

# Körper, Arbeit und Selbstbestimmung: Massage, Prostitution, Leihmutterschaft Zur Kommerzialisierung des Privaten – ein Ausblick

SANDRA HOTZ\*

Schlüsselwörter: Selbstbestimmung, Personenrecht, Körper,  
Leihmutterschaft, Prostitution, Massage, Arbeit,  
Fürsorgepflicht, Konsumvertrag, Ungleichbehandlung

«Professors, factory workers, lawyers, opera singers, prostitutes, doctors, legislators – we all do things with our bodies for which we receive a wage in return.»

*Martha Nussbaum, 1998*

## A. Kommerzialisierung des Privaten

Dieser Beitrag nähert sich dem Thema Arbeit über die Frage nach der Selbstbestimmung über den eigenen Körper und der individuellen Befähigung rechtsgeschäftlicher Regelungen über diesen zu treffen. Damit soll ein Beitrag zur gegenwärtigen Kommerzialisierung des Privaten geleistet werden. Dabei werden unter lit. B zwei besonders umstrittene Tätigkeitsfelder diskutiert: «Prostitution»<sup>1</sup> und «Leihmutterschaft»<sup>2</sup>, das heisst, das Erbringen einer sexuellen Dienstleistung oder das Übernehmen einer Schwangerschaft (und Geburt) gegen Entgelt. Dazu wird die Massageleistung als eine rechtlich unauffällige Erwerbstätigkeit mitdiskutiert. Sie steht ebenfalls repräsentativ für die Kommerzialisierung des eigenen Körpers, erfolgt sie doch sowohl mit Körpereinsatz als

---

\* Dr. iur. Rechtsanwältin, Privatdozentin der Universität Zürich für Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Lehrbeauftragte für Gender Law an der Universität Basel.

1 «Prostitution ist eine Dienstleistung, bei der eine sexuelle Handlung gegen Entgelt angeboten oder vorgenommen wird»: Art. 1 Prostitutionsgewerbeverordnung der Stadt Zürich (fortan: PGVO), in Kraft seit Juli 2012, Gemeinderatsbeschluss vom 7. März 2012 (551.140).

2 Art. 119 Abs. 2 lit. d BV, Art. 4 FMedG; SANDRA HOTZ, Selbstbestimmung im Vertragsrecht, unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Reproduktion, Bern/Baden 2018, 339, 395.

auch mit Körperkontakt. Alle drei Tätigkeiten sind damit körperlich sehr nah, und können nahegehen, müssen dies aber nicht zwingend tun. Alle drei Dienstleistungen sind nicht medizinisch indiziert, sondern bezwecken die Befriedigung eines individuellen privaten Bedürfnisses (dazu lit. C/I), sie werden deshalb hier unter Terminus «Privatem» umfasst.

Die zugrundeliegende privatrechtliche Kernfrage ist eine klassische: die nach der individuellen Selbstbestimmung, der persönlichen Freiheit im engeren Sinne und der Vertragsfreiheit sowie der Notwendigkeit von normativen Grenzen.<sup>3</sup> Welche dieser privaten, körperlich sehr nahen und/oder nahegehenden Arbeiten sollen der individuellen vertraglichen Disposition aus welchen Gründen entzogen sein? Und umgekehrt gefragt: Welche Rahmenregelungen bedürfen körperlich nahe Dienstleistungen mit Blicken in die Zukunft gerade um der Selbstbestimmung und der selbstbestimmten Arbeitstätigkeit willen?

Körperlich nahe Dienstleistungen können in verschiedenen Umständen und Formen leichter als andere, zu *Zwangs- und Pflichtarbeiten* werden, gerade weil sie «im Privaten» erbracht werden. Ausserdem bestehen *strukturelle wirtschaftliche Machtgefälle* zwischen den Parteien, die wiederum Zwangsarbeit begünstigen. *Erwachsene Personen, die ihren Körper selbstbestimmt kommerzialisieren, sind deshalb in ganz besonderem Masse auf verlässliche und sichere Arbeitsbedingungen angewiesen.* Einige Vorschläge zur *Regulierung des Privaten* schliessen diesen Beitrag ab (unter lit. C).

## **B. Massage, Sex oder Schwangerschaft als Dienstleistungen verstehen?**

### **I. Massageleistung**

#### *1. Ein alltägliches Rechtsgeschäft*

*Ausgangsbeispiel:* A., 43 Jahre alt, lebt in der Innerschweiz und arbeitet in der IT Branche. 2–3 Mal im Monat gönnt er sich am Wochenende zur Entspannung eine Ganzkörpermassage von einer Einheit von 60 Minuten für CHF 150 bei B.

Diese Parteien haben eine einfache entgeltliche Dienstleistung vereinbart: Die Massagedienstleistung, die Zeit für die Aufwendung und das Entgelt erfolgen dabei in individueller Absprache. Die Massageleistung dient dem persönlichen Wohlbefinden und dem Entspannen. – Es wird damit wie in allen drei Beispielen keine medizinische Heilleistung versprochen oder erbracht. – Da die Massageleistung «privaten Belangen» dient und ausserdem in der Freizeit

---

3 WOLFGANG ERNST, Die Vertragsordnung – Rückblick und Ausblick, ZSR 137 (2018) II, 7–86, zur Zwecktauglichkeit der Vertragsautonomie und (einzelner) notwendigen zwingenden Verbotsklauseln (S. 52 f.).

erbracht wird, kann dieser Dienstleistungsvertrag auch als ein Konsumvertrag bezeichnet werden. Da der Konsumvertrag im schweizerischen Recht aber nicht allgemein oder umfassend geregelt ist,<sup>4</sup> kommen die allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung.<sup>5</sup> Besondere öffentlich-rechtliche Bestimmungen gibt es keine, welche die Tätigkeit von Masseurinnen und Masseuren in der Schweiz besonders regeln oder gar verbieten würden.<sup>6</sup> Abzugrenzen sind die Massagen, die in *erotischen Massagesalons*<sup>7</sup> angeboten werden und den kantonalen Bewilligungspflichten unterstehen (vgl. dazu Ziff. II/1). Strafrechtliche und internationale Vorschriften gegen Zwangsarbeit gelten freilich auch in diesem Gewerbe (s. Ziff. II/2).

Solange also die Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit beider Vertragsparteien nach Art. 12 ff. ZGB vorliegt, und auch kein klar überrissenes Entgelt für die Dienstleistung (Art. 21 OR) verlangt wird, sind keine inhaltlichen Schranken für diesen Vertrag zu erkennen (Art. 19 f. OR). – Dies, obschon es sich um eine körperlich unbestreitbar nahe, intime Dienstleistung handelt, die gegen ein Entgelt vereinbart wird, und zweifellos ein höchstpersönlicher Eingriff vorliegt.

Der Kunde A. erteilt mit seiner Vertragserklärung zugleich die (rechtfertigende) Einwilligung (Informed Consent), die nach Art. 28 Abs. 2 ZGB nötig ist, um die körperliche nahe Dienstleistung rechtlich zu rechtfertigen. Vorausgesetzt ist, dass A. informiert ist über den Gegenstand und die Wirkungen der Massage anderenfalls wäre die Einwilligung unwirksam (Art. 27 Abs. 2 ZGB).<sup>8</sup>

Im Ergebnis spricht damit aus Sicht des Personenrechts und des allgemeinen Vertragsrechts im Grundsatz nichts gegen diese Form der körperlich nahen Arbeit.

## 2. *Mustervertragsbestimmungen als Spiegel der Fürsorge- und Schutzpflicht*

Es folgt, dass eine Massage sowohl im Rahmen selbstständiger wie auch un-selbstständiger Erwerbstätigkeit erbracht werden kann. Ein Massagedienstleis-

---

4 Es könnte in diesem Zusammenhang höchstens eine Vertragserklärung am Telefon – bei Initiative des Leistungserbringers – innerhalb von 14 Tagen widerrufen werden (Art. 40a ff. OR).

5 Es wird regelmässig ein Auftragsverhältnis (Art. 394 ff. OR) vorliegen, wobei ein werkvertragliches Element denkbar bleibt (Art. 363 ff. OR), beispielsweise wenn mit einem «Personal-Trainer» ein ganz individualisiertes, technisches und nahrungsunterstütztes Leistungsprogramm vereinbart worden ist.

6 Abgesehen von den Voraussetzungen zur eidg. Berufsprüfung medizinischer Masseur/medizinische Masseurin, Stand 30.8.2017, genehmigt von Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation: abrufbar unter: [https://oda-mm.ch/wp-content/uploads/2018/09/PO\\_d\\_30.08.2017.pdf](https://oda-mm.ch/wp-content/uploads/2018/09/PO_d_30.08.2017.pdf), zuletzt besucht am 3.12.2018.

7 MILENA CHIMIENTI, Prostitution et migration, La dynamique de l'agir faible, 2009 Zürich/Genf, S. 235 ff.; BGer, Urteil vom 12.3.2018, 2C\_232/2018; BGer, Urteil vom 1.12.2009, 2C\_549/2009; BGer, Urteil vom 10.2.2009, 2C\_905/2008 E. 5, BGer, Urteil vom 15.8.2008 E. 3.2, beispielsweise wird ein Massagesalon geschlossen wegen mangelnder Sicherheits- und Hygienevorschriften.

8 Kuko-HOTZ, Art. 27 ZGB N 1 ff.; BSK-HUGUENIN, Art. 27 ZGB ■N 12■.

tungsbetrieb (oder etwa ein Hotel) hat demnach etwa eine Fürsorgepflicht gegenüber den angestellten Masseurinnen und Masseuren nach Art. 328 ff. OR resp. Art. 6 ArG.<sup>9</sup> Ein Kollektivarbeitsrecht, das die Fürsorgepflicht konkretisieren würde, existiert in diesem spezifischen Gewerbe auch nicht. Indes können sich nach der hier vertretenen Ansicht aus Art. 328 Abs. 2 OR<sup>10</sup> und dem Gleichstellungsgesetz<sup>11</sup> schon einige Konkretisierungen dieser Fürsorgepflicht im Hinblick auf die Pflicht zu Information, Prävention und Schutz vor der Kundschaft ergeben,<sup>12</sup> weil eine körperlich nahe Arbeit angeboten wird, welche die Arbeitnehmenden beispielsweise mit gesundheitlichen Risiken (Kundschaft leidet an einer ansteckenden Krankheit), mit körperlich-hygienischen Herausforderungen (Kundschaft erscheint ungepflegt bis verwahrlost) oder mit sexuellen Belästigungen der Kundschaft konfrontieren kann. Denkbar ist ferner, dass die Arbeitnehmenden selbst ein besonderes Schutzbedürfnis angemeldet haben (Art. 328 Abs. 2 OR), das den Arbeitgeber zu besonderen Massnahmen verpflichten würde.<sup>13</sup>

In der Praxis sind bei grösseren Massagedienstleistungsanbietern Musterverträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen verbreitet. Diese bieten neben alltäglich zu lösenden rechtlichen Problemen Zahlungs-<sup>14</sup> und Stornierungsbedingungen und Haftungsbestimmungen zwischen Betrieb und Kundschaft an und sind dabei ein interessanter Spiegel der vom Betrieb wahrgenommenen Fürsorge- und Schutzpflicht gegenüber den Masseurinnen und Masseuren. Zwei Beispiele:

- *Verhaltenskodex*: Unter Androhung des Abbruchs der Dienstleistung mit Kostenfolgen wird teils eine gewisse Verhaltensordnung verlangt wie beispielsweise hygienisch gepflegtes Auftreten/Zustand der Kunden und Kundinnen und das Unterlassen von sexuell konnotierten Verhaltensweisen (verbal, non-verbal).

---

9 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11); Fachhandbuch Arbeitsrecht, WOLFGANG PORTMANN, ADRIAN VON KAENEL (Hrsg.) Zürich 2018 (fortan: FHB) ■■■; BSK-OR I-PORTMANN, 5. Aufl., 2011, Art. 328 OR N 1 ff.; JEAN-PHILIPPE DUNAND, La protection de la personnalité des travailleurs (art. 328 CO): norme flexible et cardinale du droit suisse de travail, in: Facettes du droit de la personnalité, Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manai, Hrsg. Margareta Baddeley et al., Genf 2014, 47 ff., 49.

10 BGE 132 III 257 E. 5.

11 SR 151.1.

12 BSK-PORTMANN, Art. 328 OR N ■■■; DUNAND (Fn. 8) 51, 56. FHB-GEISER (Fn. 8), 635 ff.; BGE 132 III 257 E. 5.

13 SABINE STEIGER-SACKMANN, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz; rechtliche Möglichkeiten der Prävention, Zürich 2013, Rz. 738.

14 Oft muss die Dienstleistung sofort in bar oder mit Karte bezahlt werden; Vorauszahlungen für mehrere Leistungen sind aber möglich, vgl. zur Problematik der Fitnessabonnemente: BGE 140 III 404.

- *Sorgfältige Anamnese*: Bei einem Erstbesuch werden Gesundheitsfragen gestellt, wobei die Kundschaft zur Wahrheitspflicht angehalten ist (anderenfalls Haftung drohen kann).

## II. Sexuelle Dienstleistung

*Beispielsvariante*: Kundschaft A. erwirbt neben der Ganzkörpermassage bei B. auch noch eine sexuelle Dienstleistung (z.B. Geschlechtsverkehr) und bezahlt statt CHF 150 dafür CHF 500. Mit dem Erbringen einer sexuellen Dienstleistung steht der soeben noch als alltägliches Rechtsgeschäft betitelte Dienstleistungsvertrag auf rechtlich unsicherem Fundament. Die dienstleistungserbringende Person B. muss unter Umständen damit rechnen, dass der Vertrag als nicht gültig angesehen wird, und sie/er die CHF 500 nach den erbrachten Dienstleistungen rechtlich nicht einfordern kann. Die Gründe für diese Rechtsunsicherheit liegen in der (hier nur grob ■skizzierten) völkerrechtlichen bis kommunal-rechtlichen heterogenen gesetzlichen Rahmenordnung<sup>15</sup> sowie einer fehlenden klärenden Rechtsprechung des Bundesgerichts dazu, ob eine entgeltliche sexuelle Dienstleistung nach wie vor etwas Unwertes sei und/oder ob Sexarbeit, selbstständig oder unselbstständig ausgeübt werden kann.

### 1. Strafrechtlicher und internationaler Rahmen

In der Schweiz ist die heterosexuelle Erwachsenenprostitution seit dem Jahre 1942 legal.<sup>16</sup> Zudem ist seit nunmehr über 25 Jahren die sexuelle Selbstbestimmung Schutzobjekt des Strafrechts.<sup>17</sup> Mit der am 1. Oktober 1992 in Kraft getretenen Revision des Sexualstrafrechts wurde das überholte Konzept der «Sittlichkeit» mit seinen Korrelaten der Unzucht und Notzucht bewusst aufgegeben und durch Strafbestimmungen zum Schutz der «sexuellen Selbstbestimmung» oder der «sexuellen Autonomie»<sup>18</sup> ersetzt. Das schweizerische Sexualstrafrecht

---

15 NORA SCHEIDEGGER, *Das Sexualstrafrecht in der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf*, Bern 2018, 26 ff.; JANNICK KOLLER, *Defizite in der öffentlich-rechtlichen Regulierung der Sexarbeit in der Schweiz, ex ante 1/2017*, S. 13 ff., die den Fokus auf die *raumplanerischen Restriktionen der Prostitution* legt, die aus Platzgründen ausgespart werden muss.

16 Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, BBl 1937, 625 ff.

17 Botschaft des Bundesrates 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 75 ff.; JÖRG REHBERG, *Das revidierte Sexualstrafrecht*, AJP 1992, 26 ff.; SUSANNE BERTSCHI, *Sexarbeit tabuisiert – zum Nachteil der Frauen*, NFP 40, Bern 2002, S. 12 f.; BRIGITTE HÜRLIMANN, *Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit*, 2004 Fribourg, ■■; JÜRGEN KRUMM, *Die Zukunft des Prostitutionsstrafrechts*, 2014 Zürich, S. 20 ff.; SCHEIDEGGER (Fn. 14), die einen Grundtatbestand einführen möchte, der alle sexuellen Handlungen ohne Einwilligung unter Strafe stellt (S. 339 ff.). – Ein Unterfangen, das aus Sicht dieser historischen Entwicklung (seit 25 Jahren verankerter sexueller Selbstbestimmung) und des zivilrechtlichen Alles-oder-Nichts-■&#x2580;-Konzepts des *Informed Consent* naheliegend ist.

basiert damit auf dem Primat der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit einer Person, die eine sexuelle Dienstleistung erbringen möchte. Es gibt jedenfalls bis dato<sup>19</sup> keine gesetzliche Regelung, die das selbstbestimmte Erbringen einer sexuellen Dienstleistung für sich genommen gegen Entgelt unter Erwachsenen explizit verbieten würde.

Strafbar ist die *Förderung der Prostitution*: das Zuführen einer Person zur Prostitution, das Festhalten einer Person in der Prostitution und ihre Beeinträchtigung bei der Ausübung der Prostitution (Art. 195 StGB). Zu diesen Tatbestandsmerkmalen zählen nach Rechtsprechung und Lehre beispielsweise eine übermässig streng kontrollierte Tagesstruktur von Prostituierten, ihre Pflicht zu (hohen) Zimmermieten, das vereinbarte Abgeben von über 40% des selbsterworbenen Entgelts<sup>20</sup> oder auch ein alltäglicher Abholdienst, der eine Prostituierte in ihrer Selbstbestimmungs- und Bewegungsfreiheit übermässig einschränkt. Generell vorausgesetzt wird für die Strafbarkeit ein gewisser Druck, der auf die Prostituierte wirkt und der aufgrund der gesamten Umstände im Einzelfall zu beurteilen ist.<sup>21</sup> Ein bloss formales Einverständnis zur Prostitution ist dabei unwirksam.<sup>22</sup>

Daneben stellt Art. 182 f. StGB sämtliche Formen von Menschenhandel im Sexualbereich unter Strafe<sup>23</sup> und Art. 196 StGB erklärt sämtliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen für strafbar.

Einige internationale Abkommen ergänzen diesen Rechtsrahmen respektive haben ihn massgeblich beeinflusst:<sup>24</sup> Ein wichtiges Abkommen für die Schweiz

18 Zu den Grundbegriffen von Selbstbestimmung, Autonomie und Freiheit ausführlich andernorts: HOTZ (Fn. 3) S. 76 ff.

19 Das Bundesamt für Migration hatte im März 2014 einen Bericht zum Umgang mit dem Erotikgewerbe und dem Tänzerinnenstatut in der Schweiz veröffentlicht. Dieser unter der Leitung der St. Galler alt Regierungsrätin Kathrin Hilber entstandene Bericht (fortan: Bericht Hilber 2014) lehnt auch das sog. «schwedische Modell» zur einseitigen Bestrafung der Kundschaft klar ab mit der Begründung, das Erotikgewerbe würde ansonsten in die Illegalität abgedrängt. Im Sommer 2018 hat die *Zürcher Frauenzentrale* mit einem medienwirksamen Video die Forderung nach einer «Schweiz ohne Freier» wieder lanciert. Zu der historisch immer wieder geforderten Kriminalisierung von Prostitution zwecks *Prohibition oder Abolition* und der seit 20 Jahren geforderten einseitigen Kriminalisierung der Kundschaft nach «schwedischem Modell» und dessen Rezeption vgl. HOTZ (Fn. 3), 250 ff.; CHIMIENTI (Fn. 7), 24 ff.; KATHRIN MALKMUS, Prostitution in Recht und Gesellschaft, Frankfurt a.Main 2004, S. 48 ff; zu den zweifelhaften Erfolgen des «schwedischen Modells» ausführlich SUSANNE DODILLET/PETRA ÖSTERGEN, Das Schwedische Sexverkaufsverbot. Beanspruchte Erfolge und dokumentierte Effekte mit zahlreichen Hinweisen, S. 69 ff., in: Elisabeth Greif (Hrsg.), SexWork(s), Linz 2012.

20 BGE 126 IV 76 ff.

21 BGE 125 IV 269 E. 2, BGE 126 IV 76 E. 2; 129 IV 81 E. 1.2; BERTSCHI (Fn. 17) S. 14.; REHBERG (Fn. 17) S. 27 ff.

22 BGE 129 IV 81 E. 1.2; BGE 125 IV 269 E. 2; vgl. zur strafrechtlichen Dogmatik von Einverständnis resp. Einwilligung als tatbestandsausschliessendes Merkmal: SCHEIDEGGER, S. 26 ff.

23 BGE 129 IV 81; BGE 128 IV 117 (auch im eigenen Betrieb); BGer, Urteil vom 10.11.2005, 6B\_541/2015 E. 3.3.2; BGer, Urteil vom 12.2.2010, 6B\_60/2010.

24 Neben den allgemeinen Menschenrechtsübereinkommen seien hier erwähnt: nur das Lanzarote Übereinkommen des Europarates zum Schutz vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Miss-

ist die am 1. April 2018 in Kraft getretene *Istanbul-Konvention*,<sup>25</sup> die alle Formen der Gewalt, auch wirtschaftliche Gewalt in sämtlichen Lebensbereichen umfassend und effektiv bekämpfen will und dabei vor allem auf verbesserte internationale Zusammenarbeit, Prävention (Bildung, Bewusstseinsbildung) und Opferschutz setzt.<sup>26</sup> Zudem wurde das Übereinkommen über Zwangs- und Pflichtarbeit modernisiert, das Regierungen verpflichtet, Arbeitgeber und Arbeitnehmende nachhaltig von Zwangsarbeit in all ihren Formen zu befreien.<sup>27</sup>

Nach Art. 199 StGB wird ausserdem strafrechtlich sanktioniert, wenn kantonale Vorschriften zu Ort, Zeit und Art der Prostitution missachtet werden. Die Kantone sind mangels anderer bundesrechtlicher Vorgaben ermächtigt, in diesem Rahmen sowie unter Beachtung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)<sup>28</sup> die Prostitution zu regeln. Von dieser Kompetenz haben in den letzten 15 Jahren die meisten Kantone Gebrauch gemacht. Die kantonalen Regelungen zur Prostitution und die Regelungsdichten sind dem föderalen Prinzip entsprechend insgesamt unterschiedlich ausgefallen,<sup>29</sup> die Ziele aller Gesetze sind jedoch vorab polizeilich-gesundheitlicher Natur: Gesetzeszweck sind die Verhinderung der Kriminalität, die Kontrolle und die Gesundheitsvorsorge.<sup>30</sup> Alle Regulierungen sehen grundsätzlich eine Bewilligungspflicht für die Prostitutionsstätten sowie Regelungen zur Strassenprostitution vor.<sup>31</sup> Hingegen variiert etwa, ob die Prostituierten persönlich einer Anmelde- oder Registrierungspflicht unterstehen.<sup>32</sup>

---

brauch vom 25. Oktober 2007 (SR 311.40), das Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung von Menschenhandel, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels zur UN-Kriminalitätsbekämpfungskonvention vom 15. November 2000, das für die Schweiz am 26. November 2006 in Kraft getreten ist; Zusatzprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention vom 25. Mai 2000, das für die Schweiz 2002 in Kraft getreten ist, und die Prostitution für alle Minderjährige verbietet.

- 25 Das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011 (SR 0311.35).
- 26 Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 2. Dezember 2016, BBl 2016, 185 ff., 194.
- 27 Protokoll von 2014 zum Übereinkommen über Zwangsarbeit, 1930, BBl 2016, 2037.
- 28 BGE 137 I 167 ff., E. 3.1, E. 4; BGer, Urteil vom 26.6.2015, E. 4.1.
- 29 Bericht des Bundesrates zu Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, in Beantwortung der Postulate 12.4162 Streiff-Feller, 13.322 Caroni, 134033 Feri, 13.4045 Fehr, vom 5. Juni 2015, 19 (fortan: Prostitutionsbericht 2015), S. 132.
- 30 Der Kanton Basel-Stadt regelt beispielsweise nur den Zweig der Strassenprostitution (Strassenprostitutionsverordnung vom 19.12.2006, 724.500) und hält dies erklärermassen für genügend. Oft sind denn auch Fragen zur Bewilligungspraxis strittig, wobei es auch um Fragen der Ungleichbehandlung zwischen den unterschiedlichen Betriebsformen geht: *salons de prostitution* v. *bars fréquentés par des personnes qui se prostituent* (BGer, Urteil vom 31.3.2005, 2P.165/2004); *discothèques* v. *salon de massage* (BGer, Urteil vom 10.4.2009, 2C\_905/2008 E. 6).
- 31 Einige Gesetze nehmen neben den Einzelpersonen auch sog. *Kleinstbordelle* (2–3 Personen) von der Bewilligungspflicht aus (z.B. PGVO Stadt Zürich), was grundsätzlich zu begrüssen ist, denn diese Gewerbeformen kommen einem Ideal von Selbstbestimmung und Unabhängig der Prostituierten in der Praxis am besten nach; s.a. Prostitutionsbericht 2015, S. 35 ff.; CHIMIENTI (Fn. 7) S. 235 ff.; HOTZ (Fn. 3), 275 S. ff.;

Erst in jüngeren Regelungswerken der Deutschschweiz, wie dem Berner Prostitutionsgesetz (in Kraft seit 2013, Art. 2)<sup>33</sup> oder der kommunalen Prostitutionsgewerbeverordnung der Stadt Zürich (Art. 2 PGVO), wird die Vornahme von sexuellen Handlungen gegen Entgelt im Rahmen des übergeordneten Bundesrecht für zulässig erklärt.<sup>34</sup>

Im Ergebnis kann damit von einer strafrechtlichen Rahmenordnung ausgegangen werden, welche das *Konzept der sexuellen Selbstbestimmung schützen und stärken will*. Ob aber die Rechtsprechung zu Prostitution und die Vielfalt der kantonalen und kommunalen Gesetze sowie deren Praxis diesem Ideal standhalten, darf angezweifelt werden.

## 2. *Prostitutionsvertrag ist nichts Unwertes im «Grossraum Zürich» – anderswo schon?*

Es gibt bis dato weder eine bundesrechtliche Normierung des sog. Prostitutionsvertrags<sup>35</sup> noch eine jüngere höchstrichterliche Rechtsprechung zur Gültigkeit einer Vereinbarung über sexuelle Dienstleistungen. Nach den allgemeinen Regeln des (übergeordneten) Vertragsrechts kann ■man sich damit immer noch die traditionelle Frage stellen, ob ein Dienstleistungsvertrag über sexuelle Leistungen allenfalls gegen die «guten Sitten» ■verstösst und eine solche Vereinbarung für ungültig anzusehen ist (Art. 19 OR resp. Art. 27 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 20 Abs. 1 OR).<sup>36</sup>

Die wenigen höchstrichterlichen Entscheide der letzten 35 Jahre,<sup>37</sup> die einen Prostitutionsvertrag für unsittlich ansehen, begründen nicht, warum eine entgeltliche sexuelle Dienstleistung im Jahre 1985 oder im Jahre 2011 gegen die die gesamtethischen Vorstellungen unserer Gesellschaft verstossen sollen. Ein Leitentscheid zum Telefonsex aus dem Jahre 2003 hingegen stellt fest, die Sittenwidrigkeit von Telefonsex-Verträgen sei zu verneinen; dies im Gegensatz zu derjenigen des Prostitutionsvertrags. Neben dem Wandel der allgemeinen Mo-

---

32 Hotz (Fn. 3), S. 276.

33 Gesetz über das Prostitutionsgewerbe vom 7. Juli 2012 (BSG 953.90).

34 Erklärtes Ziel der Zürcher PGVO bleibt denn auch in erster Linie der *Schutz der Bevölkerung* (Art. 1), erst in zweiter Linie wird der Schutz der Prostituierten vor Ausbeutung und Gewalt statuiert, der Schutz der Gesundheit und der Sicherheit aller Beteiligten folgt sogar erst an vierter Stelle.

35 Dies im Gegensatz etwa zum deutschen Recht: § 1 Prostitutionsgesetz vom 20.12.2001, das anfangs 2002 in Kraft getreten ist (BT-Drucks. 14/5958, 6).

36 ■

37 Der letzte zivilrechtliche Leitentscheid zu Prostitution stammt allerdings aus dem Jahre 1985 (BGE 111 II 295 E. 2) und spricht im Resultat einer Prostituierten nach einem Unfall eine Schadenersatzsumme wegen Verdienstauffalls zu. Ein strafrechtlicher Entscheid aus dem Jahre 2011 (BGer, Urteil vom 26. Oktober 2011, 6B\_188/2011 E. 3.2) wiederholt die Unsittlichkeit eines auf entgeltlichen Geschlechtsverkehrs ausgerichteten Vertrags ohne besonders darauf einzugehen.

ralvorstellungen sei der Umstand von Bedeutung, dass kein Körperkontakt vorliege.<sup>38</sup>

Im Kanton Zürich existiert zwar ein erstinstanzliches Urteil vom 9. Juli 2013, das eine sexuelle Dienstleistung gegen Entgelt unter Würdigung der gewandelten Sittlichkeitsvorstellungen und im Hinblick auf die neueren kommunalen Vorschriften der Stadt Zürich sowie unter Berücksichtigung der zahlreichen politischen Vorstösse auf Bundesebene explizit für gültig und nicht mehr für sittenwidrig angesehen hat. Der Einzelrichter verurteilte einen Kunden entsprechend zur Bezahlung des mit der Prostituierten vereinbarten Entgelts. Allerdings wird im Urteil selbst, einschränkend eingeräumt, das Ausgeführte gelte zumindest für den «Grossraum Zürich».<sup>39</sup>

Auch gab es eine Standesinitiative des Kantons Bern mit dem Titel «Prostitution ist nicht sittenwidrig», die aber im Jahre 2016 vom schweizerischen Parlament abgeschrieben worden ist mit der Begründung, dass sich eine nationale Gesetzgebung u.a. im Lichte dieses Entscheides aus dem Kanton Zürich erübrigt habe. Zudem sei auch nicht absolut sicher, ob ein Gesetz tatsächlich zum Schutze von Prostituierten sei.<sup>40</sup> Und der Bundesrat ist in seinem Bericht zum Thema Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung vom 5. Juni 2015,<sup>41</sup> zur Schlussfolgerung gekommen, dass die Datenlage in der Schweiz insgesamt mager und die «Faktenlage komplex» seien und es – auch mit Blick aufs Ausland – 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.<sup>42</sup>

Tatsache bleibt, dass es gegenwärtig noch keinen jüngeren Bundesgerichtsentscheid gibt, der die Gültigkeit von entgeltlichen sexuellen Dienstleistungen bestätigen würde. Da das kantonale Recht nicht über das Bundesrecht hinausgehen kann, bleibt es damit zusammenfassend dahingestellt, ob auch ein weniger urbanes Gericht in der Innerschweiz einen Vertrag zu sexuellen Dienstleistungen heute als gültig ansehen würde.

---

38 BGE 129 III 604 E. 5.3; so auch der deutsche Bundesgerichtshof (1 StR 123/03) und der österreichische Oberste Gerichtshof (Urteil vom 27.5.2003, 1 OB 244/02t; OGH 12.6.2003, 2 Ob 23/03a).

39 Entscheid, Bezirksgericht Horgen, vom 2012, FV120047; ZR 112/2013 Nr. 85, 295 ff., E. 2.1.3; dazu: BRIGITTE HÜRLIMANN, Prostitution ist nicht sittenwidrig, NZZ vom 4.12.2013, 15; FREDERIC KRAUSKOPF/JESSICA KIM SOMMER, Sittenwidrig oder nicht? Das Berner Prostitutionsgesetz vom 7. Juni 2012: in Peter Kunz et al. (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag, Bern 2014, S. 57 ff., 65 f.

40 Entscheide des Ständerats vom 16.3.2016 (AB 2016 S 216) und des Nationalrats vom 17.6.2016.

41 In dessen Rahmen wurde das Phänomen Prostitution vor allem im Hinblick auf den Menschenhandel umfassend aufgearbeitet wurde (Prostitutionsbericht 2015).

42 Das hatte schon Bericht Hilber 2014, X, konstatiert; Prostitutionsbericht 2015, 97–102, Schlussfolgerungen, Ziff. 7.2.

### 3. *Selbstständige versus unselbstständige Arbeit*

Im Gegensatz zur Erbringung einer Massageleistung im Arbeitsverhältnis (Ziff. I/2) bleibt es bis heute unklar, ob eine sexuelle Dienstleistung auch als eine unselbstständige Arbeit im Sinne von Art. 319 ff. OR ausgeübt werden kann<sup>43</sup> Die rechtlichen Gründe dafür liegen in folgenden Punkten:

Ein Grund ist der bereits *angesprochene Interpretationsspielraum von Art. 195 StGB*, denn dieser bewirkt, dass jeder Arbeitgeber, der sich nicht im strafrechtlichen Rahmen bewegt, sich strafbar macht, was dazu führt, dass ein Betrieb lieber auf einen regulären Arbeitsvertrag mit Prostituierten verzichtet. Auch hat es das Bundesgericht bisher unterlassen, klare Kriterien aufzustellen, wann die Selbstbestimmung der Prostituierten beeinträchtigt sei.

Die ausländerrechtlichen Kriterien der unselbstständigen Arbeit bei der Erteilung einer Arbeitsbewilligung sind nicht unbedingt die gleichen wie zur Qualifizierung der unselbstständigen Arbeit nach Obligationenrecht: Zunächst braucht sowohl die selbstständige als auch unselbstständige Prostitutionstätigkeit eine Arbeitsbewilligung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 AuG.<sup>44</sup> In seinem Leitentscheid BGE 140 II 460<sup>45</sup> E. 4.3 schloss das Bundesgericht in diesem Zusammenhang auf eine unselbstständige Tätigkeit und einer (gewissen) Weisungsgebundenheit bei einem Clubmodell, bei dem Prostituierte gegen Entgelt Räumlichkeiten nutzen und ansonsten selbstbestimmt ihrem Gewerbe nachgingen, denn es würde z.B. auf der Club Homepage Werbung für die Person gemacht, zudem bestünde ein gewisser Zeitplan und die ausländerrechtlichen Bewilligungen sowie die Sozialversicherungsanmeldungen seien auch vom Club beantragt worden.

Schliesslich geht das Bundesgericht auch im Kontext der Schwarzarbeit, einer Arbeit ohne ausländerrechtlicher Bewilligung, nach Art. 117 AuG,<sup>46</sup> von einem weiten Verständnis der unselbstständigen Tätigkeit aus, was in diesem Fall durchaus zweckkonform erscheint.

---

43 Prostitutionsbericht 2015, S. 125 ff.; bereits BERTSCHI (Fn. 17) 25 und HÜRLIMANN (Fn. 17) 130.

44 BGE 140 II 460 E. 4.2; BGer, Urteil vom 22.11.2011, 2C.246/2011 E. 3,6; BGer, Urteil, vom 3.7.2013 E. 5.3.

45 BGE 140 II 460 betr. Zulassung zum Arbeitsmarkt zwecks Prostitution gemäss FZA (SR 0.142.112.681), wobei es konkret um eine Beschränkung durch Kontingentierung von Migrantinnen aus Bulgarien und Rumänien zwecks Inländervorteils ging, welche nur *unselbstständige* Arbeitnehmerinnen betraf, womit die Relevanz zwischen behaupteter *unselbstständiger* und *selbstständiger* Erwerbstätigkeit hoch war; s.a. BGE 126 IV 228 ff; BGer, Urteil vom 22.11.2011, 2C.246/2011 E. 3.

46 Eine Prostituierte gilt etwa auch dann *unselbstständig* Erwerbende im Sinne von Art. 117 AuG, wenn sie selbst bestimmt, wie viele Kunden sie akzeptiert und welche Leistungen sie zu welchem Preis erbringt: BGer, Urteil vom 20. März 2014, 6B\_1112/2013 E. 3.3; s.a. BGE 137 IV 159 E. 1.4; BGE 128 IV 170 E. 4.1.

Das Bundesgericht hat sich zusammenfassend bis dato in seiner Rechtsprechung einer klaren Haltung zur Zulässigkeit eines unselbstständigen zivilrechtlichen Arbeitsverhältnisses von Prostituierten enthalten.<sup>47</sup> Obschon die Unterscheidung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Arbeit wie ausgeführt ausländerrechtlich, aber eben auch sozialversicherungsrechtlich (Art. 10 ATSG<sup>48</sup>) von Bedeutung ist.

Die meisten Prostituierten in der Schweiz sind aus diesen Gründen selbstständig erwerbend, sofern sie nicht ohnehin ohne Bewilligung in der Schweiz arbeiten.

### III. Schwangerschaft als Dienstleistung?

#### 1. Verbot der Leihmutterschaft

Weil alle Formen der Leihmutterschaftsverhältnisse in der Schweiz verfassungs- und bundesrechtlich (Art. 119 Abs. 2 lit. d BV und Art. 4 FMedG) verboten sind, sind Schwangerschaftsdienst oder -arbeit in der Schweiz derzeit illegal. Unter Strafe gestellt ist allerdings nur die behandelnde Tätigkeit der medizinischen Fachpersonen und die vermittelnde Tätigkeit (Art. 31 FMedG). Das bedeutet, dass die sog. intentionalen Eltern<sup>49</sup>, die persönlich ein Leihmutterschaftsverhältnis suchen oder eingehen, keine Strafverfolgung zu befürchten haben.

Sämtliche Leihmutterschaftsvereinbarungen sind aber rechtswidrig und ungültig (Art. 20 Abs. 1 OR).<sup>50</sup> Die Gründe für das Verbot liegen v.a. darin, dass die rechtliche und genetische Mutterschaft gespalten wird und die Adoptionsvorschriften umgangen werden. Zugrunde liegen auch die Gedanken, dass Frauen nicht instrumentalisiert und in ihrer Würde verletzt werden sollen und dass auch ein Kind durch ein Leihmutterschaftsverhältnis in seiner Würde ver-

---

47 BGE 140 II 460 betr. Zulassung zum Arbeitsmarkt zwecks Prostitution gemäss FZA (SR 0.142.112.681), wobei es konkret um eine Beschränkung durch Kontingentierung von Bulgarinnen und Rumäninnen zwecks Inländervorteils ging, welche nur *unselbstständige* Arbeitnehmerinnen betraf, womit die Relevanz zwischen behaupteter unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit hoch war; s.a. BGE 126 IV 228 ff; BGer, Urteil vom 22.11.2011, 2C.246/2011 E. 3.

48 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsgesetzes vom 6. Oktober 2000 (SR 380.1).

49 DARA PURVIS, *Intended Parents and the Problem of the perspective*, Yale Journal of Law and Feminism, 2012, Vol. 24:2, 211 ff., S. 227; zu dieser Terminologie bereits anderenorts: HOTZ (Fn. 2) S. 339, 395.

50 Vgl. jüngeren Datums der Sammelband von Véronique Boillet/Estelle de Luze (Hrsg.), *La Gestation pour autrui*, 2018, S. 147 ff.; sowie derjenige von Susanne Baer/Ute Sacksofski (Hrsg.), *Autonomie im Recht, Geschlechtertheoretisch vermessen*, Baden-Baden 2018, S. 20 ff.; HOTZ (Fn. 3) S. 335 ff., 395; EVA BELSER/RUMO-JUNGO, *FamPra.ch* 15 (2014) 4, S. 848 f.; BÜCHLER ANDREA/NORA BERTSCHI, *Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern? Leihmutterschaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz*, *FamPra.ch* 14 (2013) 1, S. 33 ff.

letzt werde könne.<sup>51</sup> Wobei bereits der Leihmutterschaftsbericht des Bundesrates aus dem Jahre 2013 erklärt, dass nicht in jedem Fall von einer Würdeverletzung ausgegangen werden könne.<sup>52</sup>

Das hält allerdings geschätzte hunderte bis tausend Personen mit Wohnsitz in der Schweiz nicht davon ab, als *intentionale Eltern*<sup>53</sup> in andere Länder zu reisen, um dort einen solchen Dienst von einer Frau entgeltlich zu beanspruchen, und sich damit den langgehegten Kinderwunsch zu erfüllen. In Bezug auf diese Tätigkeit stellt sich damit die Überlegung, ob das Verbot der rechtsgeschäftlichen Disposition aus Sicht des Selbstbestimmungsrechts einer Frau, die für andere Personen schwanger sein und ein Kind gebären möchte, rechtlich und ethisch gerechtfertigt ist oder nicht. Und ob allenfalls abstrakte Kindeswohlinteressen gegen eine solche Vereinbarung sprechen würden.<sup>54</sup> Oder ob mittelfristig nicht auch ein solcher «Schwangerschaftsdienst» in einem regulierten und sicheren Rahmen stattfinden könnte oder müsste. Bereits mit Bericht vom November 2013 hat die Nationale Ethikkommission für Humanmedizin (NEK) ihre «ethische Überlegungen und Vorschläge für die Zukunft» der medizinisch unterstützten Fortpflanzung präsentiert und dabei für eine Liberalisierung des Verbots der Leihmutterschaft plädiert.<sup>55</sup> Das Kindeswohl soll nach NEK dabei Leitmaxime sein. Der Bundesrat hat in seinem Leihmutterschaftsbericht aus dem Jahre 2013 indes an einem Verbot der Leihmutterschaft festgehalten.<sup>56</sup>

## 2. *Knappe Bestandsaufnahme zur Anerkennungspraxis*

Praxisrelevant in der Schweiz sind deshalb einzig Verfahren, welche die kollisionsrechtliche Anerkennung und die Transkribierung der im Ausland durch Leihmutterschaft begründeten originären rechtlichen Elternschaft in das schweizerische Zivilstandsregister verlangen. Das Bundesgericht hat im Jahre 2015 entschieden, dass im Fall einer genetischen Verbindung zu einem Eltern-

51 Botschaft vom 26.6.1996 zur Volksinitiative zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie und einem Bundesgesetz zur Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996, 205 ff., 254.

52 Bericht zur Leihmutterschaft: Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28. September 2012 (fortan: Leihmutterschaftsbericht), S. 38 f.

53 DARA PURVIS, *Intended Parents and the Problem of the perspective*, Yale Journal of Law and Feminism, 2012, Vol. 24:2, S. 211 ff., 227; zu dieser Terminologie bereits anderenorts: HOTZ (Fn. 2) S. 339, 395.

54 Die Frage, ob dieses Kindeswohl bereits vorgeburtlich, das heisst, abstrakt beurteilt werden könne, wird in Frage gestellt, vgl. nur ANDREA BÜCHLER, *Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung*, Basel 2017, S. 10 ff., 55 ff.; gemäss Gutachten von Professor SEELMANN vom April 2018 im Auftrag des BAG, *Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?*, kann der Kindeswohlgedanke den Zugang höchsten bestimmen, wenn das Selbstbestimmungsrecht in Sachen Fortpflanzung begründet verdrängt ist, im Zweifel gilt *in dubio pro libertate*.

55 Bericht NEK 2013.

56 Leihmutterschaftsbericht 2013.

teil des Kindes, eine Anerkennung dieses ausländischen Kind-Elternverhältnisses in der Schweiz aktuell stattfinden könne.<sup>57</sup> Sind aber beide intentionalen Elternteile nicht genetisch verwandt, so führt dies nach dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts zu hinkenden Rechtsverhältnissen und de iure zu einem elternlosen Kind.<sup>58</sup> Die intentionalen nicht-genetischen Eltern(teile) sind ungeachtet der Interessen der Kinder, die weder für ihre Zeugung noch ihre Geburt verantwortlich gemacht werden können, auf den schweizerischen Adoptionsweg verwiesen. Dieser hat sich rund drei Jahre nach dem ersten Urteil, am 1. Januar 2018, auch für gleichgeschlechtliche Frauen- und Männerpaare per Stiefkindadoption nach Art. 264c ZGB geöffnet. Die Nichtanerkennung der rechtlichen Elternschaft aus generalpräventiven Gründen wurde in der schweizerischen Literatur seither stark kritisiert, vielmehr müsse richtigerweise der Kindeswohlgedanke den Ausschlag geben.<sup>59</sup>

*Der Kindeswohlgedanke ist unabhängig davon, wie ein Kind gezeugt wurde.* Diesen Gedanken bringt jüngst der Deutsche Bundesgerichtshof auf den Punkt: Das Grundrecht des Kindes schliesse das Recht ein, eine rechtliche Eltern-Kind-Verbindung begründen zu können, denn ausser den intentionalen Eltern hat das Kind keine Eltern.<sup>60</sup> Wenn es aber illegitim ist, ein Kind für seine Zeugung «abzustrafen», fragt sich umso mehr, warum nur die Kind-Eltern-Zuordnung zum genetischen Elternteil direkt anerkannt werden soll, diejenige zum nicht-genetischen Elternteil jedoch nicht.<sup>61</sup> Genau um die Beantwortung dieser für die Schweiz zukunftsweisenden *anerkenntnisrechtlichen Frage, der rechtlichen Anerkennung des nicht-genetischen Elternteils* (in Leihmutterchaftsverhältnissen) wurde der EGMR vom Französischen Cour de Cassation angefragt<sup>62</sup>.

---

57 BGE 141 III 312; in den nachfolgenden Entscheiden hat das Bundesgericht sich darauf beschränkt, auf den Leitentscheid zu verweisen, ohne sich mit den vorgebrachten Argumenten auseinanderzusetzen (BGer, Urteil vom 1.12.2016, 5A\_324/2016, BGer, Urteil vom 29.3.2017, 5A 597/2016;), was mit fehlenden Anhaltspunkten für eine Praxisänderung begründet wurde.

58 BGE 141 III 328.

59 Zwei dieser vier schweizerischen Bundesgerichtsentscheide sind derzeit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) pendent. Im Vordergrund werden die Verletzung der vorrangig zu berücksichtigenden Kindesinteressen (Art. 11 BV, Art. 3 UN-KRK) und das Rechts des Kindes auf Familien- und Privatleben sowie dessen Diskriminierung im Vergleich zu anderen Kindern (Art. 8 EMRK, Art. 2 UN-KRK) stehen. Die Bedeutung einer rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung ist erheblich und von grosser Reichweite: Sorgerecht und ein familiäres Zusammenleben, Erbrecht, Namensrecht, Staatszugehörigkeit oder der Aufenthalt, vgl. BOILLET/DE LUZE (Fn. 50) S. 147 ff.

60 BGH, Beschluss vom 5.9.2018 (Az. XII ZB 224/17), Rz. 17, 21 und bestätigt damit seinen ersten Beschluss vom 10.12.2014 (Az. XI ZB 463/13) zur Anerkennung des Kindesverhältnisses zum genetischen Elternteil und seiner klaren Verneinung eines begründeten anerkenntnisrechtlichen *Ordre-public* Vorbehalts.

61 BGH, Beschluss vom 20.4.2016 (Az. XII ZB 15/15): Anerkennung der Elternschaft eines verheirateten Mütterpaars aus Südafrika, das heisst eines genetischen *und* eines nicht-genetischen Elternteils.

Generell noch weniger thematisiert ist in der schweizerischen Literatur, dass die Adoptionsbestimmungen in der Praxis keinen äquivalenten Ersatz für eine direkte Anerkennung und Transkribierung der im Ausland legal begründeten Elternschaft bedeuten, weil auch Stiefkindadoption durch den nicht-genetischen Elternteil (Art. 264c ff. ZGB) erst nach einer Dauer von rund zwei Jahren nach der Anerkennung des genetischen Elternteils gutgeheissen wird, denn es ist nicht nur die gesetzliche Voraussetzung des einjährigen Pflegeverhältnisses abzuwarten bis zur Einreichung des Adoptionsgesuchs, sondern danach ist noch die Dauer des Adoptionsverfahrens hinzuzurechnen. Hinzu kommt, dass die formellen Adoptionsvoraussetzungen beispielsweise betreffend Alters oder Altersabstands oder der vorausgesetzten 3 Jahre Hausgemeinschaft aber oftmals nicht ohne weiteres gegeben sind oder weil sich das Adoptionsverfahren je nach Kanton gar nicht einfach gestaltet, obschon die Adoption eines Kindes durch intentionale und soziale Elternteile ohne Zweifel (von allen Seiten) im Kindeswohl läge.

Im Ergebnis erscheint die konkrete Ausgestaltung des Adoptionsrechts und -verfahrens fundamental: Gäbe es etwa eine *Express-Adoption*, müsste ein Kind nicht (teilweise) elternlos bleiben.

#### IV. Würdigung der Beispiele aus Sicht des Selbstbestimmungsrechts

Ob sich die normative Beschränkung der Selbstbestimmung über die eigenen privaten Belange zu entscheiden, und rechtsgeschäftlich zu disponieren, in diesen drei Beispielen sachlich (vergleichend) rechtfertigen lässt, entscheidet sich gestützt auf die aristotelische Gleichheitsformel nach Massgabe sachlicher Gründe für die Gleich- oder Ungleichbehandlung.<sup>63</sup> Da der Platz fehlt, um eine umfassende Würdigung aller Unterschiede vorzunehmen, werden drei Vergleichspunkte herausgegriffen: die Regelungsdichte, die Bewilligungspflicht, die Frage nach der Unzumutbarkeit der Dienstleistung und damit verbunden ist diejenige, ob Rechte Dritter betroffen sind. Die ersten zwei Punkte können aufgrund des Verbots der Leihmutterchaft, nur die anderen beiden Dienstleistungen betreffen:

---

62 Gemäss Medienmitteilung vom 23. Oktober 2018 des EGMR, gestützt auf eines neuen Verfahren nach Zusatzprotokoll Nr. 16 zur EMRK, das seit dem 1. August 2018 in Kraft ist. Die bisherigen EGMR-Urteile zum Verbot der Leihmutterchaft lassen nicht ■ darauf schliessen, dass der EGMR neu, sozusagen 'abstrakt' angefragt, nicht zugunsten des Kindesinteresse entscheiden könnte.

63 Wobei diese rechtfertigenden Gründe sich über die Zeit wandeln können, und das Ermessen gross ist: BGE 143 III 361 E. 5.1, BGE 139 I 249 E. 3.3, BGE 131 I 1 E. 4.2.

### 1. Zur Regelungsdichte

Die Vereinbarung einer Ganzkörpermassage ist im Vergleich zu einer sexuellen Dienstleistung nicht besonders geregelt, sondern folgt allgemeinen Vertragsregeln. Die Rechtsfrage lautet demnach, ob es sachlich gerechtfertigt ist, sexuelle Dienstleistungen zahlreichen öffentlich-rechtlichen und kantonalen sowie kommunalen Regulierungen zu unterstellen, die Massageleistungen aber nicht?

In Anbetracht dessen, dass vom Sexgewerbe grundsätzlich mehr Zwangsarbeiten und Immissionen ausgehen können und dieses in der Gesellschaft kontrovers beurteilt wird, erscheint eine ungleiche Regelungsdichte sachlich zunächst gerechtfertigt zu sein.

Werden die Wirkungen dieser unterschiedlichen Rechtslagen mit in die Würdigung einbezogen, so ergibt sich, dass bei im Sexgewerbe Tätigen trotz und wegen einer Vielzahl von Regelungen eine Rechtsunsicherheit besteht, während dies bei den Masseurinnen und Masseuren weniger der Fall ist. Diese Rechtsunsicherheit hat auch einseitig dazu beigetragen, dass es im Sexgewerbe regelmässig keine Musterverträge oder beispielsweise keine verbindlichen Tätigkeits- und Preislisten (im oder ausserhalb des Lokals oder der Homepage<sup>64</sup>) gibt. Musterverträge entstehen nur dort, wo der rechtliche Rahmen nicht verfänglich ist. In Anbetracht dessen, dass alle unter der gleichen Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV stehen, lässt sich diese Rechtsunsicherheit nicht sachlich rechtfertigen.

Weitere unterschiedliche Rechtsfolge aus Sicht der Dienstleistungserbringenden ist, dass die arbeitsrechtlichen Fürsorge- und Schutzpflichten für Betreibende von Bordells, Salons, Cabaretbars und Massagesalons usw. nicht greifen. Dies gilt, obschon Prostituierte gleichermassen wie Masseurinnen und Masseure Sicherheit und Arbeitsschutz nötig haben.

Wird zusätzlich die nach wie vor bestehende *Stigmatisierung* der Prostituierten erwogen,<sup>65</sup> so wären weniger Regelungen erfolgsversprechender.

Damit ist es im Ergebnis sachlich nicht (mehr) gerechtfertigt, dass sexuelle Dienstleistungen einerseits aussernd und nicht bundeseinheitlich geregelt sind, sodass dies für Rechtsunsicherheit sorgt. Dies behindert, wie am Beispiel der Massageleistung erörtert wurde, überdies, dass keine schützenden privatrechtlichen Regelungen entstehen können.

---

64 In Japan gibt es sog. *Menulisten*, die draussen auf der Strasse ausgeschildert sind (Hotz, Fn. 3, 1).

65 Prostitutionsbericht 2015.

## 2. *Zur Melde- und Bewilligungspflicht*

Die Frage, ob es tatsächlich sachlich begründbar ist, dass nur Personen, die sexuelle Dienstleistungen anbieten, einer Meldepflicht unterstehen und nur diese Art von Stätten einer Bewilligungspflicht unterworfen sind, denn auch bei der Massagetätigkeit würden Fragen der Gesundheit und Hygiene auf dem Spiel stehen,<sup>66</sup> und zwar sowohl für die leistungserbringenden Arbeitnehmerinnen wie auch für die Kundschaft.

Generell wäre auch darzulegen, in welchen Gewerben denn sonst noch eine solche Anmeldepflicht zum eigenen Schutz des Dienstleistungsanbieters gilt.

Der Verzicht auf eine Meldepflicht und eine Gleichbehandlung dieser unterschiedlichen Erwerbsbereiche würde überdies zur Entstigmatisierung der Prostitutionstätigkeit beitragen.

## 3. *Zur Unzumutbarkeit (Sittenwidrigkeit/Unwert der Tätigkeit/ Verbotsgelt)*

Worin genau das Unsittliche bzw. Unwerte an sexuellen Dienstleistungen besteht, wird nicht ausgeführt: Ist es die Entgeltlichkeit? die Körperlichkeit? Oder ist es der Zweck, nämlich die «Lustbefriedigung»?

Denn das Rechtsgeschäft über eine Massageleistung, das ebenfalls sehr körperlich und entgeltlich ist, ist wie ausgeführt, ohne weiteres zulässig.

Dass telefonische und körperliche sexuelle Dienstleistungen nicht das gleiche sind, ist unbestritten. Aber warum soll Telefonsex etwas Wertes sein, mit dem sich Geld verdienen lassen kann, während sich mit ganzkörperlichen sexuellen Dienstleistungen kein Entgelt einfordern lässt? Es ist zu bezweifeln, dass sich diese rechtliche Ungleichbehandlung tatsächlich nur mit dem unterschiedlichen Mass an Körpereinsatz begründen lässt. Ebenfalls um sexuelle Dienstleistungen mit Körpereinsatz geht es nämlich bei der sog «Sexcare». In diesem Fall werden sexuelle Dienstleistungen für Menschen mit Behinderung erbracht. Eine Tätigkeit, die etwa vom Genfer Prostitutionsgesetz (Art. 2) ausdrücklich von der Melde- und Bewilligungspflicht ausgenommen ist.<sup>67</sup>

Sind gewisse sexuelle Dienstleistungen wie Telefonsex oder Sexcare toleriert, kann auch nicht die Entgeltlichkeit, das heisst die Kommerzialisierung für sich genommen, das unwerte Element sein.

Die Differenzierung kann ferner auch nicht an dem spezifischen Zweck des körperlichen Einsatzes liegen, welcher der Lustbefriedigung dient. Würde nämlich dieser als unethisch angesehen, müsste wiederum auch ein Telefonsexver-

---

66 Das wären freilich wieder kantonale oder kommunale Kompetenzen, Ausnahmen gestützt auf Art. 118 Abs. 2 lit. b BV wie eine AIDS-Präventionskampagne bleiben indes denkbar (vgl. Prostitutionsbericht 2015, S. 18).

67 ■

trag für unsittlich angesehen werden. Dies ist aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gerade nicht der Fall.

Bleibt noch zu überlegen, ob vielleicht das Motiv zum Vertragsschluss das entscheidende Unterscheidungsmerkmal ist: Ist es weniger legitim, sich seinen Lebensunterhalt (oder Teil davon) mit sexuellen Dienstleistungen zu verdienen als im Falle der sog. Sexcare (möglicherweise auch) gewisse altruistische Motive (nämlich «Gutes tun zu wollen») zu haben? Doch damit bewegen wir uns definitiv auf sehr dünnem Eis, denn auch B. kann «Gutes tun wollen» mit der besonderen Form der Massage. Aus diesem Grund sind Motive von untergeordneter Bedeutung im Vertragsrecht.

Wichtiger erscheint vielmehr, dass die Selbstbestimmung intakt ist. Im konkreten Fall bedeutete Selbstbestimmung etwa, dass die Person B. ■die Wahl hatte, diese Tätigkeit und keine andere auszuüben. Es ginge also darum sich vertieft zu überlegen, wie die Selbstbestimmung gestört sein ■könnte und wie sie auch wiederhergestellt werden könnte – beispielsweise durch Informationspflichten, Bewusstseinsbildung und Bildung im Allgemeinen (so verlangt es etwa die Istanbul-Konvention).

Angenommen, das selbstbestimmte Erbringen von sexuellen Dienstleistungen sei also für sich genommen etwas Unzumutbares, warum wird sie dann nicht ehrlicherweise zwingend verboten? Warum ist das «schwedische Modell» der einseitigen Kriminalisierung nicht schon längst eingeführt? Diese Frage stellt sich vorliegend im Vergleich zum Leihmutterverbots, das heisst einer Schwangerschaftsdienstleistung, die seit der Einführung des Fortpflanzungsmedizingesetzes im Mainstream als unwert angesehen wird. Worin liegt der «unterschiedliche Unwert» der beiden Kommerzialisierungen nach unserer Rechtsordnung?

Sowohl das Austragen einer Schwangerschaft/Geburt wie auch die sexuellen Dienstleistungen sind historisch und kulturell betrachtet keine neuen Phänomene.

In beiden Fällen ermöglicht die Tätigkeit den Lebensunterhalt oder einen Teillebensunterhalt der leistungserbringenden Person.

Ein sachlicher Unterschied ist die Dauer der Dienstleistung, die bei einer neunmonatigen Schwangerschaft ungleich viel länger ist als bei einer Massage oder einer sexuellen Dienstleistung und (auch) Einfluss auf die Emotionalität hat. Dafür ist aber auch das Entgelt für eine Leihmutterleistung zu Recht, um ein Vielfaches höher, sodass sich in diesem Fall die Frage aufdrängt, ob nicht entlang bewährter Machtstrukturen es ■sich – einmal mehr – ■um den Ausschluss von Frauen von einer (noch jüngeren) selbstständigen Erwerbstätigkeit handeln könnte? Und, ob die Interessen der politischen Mehrheit nicht dazu beitragen, dass das Sexgewerbe nicht verboten, aber bewusst im rechtsunsicheren Bereich verbleiben soll.

Ein weiterer sachlicher Unterschied ist, dass mit der Vereinbarung von Schwangerschaften künftiges Kindeswohl betroffen sein könnte.

#### 4. Rechte Dritter?

Es fragt sich daher weiter, ob eines der Rechtsgeschäfte die Rechte *Dritter* verletzt. Solange die erwachsene Person wusste, worauf sie sich einliess und die Wahl hatte die CHF 500 auch anders zu verdienen, kann aus ihrer Sicht nichts gegen eine Tätigkeit sprechen, über die wegen der Höchstpersönlichkeit und der Tatsache, dass der Lebenserwerb von dieser abhängt, nur sie allein zu entscheiden hat.

Ein Recht Dritter, das verletzt werden könnte, ist in diesem Fall nicht erkennbar. Damit bleibt letztlich in diesen höchstpersönlichen Belangen kein Raum für diffuse gesamtgesellschaftliche Moralvorstellungen. Es müsste sich schon aus den rechtlichen Interessen Dritter ■ und den entsprechenden gesamtethischen ■ unserer Rechtsordnung ergeben (■ hier wird die Gesundheit geschädigt, ■ hier wird das Kindeswohl tangiert), dass die vertragliche Selbstbestimmung für dieses Beispiel eingeschränkt werden könnte.

Aufgrund des Leihmutterchaftsverhältnisses wird in der Regel das Wunschkind der intentionalen Eltern geboren, doch daraus zu schliessen, dass damit telquel das Recht eines Dritten, des Kindes, verletzt werde, ist umstritten. Auch wenn abstrakte Kindeswohlüberlegungen vor der Geburt gemacht werden sollten, gilt die erwähnte Zweifelsregel in *dubio pro libertate*, wonach eine Umkehrung der Begründungslast hinsichtlich Kindeswohlgefährdung resultiert (vgl. Fn. 54).

## C. Ausblick

### I. Das Selbstbestimmungsrecht und die Kommerzialisierung entwickeln sich weiter

Die Selbstbestimmung, verstanden als individuelle Befähigung, artikulierte sich mit der zunehmenden Individualisierung der Personen. Seit den 1960er Jahren sind Selbstfindung, Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung Leitwerte unserer westlich-europäischen Gesellschaft ■. Das Individuum wollte und konnte über immer mehr private Bereiche seines Lebens selbst entscheiden, namentlich über den eigenen Beruf und die eigene Arbeit, die eigene Partnerwahl, die eigene Sexualität und die eigene Reproduktion. Ein generell höheres Lebens- und Reproduktionsalter, kombiniert mit neuen Techniken der Verhütung und heute der medizinisch unterstützten Fortpflanzung (inkl. Diagnostik) und der zunehmenden Erwerbstätigkeit von Frauen sowie einem neuen

Selbstverständnis, dass auch ein Single oder ein gleichgeschlechtliches Paar einen Kinderwunsch haben dürfen, haben weiter dazu beigetragen, dass das, was heute persönlich wünschbar ist, sich fortentwickelt hat.

Das Recht auf Selbstbestimmung ist heute als Grundrecht unserer Rechtsordnung anerkannt und umfasst das Recht auf Leben und auf ■ physische und psychische ■ Integrität (Art. 10 BV). Zudem setzt es sich aus vielen einzelnen Teilrechten zusammen, die sich über die Zeit entwickelt haben, wie etwa die Selbstbestimmung über das eigene Leben und Sterben, die Selbstbestimmung über die eigene Lebensführung (die Berufs- oder Beziehungswahl), die sexuelle Selbstbestimmung oder die reproduktive Selbstbestimmung und die informationelle Selbstbestimmung.<sup>68</sup>

*Im Privatrecht* schlug sich das Konzept der Selbstbestimmung vor allem mit dem Aufkommen der Persönlichkeitsrechte Ende der 1960er-Jahre nieder. Heute zählt nach einem jüngeren Bundesgerichtsentscheid zur Persönlichkeit «alles, was der eigenen Individualisierung dient» und sie ist die «Gesamtheit des Individuellen, des nur auf eine Person Beziehbaren».<sup>69</sup> Der Grad dieser Individualisierung und die Dynamik mit der sich das Persönlichkeitsrecht derzeit gerade auch aufgrund technischer Innovationen entwickelt, sind bemerkenswert.<sup>70</sup> Im Ergebnis steht die rechtliche Persönlichkeit mit all ihren Facetten ihrer Individualität damit in Relation zur sich verändernden Umwelt und kann nicht ohne diese umschrieben werden.<sup>71</sup> Die *Teilrechte der Persönlichkeit auf Namen, auf Stimme oder auf Bild* wurden sukzessive einzeln geschützt. Mittlerweile werden diese längst kommerziell genutzt sowie professionell vermittelt.<sup>72</sup> Andere Teilrechte wie die auf Körpersubstanzen (beispielsweise Blut oder Keimzellen oder Organe), die ebenfalls kommerziell genutzt werden könnten,<sup>73</sup> wurden in der Zwischenzeit weitgehend dem Geschäftsverkehr entzogen. Dies etwa mit dem Inkrafttreten der europäischen Bioethikkonvention aus dem Jahre 1999, die in der Schweiz seit dem Jahre 2008 gilt. Es ist eine Tatsache, dass die Kommerzialisierung sehr ■ weit fortgeschritten ist; und sich die traditionellen Grenzen zwischen ideellen Persönlichkeitsrechten und Vermögensrechten, das

68 REGINA KIENER/WALTER KAELIN/JUDITH WYTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 12 Rz. 8; BSK-TSCHENTSCHER, Art. 10 BV N 1 ff.; HOTZ (Fn. 3), S. 45 f., 76 ff.; s.a. VAGIAS KARAVAS, Körperverfassungsrecht, Entwurf eines inklusiven Biomedizinrechts, Zürich/Baden-Baden 2018; zur Selbstbestimmung in der Reproduktion: BÜCHLER (Fn. 54) S. 11 ff., SANDRA HOTZ, Reproduktive Selbstbestimmung und Informed Consent im Zeitalter pränataler Gentests, recht 1/2013, S. 2 ff;

69 BGE 143 III 297 E. 6.4.1; BGer, Urteil vom 6.9.2018, 5A\_458/2018 E. 5.1.

70 Z.B. Urteil vom 18.12.2017, 5A\_332/2017 zur Publ. bestimmt zum Anspruch auf «Kenntnis der eigenen Nachkommenschaft»; s.a. BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, Privatautonomie im Privatrecht – Entwicklungen und Tendenzen, ZSR 137 (2018) II, S. 157–238, 217 ff., 237.

71 PETER JÄGGI, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79/1960, 165a.

72 HOTZ (Fn. 3), S. 60 f.

73 JOCHEN TAUPITZ, Wem gehört der Schatz im menschlichen Körper?, AcP 191 (1991), S. 201 ff., 204 ff. m.w.H.; ANDREA BÜCHLER, Kommerzialisierung der Persönlichkeitsrechte, AcP 206 (2006) 300 ff. KIENER/KAELIN/WYTENBACH (Fn.) Rz. 19 ff.

heisst zwischen Personen- und Vertragsrecht, verwischt haben. Eine Entwicklung, die mit laufend neuen Tätigkeitsfeldern der Personen zusammenhängt, kann nicht abgeschlossen sein. Die Selbstbestimmung und Kommerzialisierung in allen drei diskutierten Bereichen von Körperarbeit lässt sich deshalb auch als Ausfluss des Respekts vor Leistung und Arbeit ■ betrachten.<sup>74</sup>

## II. Jederzeitiges Verweigerungs- oder Widerrufsrecht

Als in Deutschland das Prostitutionsgesetz eingeführt wurde, lautete die zivilrechtliche Forderung an den Gesetzgeber: «Gegenstand des Dienstleistungsvertrags können Dienstleistungen jeder Art – sexuelle Dienstleistung eingeschlossen – sein»<sup>75</sup> Eine Forderung war damals auch, dass kein Spezialgesetz entstünde, sondern die sexuellen Dienstleistungen, wie alle anderen auch, im BGB integriert würden. Allerdings waren gewissen Sonderbestimmungen vorgesehen.

Es handelt sich in allen drei Beispielsfällen zweifelsfrei um personenbezogene Dienstleistungen, die durch eine sehr nahe körperliche Leistung erbracht werden und auf der anderen Seite steht eine Kundschaft, die diese Dienstleistungen wünschen und konsumieren. Ist kein Entgelt vereinbart, handelt es sich rechtlich zwingend um einen Auftrag (Art. 394 ff. OR). Geht es aber um die Kommerzialisierung der körperlichen Dienstleistungen, ist begriffsnotwendig Geld im Spiel. In diesem Fall kommt, wie ausgeführt, sowohl eine unselbstständige oder selbstständige Tätigkeit in Frage (Art. 319 ff. OR/Art. 394 ff. OR). Diese Unterscheidung ist wichtig, denn eine Arbeitsverhältnis zwischen Massageleistungsgesellschaft und Masseurin, zwischen Bordellbetreiber und sexuelle Dienstleistungserbringerin oder zwischen intentionalen Eltern und Frau, die schwanger wird, könnte zwar wie für die Massageleistung durch eine besondere Fürsorge- und Schutzpflicht charakterisiert sein, wäre aber umgekehrt immer auch durch ein Weisungsrecht des Arbeitgebers charakterisiert, das denkbar schlecht zu körperlich sehr nahen oder intimen Dienstleistungen passt, die *höchst persönlicher Natur sind* und sich damit grundsätzlich einer Fremdbestimmung entziehen. Daraus ergibt ■ sich, dass es nach Art. 27 Abs. 2 ZGB nicht angehen kann, dass eine Person, die eine körperlich nahe Dienstleistung verspricht, ■ verpflichtet werden könnte, diese Leistung zu erbringen. Sie hat vielmehr ein jederzeitiges Verweigerungs- oder Widerrufsrecht respektive Kündigungsrecht, wobei ■ alles, was diese körperlich nahen Arbeiten betrifft, ein wichtiger Grund sein müsste.<sup>76</sup>

---

74 MüKo-RIXECKER, Anhang § 12 BGB (= Allg. PersönlR), 7. Aufl., 2016 München, Rz. 12, 35 ff., 40.

75 BT Drucks 11/7140, S. 3 Gesetzesentwurf der Grünen, 1990, Deutschland.

76 HOTZ (Fn. 3), S. 331 f., 400 f.; das gilt auch für die Massage.

### III. Strafrechtliche Schranken der Zwangsarbeit, Regelungskompetenzen und Verantwortung

Die strafrechtlichen Vorschriften bilden den Rahmen: sämtliche Formen der Fremdbestimmung, Nötigung und des Menschenhandels sowie der Zwangs- und Pflichtarbeit sind verboten und streng zu verfolgen. Die Beseitigung der Zwangsarbeit und der prekären Arbeitsbedingungen durch verbesserte Zusammenarbeit und Bildungsangebote bleibt eine zentrale Herausforderung des 21. Jahrhunderts. Prostitution und Leihmutterchaft zu verbieten sind keine zielführenden Lösungen.

Der Bund könnte nach Art. 95 Abs. 1 BV alle diese drei Dienstleistungen näher regeln, vorausgesetzt die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV wird nicht verletzt.<sup>77</sup> Erst wenn der Bund diese Kompetenz nicht ausschöpft, sind die Kantone nämlich ermächtigt, zu legiferieren.<sup>78</sup> Mit Blick auf die Zukunft besteht demnach bereits eine Rechtsgrundlage, die den Bund ermächtigt, die Formen von rechtsgeschäftlichen und gewerbsmässigen Kommerzialisierungen des Privaten zu regeln, falls dies neben wenigen griffigen strafrechtlichen Bestimmungen überhaupt nötig ist. Statt viele Regelungen auf unterschiedlichen Normhierarchien und viele Einzelregelungen für jede Form der körperlichen nahen oder nahegehenden Arbeit zu erlassen, die sich potenziell widersprechen können, könnte es gewinnbringend sein, sich weniger Leitziele im rechtlichen Umgang mit der Kommerzialisierung des eigenen Körpers zu überlegen: Wie die individuelle Selbstbestimmung zu stärken und die Sicherheit (inkl. Ausländerrechtlichem ■ Status) und den Gesundheitsschutz (inkl. Mutterschutz) zu wahren ist. Konkret gedient wäre also, wenn sämtliche Betriebe (ob bewilligungspflichtig oder nicht) *Verantwortung* für den Schutz der Mitarbeitenden übernehmen müssten. ■ Das würde gegen Ausbeutung und Gewalt helfen. ■ Die Verpflichtung zur Einhaltung des Arbeitsgesetzes mag nicht ausreichen, um gute Arbeitsbedingungen sicherzustellen, doch bestehen individuelle Möglichkeiten wie zum Beispiel griffige Musterverträge zur Verfügung zu stellen.

Abschliessend gilt es zu bedenken, dass jede rechtliche Rahmenordnung – auch die internationale – limitiert ist. Das wirtschaftliche strukturelle Machtgefälle bleibt bestehen zwischen zwei Personen in der Schweiz und weltweit, wenn die eine Person einen Migrationshintergrund und wenig Bildung sowie Chancen im Leben hat, sich ihre Arbeit auszuwählen. Das kann je nach Betrachtungsweise zu einer Beeinträchtigung der Selbstbestimmungsfähigkeit oder zu einer kontextualisierten Anpassung der eigenen Wahlmöglichkeiten führen, ■ welche körperlich nahe Arbeiten angeboten und ausgeführt werden ■. Sollen aber die Machtstrukturen in den Rechtsinstitutionen selbst auf-

---

77 RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER ÜBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 3115 f., Rz. 3180, Rz. 3226 ff.;

78 Prostitutionsbericht 2015, s. 17; RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX (Fn. 73), Rz. 3115.

gedeckt und offengelegt werden, kann sich auch die Frage stellen, ob «das Recht» mit Blick auf die Zukunft überhaupt einen Anspruch haben kann, Individuen in ihrer Selbstbestimmung zu stärken und zugleich vor Ausbeutung und Gewalt zu schützen.

### *Zusammenfassung*

Dieser Beitrag behandelt das Thema Arbeit über die Frage nach der Selbstbestimmung über den eigenen Körper und der individuellen Befähigung rechtsgeschäftliche Regelungen über diesen zu treffen:

Für drei Beispiele körperlich naher Dienstleistungen wird die geltende Rechtslage erörtert: für die rechtlich unauffällige Massageleistung und für die besonders umstrittenen Tätigkeitsfelder der Prostitution und Leihmutterschaft. Die Gegenüberstellung mit der Massageleistung zeigt etwa, dass durch Verbote (Leihmutterschaft) oder Rechtsunsicherheiten (Prostitution) die Option entfallen kann, rechtmässige Musterverträge zu erlassen, die sichere und schützende Arbeitsbedingungen beinhalten können. Hinzu kommt, dass die rechtlichen Differenzierungen mit Blick auf das Ausmass der Kommerzialisierung des eigenen Körpers nicht immer überzeugen, sei es, weil sie auf überholten Vorstellungen beruhen oder weil sie geschlechtertheoretisch nicht überzeugen.

Da die Kommerzialisierung des eigenen Körpers künftig fortschreiten wird, lohnt es sich allgemein zu überlegen, welches die gemeinsamen Leitziele sind, wenn es darum geht, körperlich nahe Dienstleistungen anzubieten: Bewahrung der Selbstbestimmung, Gesundheitsschutz, Kindeswohl und rechtsgleiche Behandlung.

### *Résumé*

Cet article traite de la question du travail sur la question de l'auto-détermination de son propre corps et de la capacité de l'individu à prendre des dispositions juridiques à ce sujet:

La situation juridique actuelle est examinée pour trois exemples de services physiquement proches: pour le service de massage, discret sur le plan juridique et pour les domaines particulièrement controversés de la prostitution et de la gestation pour autrui. La comparaison avec le service de massage montre, par exemple, que les interdictions (gestation pour autrui) ou les incertitudes juridiques (prostitution) peuvent éliminer la possibilité de conclure des contrats types légaux, qui peuvent inclure des conditions de travail sûres et protectrices.

En outre, les différenciations juridiques ne sont pas toujours convaincantes quant à l'ampleur de la commercialisation de son propre corps, que ce soit parce qu'elles sont basées sur des idées dépassées ou parce qu'elles ne convainquent pas théoriquement.

Au fur et à mesure que la commercialisation de son propre corps progresse dans l'avenir, il est utile de considérer en général quels sont les objectifs communs lorsqu'il s'agit d'offrir des services de proximité physique: Préservation de l'autodétermination, protection de la santé, protection de l'enfance et l'égalité de traitement.

