⁰⁰²

Befürworterinnen und Befürworter einer relationalen Vorstellung von Selbstbestimmung unterstreichen etwa die Notwendigkeit, dass die betroffenen Personen – auch von aussen – grundsätzlich als selbstbestimmt wahrgenommen werden müssen. Fehle diese konstituierende Voraussetzung (z.B. die «*normative authority*»), so sei Selbstbestimmung gar nicht vorstellbar. Allein schon der Respekt und die Achtung, die einer Person entgegengebracht werden, könnten die Fähigkeit zur Selbstbestimmung fördern. Nach *Nedelsky* bestimmen wir deshalb, ob bzw. inwieweit wir Personen von der Rechtsanwendung ausschliessen oder nicht, und zwar je nachdem, wie viel Selbst- bzw. Fremdbestimmung wir ihnen einräumen.²⁰⁰³

4. Denkbare Bedeutung der relationalen Autonomie für das Vertragsrecht

a) Vier Elemente relationaler Autonomie

Ein relationales Verständnis von Autonomie bedeutet nach dem Ausgeführten zunächst, dass Selbstbestimmung nicht einfach gegeben ist. Ein relationales Verständnis setzt ferner ein relationales Selbstverständnis der Personen voraus und es bedingt, dass sich dieses Verständnis in Form einer Reflexivität äussert, die auch eine gewisse Konstanz aufweist. Als letztes und «äusseres» Element relationaler Autonomie ist zu beachten, dass Personen grundsätzlich als selbstbestimmt wahrzunehmen sind. Vor allem in diesem letzten Punkt klingt die Pflicht zur Stärkung der Selbstbestimmung an.

b) Schutz bei Vulnerabilität

In den gegenwärtigen Diskussionen zur relationalen Autonomie erscheint sowohl aus philosophisch-ethischer wie auch feministischer Perspektive wichtig, dass das zugrunde gelegte Autonomiekonzept eine angemessene Berücksichtigung einer allfällig beeinträchtigten Selbstbestimmung erlaubt. Situationen, in denen die Selbstbestimmung beeinträchtigt sein kann, können auf die individuelle «Vulnerabilität» einer Person (sei es aufgrund psychischer oder physischer Einwirkungen) zurückgehen. Damit werden allgemein Personen umschrieben, die *besonders verletzbar sind und umgekehrt besonders schutzbedürftig* werden. – Allerdings ist der Terminus der Vulnerabilität (noch) unscharf, denn verschiedene Personen können in rechtlich unterschiedlichen

²⁰⁰² Soziale Anerkennung, Selbstvertrauen und Selbstrespekt gehören auch zum Autonomiekonzept des amerikanischen Psychologen und Philosophen *Benson*, *Free agency and self-worth*, 650 ff.; *Benson* konnte aufzeigen, dass krasse Vorurteile gegenüber Personen bzw. deren Marginalisierung bei den Betroffenen zu geringerem Selbstvertrauen und schlechteren Entscheiden führen.

²⁰⁰³ *Nedelsky*, 365.

Kontexten als vulnerabel angesehen werden.²⁰⁰⁴ Man käme also im Resultat nicht umhin, in allgemeiner Weise zu umschreiben, wann und warum Personen besonders verletzbar dafür sind, ihre Selbstbestimmung besonders gefährdet ist.

Wichtig ist aber für die vorliegende Ausführungen, dass Vulnerabilität und Selbstbestimmung in der wissenschaftlichen Diskussion *nicht* als zwingende Gegensätze verstanden. Vielmehr wird gefordert, dass bei Vulnerabilität eine Stärkung der Autonomie der betroffenen Personen zur «Pflicht» gehöre.²⁰⁰⁵ Mackenzie geht hier noch einen Schritt weiter und fordert, dass die Pflicht zur Stärkung der Selbstbestimmung bei Vulnerabilität als Teil der sozialen Gerechtigkeit anerkannt werden soll.²⁰⁰⁶ Im bereits erwähnten Anwendungsbeispiel von *Christman* hat demnach eine Sozialarbeiterin, die vor der schwierigen Entscheidung steht, wie sie mit einer fremdländischen, traumatisierten und misshandelten Prostituierten umgehen soll, die zu ihrem gewalttätigen Zuhälter zurückkehren will, primär die *Pflicht, die betreffende Person in ihrer Fähigkeit zur Selbstbestimmung zu stärken*.²⁰⁰⁷ Das Beispiel führt zur Frage, was die Berücksichtigung des *relationalen Autonomiekonzepts* in der Diskussion rund um die Selbstbestimmung von Frauen, um Sexualität und gesellschaftliche Sittlichkeitsvorstellungen bewirken kann. Mit *Friedman* lassen sich anhand dieses Konzepts die Subordination und Unterdrückung von Frauen besser darstellen und/oder aufdecken; insbesondere lassen sich die Vielschichtigkeit weiblicher Perspektiven und Fähigkeiten aufzeigen und nutzbar machen.²⁰⁰⁸ Das bedeutet, dass es zu neuen Bewertungen von Selbstbestimmung kommen kann und soll. Dem entspricht im Resultat – zumindest für diesen spezifischen Themenbereich – der sog. *relational-feministische Ansatz* (v.a. *Carol Gilligans Care Ethic*),²⁰⁰⁹ der sich dadurch charakterisiert, dass er eine spezifische *weibliche Moralität* berücksichtigen will. In Bezug auf das Vertragsrecht kann dies, wie etwa *Emmenegger* oder *Frug* gezeigt haben, bedeuten, dass eine Gleichbehandlung durch eine rechtliche Berücksichtigung der weiblichen Moralität eher erreicht werden könnte, was u.U. Ungleichbehandlung voraussetzt.²⁰¹⁰ Mittels eines relationalen Autonomieverständnisses könnte der Schutz besonders verletzbaren Personen im Vertragsrecht dementsprechend thematisch erweitert werden.

²⁰⁰⁴ Es besteht eine reichhaltige ethische Literatur zur Vulnerabilität und der EGMR hat in verschiedenen rechtlichen Kontexten Verpflichtungen im Zusammenhang mit vulnerablen Personen aufgestellt: z.B. EGMR vom 17.1.2012 (*Stanev v. Bulgarien* Nr. 3676/6, § 120; statt vieler: *Samantha Besson*, La vulnérabilité et la structure de droits de l'homme, l'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme, In: Burgorgue-Larsen, Laurence (Hrsg.), La vulnérabilité saisie par les juges en Europe, Brüssel 2014, 59ff., 69f., 73ff. Es existiert allerdings *bis dato* keine verbindliche Umschreibung des Terminus im schweizerischen Recht. Allerdings ist auf das dritte Kapitel des Humanforschungsgesetzes (SR 810.30) hinzuweisen, das zusätzliche Anforderungen an die Forschung mit «besonders verletzbaren Personen» stellt und damit nach Art. 21-31 die folgenden Personen explizit versteht: minderjährige und urteilsunfähige Personen, schwangere Frauen, Personen im Freiheitsentzug und Personen in Notfallsituationen.

²⁰⁰⁵ *Christman*, Social Practical Identities, 121 ff.; *idem*, Autonomy and Personal History, 1 ff.

²⁰⁰⁶ *Mackenzie*, 3 ff.

²⁰⁰⁷ *Christman*, Social Practical Identities, 123.

²⁰⁰⁸ *Friedman*, Feminism in ethics, 210 f.

²⁰⁰⁹ Zum Ganzen siehe *Friedman*, Autonomy, 81 ff., 115, 180 ff.

²⁰¹⁰ *Emmenegger*, 57 ff., 262 ff.; *Frug*, 1057 f.

c) Vielschichtigkeit der Vertragsbeziehung erkennen

Auf das Vertragsverhältnis bezogen, kann aus einem so verstandenen relationalen Konzept der Autonomie eine Betonung und differenzierte Betrachtung der ihm zugrunde liegenden Beziehungen resultieren:

Statt beispielsweise von einem fest vorgegebenen strukturellen Vertragsungleichgewicht zwischen zwei Parteien auszugehen, könnte etwa ein *Prostitutionsvertrag* in einem weiteren Kontext von alltäglichen Beziehungs- und Machtrelationen angesiedelt werden, die zur Entstehung eines Vertrags beitragen (und im Einzelnen zu überprüfen wären). Ein solcher Vertrag liesse sich ferner auch im Rahmen eines besonderen Migrations- und/oder Familiensettings betrachten, sodass sich die Perspektive bei der Bestimmung dessen, was ein konkretes Vertragsungleichgewicht sein könnte, nicht mehr auf die beiden Vertragsparteien als selbst- oder fremdbestimmte Individuen und die interpersonaler Dynamik beschränkt, sondern sich einem weiten Kreis von kontextualen Faktoren öffnen würde.

Auch ein *(Teil)Ehevertrag*,²⁰¹¹ den eine Ehepartnerin zum Zweck der Gütertrennung unterzeichnete, weil ihr Ehemann Geschäftsführer ihres gemeinsamen Familienunternehmens ist, wäre hinsichtlich der Selbst- oder Fremdbestimmung nicht nur im Rahmen der bilateralen Beziehung der Vertragsparteien zu würdigen. Vielmehr wäre die Selbstbestimmung der Ehepartnerin zusätzlich relational in Bezug auf den Machtkontext zu beurteilen, der üblicherweise beim Abschluss eines Vertrags sichtbar wird und der im spezifischen Familienkontext (einer Grossfamilie und weiterer möglicherweise Druck ausübender Verwandter) sowie im politischen Kontext (da die Unternehmung der Hauptarbeitgeber in der Region ist) zum Zeitpunkt des Vertragschlusses wirksam war. Des Weiteren wären die Selbstbestimmung der Ehepartnerin bei einer Trennung im Lichte des aktuellen spezifischen Scheidungskontextes des Paares (v.a. emotionale Befindlichkeiten, berufliche und finanzielle Verhältnisse) und der Verhandlungstaktiken der Rechtsvertretung sowie der Rolle des lokalen Gerichts und der politischen Organe näher zu betrachten. – Keine andere Betrachtungsweise würde bei einer Auflösung eines Partnerschaftsvertrages (*de lege ferenda*) zur Anwendung gelangen.

Schliesslich wäre auch ein Vertrag (*de lege ferenda*), den eine 50-jährige unfruchtbare Frau und deren Lebenspartner mit einer dritten Person geschlossen haben, die bereit ist, schwanger zu werden und das Kind aus Samenspende des Mannes und einer Eizellenspende einer Drittperson für die intentionalen Eltern auszutragen, nicht nur nach den gegenseitigen Vertragsbeziehungen und den möglichen gegenseitigen Beeinflussungen aufzuschlüsseln, sondern ebenfalls aus der Perspektive des Paares und der Leihmutter im jeweiligen Familienkontext sowie unter Berücksichtigung der Beziehung zwischen kinderlosen Personen und Personen mit Kindern in einer Gesellschaft zu betrachten. – Der relationale Ansatz könnte bei dieser speziellen Problematik zu weiteren erwägenswerten Überlegungen führen, wie zum Beispiel: 1.) Ein Leihmutterschaftsverbot kann die Beziehungen zum Ausland und zur inländischen und ausländischen Reproduktionsmedizin beeinflussen. 2.) Ein Leihmutterschaftsverbot für Leihmütter ist in Relation zu einem Abtreibungsverbot für schwangere Frauen

²⁰¹¹ Vgl. das Beispiel zur Darlehenssicherung per Grundpfandvertrag bei *Nedelsky*, 378.

weniger einschneidend: Im ersten Fall muss die Frau «nur» darauf verzichten, ihre Fortpflanzungsfähigkeit zur Verfügung zu stellen (gegen ein möglicherweise lebenserhaltendes Entgelt); im zweiten Fall dagegen fehlt ihr das Recht zur Abtreibung und damit das Recht, über die Frage der Fortpflanzung zu entscheiden.²⁰¹²

Daraus ergibt sich: Erst wenn man sich des vielschichtigen Beziehungsgeflechts rund um den Vertrag bewusst geworden ist, ist es möglich, vernünftig zu entscheiden, ab wann staatlicher Schutz in Form einer Begrenzung von Autonomie gerechtfertigt ist (vgl. zu den konkreten Herausforderungen des *Wie* nachfolgend Kap. 11).

C. «Relational Contract Theory»

1. «Relational Contract Theory» (MacNeil)

Im Vertragsrecht seit Längerem bekannt ist die sog. relationale Vertragstheorie bzw. die «*Relational Contract Theory*» von Ian R. MacNeil, ab den 1960-Jahren. Diese wurde im Vertragsrecht später unter dem Begriff «essential contract theory» bekannter.²⁰¹³ – Ohne auf diese Theorie hier mit der ihr gebührenden Tiefe eingehen zu können, erschiene es umgekehrt als vermessen über relationale Autonomie im Vertragsrecht schreiben zu wollen, ohne an dieser Stelle auf diesen bedeutenden, vielfach zitierten und rezipierten theoretischen Ansatz aufmerksam zu machen. Die «*Relational Contract Theory*» richtet sich u.a. nämlich auch gegen den Grundsatz der Vertragsautonomie und gegen ein formalistisches Willensprinzip. Mit dieser Theorie trat der schottisch-amerikanische Rechtsvergleicher und Vertragsrechtler Ende 1967/Anfang 1968 gegen den damals berühmten «death of contract» (nach Gilmore) an, der den Untergang des Vertragsrechts und der Vertragstheorie ankündigte. Die Theorie wurde später u.a. von Stewart Macaulay, Lisa Bernstein und John Wigman sowie von Richard Austen-Baker²⁰¹⁴ weiterentwickelt. Sie wurde auch in der japanischen Zivilrechtslehre von Takashi Uchida rezipiert.

Wie die Bezeichnung bereits offenlegt, untersucht diese Theorie die Art der gegenseitigen Beziehungen der Parteien (z.B. deren Dauer, Komplexität und reziproke Abhängigkeiten), wobei das wechselseitige Vertrauen, auf dem ein Vertrag an und für sich beruht, miteinbezogen wird. Während bei einer Vorgehensweise im klassischen Sinne bei einem Vertrag primär das Vorliegen übereinstimmender Willensäußerungen und damit dessen Entstehung geprüft wird, werden nach dieser Theorie zunächst die allgemeinen Beziehungen der Vertragsparteien untereinander betrach-

²⁰¹² Nedelsky, 44.

²⁰¹³ MacNeil, Relational Contract, 483 ff.; *idem.*, Contracting Worlds, 431, 877. MacNeil's Modell geht von zehn verschiedenen deskriptiven Kriterien («norms») aus, die für jede Vertragsbeziehung entscheidend sind: Integrität, Reziprozität, Umsetzung der Vertragsplanung, Wirkung des Konsens, Flexibilität, vertragliche Solidarität, Aufrechterhalten der Beziehung, Bereitschaft zur Konfliktlösung, Aufbau sowie Einschränkung von Macht und die Mittel zur Einbettung in «die soziale Matrix».

²⁰¹⁴ Austen-Baker, Comprehensive Contract Theory, A four Norm Model of Contract Relations, Journal of Contract Law 25 (2009) 3, 216 ff. geht von vier Charakteristiken («norms») aus entlang derer ein Vertrag beschrieben werden kann: dem Erhalt der Vertragsbeziehung, deren Einbettung in «die soziale Matrix», der Umsetzung der Leistungserwartungen sowie von inhaltlicher Fairness.

tet und erst in einem zweiten Schritt wird auf den Leistungsaustausch Bezug genommen.²⁰¹⁵ *MacNeil* geht etwa davon aus, dass jedes noch so geringfügige Alltagsgeschäft (wie z.B. der Einkauf am Kiosk oder in der Bäckerei) über einen spezifischen Vertragskontext verfügt, über welchen in der Regel nicht kommuniziert werde, der aber gleichwohl eine Rolle spiele. Der Grossteil der Inhalte eines Vertrags beruhe damit auf einem impliziten Verständnis von sozialen und ökonomischen Faktoren, die das Verhalten der Vertragsparteien massgeblich beeinflussen. – Dass solche gerade bei Verträgen unter Personen, die familiär oder freundschaftlich miteinander verbunden sind, besonders ausgeprägt sind,²⁰¹⁶ liegt auf der Hand.

Nach *MacNeil* lässt sich etwa beobachten, dass Unternehmen – selbst wenn ein schriftlicher Vertrag existiert, der den Leistungsaustausch ausformuliert – beispielsweise den Einsatz von Rechtsmitteln häufig zu vermeiden suchen und dass sie keine Klage gegen einen Lieferanten und/oder einen Kunden erheben.²⁰¹⁷ Gerade bei zunehmender Dauer und Komplexität des Vertragsverhältnisses steigt in der Regel der Druck zur relationalen Anpassung des Vertrags. Die Anpassungen erfolgen nach den jeweils vertragsinterne und externe Strukturen und Prozess der Vertragsbeziehung («*minisociety*») jenseits der ursprünglichen bzw. klassischen auf Austausch ausgerichteten Normen.²⁰¹⁸ Es geht demnach nicht (nur) um einen kurzfristigen Leistungsaustausch, sondern um eine relationale Geschäftsbeziehung, die sich so auch aus einem schriftlichen Vertragstext nicht ablesen lässt. *MacNeil* legte den Fokus seiner Untersuchungen auf diese relationalen Verhaltensweisen der Parteien in der Praxis, denen auch normative Kraft zukommt, gerade weil sie relational sind. Obschon der Vertragskontext heute zunehmend als wichtig anerkannt wird, gibt es noch immer wenig empirisch fundierte Arbeiten, welche Relevanz dieser Kontexte im Vergleich zu den detaillierten Verträgen, die heute im internationalen Geschäftsverkehr üblich sind, zukommt.

Letztlich sind aber keine grundlegenden Veränderungen des Vertragsrechts (inkl. des Vertragstypensystems) erforderlich, um dieses relationale Verständnis auf Verträge anwenden zu können.²⁰¹⁹ Die Theorie zielt vielmehr darauf ab, den Einzelfall zu studieren und den konkreten Vertrag in die «soziale Matrix» sowie in den zeitlichen Kontext einzubetten: Demnach sind vor allem der Zeitfaktor und das Verhalten der Vertragspartner von Bedeutung.

Die «*relational contract theory*» lässt sich grundsätzlich auf jeden Vertragstypus anwenden und geht über vertragliche Geschäftsbeziehungen und insbesondere blosse Rahmenverträge des Wirtschaftslebens hinaus. Letztere werden manchmal explizit «relationale Verträge» genannt, indem sie von vornherein unvollständig formuliert

²⁰¹⁵ *Feinman*, Relational Contract Theory, 737 ff. bedauert u.a. die fehlende Auseinandersetzung mit den Details von MacNeils's Theorie.

²⁰¹⁶ *Scott/Scott*, Marriage as Relational Contract, 1225 ff.

²⁰¹⁷ *Macaulay*, Relational Contract Theory. What we do and do not know, 31 *UCLA Law Rev.* 4 (1983), 483–525; s. bereits: Non-contractual Relations in Business, *American Sociological Rev.* Vol. 28 (1963), 1–23.

²⁰¹⁸ *McNeil*, 883ff., 886.

²⁰¹⁹ *Eisenberg*, 805 ff.

werden, damit sie später einen angemessenen Entscheidungsspielraum erlauben.²⁰²⁰ Es bleibt aber ein Faktum, dass die Theorie vor allem auch anhand von Verträgen des Wirtschaftslebens wie zum Beispiel längerfristigen Investorenverhältnissen diskutiert wird und in solche um Kosteneffizienz

2. Rezeption in Japan

Auch der japanische Zivilrechtler *Takashi Uchida* griff die Idee des relationalen Vertrags auf.²⁰²¹ Er spricht von «*Kankeiteki keiyaku ron*», was wörtlich übersetzt *beziehungsorientierte Vertragstheorie* heisst. Damit wendet sich *Uchida* gegen ein formalistisches Willensprinzip und letztlich auch gegen die Privatautonomie. Noch pointierter drückt sich *Yoshio Hirai* aus, indem er betont, das Willensdogma sei der japanischen Rechtstradition fremd. Die japanische Rechtsprechung komme daher dem Willensprinzip selten nach, sondern stelle stattdessen jeweils die Rechtssicherheit der Parteien in den Vordergrund (s.a. Kap. 5 Ziff. III).²⁰²²

Uchida wendet diese Theorie auf viele praktische Beispiele wie Arbeitsverträge, Bürgschaftsverträge oder Subunternehmerverträge an und zeigt auf, wie in der japanischen Geschäftswelt ein faktisches Bemühen um Lösungen zugunsten einer kontinuierlichen Geschäftsbeziehung besteht, was dazu führe, dass die konkrete Vertragsbeziehung und die konkreten Vertragsregeln in den Hintergrund treten (z.B. diene eine fortwährende Geschäftsbeziehung). Ein Vertrag vermag lange nicht alles zu berücksichtigen; das trifft vor allem auf Zukünftiges zu. Beide Partner können durch Schwankungen bei Wechselkursen oder Rohstoffpreisen, bei Finanzierungsengpässen oder Unterbrüchen von Transportwegen usw. plötzlich in Schwierigkeiten geraten. Formell ist man durch einen Vertrag gebunden, praktisch sucht man nach einvernehmlichen Lösungen.

Der Vertrag wird nach Aussagen von Geschäftsleuten in der japanischen Unternehmenspraxis eher als «etwas Gemeinsames angesehen, das man miteinander durchsteht». Ein japanischer Vertragspartner denkt grundsätzlich an eine langjährige Geschäftsverbindung, in deren Verlauf das gegenseitige Vertrauen bestätigt wird und die dadurch wächst. Man will sich darauf verlassen können, dass die Gegenpartei bereit ist, die unvermeidlich auftretenden Schwierigkeiten – ungeachtet ihrer Ursache und Art – in einvernehmlichem Sinne zu lösen. Tendenziell wird davon ausgegangen,

²⁰²⁰ Der Begriff «relationaler Vertrag» wird in der ökonomischen Literatur auch dem sog. «transaktionalen» Vertrag gegenübergestellt und bezeichnet als solcher Verträge, bei denen es auf den Austausch nicht von Waren/Dienstleistungen und Geld ankommt, sondern von Beweggründen (z.B. unentgeltliche Einladung zum privaten Abendessen). *Frey/Osterloh*, Managing Motivation, 34.

²⁰²¹ *Uchida*, *Keiyaku no jidai*; *idem*, *Gendai keiyakuhô no aratana riron no kenkyû*; wobei seine Gedanken bereits früher entwickelt worden sind: *Keiyaku no saisei* und darin genauer unter dem Titel *Keiyaku-hô to ideorogu* [Vertragsrecht und Ideologie]; s.a. *idem*, *Keiyaku puroseshu to hô*, 193 ff. s. auf Englisch: *Nottage*, 324 ff. und *Matsumoto*, 129, 132 ff. – Letzterer legt dar, dass *Uchida* nicht der erste japanische Rechtswissenschaftler sei, der sich mit dieser Theorie auseinandergesetzt habe, sondern bereits schon *Tsuyoshi Kinoshita*; nur habe *Uchida* sie an japanische Verhältnisse angepasst und dadurch eine Kontroverse ausgelöst (s.a. *Nottage*, 324). *Uchida* hat seine Lehre 2010 in *Seidoteki keiyakuron. Mineika to keiyaku* (w: Die Lehre des institutionellen Vertrags. Privatisierung und Vertrag), Tokio 2010, erweitert.

²⁰²² *Uchida*, *Keiyaku no jidai*, 29 ff., 39.

dass nicht stur auf dem Vertragsinhalt beharrt wird, sondern dass beide Parteien bereit sind, eine Lösung zu finden, selbst wenn das faktisch bedeutet, dass ein neuer Vertrag geschlossen werden muss. Ein Beharren auf Vertragsbedingungen widerspricht der japanischen Vorstellung von einer harmonischen Beziehung. Die Flexibilität der Japanerinnen und Japaner zeigt sich auch im Umgang mit Problemen. Nachgeben, einem Kompromiss zustimmen und damit beiden Seiten ermöglichen, das Gesicht zu wahren, gilt in Japan keinesfalls als Zeichen von Schwäche. Das Hauptziel ist die Erhaltung oder Wiederherstellung von Harmonie, denn diese erlaubt das Weiterführen der Geschäftsbeziehung. – Es ergeben sich keine Hinweise darauf, dass Verträge in Japan generell einfacher aufzulösen wären als in der Schweiz.²⁰²³ Vielmehr scheint die japanische Flexibilität im Rechtsdenken mit sich zu bringen, dass über Vertragsinhalte bei veränderter Sachlage selbstverständlich verhandelt werden kann und soll.

Für *Uchida* ist sein Verständnis von «*Kankeiteki keiyaku ron*» zum einen ein nützliches Modell, um dieses Auseinanderklaffen zwischen dem geschriebenen und dem gelebten Vertragsrecht zu erklären, und zum anderen soll es auch dazu beitragen, dass für die Lösung von Vertragskonflikten generell ein erweitertes Vertragsfeld herangezogen wird. Das heisst, dass neben dem Vertragswortlaut etwa auch die Umstände der Vertragsanbahnung, des Vertragsverlaufs und ggf. auch die Zeit nach der Vertragsauflösung resp. der Unwirksamkeit des Vertrags berücksichtigt werden sollten.²⁰²⁴ Zentral ist das japanische Prinzip des «*keizoku genri*» (was in etwa dem deutschen Wort «Kontinuitätsprinzip» entspricht), das sich nach *Uchida* u.a. auch ökonomisch begründen lässt.²⁰²⁵

Freilich wurde an *Uchidas* Theorie auch heftige Kritik laut, da sich diese nicht einfach mit der zivilrechtlichen Doktrin vereinbaren lässt und auch die Gefahr besteht, dass die Selbstbestimmung zumindest einer Partei übergangen wird.²⁰²⁶ Anzumerken bleibt, dass *Uchida* den aktuellen Reformprozess zum *Minpō* (v.a. Expertenentwurf 2009, s. Kap. 6 Ziff. III) massgeblich prägt. Er ist zum einen für eine *Umschreibung des Konsens im Minpō* eingestanden (die im Interimsentwurf 2013 schon aufgegeben worden war) und zum anderen hat er sich für eine Auslegung des Konsenses nach Massgabe der Verkehrssitte resp. des sozialen Beziehungsnetzes der Parteien eingesetzt, was seiner *Relational Contract Theory* entspricht.²⁰²⁷

D. Stellungnahme

Der Ansatz von *MacNeil* fand bis anhin soweit erkennbar keinen Eingang in die schweizerische Lehre. In der deutschen Lehre fasste etwa *Oechsler* die relationalen Vertragstheorien unter dem Titel «*Reziprozitätsmodelle*» zusammen.²⁰²⁸ Zudem ver-

²⁰²³ Hotz, 302 ff.

²⁰²⁴ *Uchida*, 130 ff.

²⁰²⁵ *Uchida*, Kisei kanwa to Keiyaku-hō, NBL 632 (1998) 17 ff.

²⁰²⁶ In diesem Urteil des *Saikōsai* vom 1. Juli 1997, *Minshū* 51- 6-2452, wurde nach *Uchidas* Theorie ein Pensionsvertrag angenommen; kritisch *Akematsu*, 186.

²⁰²⁶ *Oechsler*, 92 f.

²⁰²⁷ *Akematsu*, 177 ff., 179 ff.

²⁰²⁸ *Oechsler*, 92 f.

trat *Köndgen* ein sehr ähnliches Modell in *Selbstbindung ohne Vertrag* (1981).²⁰²⁹ – Soziale Rechtsanschauungen und -theorien, welche die soziale Aufgabe des Rechts und die sozialetischen Gründe für den Schutz im Vertragsrecht betonen, haben freilich nicht nur in Japan,²⁰³⁰ sondern auch hier eine lange Tradition.²⁰³¹

Der zuletzt genannte Buchtitel von *Köndgen* bringt den Unterschied zwischen einer «Relational Contract Theory» im Sinne von *Uchida* oder *MacNeil* und einem relationalen Verständnis von Autonomie im Recht nach *Nedelsky*, welches u.a. auch von *Friedman*, *Mackenzie* und *Christman* vertreten wird, auf den Punkt: Bei Letzteren geht es zum einen darum, zu beurteilen, ob die sozialen Aspekte und kontextualen Umstände einer Vertragsbeziehung massgebend dafür sein könnten, ob die Vertragsparteien selbst- oder fremdbestimmt sind (bei Abgabe der Willenserklärungen) und ob sie sich rechtlich verpflichten wollten oder nicht. Zum anderen geht es auch darum, die Vertragsbeziehung aus verschiedenen relationalen Perspektiven zu betrachten und ihr die interpersonale und damit auch psychologische Entwicklung des Selbst zugrunde zu legen.

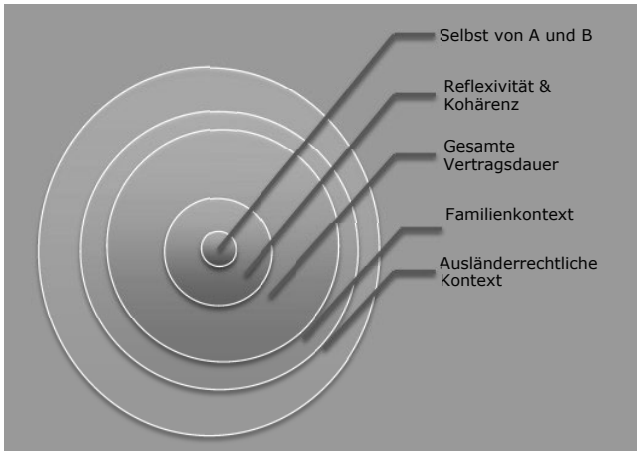
Auch wenn ein relationales Autonomiekonzept grundsätzlich entwicklungsfähig ist und sehr nahe an einem kontextuellen Verständnis des Vertrags liegt, geht Ersteres nach der hier vertretenen Ansicht über ein kontextuelles Verständnis des Vertrags und eine soziale Rechtsanschauung hinsichtlich des Vertrags hinaus. Das relationale Verständnis von Selbstbestimmung berücksichtigt neben den sozialen Aspekten einer menschlichen Beziehung auch die dieser zugrunde liegenden psychologischen Aspekte des reflexiven Selbst und dessen Individualität (inklusive einer gewissen Kohärenz). Es wäre dann Aufgabe des Vertragsrechts, unter Berücksichtigung der *individuellen und besonderen sozialen Faktoren der Selbstbestimmung* die (nach allgemeiner Überzeugung bestehenden) gegenseitigen Rechte und Pflichten der beiden Parteien zu bestimmen, und zwar auch in einem grösseren familialen Kontext oder im Kontext einer Geschäftsbeziehung. Dann könnte mit gutem Grunde statt von einem relationalen auch von einem sozialen und psychologischen Verständnis von Selbstbestimmung gesprochen werden, das für das Vertragsrecht eine Mittellösung darstellen würde oder das – wie sich *Nedelsky* ausdrückt – die Brücke zwischen «Freiheitsideal» und Subordinationsinstrument schlagen könnte.

²⁰²⁹ *Köndgen*, 233 ff.; kritisch etwa: *Weller*, 194.

²⁰³⁰ Dazu sind letzten Endes auch die japanischen Ansätze *Wagatsumas*, *Ômuras* oder *Yamamotos* zu zählen, die in Kap. 5 Ziff. III zur Generalklausel erwähnt wurden; vgl. Übersicht zur Entwicklung der sozialen Vertragstheorien in Japan bei *Rahn*, 139 ff.

²⁰³¹ Statt vieler *Repgen*, Soziale Aufgabe, 51 ff., 491 ff.; *Auer*, *Marietta*: Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014, 52 ff.

Schematisch lässt sich diese psychologische und soziale Betrachtungsweise wie folgt erfassen:



Allerdings hat sich das *relationale Verständnis* von Autonomie bisher in der kontinentaleuropäischen Rechtswissenschaft (inklusive Vertragsrecht) noch nicht durchsetzen können.

Ein solches relationales Verständnis von Selbstbestimmung bzw. Autonomie unterliegt jedoch vor allem in zwei Punkten *durchaus berechtigter Kritik*:

Zunächst einmal lässt sich einwenden, dass ein *Vertrag* – etwa im Unterschied zu der Einwilligung – ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist (Kap. 3, Ziff. III/B/2/c) und deshalb *an und für sich schon relational ist*. Das ist ein grundlegender Unterschied zum Prinzip des Informed-Consent, das auf der einseitigen Einwilligung beruht - und welches letztlich Gegenstand der medizinrechtlichen und -ethischen Debatte sowie der philosophischen Herangehensweise an das Problem der Autonomie ist. Struktur und Zweck des Vertrags sind auf Zweiseitigkeit und Ausgewogenheit zwischen den beiden Parteien sowie auf die «Suche nach der Mitte» (*Bydlinski*) ausgerichtet. Die Selbstbestimmungs- und Handlungsfähigkeit beider Parteien wird bekanntlich präsumiert, wobei diese Fähigkeiten in Bezug auf jede Partei separat zu beurteilen und kritisch zu würdigen sind. Im Vertrag treffen in der Regel also zwei Parteien mit «Selbstbestimmungsrechten» aufeinander, sodass die «Selbstbestimmung» des einen zusätzlich von der Fremdbestimmung des anderen abhängt und umgekehrt.

Ferner lässt sich gegen einen relationalen Ansatz allgemein einwenden, dass es schon schwierig genug ist, eine Gesamtschau aller Umstände in allen Phasen einer Vertragsbeziehung zu bewerten; eine Vertragsbeziehung sozusagen in einem erweiterten relationalen Umfeld anzusiedeln und zu würdigen, erscheint daher erst problematisch.

An diesem Punkt müsste sich aus Sicht der Rechtswissenschaft unweigerlich die Frage stellen, welche relationalen Faktoren bzw. welche Beziehungsschichten in den bereits erwähnten Beispielen (Ziff. III.B.4.b) zu beachten wären und welche nicht. Al-

lein schon die Innenperspektive der Vertragsparteien und des Vertrags könnten normativ massgebend sein.²⁰³² – Dem kann jedoch wieder entgegengesetzt werden, dass kaum etwas von intrinsischerer Natur sein könnte als ein Konzept der Selbstbestimmung, das auf dem Selbstverständnis einer Person, ihrer Fähigkeit zur Reflexion und der Kohärenz ihres Gedankengangs sowie auf weiteren Relationen aufgebaut ist. Das zeigt, dass die ganze Diskussion sich immer wieder um die Definition und das Verständnis von Selbstbestimmung und Autonomie dreht.

Die meisten Vertreterinnen relationaler Autonomiekonzepte legen sich also nicht fest, welche Faktoren bzw. Relationen sie zur Umschreibung einer relationalen Selbstbestimmung einbeziehen möchten. Wird aber nicht festgelegt, welche Relationen berücksichtigt werden sollen, hätte das nicht unweigerlich einen Verlust an Rechtssicherheit zur Folge? Würde eine solche Würdigung der Selbstbestimmung der Vertragsparteien nicht in Beliebigkeit resultieren? Ferner würde mit Sicherheit eingewendet, dass eine Berücksichtigung vieler (unbestimmter) Relationen die Kapazitäten der Gerichte überfordern würde. Will man aber bestimmte relationale Faktoren der Selbstbestimmung wie beispielsweise jene im oben stehenden Schemata (Selbst A, Selbst B, Reflexivität, Kohärenz, Vertragsdauer, Familie, evtl. ausländerrechtliche Kontext) von Anfang an festlegen, so birgt das wiederum unweigerlich die Gefahr, bestimmte Vertragsrollen festzuschreiben. Im Extremfall würde beispielsweise einer Prostituierten, einer Leihmutter oder auch jemandem, der einen Ehe-/Partnerschaftsvertrag unterzeichnet, möglicherweise gerade wieder eine Opferrolle zugeschrieben. Und umgekehrt stünden derjenige Partner, der auf eine Gütertrennung besteht, der Kunde oder die intentionalen Eltern unter dem Generalverdacht der Unterdrückung der Frauen oder des verbotenen Kinderhandels.

Das Konzept der relationalen Autonomie, dass die *Selbstbestimmung (bzw. die Fähigkeit dazu) wesentlich von vorgegebenen individuellen Faktoren* (das heisst Selbst, Reflexivität, Kohärenz) abhängt, bleibt aber wichtig und sollte bei der Beurteilung der Geschäftsfähigkeit bewusst und regelmässig miteinbezogen werden. Statt aber Relationen inhaltlich festlegen zu müssen, könnte der Ansatz von Anfang an vermehrt prozedural-methodisch verstanden werden. Das entspräche dann wohl vermehrt einem Ansatz der *Relational Contract Theory* (dazu gleich mehr in Kap. 11).

IV. Stärkung der Selbstbestimmung als Schutz

Im Endergebnis ergibt sich, dass die individuelle Selbstbestimmung gestärkt sein soll (Ziff. 3), denn dadurch ist auch das Individuum besser geschützt. Die Selbstbestimmung kann insoweit gestärkt werden, als sie differenziert verstanden und betrachtet wird (Ziff. 2). Daraus folgt logischerweise (und vorgelagert), dass trotz aller angebrachten und berechtigten Kritik am Selbstbestimmungskonzept nicht auf dieses verzichtet werden soll (Ziff. 1). Das hier diskutierte *relationale Autonomiekonzept* muss in dem Sinne auch keine Mittelposition zwischen Selbstbestimmung und Schutznotwendigkeit einnehmen. Das Konzept lässt sich grundsätzlich nutzbar machen, um die Selbstbestimmung zu differenzieren. Damit kann die Selbstbestimmung letztlich gestärkt werden.

²⁰³² Gutmann, Contemporary Problems, 40, 51, 53.

1. *Festhalten am Selbstbestimmungsprinzip*

Die drei Hauptkritikpunkte am Selbstbestimmungsprinzip lauten zusammengefasst: fehlende Berücksichtigung des sozialen Kontextes, fehlende Berücksichtigung der Individualität und überhöhte Bedeutung von Rationalität.

Auch wenn das Autonomiekonzept über die Jahre hinweg von verschiedenen Disziplinen kritisiert wurde, so wird es dennoch meist *nicht grundlegend infrage gestellt*. Je nach Zeit und Doktrin bestehen dezidierte Vorstellungen darüber, ob ein Vertrag an sich in erster Linie von Freiheit oder von Subordination geprägt ist. Es ist bloss eine Minderheit von Lehrmeinungen, die den Vertrag im sehr spezifischen sozialen Kontext von Frauen, Macht und Gewalt ausschliesslich als ein Subordinationsinstrument auffasst. Auch Konzepte wie Menschenwürde oder Vertrauen, die in der Medizinethik derzeit vorgeschlagen werden, sollen das Selbstbestimmungsprinzip nie ablösen, sondern ergänzen.

Auf das Selbstbestimmungskonzept verzichten lässt sich auch nach der hier vertretenen Ansicht nicht, da Personen ansonsten *nicht mehr als handlungsfähige Rechtssubjekte* ernst genommen würden. Die Parteien könnten ihre Rechtsverhältnisse nicht mehr frei wählen, aufrechterhalten, gestalten oder aufheben. Der Staat müsste Rechtswirkungen (angesichts eines elementaren, aber diffusen Konzepts der Menschenwürde) *nur noch an bestimmte Faktizitäten* knüpfen, z.B.: nach dreijährigem Zusammenleben sollen für alle Betroffenen die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften X wirken; oder sobald eine Familie mit einem Kind in einer Wohnung lebt, soll ein Kündigungsschutz X gelten. Das Willensprinzip müsste ebenso wie die Fähigkeit zum Konsens aufgegeben werden und die geltenden individuellen Schranken der Willensmängel (Irrtum, Täuschung und Drohung) hätten keine Bedeutung mehr. Die gesellschaftlichen Schranken (z.B. die «guten Sitten») würden dadurch Aufwind bekommen.

Soll eine Selbstbestimmung im Vertragsrecht anerkannt werden, setzt dies auch voraus, dass es das Rechtsinstitut «Vertrag» gibt und dass darüber, was als Vertrag gelten soll, Regeln aufgestellt wurden. Daher ist der Vertrag dem *Verfassungsschutz* unterstellt. Die Gewährleistung der Vertragsfreiheit und die Selbstbestimmung im Vertragsrecht hängen also mit der Institutsgarantie des Vertrags zusammen.²⁰³³ Die Rolle des staatlichen Schutzes ist nicht unerheblich.²⁰³⁴ Privatrechtliche Selbstbestimmung wird teils erst durch die Intervention des Staates (z.B. durch Regelungen im Sozialrecht wie Arbeits-, Miet- und Verbraucherschutz- bzw. durch das Konsumrecht) ermöglicht.

2. *Selbstbestimmung ist nicht gleich Selbstbestimmung*

Die drei Hauptkritikpunkte am Selbstbestimmungsprinzip (fehlende Berücksichtigung des sozialen Kontextes, fehlende Berücksichtigung der Individualität und überhöhte Bedeutung von Rationalität) bedeuten allgemein, auf das Vertragsrecht

²⁰³³ Zur Einordnung der Institutsgarantie in diesem Zusammenhang siehe *Ruffert*, 75 ff.

²⁰³⁴ BGE 129 III 35 ff., 42; BGE 127 III 449 ff., 451; s. *Camprubi*, AJP 2004, 384 ff., 389; *Arnet*, 28 ff.

bezogen, dass Einzelverträge die realen Lebensumstände der betroffenen Menschen zu wenig miteinbeziehen und nicht gebührend berücksichtigen.

Es gibt wichtige feministische Kritik an einzelnen vertragsrechtlichen Instituten, namentlich *an der Vertragsfreiheit und am Konsens (und dem Zwang)*, die mit der Selbstbestimmung korrelieren. Gemeinsam ist diesen Ansätzen, dass sie auf sozialtypische Faktoren, aufgrund derer ein Konsens fehlen kann oder welche die Frauen in ihrer Konsensbildung stören können, hingewiesen haben. Viele Untersuchungen thematisieren spezifische rechtspolitische Themen, die Frauen besonders betreffen: Gewalt, Sexualität, die Geschlechterrollen bezüglich des Ehe- oder neuerdings des Partnerschaftsvertrags oder auch die Frage, inwiefern die tatsächlich gemeinsam gelebten Jahre und die reale Aufgaben- und Arbeitsverteilung zur Zeit der Lebensgemeinschaft nachehelich bzw. nachpartnerschaftlich eine Rolle spielen. Eine *umfassende feministische Vertragstheorie* gibt es derzeit jedoch noch nicht.

Ein *relational-feministisches Verständnis* von Vertragsrecht, wie es in der feministischen Kritik vertreten wird, oder eine Form der *Relational Contract Theory* würden generell eine kontextorientierte, von sozialer Verantwortung geprägte Herangehensweise an Verträge erlauben. Und ein relationales Autonomieverständnis im Sinne von *Nedelsky u.a.* würde darüber hinaus einen noch umfassenderen theoretischen Ansatz erlauben, der systematisch weitere Perspektiven miteinbeziehen würde (vgl. Schemata unter Ziff. III. D).

Es gibt aber aus der hier vertretenen rechtswissenschaftlichen Sicht auch tatsächlich ernst zu nehmende Einwände gegen das relationale Autonomiekonzept (Ziff. III.D), denn es bleibt letztlich unbestimmt, welche Relationen (der Vertragsparteien) und welche Faktoren wie berücksichtigt werden sollen und wer dies bestimmen soll. Als Philosophin oder Philosoph muss diese Frage freilich nicht beantwortet werden, hingegen als Rechtswissenschaftler und Rechtswissenschaftlerin, der/die das Konzept für das Vertragsrecht nutzbar oder weiterentwickeln möchte, schon. Denn es würde rasch der Vorwurf der Beliebigkeit der Auswahl der Faktoren oder Relationen erhoben.

3. *Stärkung der Selbstbestimmung als Schutz*

Will man an der Selbstbestimmung als unentbehrliches Mittel für die Selbstverwirklichung der Menschen und das Vertragsrecht festhalten, so fragt sich also, wie diese gestärkt und damit der individuelle Schutz erhöht werden kann.

Da der Vertrag ein wichtiges Mittel ist, um am Erwerbs- und Sozialleben, ja an der gesellschaftlichen Ordnung im Allgemeinen mitzuwirken, sollte eine Zivilrechtsordnung dafür sorgen, dass alle geschäftsfähigen Personen – unabhängig von ihrem kulturellen Hintergrund oder ihrem Gender – Zugang zum Recht auf das Abschließen von Verträgen haben. Darüber hinaus sollten diese aber auch in der Lage sein, die diesbezügliche Freiheit (ob bzw. mit wem sie sich vertraglich verbinden möchten) auch zu nutzen und die entsprechenden Vertragsbedingungen (bei denen es *um den Inhalt*, also das *Was*, aber auch um das *Wie* geht) ausgewogen zu gestalten.

Da für die Fragen, ob ein Vertrag entstanden oder dessen Inhalt beanstandbar ist, der Kontext oft entscheidend ist, gilt es, die Selbstbestimmung im Zusammenhang mit den jeweiligen Vertragsfakten zu betrachten. Denn würde die Vertragsfreiheit differenzierter behandelt, so könnte auch eher auf die «guten Sitten» verzichtet werden und es käme weniger zu pauschalen Ausschlüssen von bestimmten Rechtsgeschäften oder Personen. Statt vulnerable Personen (wie Kranke, Prostituierte oder Leihmütter) vermeintlich zu ihrem eigenen Schutz von Rechtsgeschäften auszuschliessen, muss das *Ziel des Schutzes* darin bestehen, *die Selbstbestimmung der betreffenden Personen zu stärken*. Niemandem – auch nicht benachteiligten Personen – soll die Selbstbestimmung von einer anderen Person oder von einer Institution abgesprochen werden können – es sei denn, es bestünden hierzu demokratisch legitimierte Rechtsgrundlagen.

Ein solches Verständnis von Selbstbestimmung im Vertragsrecht *rechtfertigt sich auch vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung*. Die Anschauungen zur Vertragsfreiheit haben sich im Laufe der Zeit erheblich verändert: Ausgehend von der feudalen Gesellschaft mit ihren Standesprivilegien und Zunftordnungen, die den Vertragsschluss einst prägten, hat sich allmählich die klassisch-liberale Vorstellung herausgebildet, dass zwei gleichberechtigte Parteien ohne staatliche Vorgaben miteinander einen Vertrag schliessen können. Das bedeutete vor mehr als 100 Jahren – als die Zivilrechtskodifikationen der Schweiz, von Deutschland und von Japan verfasst wurden – faktisch nichts anderes, als dass zwei Männer mit einem ähnlichen kulturellen und beruflichen Hintergrund und «freiem Willen» die Möglichkeit hatten, einen Vertrag über (fast) beliebige gegenseitige Leistungen zu schliessen. Diese Vorstellungen haben sich mit der Zulassung der Frauen zum Recht grundsätzlich geändert und dürften sich auch in Zukunft noch stark verändern, denn:

Erstens ist in den Rechtswissenschaften anerkannt, dass «der freie Wille» nur eine normative Annahme ist. Nach gefestigten naturwissenschaftlichen Erkenntnissen ist er gar keine Realität, sondern eine Fiktion.²⁰³⁵ Untersuchungen aus den empirischen Wissenschaften haben ferner gezeigt, dass Entscheidungen irrationaler gefällt werden, als bisher angenommen wurde. Zudem ist die Selbstbestimmtheit einer Partei massgeblich bestimmt durch das Selbstverständnis, die inneren Persönlichkeitsstrukturen und -merkmale – und nicht (bloss), wie im Vertragsrecht angenommen wurde, durch äussere Umstände des Vertragsschlusses. Denn diese könnten den inneren Willen der Vertragsparteien (etwa durch *Zwang oder Täuschung*) auch stören. – Hier eingefügt sei, dass das Gesagte auch zeigt, dass es im Vertragsrecht (gemäss dem Willensprinzip) schon immer auch auf die Motive und den Willen der Parteien angekommen ist. Sollten also künftig gewisse weitere Persönlichkeitsmerkmale (z.B. Reflexivität, Kohärenz) Eingang in die kontextbezogene Beurteilung von Selbstbestimmung finden, so wäre das insofern kein Novum.

Zweitens stehen Verträge in den heutigen Zivilrechtsordnungen grundsätzlich vermehrt für die *Konsensualität*. Ebenso werden Ehe, Sex und Fortpflanzung nach mitteleuropäischem und japanischem Verständnis heute *mehrheitlich konsensual* vereinbart.²⁰³⁶ Ein Ehevertrag, vertraglich vereinbarter Sex oder auch eine vertraglich

²⁰³⁵ Vgl. Hotz, Faktische und normative Willensfreiheit?.

²⁰³⁶ Alle drei Bereiche finden sich indes auch im Strafrecht: so ist z.B. die Gewalt in der Ehe strafbar.

vereinbarte Leihmutterschaft stellen nach dieser Auffassung nicht zwingend eine Subordination dar. Allerdings ist die Konsensualität nicht vom individuellen *Selbstbestimmungsrecht* der Parteien zu lösen und wird damit auch als normative Fiktion betrachtet.

Drittens wurde das Konzept der strukturell asymmetrischen Vertragsparteien eingeführt – d.h., es wird heute generell anerkannt, dass zwischen Vertragsparteien im Arbeits-, Miet- und Verbrauchervertragsrecht ein strukturelles Machtungleichgewicht vorliegt und dass es sich rechtfertigt, die jeweiligen Voraussetzungen zweier grundsätzlich nicht gleich mächtiger Parteien hinsichtlich der Entscheidungsbildung rechtlich zu berücksichtigen. Diese *Denk- und Rechtsfigur der strukturellen Machtungleichgewichte im Vertragsrecht* kann den Diskurs um die Voraussetzungen und Grenzen der Selbstbestimmung im konkreten Kontext ebenfalls eröffnen. Die geltenden, besonderen rechtlichen Normierungen aus dem Arbeits-, Miet- und Verbrauchervertragsrecht zeigen jedoch, dass es nicht darum geht, den Kontext in jedem Einzelfall zu eruieren, sondern vielmehr darum, die Vertragsfreiheit in den verschiedenen typisierten Vertragskontexten differenziert zu behandeln. Die bisherigen Erfahrungen aus den erwähnten Rechtsgebieten belegen zudem, dass ein derartiger *Sozialschutz im Vertragsrecht* weder zu Gleichstellung noch zu einem Ausschluss von Wettbewerb geführt hat und auch nicht dazu führen muss. Als weiteres Beispiel wäre die *Vertragsfreiheit im Familienrecht* zu nennen, an der zwar grundsätzlich festgehalten wird, wenn auch die Gestaltungsmöglichkeiten über die Jahre zunehmend eingeschränkt worden sind (man denke etwa an die neuen Institute des schweizerischen Erwachsenenschutzrechts, den Vorsorgeauftrag nach Art. 360 ff. ZGB und die Patientenverfügung nach Art. 371 ff. ZGB oder an die Rechtsprechung des BVerG 103, 89²⁰³⁷). – Allerdings ist dieses Konzept des strukturellen Machtungleichgewichts auch vorbelastet, denn es wird von vielen Seiten seit Langem als zu schematisch kritisiert.

Viertens – und hier wird der soeben genannte Kritikpunkt erneut aufgegriffen – haben sich die gesellschaftlich-kulturellen und ökonomischen Interessen und Realitäten, die auf die individuellen Lebensentwürfe und das Rechtshandeln einwirken, *erheblich pluralisiert und sind komplexer* geworden: Viele Ausländerinnen, die sich beispielsweise in der Schweiz prostituieren, ernähren mit dem verdienten Geld ihre Familie in Osteuropa oder Südasiens. Und wenn auch der Leihmutterschaftsvertrag gesetzlich verboten ist, so ist es andererseits eine Realität, dass Schweizerinnen und Schweizer oder auch Japanerinnen und Japaner nach Indien oder Amerika reisen, um dort zu «ihrem» Kind zu kommen. Eine indische Leihmutter verdient durch ihre spezifische Dienstleistung vergleichsweise das Jahressalär ihres Ehemannes, sollte dieser als Lehrer tätig sein. Es ist ebenfalls eine Realität, dass eine schwangere Frau oder eine Frau mit drei kleinen Kindern eher bereit ist, bei Verhandlungen um einen Ehevertrag nachzugeben und einzulassen – schliesslich steht «Wichtigeres» bevor. Das sind Beispiele für Fakten, die auf den Willen zum Vertragsschluss einwirken und die die Freiheit eines Vertragsabschlusses in gleichem Masse beeinträchtigen wie die Fähigkeit, über Vertragsbedingungen zu verhandeln. Jedenfalls steht fest, dass rechtlich nicht geklärt ist, wie mit dem rechtsgeschäftlichen Willen jener umzugehen ist, die zwar subjektiv frei entscheiden und damit keine der üblichen Willensmängel gel-

²⁰³⁷ NJW 2001, 2248.

tend machen können, die sich jedoch objektiv *den Realitäten* ihres Lebens mehr oder weniger passiv untergeordnet haben und höchstens in der Lage sind, impulsive statt selbstbestimmte Entschlüsse zu fällen. Demnach kann es sich jeweils höchstens um eine relative Abwesenheit von Zwang und Manipulation handeln. – Zusammengefasst lässt sich aufgrund der heutigen Vertragssituationen immer weniger schematisch beurteilen, wer in einem Vertragsverhältnis schliesslich des Schutzes bedarf: ob dies gemäss dem Schutzgedanken stets die schwächere Partei ist bzw. wer diese ist (also z.B. der Verbraucher, die Ehefrau oder die Prostituierte).

Kapitel 11

Hin zu einem kontextbezogenen Verständnis von Selbstbestimmung im Vertragsrecht?

I. Was für ein Selbstbestimmungskonzept braucht es?

Wie müsste ein Selbstbestimmungskonzept beschaffen sein, damit es den vielseitigen kritischen Stimmen und den Überlegungen des vorangehenden Kapitels standzuhalten vermag?²⁰³⁸ Wie lässt sich vor dem Hintergrund der behandelten Vertragsbeispiele eine Ausdifferenzierung und Kontextualisierung der Autonomie erreichen, die sich nicht in völliger Beliebigkeit verliert? Wie könnte ein *kontextbezogenes Verständnis* von Autonomie, das die effektive Selbstbestimmung der beteiligten Akteure berücksichtigt, konkret aussehen? Welche Vorstellungen von Zeit, Geschichte und Moral, von Frauen und Männern, ihren Rollen, Biografien, Beziehungen, Familien, Sorgen und Umständen usw. müssen in die Bestimmung des Konzeptes von Selbstbestimmung und Autonomie Eingang finden, damit daraus realistischere Vorstellungen hinsichtlich Selbstbestimmung resultieren können?

Ein *einfaches Schwarz-Weiss-Bild* hinsichtlich der Frage, ob im gegebenen Fall ein selbstbestimmter oder ein durch äusseren Einfluss erkennbar fremdbestimmter Vertragsschluss vorliegt, scheidet von allem Anfang aus, sind doch die Vertragsparteien und ihre Lebensumstände ernst zu nehmen. Vielmehr gilt es, die «Graubereiche» zwischen *Selbst- und Fremdbestimmung* zu erkennen und zu beschreiben und die Vertragsautonomie(n) kontextbezogen zu verstehen. Letztlich geht es um die Frage, wann eine Person von ihren Zuständigkeiten *und* persönlichen Fähigkeiten Gebrauch machen kann und wann nicht. Erst im Kontext des Vertrags, also unter Berücksichtigung der Vertragsumstände und der Lebensbedingungen der involvierten Personen, lässt sich bestimmen, wer in einer pluralisierten, komplexen Gesellschaft wann und unter welchen Bedingungen überhaupt als «frei» im Sinne der Rechtsordnung angesehen werden kann bzw. ist und damit auch befugt ist, einen Vertrag mit einem bestimmten Inhalt zu schliessen. Erst wenn der Rahmen für die subjektiv mögliche Selbstbestimmung festgelegt worden ist, lässt sich beurteilen, wo die normativen Grenzen der Selbstbestimmung im Vertrag zu setzen sind.

Ein so verstandenes, kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung im Vertragsrecht korreliert mit demjenigen, das durch die althergebrachte *Inhaltskontrolle der «guten Sitten»* umgesetzt wird. Wie sich die beiden «Schutzkonzepte» nach der hier vertretenen Ansicht genauer zueinander verhalten, wird am Schluss dieses Kapitels erläutert (Ziff. II.D). Zunächst sind der Versuch der Synthese und die Umschreibung des Konzepts in Angriff zu nehmen.

²⁰³⁸ Ein Selbstverständnis, das allenfalls dazu beitragen könnte, künftige Probleme zum Thema Selbstbestimmung, die sich im Zusammenhang mit Tieren oder intelligenten Maschinen ergeben könnten, zu lösen.

II. Ein kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung

A. Begriff

Der Terminus *kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung im Vertragsrecht* soll möglichst zum Ausdruck bringen, dass die Vertragsautonomie verstärkt im Kontext der Situation und der Beziehungen der beteiligten Personen zu verstehen ist.

Dieser Begriff ist nach den bereits erfolgten Ausführungen *zutreffender als derjenige der relationalen Autonomie*, da Letzterer von vornherein den Anschein erweckt, als würde nur die emotionale Beziehungsebene der Vertragsparteien berücksichtigt – und dies wäre irreführend. Zudem würde möglicherweise der berechtigte Einwand, dass letztlich jeder Vertrag relational sei resp. sein soll und auf Vertrauen gründe, vorgebracht. Des Weiteren spricht auch das Faktum, dass es bereits eine «Relational Contract Theory» gibt, welche die Vertragsumstände (auf etwas andere Weise) anspricht, für eine Referenz auf den Kontext von Verträgen. Die Kontextualität stellt zudem eine alte Forderung der *sozialen Vertragstheorie* dar. Umgekehrt ist herauszustreichen, dass der Terminus «Kontext» hier in einem weiten Sinne verstanden wird und nicht nur die sozialen Faktoren umfassen soll; vielmehr sollen auch individuelle Beziehungsfaktoren der Person – wie deren Selbstverständnis, Reflexionsfähigkeit und Kohärenz – sowie weitere Beziehungskontexte – wie etwa deren familiäre Situation oder der Migrationshintergrund – miteinbezogen werden, wie dies u.a. *Nedelsky* oder *Friedman* gefordert haben. Denn erst, wenn wir auch den erweiterten persönlichen Kontext betrachten, können wir genügend präzise beurteilen, welche Bedeutung diesen nahen personalen Beziehungen der Vertragsparteien beizumessen ist.

Ist der Rahmen für die subjektiv mögliche, persönliche Selbstbestimmung einmal festgelegt worden, lässt sich beurteilen, in welchen Fällen von einer normativen Vertragsfreiheit bzw. einer Selbstbestimmung im Vertragsrecht ausgegangen werden kann, wann die Voraussetzungen für den Persönlichkeitsschutz nicht mehr gewährleistet sind bzw. wann eine minimale Ausgewogenheit nicht mehr besteht und ferner, wo die normativen Grenzen der Vertragsfreiheit zu setzen sind, damit ein Vertrag nicht als *Machtinstrument* einer Partei gegenüber der anderen eingesetzt werden kann.²⁰³⁹ Auch die persönlichen Fähigkeiten der involvierten Individuen müssen sich im Rechtssystem abbilden und darin ihren Niederschlag finden, soll das Recht nicht im Widerspruch zur Gesellschaft stehen.²⁰⁴⁰

B. «Graubereiche» zwischen Selbst- und Fremdbestimmung

1. «Graubereiche» umschreiben

Indem das Selbstbestimmungskonzept als etwas Vielfältigeres, Pluraleres begriffen und anerkannt wird, ist ein erster Schritt gemacht. Der nächste Schritt liegt in der Er-

²⁰³⁹ Raiser, JZ 1958, 1 ff.; Heinrich, 69 ff.; Becker M., 6 ff.

²⁰⁴⁰ Gutmann, 10 ff.

kennung von möglichen «Graubereichen» zwischen Selbst- und Fremdbestimmung. Ohne die Individuen im Einzelnen immer zu ihrer Selbstbestimmung zu befragen, kann, von aussen betrachtet, nur versucht werden, gewisse Szenarien, die *regelmässig* als «Graubereiche» zwischen Selbst- und Fremdbestimmung vorkommen, schematisch zu so umschreiben, dass hernach eine genauere Prüfung stattfinden kann.

Die drei Vertragsbeispiele zeigen prototypische «Graubereiche» zwischen Selbst- und Fremdbestimmung auf, weil die Vertragsinhalte und die Faktoren, die für oder gegen den Vertragsschluss sprechen, emotional konnotiert oder emotional komplex sind (z.B. betreffen sie sehr persönliche oder intime Beziehungen, enge alltägliche ökonomische Beziehungen und körperliche Beziehungen).

Um gewisse geschilderte deskriptive Aspekte der Selbstbestimmung im Vertrag (vgl. Vertragsgeschichten, Kap. 2 Ziff. II) in einen übergeordneten Kontext stellen zu können, wird in der Folge der Versuch unternommen, normative und deskriptive Aspekte zu verknüpfen, indem vier Stufen der *kontextbezogenen Selbstbestimmung skizziert werden*. Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, die geschilderten deskriptiven Aspekte der Selbstbestimmung in einem übergeordneten Kontext darzustellen. Dazu werden anhand der unterschiedlichen Grade an Selbstbestimmung vier Bereiche festgelegt. Diese können anschliessend mit der rechtlichen Behandlung – *de lege lata* und *de lege feranda* – verknüpft werden.

Es besteht *ein erster Bereich*, in dem die vertragschliessenden Personen ihre Entscheidung, einen Vertrag einzugehen oder nicht, selbstbestimmt treffen und dies auch zum Ausdruck bringen, indem sie sich *erstens* «selbstbestimmt» zum Entscheiden fühlen und (von ihrem Gegenüber) auch entsprechend wahrgenommen werden, *zweitens* über die wesentlichen Informationen für den Vertragsschluss verfügen und *drittens* in der Lage sind, in Abwägung real existierender Optionen (z.B. hinsichtlich der Vertragsparteien und Vertragsinhalte) zu entscheiden. Dieser wird vom geltenden Recht erfasst.

Am anderen Ende der Skala ist ein Bereich angesiedelt, in dem eine Person psychisch oder physisch – äusserlich erkennbar und somit fremdbestimmt – zu einem Vertragsschluss genötigt wird, sei es durch Drohung, Furchterregung oder Gewalt. Dieser Bereich wird ebenfalls vom geltenden Recht erfasst. Ist ein Vertrag aufgrund eines täuschenden Verhaltens des Vertragspartners oder einer Drittperson zustande gekommen oder weist er ein ausbeuterisches Element auf, beispielsweise Übervorteilung, so erfolgte der betreffende Vertragsschluss ebenso fremdbestimmt – selbst wenn dies meistens nicht auf den ersten Blick ersichtlich ist. Auch solche Fälle werden bereits vom geltenden Recht geregelt.

Dazwischen liegt der «Graubereich», also *Entscheide, welche die vertragschliessende Person möglicherweise nicht selbstbestimmt* getroffen hat. Die Gründe hierfür liegen oft in den persönlichen Lebensumständen (z.B. finanzielle Not, mangelnde Ausbildung, Unerfahrenheit, Abhängigkeit, Krankheit oder eine fremde Kultur) und/oder in der persönlichen Disposition der Betroffenen (z.B. in ihrem Selbstverständnis, ihrer eingeschränkten Reflexionsfähigkeit oder einer mangelnden Kohärenz bei Entscheidungen), und sie sind meistens mit Angst, Unsicherheit, emotionaler Abhängigkeit und traumatischen Erlebnissen verbunden. Menschen in solchen Situationen steht in

der Regel nur eine mehr oder weniger stark beschränkte Anzahl von Optionen oder Alternativen offen. Hier ist also ein breiter Graubereich zwischen Selbst- und Fremdbestimmung zu orten, der bis heute (wenn überhaupt) nur ungenügend vom Recht erfasst wird. – Andererseits haben die Rechtsordnungen seit der Blüte des klassisch-liberalen Freiheitsideals erkannt, dass es ungleich starke Vertragsparteien gibt und dass Informationsasymmetrien – gerade z.B. im Verbraucherschutzrecht – dabei eine wesentliche Rolle spielen; und es wurde diesbezüglich auch schon vieles getan.

2. «Graubereiche» festlegen

Insgesamt lassen sich – je nach *dem jeweiligen Kontext* – vier Stufen der kontextbezogenen Selbstbestimmung unterscheiden: 1.) weitgehende Selbstbestimmung; 2.) schwach eingeschränkte Selbstbestimmung, je nach Lebensumstand und/oder persönlicher Disposition; 3.) stark eingeschränkte Selbstbestimmung, je nach Lebensumstand und/oder persönlicher Disposition und 4.) Fremdbestimmung, die entweder unmittelbar oder zumindest indirekt zu erkennen ist bzw. erkennbar wäre.

Bei Verträgen, die dem ersten Bereich zugeordnet werden, stehen den betreffenden Personen verschiedene reale Optionen offen und sie sind in der Lage, selbstbewusst für ihre Rechte einzutreten – können also weder zu Ehevereinbarungen noch zur Prostitution, noch zur Leihmutterchaft gezwungen werden. Im zweiten Bereich sind diese Möglichkeiten bereits leicht eingeschränkt. Wer jedoch dringend auf eine finanzielle Absicherung oder einen Verdienst angewiesen ist, fällt in den dritten Bereich und kann bezüglich seiner Vertragspartner und der Vertragsinhalte nicht sehr wählerisch sein. Vertragsunfreiheit – wie im vierten Bereich – besteht nicht nur dann, wenn offensichtlich eine Fremdbestimmung vorliegt, sondern genauso, wenn gar keine sinnvolle Alternative besteht.²⁰⁴¹

Zu diesen vier Bereichen sei je ein konkretes Beispiel aus der Prostitutionsszene angeführt (die teils noch nicht beschrieben wurden in Kapitel 1).

Bereich 1: *Iris*, Schweizerin, 39 Jahre alt, Lehrabschluss und Berufserfahrung im Büro, alleinstehend, selbstständig Erwerbende in Zürich, hat 3–5 Kunden pro Tag und betont, sie übe die Prostitution selbstbestimmt – d.h. mit wem sie wolle und in einem Rahmen, den sie bestimme – bei sich zu Hause aus.

Bereich 2: *Tina*, Russin, 22 Jahre alt, Abiturabschluss und keine Berufserfahrung. Sie spricht Englisch. Ursprünglich ist sie wegen «der Liebe» zu einem Studenten in Zürich gelandet; nun, da die Beziehung auseinandergegangen ist, muss sie die Wohnungsmiete selber bezahlen und beginnt deshalb als Hostess in einer Bar zu arbeiten. Dabei kommt es auch zur Prostitution mit Kunden ihrer Wahl, da sie für ihren anspruchsvollen Lebensstil einen «Zustupf» gut gebrauchen kann.

Bereich 3: *Anna*, Brasilianerin, 18 Jahre alt, keine Schul- und Berufsausbildung, spricht weder Französisch noch Deutsch, noch Englisch. Sie ist kräftig, selbstbewusst und es gewohnt, sich in den Favelas «durchzuschlagen». Sie ist über eine Cousine in

²⁰⁴¹ Vgl. Restatement (Second) of Contracts § 175 (1981). Betreffend Gerichtspraxis zum «no reasonable alternative test» vgl. e.g., *Krantz v. BT Visual Images, L.L.C.*, 89 Cal. App. 4th 164 (Cal. Ct. App. 2001).

die Schweiz gekommen, möchte aber *à tout prix* nicht mehr nach Brasilien zurückkehren, denn dort erwartet sie ein Ehemann, der sie schlägt, und eine Grossfamilie, deren Mitglieder alle von der Hand in den Mund leben.

Bereich 4: *Lia*, 35 Jahre alt, Thailänderin, keine Schul- und Berufsausbildung. Sie ist über einen Menschenhändlerring nach Genf gekommen, wobei man sie nach ihrer Ankunft in eine Wohnung brachte und ihr den Pass abnahm. Es wurde ihr erklärt, dass sie ihren Pass erst wieder bekäme, wenn sie das Geld für die Rückreise «abgearbeitet» habe. *Lia* erklärt, dass sie wieder zurück nach Thailand möchte. Ihre thailändische Kollegin *Rea*, 31 Jahre alt, die ebenfalls keine Schul- und Berufsausbildung hat, ist aufgrund eines Castings in Thailand unter dem Vorwand, für einen Tanzclub ausgewählt worden zu sein, in die Schweiz gelangt. Sie muss in einem völlig abgelegenen, ländlichen Bordell tanzen, dessen Besitzer von ihr erwartet, dass sie sich auch prostituiert.

Während die Bereiche 1 und 4 punkto Selbst- bzw. Fremdbestimmung unproblematisch erscheinen und deshalb nicht weiter zu diskutieren sind, soll im Hinblick auf die Autonomie, die Fähigkeit zur Selbstbestimmung und die Frage der Vertragsfreiheit auf die Bereiche 2 und 3 näher eingetreten werden:

ad Bereich 2:

Die Tätigkeit einer Hostess unterscheidet sich grundlegend von derjenigen einer Prostituierten in einem Bordell. Für *Tina* persönlich gilt allgemein: Wer Geld für eine Leistung annimmt, zeigt mit dieser Annahme noch kein Handeln unter Zwang. Die Auffassung, dass ein Angebot von Geldzahlungen generell zur zwanghaften, geradezu reflexartigen Annahme von Angeboten führe, verfängt gerade bei Sexleistungen nicht. Indes lässt sich kaum bestreiten, dass die Höhe der Zahlung ein Entscheidungsfaktor sein dürfte. Das Bedürfnis nach Geld, in diesem Fall zum Kauf von Luxusgütern, ist in der Regel das entscheidende Motiv für die Prostitution. Und umgekehrt ist die Unentgeltlichkeit noch keine Garantie dafür, dass der Sex auch frei und wohlüberlegt erfolgt. – Wo also liegt die rechtliche Trennlinie zwischen Prostitution und *One-Night-Stand* – insbesondere dann, wenn sich die Person im Gegenzug Konsumationen oder andere Dinge (z.B. Eintritte) bezahlen lässt oder Geschenke (z.B. hohes Trinkgeld) erhält? Und wie soll ein Entscheid frei und wohlüberlegt erfolgen, wenn eine Hostess, die sich bei der Arbeit befindet und dabei nicht unangenehm auffallen will, sich durch das Drängen von lauten Kunden, die allenfalls in der Gruppe auftreten, beeindrucken lässt?

ad Bereich 3:

Damit zu argumentieren, Prostitution ver helfe gewissen Menschen zum Ausstieg aus der Armut und erhöhe dadurch ihre Lebensqualität, ist nicht bloss «zynisch», vielmehr hat *Anna* aufgrund ihrer Situation – falls sie nach Brasilien zurückkehren müsste – damit zu rechnen, täglich vom Ehemann geschlagen zu werden, den ganzen Tag in den Favelas verbringen und sich für die Grossfamilie für wenig Geld abrackern zu müssen. Die «Ausweglosigkeit» ihrer Umstände in Brasilien lässt Zweifel daran aufkommen, ob *Anna* wirklich in der Lage ist, selbstbestimmt zu entscheiden, ob sie einem Prostitutionsvertrag mit einem Kunden tatsächlich zustimmen möchte oder nicht. Auch wenn sie keine unsichere Persönlichkeit ist und sich gut durchschlagen kann, ist sie aufgrund ihrer Lebensumstände nichts «Besseres» gewohnt und hat

damit keine echte Wahlfreiheit. – In dieser Situation wäre es nach der hier vertretenen Ansicht Pflicht einer Sozialarbeiterin (sofern es diese gibt), *Annas* Selbstbestimmungsfähigkeit und Selbstwertgefühl so zu stärken, dass sie in der Lage wäre, weitere Optionen zu erkennen, um in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgehen zu können. Erst wenn eine Person angesichts ihres persönlichen Hintergrunds die Möglichkeit hat, ihr Geld auch auf andere Weise als mit Prostitution zu verdienen, kann von Selbstbestimmung ausgegangen werden.

Ein Gericht, das darüber zu entscheiden hätte, ob *Lia* nun ein Opfer von Menschenhandel ist oder eine selbstbestimmte junge Frau, könnte sich dieser Problematik im Rahmen der richterlichen Fragepflicht annehmen. Allerdings ist dabei in Betracht zu ziehen, dass ehrliche Antworten auf Fragen, die geeignet wären, diesen Sachverhalt zu klären, und entsprechende differenzierte Reflexionen von *Lia* einige Zeit beanspruchen können. Deshalb wäre zu überlegen, ob ein solcher Fall nicht regelmässig in zwei kurzen Sitzungen bzw. Gesprächen mit einem dazwischenliegenden Zeitintervall von einem Monat abzuhandeln wäre.

Die Gefahr, dass Menschen, bedingt durch ihre Armut, leicht zu Opfern von Menschenhändlern werden, ist ein wichtiger Punkt bei der Beurteilung der Vertragsfreiheit in Fällen wie dem vorliegenden; sie ist mithin ein Umstand, der bei dieser Art von Verträgen zu untersuchen ist. Der Schutz vor Menschenhandel ist jedoch bereits durch das nationale und internationale Recht geboten, insbesondere durch das Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität.²⁰⁴² – Menschenhandel bewegt sich stets im Bereich der Illegalität. In der Regel steht dahinter ein skrupelloses, geldgieriges und persönlichkeitsverletzendes Verhalten, das von unseren Rechtsordnungen unter allen Umständen sanktioniert werden soll.

Die Frage, ob Prostitution, wie im Falle von *Anna* (Brasilianerin), immer ein Sozial- und Wohlstandsgefälle beinhalten muss, ist indes zu verneinen. So gibt es auch Personen, welche Prostitution nicht (nur) aus Geldgründen betreiben. Oder mit anderen Worten: Auch wer genug Geld hat, um sich eine(n) Prostituierte(n) zu leisten, kann sich trotzdem noch selber prostituieren wollen. Auch bei einem Leihmutterchaftsvertrag, beispielsweise unter Verwandten oder Freundinnen, ist es denkbar (und von entsprechenden Gesetzesvorschlägen intendiert), dass zwischen den beiden involvierten Vertragsparteien kein Wohlstandsgefälle besteht. Wo ein solches Gefälle aber fehlt, entfällt auch der daraus abgeleitete Druck.

Daraus ergibt sich, dass das *ökonomische Gefälle* und das *Informationsgefälle* zwischen den Vertragsparteien für das Mass der Selbstbestimmung im Vertrag und die Möglichkeiten einer wohlüberlegten Entscheidung von entscheidender Relevanz sind.

²⁰⁴² Vom 15. November 2000, für die Schweiz am 26. November 2006 in Kraft getreten.

C. Welche typisierbaren «Graubereiche» sind denkbar?

1. Im Kontext der stark personalen Beziehung

Die Selbstbestimmung von Parteien, die Verträge zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung schliessen, steht unzweifelhaft in einem besonderen Kontext der gegenseitigen nahen emotionalen und/oder nahen körperlichen Beziehung der Parteien. Es wird hier verkürzt von *sehr nahen resp. starken personalen Beziehungen* gesprochen. Der Begriff stellt *erstens* klar, dass Beziehungen sowohl physischer als auch psychischer Natur gemeint sein können, und *zweitens*, dass es sich auch um nahe Beziehungen handeln kann, die über das Familienrecht hinausgehen. Es muss sich also nicht zwingend um Beziehungen aus Verträgen handeln, die unter das Familienrecht fallen (z.B. um einen Ehevertrag), oder um solche, die unter Personen in nahen Beziehungen (z.B. Familienangehörige, Freunde) geschlossen werden (z.B. Angehörigenbürgschaften) und deshalb einen Familienbezug aufweisen. Hingegen müssen die betreffenden Vertragsbeziehungen im Zusammenhang mit einer besonderen emotionalen oder körperlichen Nähe stehen bzw. in einem entsprechenden Rahmen erfolgen: Sex mit einer fremden Person wäre demnach als eine besonders nahe körperliche und somit personale Beziehung aufzufassen. Dagegen würde z.B. ein Bürgschaftsvertrag, den der reiche Onkel im Ausland für eine weit entfernt verwandte Person eingeht, nicht in diese Kategorie fallen, während der Bürgschaftsvertrag, den ein 20-jähriger Sohn mit seinem ersten guten Lohn für ein Geschäftsdarlehen seiner Eltern eingeht, regelmässig als Vertrag im Kontext einer nahen personalen Beziehung zu betrachten wäre.

2. Im Kontext körperlicher Beziehungen

Die drei in der vorliegenden Untersuchung unter die Lupe genommenen Vertragsbeispiele liessen sich auch als Verträge zusammenfassen, die im *Zusammenhang mit dem Körper* stehen, und wären dann quasi als eine Subvariante der Verträge zwischen Personen in nahen personalen Beziehungen einzustufen. Oder anders formuliert: Einen weiteren typisierten «Graubereich» bilden die körperlichen Beziehungen.

Inhalte von Verträgen, mit denen rechtsgeschäftlich gegen Geld über den eigenen Körper, die eigenen Körperteile, die eigene Stimme, das eigene Bild, das eigene Beziehungsleben und/oder die eigene Sexualität verfügt wird, waren bislang der öffentlichen Sphäre kaum zugänglich. Allerdings zeigen boomende «Märkte» wie der «Baby-Markt», der «Schönheitsmarkt», der «Sex-Markt», der «Partnervermittlungs- und Heiratsmarkt», teils aber auch der herkömmliche Arbeitsmarkt, dass eine gewisse Kommerzialisierung des Körpers inzwischen zur alltäglichen Selbstverständlichkeit geworden ist.

Die weitaus häufigste und bekannteste Vertragsform über eine entgeltliche Leistung am menschlichen Körper ist freilich keiner der drei hier behandelten Vertragstypen, sondern der *medizinische Behandlungsvertrag*.²⁰⁴³ Dieser ist seit Kurzem im deut-

²⁰⁴³ Die ärztliche Aufklärungspflicht ist zum einen eine Vertragspflicht, die bei einer Unterlassung oder bei nachgewiesenen Mängeln als Vertragsverletzung geahndet werden kann. Zum anderen ist sie auch eine personenrechtliche Voraussetzung dafür, dass gültig in den körperlichen Eingriff eingewillt werden kann. Ohne Aufklärung und nachfolgende Einwilligung, d.h. ohne *In-*

schen Recht ausführlich geregelt (§§ 630a–630h BGB), wobei die Regelungen zeitgemäss differenziert ausgefallen sind. Daher stellt sich die Frage, in welcher Relation der medizinische Behandlungsvertrag zu anderen Verträgen über den eigenen Körper steht. Da es hierbei in der Regel um eine medizinisch indizierte Behandlung geht, dürfte hier eine Abgrenzung aufgrund des Eingriffszweckes im Vordergrund stehen: Während der klassische medizinische Behandlungsvertrag gesundheitliche Zwecke verfolgt, handelt es sich bei den im Kontext dieser Untersuchung behandelten Fällen um *Verträge, die nicht medizinisch indizierte Eingriffe zum Inhalt haben*, sondern die teils sexuelle und teils reproduktive oder leistungssteigernde Zwecke (zur Verschönerung) betreffen, wobei die Abgrenzungen zwischen derartigen Verträgen im Einzelnen fließend sein können.

Bei den auf den eigenen Körper bezogenen Verträgen steht aus Sicht der betroffenen Personen das *Annehmen* oder *Abgeben* einer körperlichen Leistung im Vordergrund. Bei einem medizinischen Behandlungsvertrag ist aus der Perspektive der Patientin die *Annahme einer Leistung für ihren Körper die charakteristische, im Vordergrund stehende Leistung*. Bei einer Lebendnierenspende dagegen kann es sich – je nach Vertragspartei – um das Abgeben oder Annehmen einer körperlichen Leistung handeln. Bei einem Prostitutionsvertrag ist ebenfalls ein Abgeben und Annehmen zu berücksichtigen, wobei dem Geben einer sexuellen Leistung aufgrund der damit verbundenen emotionalen Intimität vergleichsweise wohl ein sehr viel höheres Gewicht beizumessen ist. Bei einer Vereinbarung, in der sich eine Leihmutter bereit erklärt, die Schwangerschaft für eine/mehrere andere Person(en) zu übernehmen, geht es wiederum ausschliesslich um das Abgeben einer körperlichen Leistung – wobei diese Verpflichtung aufgrund der langen Dauer und der während der Schwangerschaft erwachsenen emotionalen Bindung besonders schwer wiegen dürfte. Da es jedoch in allen drei behandelten Vertragstypen – im Gegensatz zu einem Behandlungsvertrag oder zu einem Vertrag über eine Lebendnierenspende – in der Regel nicht um eine existenzielle, lebenserhaltende Behandlung geht, wäre wohl ein übergeordneter Vertragstypus «Körper und Geld» nicht haltbar.

Hinzu kommt, dass höchstpersönliche körperliche (nicht medizinisch indizierte) Handlungen und Leistungen nach herkömmlicher Auffassung nicht aufgrund finanzieller Anreize vorgenommen werden sollten.²⁰⁴⁴ Daher sind sie *de lege lata* oft der Dispositionsbefugnis entzogen, sei es durch richterliche Intervention unter Anwendung der Generalklausel der «guten Sitten» oder durch gesetzlich geregelte Verbote wie im Falle des «Leihmutterchaftsvertrags». Man könnte deshalb argumentieren, dass nur unentgeltliche selbstbestimmte Verträge über den eigenen Körper erlaubt sein sollten, entgeltliche selbstbestimmte hingegen nicht. Diesen gewissermassen vermittelnden Weg gingen bzw. überlegen sich der deutsche und der schweizerische

formed-Consent, liegt bei einem entsprechenden Eingriff eine Persönlichkeits- und eine Vertragsverletzung vor. Wie der Begriff klar zum Ausdruck bringt, kann ohne *Informed-Consent* auch kein Vertrag zustande kommen. Meist geht der Behandlungsvertrag (Art. 394 ff. OR) indes bereits auf einen früheren Zeitpunkt zurück, nämlich auf die Vereinbarung des Arzttermins. Der operative Eingriff bzw. die Aufklärung bezüglich des Eingriffs stellt dann nur eine von vielen anderen Teilleistungen dar, sodass es sich bei einem Aufklärungsfehler bloss um eine Schlechterfüllung des Vertrags handelt. Geht es jedoch um herstellende Elemente wie eine Prothese, können die werkvertragsrechtlichen Elemente im Vordergrund stehen.

²⁰⁴⁴ Larenz/Wolf, 758 f.

Gesetzgeber beispielsweise anlässlich der Regelung der Samen- und der Eispende oder auch der Organtransplantation. – Wie jedoch schon im Zusammenhang mit dem Leihmutterschaftsvertrag ausgeführt (Kap. 8), erscheint diese Haltung zwar ethisch nachvollziehbar. Sie ist aber letztlich unrealistisch, weil entsprechende Angebote im Ausland entgeltlich sind und die betroffenen Menschen nicht von ihrem Kinderwunsch abkommen werden. Ferner erscheint eine solche Lösung aber auch «unehrlich», denn weshalb sollte ausgerechnet die mit einer Leihmutterschaft verbundene, ausserordentlich anstrengende und wertvolle Dienstleistung nichts kosten dürfen. Dass gegen eine angemessene Aufwandsentschädigung (das heisst eine, die nicht zu tief angesetzt ist) nicht grundsätzlich etwas einzuwenden ist, belegt auch die entsprechende Regelung im englischen Recht.²⁰⁴⁵

3. *Im Kontext der alltagsrelevanten wirtschaftlichen Beziehungen*

Das *Marktdenken* in Sachen «Liebe», Sex und Fortpflanzung ist weiter auf dem Vormarsch und als Teil unserer Gesellschaften zu akzeptieren. – Zur Rechtfertigung von Selbstbestimmung wird immer wieder auf den Markt verwiesen und unterstellt, dass freier Wettbewerb und freie Marktwirtschaft auf Selbstbestimmung und der freien Wahl beruhen; umgekehrt würden Selbstbestimmung und Wahlfreiheit die Garantien der Vertragsgerechtigkeit darstellen.²⁰⁴⁶ Zwar widerspricht das Marktdenken der Rechtewahrung nicht grundsätzlich, doch ist es frei von normativen Vorstellungen jenseits des Funktionierens des Markts. Damit vermag das Marktdenken den Verträgen in stark personalen Belangen der Akteure kaum gerecht zu werden.

Es bleibt ein nicht wegzudiskutierendes Faktum, dass die erwähnten Vertragsbeispiele nicht alltäglicher Natur sind, sondern dass sie sowohl von einer nahen personalen Beziehung als auch vom wirtschaftlichen Alltag der Akteure geprägt sind. Diese Verträge liessen sich also – zumindest aus Sicht einer Leihmutter oder einer Prostituierten, aber auch einer Person, die sich auf eine Ehe/Partnerschaft einlässt – als solche auffassen, die *eng mit dem alltagsrelevanten wirtschaftlichen und privaten Leben der Akteure* verknüpft sind («*contracts, which are deeply related to people's daily economic activities and life's*»).²⁰⁴⁷

Insofern wären die drei Vertragstypen eher mit Arbeits-, Miet- und Verbraucherverträgen zu vergleichen, auf die das allgemeine Vertragsrecht anwendbar wäre – wie grundsätzlich auch für alle anderen Verträge.

Gehen wir hier wohl von dem umstrittensten der drei Beispielsverträge aus, nämlich dem *Leihmutterschaftsvertrag*, so wären im *Graubereich* etwa folgende kritische Fragen zu stellen und zu beantworten: 1.) Ist die betreffende Frau persönlich befähigt, den Vertragsinhalt kritisch zu reflektieren? 2.) Ist sie kulturell befähigt, das Gewünschte kritisch zu reflektieren? 3.) Weist ihre Erklärung eine gewisse Kohärenz

²⁰⁴⁵ Kaiser, *Zeitschrift für Familienforschung* 2011, 262 ff.; Belser/Jungo, *ZSR* 2016, XXX.

²⁰⁴⁶ Canaris, FS Lerche, 875 ff., 883; erst recht mit dem Wiederaufleben von *Law and Economics* in Kontinentaleuropa: vgl. Mathis, Klaus: *Effizienz statt Gerechtigkeit?* (Berlin, 2006); der neuste Trend in der Rechtswissenschaft zeichnet sich indes in den *Behavioral Economics* ab, die empirisch den Beweis erbringen wollen, dass Wettbewerbe nur zum Guten seien.

²⁰⁴⁷ Nicola, *AJCL* 58, 779.

auf? 4.) Bestehen für diese Frau Alternativen zur Leihmutterschaft? 5.) Was denkt sie nach der Geburt? 6.) Wie reagiert ihre Familie?

D. Ergebnis

Im Ergebnis kann festgehalten werden: Ein kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung anerkennt und berücksichtigt «Graubereiche» zwischen Selbst- und Fremdbestimmung. Ein kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung im Vertrag (oder Vertragsautonomie) verweist dann begrifflich auch nicht mehr auf die althergebrachten *Ideale* der Privatautonomie und der Freiheit, sondern auf die konkreten sozialen und personalen Bedingungen des selbstbestimmten Vertrages. Dieses Verständnis würde die Realität demnach besser widerspiegeln.

Ein denkbarer typisierbarer «Graubereich» liegt in Vertragsverhältnissen, die *stark personale Inhalte* (z.B. betreffend «Liebe», Sex und Fortpflanzung), verstanden als enge körperliche und/oder emotionale Vertragsbeziehungen, betreffen. Dieser «Graubereich» umfasst aber auch weitere Verträge (Dienstleistungsverträge, Arbeitsverträge, Bürgschaftsverträge oder Mietverträge), die in stark personalen Beziehungen geschlossen werden. Sie gehen über das Familienrecht und den Familienbezug hinaus. Personen, die in solchen nahen personalen Beziehungen stehen, werden regelmässig weniger gut in der Lage sein als andere (z.B. Finanzpartner oder Parteien im Kauf- oder Mietverhältnis), bei Vertragsschluss selbstbestimmt zu entscheiden. Hinzu kommt, dass sich personale Verhältnisse oft anders entwickeln als die Parteien es sich ursprünglich dachten. So wird wohl in der Regel nicht von vornherein mit einem Gesinnungswandel bei der Leihmutter, der Auflösung einer Ehe oder Partnerschaft, Gewalt bei der Prostitution oder mit dem ungünstigen Ausgang einer medizinischen Behandlung gerechnet.

Es wäre zu einfach, allen vertragschliessenden und potenziell vertragschliessenden Familienmitgliedern die rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung abzusprechen. Ebenso wenig kann bei Verträgen, die sozusagen im «Schatten der Liebe» oder in einer «Solidaritätsgemeinschaft» geschlossen werden, zum Voraus von einer verminderten Selbstbestimmung und damit von einer eingeschränkten Nutzungsfähigkeit der Vertragsautonomie bzw. von zwei ungleich starken Parteien²⁰⁴⁸ ausgegangen werden. – Gerade auf den Ehevertrag bezogen, müsste man sich die kritische Frage gefallen lassen: Was für ein Beziehungsverständnis würde einer solchen Auffassung zugrunde liegen? Und vor allem, was für ein Beziehungsverständnis würde dadurch konstruiert? Ebenso erschiene es zu einfach, jeden Prostitutions- oder Leihmutterschaftsvertrag ohne Weiteres als fremdbestimmt und/oder die Menschenwürde verletzend darstellen zu wollen. Es ist schliesslich zu vermeiden, dass ausgebeuteten Personen gegenüber kein Minimum an Reziprozität unterstellt wird.²⁰⁴⁹

Es erscheint demnach sinnvoll, Kontexte wie nahe personale Beziehungen, alltagsrelevante wirtschaftliche Beziehungen sowie körperliche Beziehungen (u.U. auch als

²⁰⁴⁸ So aber wohl Gutmann, Contemporary Problems 40; ähnlich wie hier Wagner, Im Schatten der Liebe, 198 ff., 213 f.

²⁰⁴⁹ Vgl. Oechsler, 94 m.w.H.

Subvariante der nahen personalen Beziehungen) im *Vertragsrecht als «Graubereiche» einzustufen, in denen ein mehr oder weniger grosses Risiko besteht, dass Selbstbestimmung in Fremdbestimmung umschlägt*. Trifft Letzteres zu, so können die vulnerablen Personen in diesen Graubereichen regelmässig ihre Selbstbestimmung nicht sinnvoll nutzen. Das klassische Ideal der Selbstbestimmung im Vertragsrecht ist und bleibt eine Illusion. Ob die Selbstbestimmung im konkreten Kontext tatsächlich eingeschränkt ist, kann nur durch eine richterliche Prüfung – anhand von Fragen zur Reflexionsfähigkeit der betreffenden Person, zu ihrer Konstanz bezüglich der eigenen Meinung und zu ihren tatsächlichen Optionen – ermittelt werden.

Ein allgemeiner Vertragsschutz, der auf einem kontextbezogenen Schutz beruht, ist zu bevorzugen. Knüpft Vertragsschutz bei der Selbstbestimmung an, widerspricht das nicht grundsätzlich der geltenden gegenwärtigen Vertragsdoktrin, die den Schutz an die unzumutbaren Zustände und das krasse Missverhältnis zulasten einer Vertragspartei anknüpft.²⁰⁵⁰ Ein solcher Vertragsschutz kann – wie ausgeführt und bekannt – auf einer sehr weiten Inhaltskontrolle wie derjenigen der «guten Sitten» (bzw. bevorzugt: der «öffentlichen Ordnung») beruhen. Wird nun der *Kontext* verknüpft mit dem, was (meist) *wirklich problematisch ist, nämlich mit dem Mass an Selbstbestimmung der beteiligten Personen*, so ergibt sich ein Schutzkonzept, das auf einer kontextbezogenen Selbstbestimmung beruht. Da das Autonomiekonzept, wie ausgeführt, grundlegend hinterfragt worden ist, kann es mit einem Bezug auf den Kontext adjustiert werden.

III. Diskussion

A. Chancen und Herausforderungen des Vorschlags

1. Vorwurf der Beliebigkeit

Kritikerinnen und Kritiker einer Kontextualisierung werden dagegen einwenden, die Gefahr liege in ihrer Beliebigkeit und die Kontexte seien so vielfältig wie die Einzelfälle.

Dem wäre entgegenzuhalten, dass Selbstbestimmung im Vertragsrecht nicht immer das Gleiche bedeutet,²⁰⁵¹ denn die persönlichen Voraussetzungen der Vertragsschliessenden und die massgeblichen Bedingungen sind je nach Rechtsgeschäft verschieden; demzufolge sind auch die Gestaltungs- und Inhaltsschranken unterschiedlich. Zudem dient die Umschreibung kontextbezogener «Graubereiche» dazu, die Selbstbestimmung beider Vertragsparteien und die vielen Einwände gegen das Autonomiekonzept ernst zu nehmen. Auch die Rechtswissenschaft kann sich dieser Kritik nicht einfach verschliessen, zumal auch zahlreiche Urteile belegen, dass die breite Judikatur bereits anerkannt hat, dass es Kontexte gibt, die sich für die Vertragsparteien als prekär erweisen. Wird man sich zudem über die Graubereiche zwischen Selbst- und Fremdbestimmung (Bereiche 1 und 4) einig, so ist der Vorwurf der Beliebigkeit bereits teilweise widerlegt.

²⁰⁵⁰ Wagner, Im Schatten der Liebe, 213.

²⁰⁵¹ Becker M., 72.

Steht die Selbstbestimmtheit in einer Entscheidung erst einmal fest bzw. lassen sich jene Bereiche, in denen keine erdrückende Fremdbestimmung vorliegt, umschreiben, so hat das auch zur Folge, dass es weder im Vertrags- noch im Familien- oder Personenrecht zu Verboten und damit zur Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts kommen muss. Von voreiligen Verboten ist aus Gründen des verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsprinzips Abstand zu nehmen, genauso wie von weiteren gesellschaftlichen Schranken der Autonomie. Dies gilt erst recht, wenn ein allfälliges nationales Verbot die betreffende Tätigkeit – in Bezug auf den internationalen Handel oder das illegale Geschäft – ohnehin nicht zu verhindern vermag.

2. Kategorisierungen als wertende Abstufungen

Kritisch betrachtet werden kann auch die hinsichtlich der Selbstbestimmung vorgeschlagene Einteilung in Bereiche, denn diese werfen wie jede andere Kategorisierung Fragen auf: Wie lässt es sich rechtfertigen, Grenzen zwischen Sachverhalten zu ziehen, Kategorien zu bilden und eine Abstufung vorzunehmen, *statt von einem kontinuierlichen Verlauf auszugehen*? Überdies impliziert der Terminus (Grau-)Bereich insofern eine Skalierung, als damit Wertungen verknüpft werden, die einen qualitativen Unterschied ausmachen (sollen). Da fragt es sich natürlich, worin die betreffenden Niveauunterschiede bestehen und wie sich diese genau rechtfertigen lassen. Alle Grenzziehungen tragen bekanntlich den Stachel des «anderen», der Abwertung und Diskriminierung in sich.

Dem wäre entgegenzuhalten, dass Grenzziehungen und das Bilden von Kategorien und Stufen in den Rechtswissenschaften prinzipiell nichts Ungewöhnliches sind, dienen sie doch meist der praktischen oder theoretischen Differenzierung von Rechtsfolgen. Dies *illustriert insbesondere die deutsche Kernbereichslehre, die zu den Sittenwidrigkeitsurteilen von Eheverträgen* (Kap. 9 Ziff. III.B.2.a) entwickelt wurde.

Zudem besteht ein erheblicher Unterschied zwischen Stufenfolgen zwecks Beschreibung der menschlichen Entwicklung in typisierten Mustern (beispielsweise in den entwicklungspsychologischen Modellen von *Kohlberg* oder *Piaget*) und Stufenmodellen, welche gesamtgesellschaftliche Entwicklungsschritte bzw. *Fortschritte* spiegeln sollen.²⁰⁵² Die hier zu diskutierenden Bereiche der Selbstbestimmung sollen demnach nicht etwa auf eine Art Entwicklungsmodell hindeuten und insofern auch keinesfalls suggerieren, es gehe hierbei um ein Emporsteigen der Stufen hinauf zu etwas Besserem, etwas Höherentwickeltem.

3. Kein Verzicht auf das Selbstbestimmungsprinzip nötig

Ein wesentlicher Vorteil des Konzeptes ist, dass dieses auf die Kritik an der Autonomie eingeht, ohne auf das Selbstbestimmungsprinzip verzichten zu müssen.

Die Selbstbestimmungsfähigkeit wird im Privatrecht hinsichtlich jedes Rechtsakts einzeln abgewogen; insofern sind auch im Vertragsrecht ohne Weiteres sehr differen-

²⁰⁵² Rottleuthner, Helmut: Gibt es einen Rechtsfortschritt? in: Czeguhn, Ignacio (Hrsg.), *Recht im Wandel – Wandel des Rechts. Festschrift für Jürgen Weitzel zum 70. Geburtstag*, Köln u.a., 2014, 617 ff., 621; Luhmann, *Rechtssoziologie*, 132 ff.

zierte rechtliche Lösungen denkbar und werden auch bereits gelebt.²⁰⁵³ Die gleiche Person kann hinsichtlich eines bestimmten Rechtsgeschäfts als selbstbestimmungsfähig erachtet werden, bezüglich eines anderen dagegen nicht. Entsprechend dürfte die *Selbstbestimmungsfähigkeit* mehr oder weniger umfassend gegeben sein – wobei festzuhalten ist, dass hohes Alter, mittlere Demenz oder eine angeborene Willensschwäche allein noch nicht ausreichen, um von einer Urteilsunfähigkeit resp. Geschäftsunfähigkeit auszugehen.²⁰⁵⁴ Ferner wurde im deutschen Recht den volljährigen Geschäftsunfähigen und im schweizerischen Recht auch den urteilsfähigen Minderjährigen bewusst eine begrenzte Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr ermöglicht. Dahinter steht hier wie dort das Bestreben, dem Bedürfnis des Menschen nach Selbstbestimmung in seinem Lebensalltag bzw. nach «sozialer Emanzipation» nachzukommen.²⁰⁵⁵

Mit anderen Worten: Der zentrale zivilrechtliche *Grundsatz der Relativität* der Urteilsfähigkeit/Geschäftsfähigkeit spiegelt sich heute schon im Vertragsrecht. Allerdings wird dadurch bloss die Selbstbestimmungsfähigkeit als Urteils- bzw. Geschäftsfähigkeit der Einzelperson abgedeckt, *während die kontextbezogenen Aspekte* (im Sinne der Umstände, der konkreten personalen Beziehung und der weiteren Kreise von Relationen, vgl. Schemata, Kap. 10 Ziff. III.D) *noch weitgehend unberücksichtigt bleiben*. Ebenfalls unberücksichtigt sind heute Werte wie das *Selbstwertgefühl* (welches Voraussetzung für die Selbstbestimmung bildet) und die *Kohärenz* in der Bildung der eigenen Meinung, welche ebenfalls zur Selbstbestimmung gehören.

Schliesslich sei noch festgehalten, dass grundsätzliche Einwände gegen Relativierungen – diese stellen Differenzierungen dar und beruhen meist auf Kontextualisierungen – aufgrund des geltenden *Grundsatzes der Relativität der Urteilsfähigkeit* einen schweren Stand haben dürften.

4. Sach- und personenbezogener Vertragsschutz

Ein weiteres Potenzial eines kontextbezogenen Selbstbestimmungskonzepts liegt darin, dass es den situations- und den personenbezogenen Ansatz des Vertragsschutzes miteinander verbindet. Dies ermöglicht es, eine gewisse Grenzziehung gegenüber dem rein personenbezogenen «Schwächeansatz» vorzunehmen. Gemäss Letzterem würden (wie bereits erwähnt) von vornherein sämtliche Frauen in einem Ehevertrag oder alle Patienten in einem Behandlungsvertrag resp. alle Verbraucher in einem Verbrauchervertrag ohne Weiteres stets als schwächere Partei angesehen – was die Selbstbestimmung der Individuen vor allem längerfristig noch zusätzlich behindern

²⁰⁵³ Die Urteilsunfähigkeit ist prinzipiell individuell abzuklären – selbst im Fall einer (zumindest noch nicht bis zum Endstadium fortgeschrittenen) Demenz: BGer, 5A_12/2009, vom 11. April 2008 E. 4.2.

²⁰⁵⁴ In der Pflege von urteilsunfähigen Personen gilt im Einzelfall allgemein, dass diese im Grundsatz bedarfsgerecht erfolgen muss. So sind etwa die Wünsche einer urteilsunfähigen Person bei der Auflistung der Leistungen in einem Betreuungsvertrag sogar von Gesetzes wegen zu berücksichtigen (Art. 382 Abs. 2 ZGB). Insbesondere sind ihre konkreten Wünsche betreffend Pflege, besondere Empfindlichkeiten (unangenehme Berührungen), Schlafgewohnheiten, Essen, Kleidung, Wasch-, Rasier- bzw. Schminkgewohnheiten oder Absprachen betreffend Besuch und Seelsorge zu beachten.

²⁰⁵⁵ Palandt/Ellenberger, § 105a BGB N 1.

würde. – Endziel des Umgangs mit der Selbstbestimmung muss aber die Stärkung vulnerabler Menschen sein, und nicht deren Schwächung. Zudem kann durch den Bezug auf die Beziehungskontexte, in denen der Vertrag geschlossen wird, erreicht werden, dass der Blick über die Kontrolle von personalen Inhalten hinaus (z.B. Sex, Fortpflanzung) auf die personale Beziehung und die gesamten personalen Umstände der Vertragsparteien gelenkt wird. Dabei würde ein kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung, wie es hier skizziert wird, über die üblichen Rechtsbehelfe der (durch Irrtum, Täuschung oder Drohung) beeinträchtigten Vertragsabschluss-situation hinausreichen, denn es würde den Beziehungskontext über die Vertragsbeziehung hinaus miteinbeziehen.

Am nächsten käme dieses Verständnis von Selbstbestimmung der *geltenden Regelung zur Ausbeutung*, die u.a. dem Schutzmechanismus der «guten Sitten» (oder der Übervorteilung) untersteht und ebenfalls von einer Störung der Selbstbestimmung ausgeht. – Im Gegensatz zu einem kontextbezogenen Verständnis von Selbstbestimmung erfordern Ausbeutungstatbestände jedoch regelmässig, dass zusätzlich zu einer Störung der Selbstbestimmung auch noch eine Unangemessenheit in der Leistung vorliegen muss, was bei einem kontextbezogenen Selbstbestimmungskonzept nicht nötig ist.

5. Wider den «Family Law-Exceptionalism»

Als positiver Aspekt des Konzeptes erscheint, dass es allgemeiner Natur ist und für das gesamte Vertragsrecht gilt und damit grundsätzlich für alle Graubereiche zwischen Selbst- und Fremdbestimmung und für alle vulnerablen Personen nutzbar gemacht werden kann. Damit soll das Konzept namentlich über das Familienrecht und die familialen Beziehungen hinauswirken.

Über ein besonderes Verständnis von Selbstbestimmung und Privatautonomie in personalen Beziehungen ist in den Rechtswissenschaften und im Vertragsrecht in der Schweiz allgemein noch nicht sehr viel nachgedacht worden.²⁰⁵⁶ – Bekannt sind freilich die berühmten deutschen Gerichtsurteile und Diskussionen in der deutschen und schweizerischen Doktrin zu den Eheverträgen und den Angehörigenbürgschaften sowie zu den Grenzen, die dem Autonomiekonzept durch die Generalklausel der «guten Sitten» im Einzelfall gesetzt wurden (siehe auch Kap. 5 Ziff. V). So setzten sich schon früh namentlich *Ingeborg Schwenzer* (1996)²⁰⁵⁷ und *Dagmar Coester-Waltjen* (1990)²⁰⁵⁸ sowie *Barbara Danauer-Lieb*²⁰⁵⁹ für die Inhaltskontrolle von Eheverträgen, aber auch für diejenige bei Angehörigenbürgschaften ein. Ein Vorschlag, wie das

²⁰⁵⁶ Röthel, 9 f.; anders im angloamerikanischen Rechtsraum, wo *Carole Pateman* sich in den 1980er-Jahren bereits intensiv mit der Vertragstheorie in diesem Zusammenhang auseinandergesetzt hat und wo die Autorin im Jahr 2010 das erste Mal von *Carol Sanger* darauf angesprochen wurde («I have the feeling, that autonomy is just not the same in this context, what do you think?»); es sei an dieser Stelle auch auf den einschlägigen Sammelband, der von *Ulrike Lembke* herausgegeben wird, verwiesen: *Regulierungen des Intimen: Sexualität und Recht im modernen Staat*, Wiesbaden 2017.

²⁰⁵⁷ *Schwenzer*, AcP 196 (1996), 103 ff.

²⁰⁵⁸ *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1 ff.

²⁰⁵⁹ *Danauer-Lieb*, AcP 210 (2010), 580 ff.; *idem*, *Unternehmensbezogene Verträge in der Familie*, 194.

Thema allgemein schuldrechtlich aus der Perspektive naher personaler Beziehungen angegangen werden könnte, basiert auf dem hier aufgegriffenen *relationalen Verständnis von Autonomie*. – Aktuell steht das Thema nur vereinzelt (im Familienrecht) im Raum.²⁰⁶⁰ Der relationale Ansatz ist, wie bereits erwähnt, in der Schweiz und in Deutschland noch wenig bekannt²⁰⁶¹ und hat sich auch in anderen Ländern bisher noch nicht durchgesetzt.

Ein älterer Ansatz zu einem «*Familienschuldrecht*» aus dem Jahre 1995²⁰⁶² stammt von *Peter Gauch*, der darin ebenfalls die familienbezogenen Beziehungen aufgriff. Wenn das «*Familienschuldrecht*» nach den Vorstellungen von *Gauch* (1995) Rechtsfragen aufgreifen könnte, die in Familienangelegenheiten auftreten, die das klassische Schuldrecht nicht so einfach zu lösen vermag – beispielsweise Haftungsfragen gegenüber Dritten oder gegenüber Eltern bei Schädigungen von Embryos und von Kindern bei der Geburt oder auch Unterhaltsfragen bei ausserehelichen und künstlichen Fortpflanzungsverfahren²⁰⁶³ –, so zeigt das vor allem, wie rasant der gesellschaftliche Wandel vor sich geht.

Dieser Ansatz wurde bisher noch nicht im übergreifenden Sinne auf das Familienrecht angewendet und vermochte sich auch nicht weiterzuentwickeln.²⁰⁶⁴ In der jüngeren Doktrin wird das Problem der «*beziehungsspezifischen Autonomiebeschränkung*» etwa von *Gabriele Britz* in Bezug auf den Ehevertrag jenseits von Ungleichgewichtslagen angegangen und verfassungsrechtlich aus dem Leitbild gleichberechtigter Ehepartner abgeleitet; daraus können sich im Rahmen des Eherechts Fragen zur Kontrolle weiterer Verträge stellen.²⁰⁶⁵ Zudem hat *Anne Sanders* schon im Jahre 2008 aufgezeigt, dass familienbezogene Verträge stark von der ihnen zugrunde liegenden, emotionalen Beziehung geprägt sind und folglich eher dynamisch als statisch aufzufassen seien.²⁰⁶⁶ Allerdings sind die erwähnten Vorschläge stark im «*Familienrechtsdenken*» eingebettet. Dabei ist grundsätzlich nicht einzusehen, weshalb eine nahe emotionale und/körperliche Beziehung, welche die Selbstbestimmung beeinträchtigen kann, nur unter Familienmitgliedern vorkommen sollte. Schon jetzt verweisen zahlreiche Regelungen des Obligationenrechts «*offen*» auf sämtliche «*nahe verbundenen Personen*» (so beispielsweise die Formulierung von Art. 30 Abs. 1 OR).²⁰⁶⁷

²⁰⁶⁰ Vgl. jüngst *Herring*, 111 ff., 116 ff., 131: Das Familienrecht ist nach *Jonathan Herring* «ohne individualistisches Autonomiekonzept» zu denken («*the individualistic conception of autonomy should have no place in family law*») und der Terminus «*making a decision*» habe schlicht keinen Platz im Familiengefüge verdient, denn es seien keine Entscheide möglich, die nicht in Relation zu den anderen Familienmitgliedern gefällt würden. *Herring* illustriert dies an Beispielen zum güterrechtlichen Ehevertrag (*ex ante*), zu medizinischen Entscheiden von Jugendlichen und zum Zwang zur Medikation. Verallgemeinerbare Schlüsse für das Privat- und Vertragsrecht werden indes nicht gezogen.

²⁰⁶¹ Jüngere Ausnahmen sind der soeben erwähnte Sammelband von *Lembke* sowie der Beitrag von *Andrea Büchler*, Vom Anfang des menschlichen Daseins, ZSR 135 (2016) II.

²⁰⁶² *Gauch*, FG Schnyder, 249 ff.

²⁰⁶³ Bereits *Gauch* bezeichnete den Leihmutterchaftsvertrag als Problem, welches das geltende Schuldrecht vor Herausforderungen stellt: FG Schnyder, 269.

²⁰⁶⁴ Ausnahmen vorbehalten: vgl. *Emmenegger*, FS *Gauch*, 395 ff.

²⁰⁶⁵ *Britz*, 245, 251 ff.

²⁰⁶⁶ *Sanders*, 241, 349 ff. Ziel ist die Vermeidung ehebedingter Nachteile.

²⁰⁶⁷ Es liessen sich zahlreiche weitere Beispiele aus dem Haftpflicht- oder Verjährungsrecht anführen, in denen das OR auf die familienbezogenen oder nahen Beziehungen verweist: s. *Gauch*, FG Schnyder, 255 f.

Jede Person, die einen Vertrag zu den Themenfeldern «Liebe», Sex und Fortpflanzung schliesst und/oder in einer nahen personalen Beziehung zu einer anderen Person steht, kann mit Blick auf einen Vertragsschluss als potenziell weniger selbstbestimmt und somit als vulnerabel betrachtet werden – deswegen können für die drei Vertragsbeispiele auch «Graubereiche» umschrieben und festgelegt werden: Ein junger Erwachsener dürfte sich weder dem emotionalen Einfluss der Eltern noch anderen Vorbildern (wie des Arbeitgebers) oder des Partners/der Partnerin entziehen können, wenn es sich um einen Bürgschaftsvertrag für die betreffende(n) Person(en) handelt. Eine alleinerziehende mittellose Mutter mit drei Kindern dürfte sich nicht dem Einfluss des künftigen Partners entziehen können – unabhängig davon, ob sie mit ihm einen güterrechtlichen Ehevertrag schliesst oder ob sie eine partnerschaftliche Vereinbarung zur Aufgabenteilung in der Gemeinschaft eingeht oder ob es sich um den Mietvertrag für die künftig gemeinsame Wohnung handelt. Eine alte Person, die einen Betreuungsvertrag (anlässlich ihres Heimeintritts) schliesst, wird sich den durch ihre eigene Gebrechlichkeit hervorgerufenen Emotionen sowie dem emotionalen Einfluss ihrer Verwandten, die ihr gut zureden, schwerlich entziehen können. Selbst ein Jugendlicher oder junger Erwachsener mit Aspergersyndrom, der seinen gesamten Lohn in die neuesten elektronischen Spiele investiert, weil diese seine primäre Form des Sozialkontaktes sind, muss als vulnerabel in diesem Sinne angesehen werden.

Zudem kann eine Beschränkung der Problematik auf das Familienrecht hinderlich sein und möglicherweise negative Folgen haben, wie im Schrifttum mit dem Ausdruck «Family Law Exceptionalism» zum Ausdruck gebracht wird. Einem solchen liegt der Gedanke zugrunde, dass die «Familie» eine besondere, affektive und altruistische Gemeinschaft jenseits des Marktes darstellt, deren Mitglieder alles für die anderen Personen dieser Gemeinschaft zu tun bereit sind; also würden sie sich um diese Menschen auch noch dann kümmern, wenn die Teilnehmer im offenen «Markt» dies längst nicht mehr täten.²⁰⁶⁸ Aus diesem Grund bedient das Familienrecht Sonderrollen und -regeln, die von «der Norm» im Sinne des allgemeinen privaten oder gewerblichen Geschäftsverkehrs abweichen. Daraus resultiert denn auch eine relativ untergeordnete Bedeutung und Randstellung des Familienrechts innerhalb der Rechtswissenschaften, was sich wiederum u.a. darin spiegelt, dass das Familienrecht (noch immer) entsprechend häufiger von Frauen betreut wird als von Männern – was sich jedoch in Zukunft ändern dürfte.

Von den *Legal Gender Studies* werden die Trennung in öffentliche und private Sphären und deren geschlechtsspezifische Zuweisungen seit langer Zeit thematisiert.²⁰⁶⁹ In jüngerer Zeit richtet sich die Kritik auch gegen die vielfältigen Grenzziehungen und Verflechtungen innerhalb dieser beiden Sphären und gegen die ihnen zugrunde liegende «Struktur der Zweiteilung» *per se*.²⁰⁷⁰ Um den sog. «Family Law Exceptionalism» zu dekonstruieren, gilt es daher, die althergebrachte Taxonomie und Systematisierung zu überwinden sowie das Vertrags- und das Familienrecht einander anzu-

²⁰⁶⁸ Halley/Rittich, AJCL 58 (2010), 753 ff., 755; Nicola, AJCL 58, 779.

²⁰⁶⁹ Olsen, Frances E.: The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform, Harvard Law Review 96 (1983) 7, 1497 ff.

²⁰⁷⁰ Künzel, 65 ff.

nähern.²⁰⁷¹ Das praktizieren Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, die sich mit Gender auseinandersetzen, denn auch bereits mehr oder weniger explizit, wenn sie den Fokus ihrer Untersuchungen auf «das Marktdenken» legen²⁰⁷² (das freilich nicht ohne Risiken ist).

Eine Fokussierung auf die wirtschaftliche Selbstbestimmung wäre nach der hier vertretenen Auffassung eine moralisch weniger belastete Herangehensweise an solche Vertragstypen, als deren Bestand unter dem Schutz des Familienrechts zu diskutieren. Dann ginge es etwa darum, die vertragsrechtlichen Rahmenbedingungen festzulegen und faire Marktbedingungen, Effizienz und allfällige Risikoallokationen zu diskutieren.²⁰⁷³

6. Flexibilität des Konzepts

Ein letzter entscheidender Vorteil des kontextbezogenen Selbstbestimmungskonzepts ist dessen Flexibilität. *Erstens* kann dadurch dem Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen im Vertragsrecht flexibel Rechnung getragen werden. Dieser Wandel zeichnet sich freilich nicht nur in den drei Vertragsbeispielen ab, sondern im gesellschaftlichen Zusammenleben allgemein. *Zweitens* ist es dank diesem Konzept eher möglich, dem typischen Wandel von nahen personalen Beziehungen über die Vertragsdauer Rechnung zu tragen. So kann es durchaus vorkommen, dass eine Leihmutter zwar zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – in dem sie sich zur Übernahme der Schwangerschaft und der Austragung des Kindes verpflichtete – selbstbestimmt entschied, dass sie aber nach neun Monaten das neugeborene Kind lieber behalten möchte. Nun steckt sie in einem Dilemma, da sie sich durch die Vereinbarung mit der Agentur und angesichts der enttäuschten Erwartungen der intentionalen Eltern unter Druck fühlt, sodass sie sich nicht getraut, ihren Wunsch zu äussern. Nach dem kontextbezogenen Selbstbestimmungskonzept wäre diese Frau zu dem Zeitpunkt, an dem sie das Kind den intentionalen Eltern übergeben sollte, als nicht selbstbestimmt anzusehen und könnte ihren zuvor getroffenen Entscheid somit rückgängig machen. – Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt folgendes Beispiel aus dem Umfeld der Prostitution: Eine Prostituierte hat zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine gewisse Leistung gegen ein Entgelt vereinbart. Nun aber wird der Umfang dieser Leistung wortlos laufend verändert. Sich auf den vereinbarten Preis zum Abschlusszeitpunkt zu fixieren, erschiene unangemessen. Ein kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung könnte in einem solchen Fall einfach Abhilfe schaffen: Es wäre zu verneinen, dass die Prostituierte während der Vertragsdauer gänzlich selbstbestimmt war; vielmehr konnte sie durch die körperliche Beziehung ihren Handlungsspielraum nicht sinnvoll nutzen. Aufgrund dessen müsste eine Neuverhandlung des Preises *ex post* möglich sein.

²⁰⁷¹ Geht auf *Savignys* System des römischen Rechts, d.h. auf das 18. Jahrhundert zurück: *Kennedy*, AJCL 58, 811 ff.

²⁰⁷² *Singer*, *The Privatization of Family Law*, 1444 ff.

²⁰⁷³ *Scott/Scott*, *Marriage as Relational Contract*, 1227; *Fox*, 2 ff.; *Sanders*, 213.

B. Mögliche Bedeutung für das Vertragsrecht

1. Kontextbezogene Selbstbestimmung

Ein kontextbezogenes Selbstbestimmungskonzept hätte den Vorteil, dass weder konkret ausformulierte Inhaltskontrollen für bestimmte Vertragstypen (z.B. Partnervermittlungsvertrag) oder Verträge im Allgemeinen (z.B. Schutz vor AGB) noch Umschreibungen für typisierte Vertragssituationen zu Machtungleichgewichtslagen (z.B. Verbraucherschutzverhältnis) vorweggenommen werden müssen. Es wäre dann grundsätzlich nicht erforderlich, personenbezogene Rollen und Situationen genauer zu umschreiben; massgebend für die Selbstbestimmung der involvierten Parteien wäre vielmehr der Kontext.

Diese Kontrolle könnte konkreter und realitätsnaher vorgenommen werden als eine Kontrolle wie diejenige der «guten Sitten» zum Schutze einer Vertragspartei: Sie wäre weniger an die ethischen Minimalvorstellungen der Gesellschaft geknüpft, sondern ginge von den realen Lebens- und Beziehungskontexten von zwei realexistierenden Personen aus.

Ein entscheidender Unterschied zwischen den beiden Ansätzen wurde bereits angesprochen: Während die Inhaltskontrolle primär an sachlichen Fallkonstellationen anknüpft, ist die Frage nach der Selbstbestimmung immer auch untrennbar mit der betreffenden Person verbunden. Handelt es sich um nahe personale oder körperliche resp. um alltagsrelevante wirtschaftliche Beziehungen, so erscheint es sinnvoll, der Personenbezogenheit ebenfalls Raum beizumessen.

Ein weiterer Faktor ist der Zeitpunkt, an den der Schutz anknüpft: Wird wiederum das Beispiel des Leihmutterchaftsvertrags herangezogen, so liesse sich eine Vereinbarung wohl mittels der Generalklausel der «guten Sitten» resp. der öffentlichen Ordnung auf ihre minimale Angemessenheit und Fairness zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses überprüfen. Das heisst, die Generalklausel wäre grundsätzlich für die Vertragssituation zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgeblich, hingegen würde sie sämtliche Veränderungen, die während der neun Schwangerschaftsmonate regelmässig auftreten können, nicht berücksichtigen. Dies wäre jedoch gerade bei diesem Vertragstypus äusserst wichtig.²⁰⁷⁴ Freilich könnten die Vertragsparteien versuchen, schon bei Vertragsschluss alle künftigen denkbaren Entwicklungen miteinzubeziehen; doch wird es ihnen nie gelingen, alle möglichen Situationen zu erfassen, denn die Beziehungskontexte in einem solchen Verhältnis sind besonders komplex: Man bedenke, dass dabei mindestens zwei Parteien mit ihren jeweiligen Familien involviert sind; hinzu kommen der Samenspende und/oder die Eizellenspende, deren Familien womöglich ebenfalls tangiert sind – eine unüberschaubare Situation also! Von den Parteien zu erwarten, alle sich möglicherweise in der Zukunft ergebenden Entwicklungen einzukalkulieren, wäre offensichtlich eine Überforderung. – Ähnliches liesse sich auch zum Ehevertrag sagen: Auch hier würde es eine unzumutbare Überforderung bedeuten, müssten die Parteien bereits bei Vertragsschluss auf ihren

²⁰⁷⁴ Das heisst natürlich nicht, dass es keine anderen Möglichkeiten gäbe: z.B. *clausula rebus sic stantibus* oder die übermässige Selbstbindung und damit wieder die Generalklausel der «guten Sitten»: vgl. § 5.

Trennungszeitpunkt hin allen eventuellen zukünftigen Entwicklungen Rechnung tragen.²⁰⁷⁵

Nahen personalen und/oder körperlichen resp. alltagsrelevanten wirtschaftlichen Beziehungen ist insbesondere dadurch Rechnung zu tragen, dass es den Parteien jederzeit offenstehen sollte, den Vertrag aufzulösen; anderenfalls würden sie sich übermäßig aneinander binden (Art. 27 Abs. 2 ZGB, Art. 19 f. OR). Dieser Schutz dürfte jedoch möglicherweise noch immer nicht genügen, denn es ist aus der deutschen und schweizerischen Rechtsprechung zu den Eheverträgen (auch zu anderen formbedürftigen Verträgen wie Konsumkreditverträgen oder Vorsorgeaufträgen) bekannt, dass eine richterliche Kontrolle öfters vonnöten ist, und zwar trotz der vorgesehenen Formvorschriften.²⁰⁷⁶

Ein kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung würde nicht nur dazu dienen, den rechtsgeschäftlichen Schutz auszubauen, sondern es würde auch in der beschriebenen Weise ermöglichen, eine richterliche Prüfungspflicht an diese «*Graubereiche*» der *Selbstbestimmung* anzuknüpfen. Dann stellte sich vor allem die Frage nach dem dogmatischen Verhältnis zur richterlichen Inhaltskontrolle durch die Generalklauseln der «*guten Sitten*» oder der *öffentlichen Ordnung* (Art. 19 f. OR, Art. 27 Abs. 2 ZGB) und durch die Übervorteilung (Art. 21 OR) bzw. dem Mehrwert eines *kontextbezogenen Selbstbestimmungskonzeptes*.

Gewiss würde die Generalklausel der «*guten Sitten*» bzw. eine sog. Härtefallklausel wie die öffentliche Ordnung einen minimalen Schutz bedeuten; doch bliebe noch einiger Raum für den Schutz, den ein kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung – insbesondere in nahen personalen und körperlichen Beziehungen, aber auch in alltagsrelevanten wirtschaftlichen Beziehungen – bewirken könnte.

Konkret ist das Folgende denkbar:

- 1.) Die Tatsache, dass es einen Graubereich zwischen Selbst- und Fremdbestimmung gibt, ist im Vertragsrecht neben der Vertragsfreiheit (oder eventuell im Personenrecht) festzuschreiben bzw. auszuweisen.
- 2.) Typisierte «Graubereiche» wie die beschriebenen könnten sodann in allgemeiner Form umschrieben und beispielhaft angegeben werden. Sie sollen zur richterlichen Kontrolle verpflichtet.

2. *Zwingende Vertragsregeln*

Zwingende, von einer Behörde resp. einem Amt zu erfüllende Vertragsregeln und von den Parteien einzuhaltende Formvorschriften wären hier grundsätzlich zwei sich anbietende Herangehensweisen. Das kann weiter – sofern die «Graubereiche» starke personale Beziehungen oder körperbezogene Inhalte oder alltagsrelevante wirtschaftliche Beziehungen einem einzelnen Vertragstypus spezifisch zugeordnet werden können – auch zum Ausbau von konkreten vertragsrechtlichen Regelungen führen, die den entsprechenden Schutz sichern würden. Die drei behandelten Vertragstypen sind

²⁰⁷⁵ Wagner, Im Schatten der Liebe, 210 f., 232 f.

²⁰⁷⁶ Wagner, Im Schatten der Liebe, 235.

Paradebeispiele für solche «Graubereiche» zwischen Selbst- und Fremdbestimmung, die mit den geltenden schuldrechtlichen Bestimmungen allein nicht befriedigend gelöst werden können. Entsprechende Vorschläge für den Prostitutions-, den Leihmutterschafts- und den Ehevertrag wurden im Hinblick auf das schweizerische Recht *de lege ferenda* bereits skizziert (vgl. Kapitel 7–9).

Schlussbetrachtungen oder der Versuch einer Synthese der unterschiedlichen Perspektiven

Statt eines Schlusswortes oder einer wiederholten Zusammenfassung der bereits vorgelegten Zwischenergebnisse und zusammenfassenden Ergebnisse der einzelnen Kapitel soll der Versuch einer Synthese stehen: Welche Resultate lassen sich den gewählten unterschiedlichen Perspektiven von Vertragsfakten, -recht und -theorie bzw. wie im Untertitel der Arbeit zu Recht detaillierter formuliert, der *dogmatischen, der rechtsvergleichenden und der theoretischen Perspektiven* für die Problematik der Selbstbestimmung im Vertrag unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung und den Grenzen der Autonomie entnehmen? Die einzelnen Untersuchungsperspektiven werden und sollen sich dabei auch *überschneiden*, sodass sie nachfolgend nicht mehr separat angefügt werden. Offensichtlich ist, dass eine vertragsrechtliche Lösung der drei Vertragstypen in allen drei Rechtsordnungen aussteht, obschon die Fakten zeigen, dass «Liebe», Sex und Fortpflanzung auf vielfältige Arten (auch) konsensual vereinbart werden. Klar erscheint auch, dass das Verständnis von Selbstbestimmung im Vertragsrecht bei besonderer Berücksichtigung der stark personalen Inhalte die theoretischen Erkenntnisse zur Selbstbestimmung (aus anderen Disziplinen) grundsätzlich noch ungenügend reflektiert ist. – Es soll aber auch offen gelegt sein, dass es sich bei dem hier *vorgeschlagenen kontextbezogenen Verständnis von Selbstbestimmung* (Kap. 11), das an ein relationales Verständnis für Selbstbestimmung angelehnt ist, und meines Erachtens für das Vertragsrecht brauchbar gemacht werden kann und der hier skizzierten konkreten Regelungsvorschläge zu den drei Vertragsbeispielen *de lege ferenda* zum schweizerischen Recht (Kap. 7–9) nur um erste Grundlagen für weitere wissenschaftliche Diskussionen handeln kann.

Damit das Ganze möglichst überschaubar und konkret bleibt, sollen die zusammenfassenden Erkenntnisse mit Bezug auf eine bereits zu Beginn dieser Arbeit gestellte Frage erfolgen: Wie lässt sich nun abschliessend begründen, dass der Kauf eines Autos dogmatisch nicht gleich behandelt werden kann wie eine Vereinbarung zu entgeltlichem Sex, ohne die Keule der «guten Sitten» schwingen zu müssen?

1. Verträge stehen im Zeichen von Konsensualität

Verträge stehen in den heutigen Zivilrechtsordnungen allgemein vermehrt für die *Konsensualität*, und diese ist nicht zu lösen vom individuellen *Selbstbestimmungsrecht* der Parteien und nach diesem zu beurteilen und rechtsgeschäftlich zu behandeln.

Ehe, Sex und Fortpflanzung werden heute nach mitteleuropäischem und japanischem Verständnis *mehrheitlich einvernehmlich* vereinbart.²⁰⁷⁷ Nach dieser Auffassung stellen vertraglich vereinbarter Sex, vereinbarte «Liebe» (bzw. Ehe und Partnerschaft) oder eine vertraglich vereinbarte Schwangerschaft nicht zwingend eine Subordination der einen Partei unter die andere dar – wobei die Konsensualität heute gelegentlich auch als normative Fiktion betrachtet wird.

²⁰⁷⁷ Alle drei Bereiche kommen auch im Strafrecht vor: so ist z.B. die Gewalt in der Ehe strafbar.

In der Schweiz wie auch in Deutschland ist der *güterrechtliche Ehevertrag de lege lata* bereits seit der Kodifikationszeit ausdrücklich geregelt. Die Verhandlungsposition der schwangeren Frau wurde durch die deutsche Rechtsprechung zwischenzeitlich erheblich gestärkt und es wurde eine Kernbereichstheorie entwickelt. Der Schutz von unverheirateten Müttern mit Kindern wurde zunehmend verbessert (vgl. § 1615l BGB; die schweizerische Revision zum Kinderunterhalt tritt per 1.1.2017 in Kraft). Das japanische Recht regelt den güterrechtlichen Ehevertrag ebenfalls; dieser kommt aber interessanterweise in der Praxis nicht vor. Der familienrechtliche Schutz von Kindern und Müttern hinkt in Japan diesbezüglich hinterher, was nicht zuletzt zur Folge hat, dass Geburten ausserhalb der Ehe in Japan sehr selten vorkommen.

Hinsichtlich des *Prostitutionsvertrags* sieht einzig das deutsche Recht eine – allerdings eher rudimentäre – bundesweite Regelung vor: Der entgeltliche Prostitutionsvertrag ist gültig. In jüngerer Zeit sind im deutschen wie im schweizerischen kantonalen Recht öffentlich-rechtliche Schutzmassnahmen gegen den Menschen- und Frauenhandel vorgesehen, der auch zu Bewilligungs- und Registrierungspflichten geführt hat (das deutsche ProstSchG tritt im Sommer 2017 in Kraft).

Demgegenüber bleibt der *Leihmutterschaftsvertrag* in Deutschland wie auch in der Schweiz ausdrücklich verboten, während im japanischen Recht eine kontrollierte Regelung der unentgeltlichen Leihmutterschaft in Aussicht steht (zudem wurde diese altruistische Form bis vor 15 Jahren offen praktiziert.) Allerdings vermag dies den Fortpflanzungstourismus nicht zu verhindern, sodass sich die nationalen Gerichte in der Schweiz, Deutschland und Japan immer wieder mit ausländischen Verträgen und Kindesverhältnissen konfrontiert sehen.

2. *Kein Verzicht auf das Selbstbestimmungskonzept*

Je nach Zeit, Doktrin und Inhalt existieren klare Vorstellungen darüber, ob ein Vertrag *für sich genommen* in erster Linie von Selbstbestimmung oder von Subordination geprägt ist. Das Autonomiekonzept und die Selbstbestimmung im Vertrag werden vonseiten verschiedener Disziplinen und insbesondere aus feministischer Sicht seit Langem als lebensfremd und illusorisch kritisiert. Allerdings erachtet bloss eine kleine Minderheit von Personen den Vertrag in dem sehr spezifischen Kontext von Frauen, Macht und Gewalt ausschliesslich als ein Subordinationsinstrument.

Auf die Selbstbestimmung grundsätzlich verzichten will trotz der Kritik fast niemand. Dies erscheint richtig; das Grundprinzip der Selbstbestimmung sowie die Selbstbestimmung im Vertrag leiten sich in allen Rechtsordnungen vom Verfassungsrecht ab. Dennoch zeichnen sich heute gewisse Tendenzen ab, die das Selbstbestimmungsprinzip – gerade etwa im Medizinrecht oder Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – auch als Überforderung der besonders verletzbaren, d.h., vulnerablen Parteien darstellen. Allerdings bedeutet das nicht, dass dieses Recht als solches aufgegeben werden müsste.²⁰⁷⁸ Auch das Vertragsinstitut stellt niemand infrage. Es gilt vielmehr, in jedem Ein-

²⁰⁷⁸ Vielmehr lässt sich dogmatisch einfach zwischen Selbstbestimmungs- und Mitwirkungsrechten unterscheiden, die beide als Ausfluss des Persönlichkeitsschutzes anzusehen sind; bei Ersteren

zelvertrag die realen Lebensumstände der beiden Vertragsparteien wiederzugeben und gebührend zu berücksichtigen.

Im Hinblick auf den Sollzustand bedeutet dies, dass *das Selbstbestimmungsrecht einer Person noch vermehrt zu schützen und zu achten ist*. Fehlte die juristisch-normative Ebene, würde das Mass an Fremdbestimmung m.E. nur noch verstärkt, was für das Wohlbefinden der davon betroffenen Personen kaum förderlich wäre. Dieses Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmung und Schutz gilt es auszuhalten. Das Konzept der Selbstbestimmung sollte nicht etwa dem Konzept der Menschenwürde oder dem Vertrauen weichen; vielmehr gilt es, die Wechselwirkungen mit den Schutzbedürfnissen auf normativer sowie auf empirisch-deskriptiver Ebene vermehrt zu berücksichtigen.

3. *Stärkung der Selbstbestimmung durch Vertrag zum Schutz*

Der Schutz einer benachteiligten Person kann nicht bloss durch Beschränkung ihrer Selbstbindung erfolgen, sondern auch durch Stärkung ihrer Selbstbestimmung. Das wirkungsmächtigste Instrument der Selbstbestimmung, das einer Person im Rechtsgeschäftsverkehr zur Verfügung steht, ist der Vertrag – wie schon *Flume* betonte.

Der Vertrag – ein Machtinstrument, auf das keine erwachsene urteilsfähige Person verzichten muss – ermöglicht die selbstbestimmte Regelung von Rechtsgeschäften. Diese spezifische Selbstbestimmung zu sichern und zu stärken, fällt in den Aufgabenbereich der Rechtsordnungen (auf Verfassungsebene wie auch im Privatrecht). Wie ist dabei vorzugehen? Zunächst gilt es, die Selbstbestimmung als kontextbezogenen, vielfältigen Begriff zu charakterisieren; danach fällt es leichter, in einem nächsten Schritt die «Graubereiche» zwischen Selbst- und Fremdbestimmung zu ermitteln. Sind diese erst einmal umrissen, lassen sich diese Bereiche besser erfassen.

Eine *Vertragslösung zur Regelung des Persönlichen und des Privaten* wurde von *de Gouges* bereits in der Aufklärungszeit propagiert. Freilich geschah dies aus anderen Gründen als heute: Damals gab es nämlich für Frauen, die ausserhalb des ehelichen Patriarchats standen, noch keine anderen rechtlichen Möglichkeiten. Wenn ein ausserhalb der Ehe geborenes Kind Glück hatte, wurde es – wie in der erwähnten Bibelstelle von *Abraham und Hagar* – bewusst und stillschweigend in die Familie seines genetischen Vaters aufgenommen. Die biologische Mutter hatte diesbezüglich keine Rechte. Das ist letztlich nichts anderes als ein modernes Leihmutterchaftsverhältnis, nur hatte die biologische Kindsmutter in der Regel gar keine Wahl. Die heute geltenden Geburtsmutterregeln und eherechtlichen Bestimmungen haben der biologischen Mutter und ihrem Kind zweifellos zu Rechtssicherheit und mehr Rechten verholfen – wie dies anhand der drei hier miteinander verglichenen Rechtsordnungen aufgezeigt wurde. Damit stellt sich die Frage, ob Vertragslösungen im privaten familialen Kontext zweier Personen überhaupt noch erforderlich sind. Heute mag es das Vertragsrecht im Rahmen einer Ehe vielleicht weniger benötigen; im Rahmen der aktuellen Diskussionen zur Modernisierung des Familienrechts erinnert ein Gesellschaftsver-

ist m.E. die Urteilsfähigkeit vorausgesetzt, bei Letzteren nicht (dies freilich im Rahmen des Grundsatzes der Relativität).

tragsmodell im Sinne von *de Gouges* jedoch an weiterführende Vertragslösungen für alle Personen, die in nahen personalen Beziehungen miteinander leben.

Einen besseren Schutz von benachteiligten Personen erzielt man, indem ihnen Respekt entgegengebracht und ihre Selbstbestimmungsfähigkeit gestärkt wird. Aus Respekt vor dem Selbstbestimmungsrecht aller Personen sollten die Betroffenen durch die vertragsrechtlichen wie auch die anderen rechtlichen Regelungen bezüglich ihrer persönlichen Belange, ihrer psychischen und physischen Integrität resp. ihres Körpers so wenig wie möglich eingeengt werden. Dies gilt auch dann, wenn dem Aussenstehenden gewisse Handlungen oder Behandlungen unnötig oder gar zuwider vorkommen mögen, ist dies doch nicht selten eine Frage des eigenen Alters oder des kulturellen und religiösen Hintergrundes.

Gerade in Zeiten der komplexeren beziehungs- und familienrechtlichen Verhältnisse und der damit einhergehenden Verunsicherung können selbstbestimmt errichtete Verträge dazu beitragen, dass sich Parteien vorausschauend schützen. Das trägt zur Rechtssicherheit bei.

4. *Geschlechts- und Familienleben als Teil eines geregelten Wirtschaftslebens*

Der Vertrag ist gerade auch in personalen Angelegenheiten der Ehe, Fortpflanzung und Sexualität ein ernst zu nehmendes Rechtsinstrument der Selbstbestimmung.

Das befreit indes nicht vor einer Kontextualisierung von Selbstbestimmung im Vertragsrecht. Im personalen Bereich geht es regelmässig vordergründig um personale (emotionale oder direkte körperliche) Angelegenheiten, die aber jeweils (in unterschiedlichem Masse) auch eine vermögensrechtliche Komponente aufweisen, sodass kein Grund besteht, die Anwendbarkeit des Vertragsrechts generell auszuschliessen.

5. *Offensichtliche Unterschiede zu Standardkaufverträgen*

Verträge im Kontext von starken personalen oder körperlichen Beziehungen oder im Kontext von alltagsrelevanten wirtschaftlichen Beziehungen bedürfen aber auch klar einer etwas anderen Behandlung als Standardkaufverträge (Vergleich mit Kauf eines Mittelklassewagens), die nur eine vermögensrechtliche Komponente aufweisen und die für einen kurzfristigen Leistungsaustausch stehen. Verträge zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung sind, wie aufgezeigt wurde, schon in ihrer Qualifikation viel komplexer und bedürfen besonderer spezifischer Regelungen. Um die schwierigen «Graubereiche» zwischen Fremd- und Selbstbestimmung zu ermitteln, ist ein sensibleres Bewusstsein erforderlich.

Am Rande sei hierzu angefügt: Auf Formulierungen wie «*Sex kaufen*», «*Frauen nicht instrumentalisieren*» oder «*ein Kind nicht als Ware behandeln*» könnte wenigstens vonseiten der Gerichte und Behörden künftig verzichtet werden, denn solche Äusserungen tragen der rechtlichen Komplexität keine Rechnung und sind darüber hinaus für alle Betroffenen verletzend – insbesondere jedoch für *Kinder* aus Leihmutter-schaftsverhältnissen.

6. Kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung

Die Einsicht, dass ein allgemein differenzierter Umgang mit der Selbstbestimmung im Vertragsrecht – jenseits von Verboten – dazu beitragen würde, den gegenseitigen übereinstimmenden Vertragsinteressen gerecht zu werden, konnte sich allerdings noch nicht durchsetzen.

In der Tendenz kann jedoch festgehalten werden, dass man im globalen Zeitalter und seiner zunehmend differenzierten Gesellschaft *nicht mehr unkritisch auf das Ideal der Vertragsfreiheit und eine schrankenlose Selbstbestimmung bzw. Autonomie* besteht, sondern sich ernsthaft mit den Grenzen der Autonomie und ihren Voraussetzungen beschäftigt.

Die bereits jahrzehntelang andauernde Kritik am Autonomiekonzept sollte endlich ernst genommen und umgesetzt werden. Das Selbstbestimmungskonzept sollte im Kontext verstanden und allenfalls durch unterschiedliche Schutzmechanismen adjustiert werden können. Ein kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung im Vertragsrecht würde es erleichtern, Verträge zu verschiedenen «Graubereichen» wie *stark personalen Beziehungen*, zum eigenen Körper und/oder zu Verträgen von alltäglicher existenzieller Bedeutung für die Parteien realistischer zu beurteilen und die Parteien angemessen zu schützen. Dabei sollten jedoch weder konkrete Inhalte höchstpersönlicher Natur – wie «Liebe», Sex und Schwangerschaft – ausgeschlossen noch fixe Beziehungsformen (z.B. Frau–Mann; Partner/in–Partner/in; Kind–Eltern) festgeschrieben werden. Ein Vertrag soll also nicht *ab initio* «schubladenmässig» in vorgegebenen Beziehungsformen gedacht werden (aus diesem Grund stehe ich dem Konzept der relationalen Autonomie letztlich kritisch gegenüber). – Das heisst wiederum nicht, dass die verschiedenen Beziehungskontexte nicht zu berücksichtigen wären, und es heisst auch nicht, dass es zu missachten wäre, dass gewisse personale Konstellationen und Situationen in der Tendenz eher problematisch sind. Liegt ein solcher Kontext vor, ist vom bestehenden «Graubereich» zwischen der Selbst- und der Fremdbestimmung auszugehen – was rechtfertigt, dass eine richterliche Prüfung stattfindet. Diese hat sich jedoch nicht auf die Inhalte der Verträge zu beziehen, sondern auf die Selbstbestimmungsfähigkeit resp. die Selbstbestimmungsmöglichkeit der Parteien im betreffenden Beziehungsgeflecht: Wollten sie den Vertrag wirklich eingehen? Welche persönlichen und kulturellen Alternativen hatten sie? Entspricht der von ihnen geäusserte Wille tatsächlich ihrer Einstellung?

7. Grundsatz: Informed-Consent oder Verbot, *tertium non datur*

Wird ein kontextbezogenes Selbstbestimmungsrecht als Grundprinzip der Rechtsordnungen und der Vertragsrechte erst einmal anerkannt (hat man also die «Graubereiche» im Blick), so wird es *im Grundsatz* entweder von den Parteien selbstbestimmte oder aber rechtswidrige Verträge geben; *tertium non datur*.

Das heisst, dass die Grenzen des Selbstbestimmungsrechts – auch im Vertragsrecht – den Anforderungen von Art. 36 BV zu genügen haben. Es braucht eine in einem demokratischen Verfahren zustande gekommene Gesetzesgrundlage, die im öffentlichen Interesse und verhältnismässig ist.

Mit Bezug auf die Generalklausel der «guten Sitten» (bzw. der «öffentlichen Ordnung») bedeutet dies, dass diese in einer zunehmend pluralen Gesellschaft nicht mehr *ad hoc* für unsittliche Gesinnungen oder unanständige Inhalte, die von geschäftsfähigen Personen frei von Willensmängeln vereinbart wurden, herhalten. Begriffe wie unanständig oder unerträglich (oder Attribute zur vorherrschenden Moral oder Amoral) erscheinen in einer Rechtsordnung, die auf Selbstbestimmung, Gleichberechtigung und Gleichbehandlung ausgerichtet ist, unangebracht; genauso wie in privatautonomen Vereinbarungen. Vielmehr setzen in einem freiheitlich-demokratischen Staat die Rechtsordnung und die «öffentliche Ordnung», insbesondere die Verfassung, den rechtlich verbindlichen Rahmen. Eine Beschränkung von selbstbestimmten privatautonomen Vereinbarungen ausserhalb des *Verstosses gegen Gesetzesnormen oder der rechtsethischen Zusammenhänge und Wertungen* entbehrt der Legitimation:

- Regelt also beispielsweise das deutsche Strafrecht einen Tatbestand wie den Wucher, so ist grundsätzlich auch ein entsprechender Vertrag als rechtswidrig anzusehen – unabhängig davon, ob der Wuchertatbestand gesetzlich erwähnt ist oder nicht. Will das Privatrecht eine weniger enge Grenze setzen, so sollte dies explizit formuliert werden – oder es wäre von Vorteil, bei einer Generalklausel (§ 138 BGB) zu bleiben. – Das entspricht der Tendenz im japanischen Revisionsvorhaben: Nachdem zuerst in Erwägung gezogen worden war, den Wuchertatbestand neu einzuführen, macht es nun den Anschein, dass doch darauf verzichtet werden soll.
- Verbietet etwa die europäische Bioethikkonvention die Kommerzialisierung von Körperteilen und -substanzen, so ist ein Kaufvertrag über Blutkonserven in diesem Rahmen auch nach schweizerischem Vertragsrecht rechtswidrig (Art. 19 f. OR).
- Beabsichtigt eine Gesellschaft, den Leihmutterschaftsvertrag (z.B. Japan) für ungültig zu erklären, muss sie die entsprechenden Regelungen (mit allen international-rechtlichen Konsequenzen) legiferieren. Unterlässt dies der Gesetzgeber und ergibt sich dies auch nicht aus der Rechtsordnung (Verfassung), ist ein entsprechendes selbstbestimmtes Rechtsgeschäft – beispielsweise in Japan – als gültig anzusehen.

Die Sittenwidrigkeit hat als Grenze der Autonomie im Rahmen selbstbestimmter Verträge, die nicht gegen das Gesetz oder die rechtsethischen Vorstellungen der Gesamtrechtsordnung verstossen, grundsätzlich keine Legitimation.

Dieser Grundsatz muss *insbesondere dann gelten, wenn eine privatautonome Vereinbarung Persönlichkeitsgüter betrifft*. Da es sich in diesem rechtsgeschäftlichen Bereich um *höchstpersönliche* Güter handelt, ist der Selbstbestimmung ein besonders hohes Gewicht beizumessen. Verträge zu privaten Belangen beziehen sich auf einen stark personalen Bereich – im Falle des Ehevertrags, des Leihmutterschaftsvertrags und des Prostitutionsvertrags sogar auf den *höchstpersönlichen Bereich* der betroffenen Personen. Somit darf verlangt werden, dass die Grenze für eine privatautonome Vereinbarung höchstens in einem rechtlich expliziten Verbot liegen kann.

Vor diesem Hintergrund sind nicht nur die *de lege lata* (noch) nicht bestehenden, sondern auch die unterschiedlichen, bereits bestehenden gesetzlichen Schranken lau-

fend zu diskutieren. Eine reglementierte und damit gesellschaftlich verantwortbare Kommerzialisierung von Sex und Fortpflanzungsaufgaben mag weniger schädlich sein als ein diesbezügliches Verbot, denn dieses führt möglicherweise anderenorts leicht zu fremdbestimmten und rechtswidrigen Verträgen.

8. Generalklausel zur Inhaltskontrolle

Das Argument, es brauche eine (an das laufende, neu entwickelte, unethische Marktverhalten) anpassungsfähige Klausel zum Schutz vor «unsittlichen Gesinnungen» und «Inhalten» im Vertragrechtssystem, vermag angesichts des Ausgeführten nicht mehr voll zu überzeugen.

Erstens sollen und können terminologisch und inhaltlich Fälle von «Sittenwidrigkeit» *de lege ferenda* unter eine privatrechtliche Generalklausel der «öffentlichen Ordnung» fallen. Eine solche Klausel besteht im schweizerischen und japanischen Recht bereits und müsste nur «aktiviert» werden. Damit geht einher, dass eine Generalklausel zur Inhaltskontrolle *nur die rechtsethischen Wertungen der Gesamtrechtsordnung aufnimmt*.

Zweitens lassen sich sehr viele Fälle über die fehlende Selbstbestimmung (Irrtum, Täuschung, Bedrohung) und den geltenden, nötigen *Sozialschutz* eines ausgebeuteten, übervorteilten oder übermässig freiheitsbeschränkenden Verhaltens nur teilweise lösen. Wenn der Kontext und die Verhältnisse komplex sind, ist es von aussen nicht immer ohne Weiteres erkennbar, dass ein Fall von Fremdbestimmung vorlag: etwa wenn eine Prostituierte, eine Leihmutter oder auch ein Lebenspartner oder eine Ehefrau (*in spe*) von niemandem gezwungen oder getäuscht wurde, sondern sich bloss in einer schwierigen emotionalen oder/und wirtschaftlichen Situation befand, die ihr gar keine andere Wahl liess und in der sie nicht fähig war zu reflektieren, wie sich der Vertragsabschluss letztlich auf sie auswirken würde. Fälle wie diese lassen sich nur lösen, wenn von einem kontextbezogenen Verständnis von Selbstbestimmung und Autonomie ausgegangen wird.

Würden also drittens rechtlich «Graubereiche» der Selbstbestimmung festgeschrieben und käme ein Gericht in einem Fall, der einen der beschriebenen «Graubereiche» betrifft, nach weiteren Abklärungen zum Schluss, die Selbstbestimmung der betroffenen, meist benachteiligten Person sei nicht gewährleistet gewesen, dann wäre der Vertrag als ungültig anzusehen. Der Schutz, den ein kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung bewirken könnte – besonders in nahen personalen Beziehungen, in körperlichen Beziehungen oder in alltagsrelevanten wirtschaftlichen Beziehungen –, wäre zweifellos erweitert.

Es bliebe damit nicht mehr viel Raum für den Schutz, den eine Generalklausel zur Inhaltskontrolle (der «guten Sitten» bzw. eine *Generalklausel wie diejenige der öffentlichen Ordnung*) bewirkte.

9. Mehr Gerechtigkeit durch kontextbezogenes Verständnis von Selbstbestimmung

Verknüpft mit einem kontextbezogenen Verständnis von Selbstbestimmung im Vertragsrecht und einem entsprechenden kontextabhängigen angemessenen Sozialschutz ist letztlich auch die Frage der Vertragsgerechtigkeit.²⁰⁷⁹ Die Selbstbestimmung im Vertragsrecht muss aber weder einem Ideal genügen noch zu vernünftigen oder richtigen Resultaten führen. Mutiert sie aber in bestimmten Kontexten aus allgemein nachvollziehbaren Gründen regelmässig in ihr Gegenteil, also in Fremdbestimmung (wie beispielsweise im Fall der erwähnten Prostituierten aus Brasilien, die als 18-Jährige eine Bürgschaft für ihre Eltern unterzeichnete), so haben wir die Möglichkeit, *diese Kontexte von Autonomie zu erkennen, zu beschreiben und auch rechtlich anzuerkennen*. Die Rechtsfolgen in Bereichen, in denen «*Selbstbestimmung regelmässig in Fremdbestimmung*» kippt oder in denen ein «*Graubereich*» liegt, sollten an die gesetzliche Pflicht geknüpft werden, genauer hinzusehen und zu prüfen, wie es um die Selbstbestimmungsfähigkeit der involvierten Personen steht, auch die Angemessenheit der betreffenden Vereinbarung soll anhand einer Inhaltskontrolle unter die Lupe genommen werden. Es gilt also, die «*Graubereiche*» möglichst auf eine allgemeine Weise zu umschreiben, sodass sie besser erkannt und erfasst werden können.

Gemeinsam ist der Sittlichkeit bzw. den «guten Sitten» und der materialen Gerechtigkeit eines Vertrags deren Relativität. Welcher Vertrag zu welcher Zeit und in welchen Kulturen moralisch oder gerecht erscheint, ist abhängig von den entsprechenden Kulturen und dem jeweiligen Zeitpunkt. Gemäss den meisten Rechtstheoretikern in der Schweiz, Deutschland und Japan bestehen hinsichtlich der Gerechtigkeit keine absoluten Massstäbe.²⁰⁸⁰ Wertungen über den Inhalt materialer Gerechtigkeit sind einer rationalen Begründung nicht zugänglich, sondern lassen sich erst aus dem Geschäftsverkehr und dem Verfahren (d.h. aus den durch die Rechtsprechung zu lösenden Konflikten) ermitteln. Da es demzufolge keinen sicheren Massstab gibt, dürfen nur offensichtliche bzw. krasse Verletzungen des Gerechtigkeitsgrundsatzes zu einer Vertragskorrektur führen.

Angesichts der multikulturellen Gesellschaften bzw. deren Rechtsordnungen – und erst recht in einer rechtsvergleichenden Arbeit – stellt sich ferner die Frage, auf welche grundlegenden Werte man sich allenfalls gemeinsam stützen könnte. Um zu eruieren, ob ein bestimmter Vertragsinhalt als rechtskonform oder aber als sittenwidrig einzustufen ist, bräuchte es einen breit abgestützten Konsens. Hinweise auf einen solchen hypothetischen (diskurstheoretischen) Konsens und auf die Anerkennung eines Grundwertes liessen sich wiederum den Wertungen entnehmen. Es fragt sich wiederum: Welchen Wertungen? Womöglich den bereits vereinheitlichten, internationalen Wertungen, wie sie etwa in den europäischen Regelungswerken figurieren?

Die Tatsache, dass Regelungen zur Sittenwidrigkeit des Vertragsinhalts in den europäischen Rechtsordnungen fehlen, gilt als wichtiger Hinweis darauf, dass diesbezüglich kein hypothetischer Konsens vorliegt. Dies wirft natürlich gleich die Frage nach

²⁰⁷⁹ Walzer, Sphären; vgl. zum relativen Geltungsanspruch von kontextabhängigen Gerechtigkeits-theorien: Oechsler, 17 ff.

²⁰⁸⁰ Müller, J.P., 475 f.; Uhlmann, BV 9, N 529 f.

dem hier – d.h. in einem rechtsvergleichenden transkulturellen Rahmen – gewählten Referenzsystem auf. Selbst wenn die Idee der Gerechtigkeit in jeder menschlichen Gesellschaft vorhanden ist, wird diese Idee jeweils mit einem unterschiedlichen (eigenen) Gerechtigkeitsverständnis verbunden.²⁰⁸¹ Spricht man also von Vertragsgerechtigkeit, gilt es demnach, zunächst den eigenen Referenzrahmen zu bestimmen. In jeder zeitgenössischen pluralistischen Gesellschaft lässt sich ein legitimierender Wertekonsens wohl nur auf der Basis eines gemeinsamen Nenners bzw. eines hypothetischen Konsenses herstellen. Ein Gedanke, den schon die europäischen Kontraktualisten kannten, zu dem sich auch *Kant* äusserte und den insbesondere *Rawls* in seiner Gerechtigkeitstheorie und *Habermas* in seiner Diskurstheorie wieder aufgriffen, resultiert im Fazit: Es braucht einen «Konsens» hinsichtlich der Grundrechte.

Nach *Canaris* ist das Problem der Vertragsfreiheit allerdings von der Frage nach der Vertragsgerechtigkeit zu unterscheiden: Während bei der Vertragsfreiheit die formalen Aspekte des Vertragsschlusses im Vordergrund stehen – unabhängig vom Inhalt –, geht es bei der Vertragsgerechtigkeit um die Ausgewogenheit und Angemessenheit der Vertragsleistungen, d.h. des Vertragsinhalts.²⁰⁸² Hält man sich die drei hier ausgewählten Vertragsbeispiele – Prostitution, Leihmutterschaft und Ehe – vor Augen, so zeigt sich, dass *weniger der Kontext, sondern vor allem der Inhalt des Vertrages entscheidend ist*, und zwar sowohl hinsichtlich der Auswahl der Parteien als auch bezüglich ihrer Möglichkeiten zum Vertragsabschluss. Gemäss dem Stufenbeispiel ist jedoch nicht der Vertragsinhalt massgebend dafür, ob ein Entscheid als selbstbestimmt anzusehen ist oder nicht – denn der Inhalt besteht in allen Fällen entweder in der Prostitution, der Leihmutterschaft oder der Lebenspartnerschaft bzw. der Ehe – vielmehr sind hier der Kontext, die Lebensumstände und die «Sozialmatrix» ausschlaggebend.

Zieht man zusätzlich auch die «Ventilfunktion» einer Generalklausel («gute Sitten»/öffentliche Ordnung) heran, so ergibt sich folgendes Fazit: Weder das formale Verständnis der Vertragsfreiheit noch das Verständnis der Vertragsgerechtigkeit vermag vor der Generalklausel standzuhalten. Während also Autonomie, Vertragsumstände und Inhalt miteinander korrelieren, ist der Wille der Partei *nicht* massgeblich dafür, ob ein Vertrag als gerecht empfunden wird oder nicht.

Grundsätzlich bestehen zwei Ansätze, die auf eine bessere soziale Zivilrechtsordnung abzielen: Entweder gilt es, das individuelle Selbstbestimmungsrecht zu stärken und zu erhöhen, damit sich die Bürgerinnen und Bürger in der kapitalistischen Gesellschaft besser zurechtfinden können, oder die Gerechtigkeit bzw. die Sicherheit der Rechtshandelnden ist zu fördern. In anderen Worten: Das Selbstbestimmungsrecht muss kontextualisiert und insofern auch «materialisiert» werden. Ein Stufenkonzept der Vertragsfreiheit kann nach der hier vertretenen Ansicht sowohl bei der Stärkung der Selbstbestimmung als auch bei der Erhöhung der Rechtssicherheit anknüpfen.

²⁰⁸¹ Walzer, Lokale Kritik – globale Standards, Zwei Formen der moralischen Auseinandersetzung, Hamburg 1996 [engl. unter dem Titel «Thick and Thin – Moral Argument at Home and Abroad», 1994], 17 f.

²⁰⁸² *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 276 ff., 282 ff.

10. *Flexible statt binäre Lösungsansätze*

Wichtig erscheint abschliessend weniger die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Selbst- und Fremdbestimmung zu sein, sondern das Aufgeben eines Denkens in Dichotomien, das sich auch entlang der Vertragsprinzipien verfolgen lässt: 1.) Verschuldensprinzip vs. Verursacherprinzip im Haftpflichtrecht oder 2.) Willensprinzip vs. Erklärungsprinzip im Vertragsrecht. Dieses Denken «in Extremen», im Entweder-oder-Schema, gilt es, zugunsten ausgewogener, beweglicher Lösungen zu überwinden. Beispielsweise durch die Rechtsfigur des «Wegfall[s] der Geschäftsgrundlage» (§ 305 BGB) oder – wie hier vorgeschlagen – durch eine *Umschreibung von «Graubereichen»* und eine *grobe Bereichseinteilung der Selbstbestimmung*, die es ermöglichen würde, die Vertragsfreiheit im Vertragsrecht differenziert zu nutzen. Die Fähigkeit des Einzelnen, aufgrund seines Willens selbstbestimmt Rechtsgeschäfte zu gestalten, konkretisiert sich primär in einer kontextbezogenen Selbstbestimmung. Je *persönlicher (emotionaler oder körperlicher)* die zu regelnden Belange sind – insbesondere auch, wenn sie *alltäglich existenzieller Natur* sind –, umso sorgfältiger gilt es, angesichts von Werten wie das einzelne Menschenleben und das gesellschaftliche Zusammenleben eine möglichst umfassende Güterabwägung vorzunehmen. Ein Verbot ist jedoch keine realitätsnahe Option.

Anhang I: Glossar

Rechtsbegriffe	Bedeutung	Synonyme
<i>Hôrei</i>	Japanisches IPR-Gesetz	
<i>Keihô</i>	Japanisches Strafgesetzbuch	
<i>Kenpô</i>	Japanische Verfassung	
<i>Kojô-Ryôzoku-Klausel</i>	Japanische Generalklausel der guten Sitten (Kurzformel)	
<i>Minpô</i>	Japanisches Zivilgesetzbuch	
<i>Shôhisha Keiyaku-hô</i>	Japanisches Verbrauchervertragsgesetz	
<i>Saiken-hô</i>	Japanisches Recht der Forderungen	Obligationenrecht (OR) Schuldrecht (BGB)
<i>Jinkaku-ken</i>	Persönlichkeitsrecht	Personenrecht des ZGB (Schweiz) Personenrecht ist Teil des Allgemeinen Teils (BGB/ <i>Minpô</i>)
Vertragsauflösung	Oberbegriff für die Beendigung eines Vertrags, Parteien haben Vertragslösungsrechte	
Nichtigkeit		Unwirksamkeit des Vertrags, Ungültigkeit des Vertrags, <i>ex tunc</i>
Geschäftsfähigkeit		Vertragsfähigkeit, Handlungsfähigkeit (Art. 12 f. ZGB) * anders als das dt. Recht kennt das schweizerische keine altersabgestufte Geschäftsfähigkeit (§ 104 Nr. 1 und 106 BGB: 7 J)

Gerichte		
Rechtsbegriffe	Bedeutung	Synonyme
<i>Chisai</i>	Abkürzung für <i>Chihô Saibansho</i> Gerichtshof erster Instanz	<i>Bezirksgericht</i> <i>Distriktgericht</i>
<i>Kosai</i>	Abkürzung für <i>Kôtô Saibansho</i> Gerichtshof zweiter Instanz	<i>Obergericht, Landesgericht</i>
<i>Saikôsai</i>	Abkürzung für <i>Saikô Saibansho</i> Höchster Gerichtshof in Japan	http://www.courts.go.jp/english/ mit Auswahl von Entscheiden auf Englisch
<i>Hanrei Kansaku</i>	Entscheidungssammlung, elektronisch (auf Japanisch)	http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010?actioa_id=first&hanreiSrchKbn=01
<i>Minshû</i>	Publizierte Sammlung der zivilrechtlichen Entscheide des <i>Saikôsai</i> (auf Japanisch)	
<i>Hôri</i>	Nationale Gesetzessammlung	http://www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=02 (Auswahl zweisprachig auf Englisch und Japanisch)
<i>Monbushô</i>	MOJ Ministry of Justice Justizministerium	http://www.moj.go.jp/ENGLISH/ http://www.moj.go.jp/ENGLISH/ccr/CCR_00002.html (Materialien zur Reform des Obligationenrechts)

Anhang II: Fragebogen Interviews (2006)

1. Zu den Begrifflichkeiten

Welchen Begriff wählen Sie? Prostituierte, Sex-Workerin oder Erotik-Dienstleistungsanbieter?

Wie lautet Ihre Selbstbezeichnung?

Nach StGB sind Stripteasetänzerinnen und Animierdamen keine Prostituierten.

Was fällt unter den Terminus der Zwangsprostitution?

- Die illegale Praxis, Menschen zur Arbeit als P. zu zwingen.
- Kinderprostitution
- Drogenprostitution
- Erzwungene Migrationsprostitution (i.S. Person prostituiert sich in CH, um Familie in XY zu ernähren, wobei sie von dieser oder Dritten gezwungen wurde oder diejenigen, die ins Land gelockt werden mit falschen Versprechungen/Heirat mit CH-Mann)

Wie definieren Sie «freiwillige» Prostitution?

- ohne fremdbestimmt zu sein von einem anderen Menschen.

2. Zur Selbstbestimmtheit?

Was ist mit der Drogensucht?

Frauen, die im Ausland (aus schwierigen finanziellen Verhältnissen) angeworben werden, wann sind sie allenfalls freiwillig hier? Wann ist ihre Einwilligung in die P. ungültig?

Wann liegen solche finanziell schwierigen Verhältnisse vor?

Was ist mit den Ausländerinnen, die kommen, welche wissen eher, was sie erwartet?

Die Frauen, die zu Ihnen kommen, fühlen die sich als Opfer?

Haben Sie Erfahrungen mit Japanerinnen, Thailänderinnen oder Chinesinnen?

3. Arten von freiwilliger Prostitution

Welche Arten von sog. freiwilliger Prostitution gibt es?

- Strassenprostitution (verschärft?)
- Bordell/Salons
- Clubs mit Infrastruktur
- Escortservice
- Dominabereich
- Swingerclubs

4. Gibt es so etwas wie Hetären oder Geishas in der CH?

5. Motive?

Warum wird man Prostituierte, wenn man diesen Beruf freiwillig wählt? Wer wird Prostituierte?

Wann hört man auf mit seinem Beruf? Wenn man Familie hat? Wenn der Mann genügend verdient, dass sie nicht mehr arbeiten müssen? Weiss die Familie Bescheid?

6. Gibt es noch Zuhälter?

- Die Mehrheit der Familien wissen nicht Bescheid. Die «Scham» vor den Eltern ist gross, die Angst, dass die Mutter das schrecklich findet.
- Es gibt natürlich auch solche, die sind ihren Kindern und Familien gegenüber offen.
- Mein Kind (7) weiss nur, dass ich Clubs führe, aber nicht welche. Aber ich werde ihr Auskunft geben, wenn sie alt genug ist. Ob ihr ihre Mutter sagen wird, welchen Beruf sie hat/hatte, weiss ich nicht.

7. *Wie wäre es für Sie/dich, wenn Ihre/deine Tochter Prostituierte würde?*

8. *Wie ist der Ablauf bei Ihnen/bei Ihrer Stätte?*

9. *Lassen Sie alle rein?*

Gibt es eine Alters- und Namenkontrolle?

Wie viele Männer sind es und wie viele Frauen? Sind immer viel mehr Männer hier?

Auch Frauen unter den Gästen? – nur gelegentlich, Paärli manchmal.

10. *Wie viele Prostituierte sind es bei Ihnen?*

11. *Wie ist das Verhältnis zwischen Frauen und Gästen?*

12. *Warum, was macht es auch, wenn das jemand erfährt?*

13. *Wie wird der Vertrag konkret geschlossen?*

14. *Minimalpreis?*

15. *Von wem geht die Initiative aus? Wer wählt wen?*

16. *Welcher Verhandlungsspielraum besteht für die Parteien?*

17. *Wer setzt den Verhandlungsspielraum fest?*

18. *Ist der Verhandlungsspielraum festgehalten?*

19. *Entgeltshöhe?*

20. *Art der Entgeltsleistung?*

21. *Wie wird erfüllt? Entgelt immer vorab?*

22. *Was passiert, wenn jemand nicht bezahlt?*

23. *Was wären aus Ihrer Sicht die Vorteile eines gültigen Vertrags?*

24. *Was ist aber, wenn X nicht am Vertrag festhalten will?*
25. *Angenommen, sie will jetzt ihren Beruf an den Nagel hängen?*
26. *Was wären die Vorteile eines Arbeitsverhältnisses zum Unternehmer?*
27. *Können sie Nein sagen? Tun sie es auch?*
28. *Wer schliesst eine Versicherung ab?*
29. *Ist die Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrags ein Thema für Sie/dich?*
30. *Kannst du dir einen Unterschied zwischen dem Sittenwidrigkeitsverständnis von Prostitutionsvertrag und von anderen Sex-Diensten, z.B. dem Telefonsex, vorstellen?*
31. *Sind denn nicht unsere christlichen Traditionen Schuld an unseren Moralvorstellungen/Doppelmoralvorstellungen?*
32. *Wie ist es für Sie persönlich? Sie verdienen ihr Geld damit, dass Frauen sich prostituieren, haben Sie kein Problem damit?*
33. *Ihr habt Verträge ausgearbeitet?*
34. *Habt ihr eine Hausordnung?*

