

Anja Schmidt

Die Reform des Rechts der freiwilligen Prostitution

Die Reform des Rechts der freiwilligen Prostitution steht an. Anfang Februar haben sich Frauenpolitiker/innen der regierenden Koalition aus CDU/CSU und SPD auf Bundesebene über deren Eckpunkte geeinigt,¹ alsbald ist ein Gesetzesentwurf zu erwarten, bei Erscheinen dieses Beitrages möglicherweise schon durch das Kabinett beschlossen. Die Reform der rechtlichen Regulierung der Prostitution ist in den Grundlagen wie den Details ausgesprochen umstritten. Monika Frommel hat im letzten Heft der *Kritischen Justiz* (2015, 96 ff.) die rechtspolitische Debatte um die Neuregelung kommentiert sowie Vorschläge zur Auslegung der §§ 180a, 181a StGB zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Ausbeutung von Prostituierten unterbreitet. Hier sollen – nach einer kurzen Einführung in den Verlauf der Debatte und die Eckpunkte der Reform – der verfassungsrechtliche Rahmen der geplanten Neuregelung und wesentliche Aspekte der Eckpunkte, auf die sich die Koalition geeinigt hat, rechtlich gewürdigt werden.

1. Die Debatte um die rechtliche Regulierung der Prostitution

a) Das Prostitutionsgesetz

Eine Neuregulierung des Feldes der Prostitution wird schon lange angemahnt,² da das am 1. Januar 2002 in Kraft getretene Prostitutionsgesetz (ProstG)³ lediglich die Rechtswirksamkeit der Forderung der Prostituierten auf ihren Lohn regelte und verbindlich feststellte, dass das eingeschränkte Weisungsrecht in Bezug auf sexuelle Handlungen im Rahmen einer abhängigen Tätigkeit der Prostituierten der Annahme einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung nicht im Wege steht. Aufgrund des Gesetzes kam es nur

1 Das Papier des BMFSFJ zur Vereinbarung der Koalitionsfraktionen liegt der Autorin vor, es ist abrufbar unter http://berufsverband-sexarbeit.de/blog/wp-content/uploads/150204_Vereinbarung-und-Eckpunkte_Prostituiertenschutzgesetz.pdf (abgerufen am 2.3.2015).

2 Vgl. etwa Antrag des Landes Baden-Württemberg zu einer Entschließung des Bundesrates zur stärkeren Reglementierung des Betriebs von Prostitutionsstätten (BR-Drs. 314/10) und den entsprechenden Beschluss des Bundesrates (BR-Drs. 314/10 [Beschluss]); Antrag des Saarlandes zu einer Entschließung des Bundesrates zu Maßnahmen zur Regulierung von Prostitution und Prostitutionsstätten vom 26.2.2014, BR-Drs. 71/14, und der abändernde Beschluss des Bundesrates dazu am 11.4.2014, BR-Drs. 71/14 (Beschluss); Renzikowski, ZRP 2014, 75 (76); Gurlit, GewArchiv 2008, 426 (431); Renzikowski, GewArchiv 2008, 432 (435); BMFSFJ, Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des ProstG, 2007, S. 81 f.; SoFFI K., Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“ im Auftrag des BMFSFJ, Abschlussbericht, 2005, <http://www.bmfsfj.de/doku/Publikationen/prostitutionsgesetz/pdf/gesamt.pdf> (abgerufen am 2.3.2015), S. 288 f.

3 BGBI I 2001, 3983.

in wenigen Fällen zum Abschluss von Arbeitsverträgen, nicht zuletzt weil die Prostituierten diesen skeptisch gegenüber stehen.⁴ Zwar ging der Gesetzgeber davon aus, dass die Tätigkeit der Prostituierten nicht mehr sittenwidrig ist, so dass ihre Entgeltforderung, aber nur diese, wirksam ist.⁵ Er traf im Gesetzestext selbst jedoch keine Aussage zur Sittenwidrigkeit und zu der Frage, ob Prostitution ein von Art. 12 Abs. 1 GG geschützter Beruf ist.⁶ Er ließ die Frage offen, wie Prostitution in den unterschiedlichen rechtlichen Zusammenhängen einzuordnen ist, etwa als Gewerbe oder als Dienstleistung oder als freiberufliche Tätigkeit. Er regulierte nicht, wann die Nutzung von bestimmten Orten durch Prostituierte zulässig ist, ob z. B. die Nutzung von Wohnungen in Wohngebieten für nach außen hin unauffällige Prostitution baunutzungsrechtlich zulässig ist. Dies führte zu sehr unterschiedlichen behördlichen Praxen im Umgang mit Prostitution. So wurden Bordellbetriebe teils als unsittlich eingestuft und konnten nicht als Gewerbe angemeldet werden, teils wurden sie unter dieser Bezeichnung im Gewerberегистre geführt, teils wurden Gewerbeanzeigen unter der Bezeichnung „erotische Massage“ oder „gewerbliche Zimmervermittlung“ angenommen.⁷

b) Die Appelle gegen und für Prostitution

Kennzeichnend für die Pole der kontroversen Debatte um die rechtliche Regelung der Prostitution sind der von Alice Schwarzer und der Zeitschrift EMMA initiierte „Appell gegen Prostitution“⁸ auf der einen und der vom Berufsverband für erotische und sexuelle Dienstleistungen e.V. (BesD) initiierte „Appell für Prostitution“⁹ auf der anderen Seite. Der EMMA-Appell geht davon aus, dass Prostitution eine Form der Sklaverei, „white slavery“ ist, und zwar als Zwangsprostitution und als freiwillige Prostitution. Es müssten kurzfristig Maßnahmen zur Eindämmung der Prostitution und langfristig zur Abschaffung des Systems Prostitution ergriffen werden. Freier seien zu achten, wenn nötig zu bestrafen.¹⁰ Auch das Europäische Parlament ging in einer nicht bindenden Entschließung vom 26.2.2014 davon aus, dass Prostitution und Zwangsprostitution Formen der Sklaverei sind, die der Menschenwürde und als geschlechtsspezifisches Phänomen dem Menschenrechtsprinzip der Gleichstellung der Geschlechter widersprechen. Eine Methode der Bekämpfung der Prostitution sei, den Kauf sexueller Dienstleistungen zu bestrafen.¹¹ Der „Appell für Prostitution“ hingegen betrachtet freiwillige Prostitution als eine berufliche Tätigkeit, bei der sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt erbracht werden. Eine Bestrafung der Freier führe nicht zu einer Reduktion von Menschenhandel und

4 Vgl. SoFFI K., Abschlussbericht (Fn. 2), S. 54 f.

5 Vgl. BT-Drs. 14/5958, 6.

6 Dies forderte ein Gesetzesentwurf der Deutschen Hurenbewegung im Jahr 1996, abgedruckt bei Laskowski, Die Ausübung der Prostitution, 1997, S. 394 ff.

7 Vgl. SoFFI K. (Fn. 2), S. 142 ff., insb. 145.

8 EMMA Nr. 6/2013, 22.

9 BesD, <http://berufsverband-sexarbeit.de/politik/appell-fuer-prostitution/> (abgerufen am 2.3.2015).

10 Vgl. EMMA Nr. 6/2013, 22, vgl. auch Schwarzer, in: Schwarzer (Hrsg.), Prostitution. Ein deutscher Skandal, 2013, S. 7 ff.

11 Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.2.2014 zur sexuellen Ausbeutung und Prostitution und deren Auswirkungen auf die Gleichstellung der Geschlechter (2013/2103(INI)), B., 1., 29.

Prostitution, lediglich der sichtbare Straßenstrich würde verdrängt und die Arbeitsbedingungen der Prostituierten würden sich wieder verschlechtern.¹²

c) Die Eckpunkte der anstehenden Reform

Der Koalitionsvertrag der in der derzeit 18. Wahlperiode auf Bundesebene regierenden Koalition aus CDU/CSU und SPD sieht unter anderem vor, das Prostitutionsgesetz hinsichtlich der Regulierung der Prostitution umfassend zu überarbeiten und die ordnungsbehördlichen Kontrollmöglichkeiten zu verbessern sowie gegen Menschenhändler und gegen diejenigen vorzugehen, die wissenschaftlich und willentlich die Zwangslage der Opfer von Menschenhandel und Zwangprostitution ausnutzen und zu sexuellen Handlungen missbrauchen.¹³ Am 8.4.2014 legten die Stellvertretenden Vorsitzenden der CDU/CSU-Fraktion im Bundestag „Eckpunkte zur Bekämpfung von Prostitution und Menschenhandel“ vor. In diesen wurde unter anderem eine ordnungsbehördliche Erlaubnispflicht für Prostitutionsstätten und umfassende Rechte der Polizei zur Kontrolle von Prostitutionsstätten, die Einführung einer Altersgrenze von 21 Jahren für die Ausübung der Prostitution, eine Anmeldepflicht für alle Prostituierten, eine Pflicht zu regelmäßigen Gesundheitsuntersuchungen von Prostituierten durch das Gesundheitsamt, das Verbot menschenunwürdiger Geschäftsmodelle (wie Flatrate-Bordellen und Rape-Gang-Bang-Partys) und die Strafbarkeit von Freiern von Zwangsprozessierten gefordert.¹⁴ Das SPD-geführte BMFSFJ führte am 12.6.2014 eine umfassende Anhörung zum Thema „Regulierung des Prostitutionsgewerbes“ durch. Geladen waren unter anderem Vertreter/innen aus Ministerien der Länder, Interessenvertretungen der Sexarbeiter/innen, Fachberatungsstellen für Frauen und Mädchen in der Prostitution, Fachberatungsstellen für Opfer von Menschenhandel, Polizisten, der Strafrechtswissenschaftler Joachim Renzikowski und Vertreter/innen der gesundheitlichen Unterstützung von Menschen in der Prostitution.¹⁵ Im August 2014 legte das Ministerium ein Papier mit „Eckpunkten eines Gesetzes zum Schutz der in der Prostitution Tätigen (Prostituiertenschutzgesetz, ProstSchG)“ vor.¹⁶ In diesem ist beispielsweise eine Erlaubnispflicht für Prostitutionsstätten und andere Angebote sexueller Dienstleistungen geplant, deren Betreiber/innen sollen auf Zuverlässigkeit geprüft werden. Prostitutionsgewerbe, die aufgrund ihres Betriebskonzepts das Selbstbestimmungsrecht von Prostituierten gefährden, sollen verboten werden, etwa Flatrate-Bordelle und Rape-Gang-Bang-Partys. Alle Prostituierten sollen ihre Tätigkeit anmelden/anzeigen müssen. Ein Vergleich beider Eckpunkte-Papiere ergibt, dass innerhalb der Koalition umstritten war, ob eine Mindestaltersgrenze von 21 Jahren für die Ausübung der Prostitution und ob eine Pflicht von regelmäßigen Untersuchungen durch

12 Vgl. BesD (Fn. 9).

13 Vgl. Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 16.12.2013, S. 73.

14 Vgl. <https://www.cducsu.de/download/file/fid/37759> (abgerufen am 2.3.2015).

15 Vgl. <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/gleichstellung,did=208046.html> (abgerufen am 2.3.2015).

16 Das Eckpunktepapier des BMFSFJ vom 14.8.2014 liegt der Autorin vor; es ist abrufbar unter <http://www.donacarmen.de/wp-content/uploads/2014/09/SPD-Eckpunkte-Prostituiertenschutzgesetz1.pdf> oder http://berufsverband-sexarbeite.de/blog/wp-content/uploads/BMFSFJ_Eckpunkte_Prostituiertenschutzgesetz.pdf (abgerufen am 2.3.2015).

das Gesundheitsamt eingeführt werden soll. Zudem wurde über eine Kondompflicht diskutiert.

Am 3.2.2015 haben sich die Frauenpolitiker/innen der CDU/CSU und SPD über Einzelheiten der Reform geeinigt. Künftig soll es eine Anmeldepflicht für alle Prostituierten geben, die den Nachweis einer ärztlichen Gesundheitsberatung voraussetzt. Über 21jährige müssen sich alle zwei Jahre neu anmelden, unter 21jährige jedes Jahr. Eine Pflicht zu einer Gesundheitsuntersuchung wird also nicht eingeführt, es wird aber eine Pflicht zur medizinischen Beratung geben, für unter 21jährige halbjährlich, für über 21jährige einmal jährlich. Das Mindestalter von 21 Jahren für die Ausübung der Prostitution ist vom Tisch. Schließlich ist bundesweit eine Kondompflicht vorgesehen, für deren Nichteinhaltung Freier, aber nicht die Prostituierten sanktioniert werden sollen. Bordellbetreiber/innen sollen verpflichten werden, Kondome vorzuhalten. Der Gesetzesentwurf ist im März zu erwarten.¹⁷ Es wird also nicht das Konzept einer rechtlichen Abschaffung und Eindämmung der Prostitution, etwa durch eine Bestrafung aller Freier verfolgt, vielmehr sind die Weichen für eine weitergehende Legalisierung der Prostitution gestellt.

2. Zum verfassungsrechtlichen Rahmen

- a) „Mein Körper gehört mir, oder?“¹⁸ – Die Menschenwürde und das Selbstbestimmungsrecht der Prostituierten gem. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG

Die Prostitutionsgegner/innen treten für eine Abschaffung der Prostitution ein, weil diese ein Verstoß gegen die Würde der sich prostituierenden Frauen sei, und zwar unabhängig davon, ob sie sich zwangswise prostituieren müssen oder ob sie freiwillig in der Prostitution arbeiten. Denn die Frauen verkauften ihren Körper und machten ihn zum Objekt der Lust des Freiers bzw. würden von diesem zum Objekt gemacht.¹⁹

Dem liegt unter anderem die radikalfeministische Annahme zugrunde, dass die gesellschaftliche Hierarchie von Männern gegenüber Frauen wesentlich über Sexualität hergestellt wird, dass Sexualität „die primäre soziale Sphäre männlicher Macht“ ist.²⁰ Das ist richtig, insofern die gesellschaftliche Hierarchie von Männern gegenüber Frauen auch über Sexualität hergestellt wurde und wird, ein Beispiel ist die Straflosigkeit der Vergewaltigung der Ehefrau durch den eigenen Mann bis ins Jahr 1997.²¹ Allerdings greift die Reduktion gesellschaftlicher Hierarchien auf sexuelle Machtverhältnisse zu kurz, zudem sind nicht alle Frauen Opfer sexueller Verhältnisse, nicht alle Männer Täter. Sexualität wird vielfach in selbstbestimmten und gleichberechtigten Partnerschaften gelebt. Ausdruck selbstbestimmter Sexualität kann auch Sexarbeit sein. Gegen die Annahme, dass

17 Vgl. das Papier des BMFSFJ zur Vereinbarung der Koalitionsfraktionen (Fn. 1); vgl. zudem Pressemitteilung CDU/CSU-Fraktion im Bundestag vom 4.2.2015, abrufbar unter <https://www.cducsu.de/presse/pressemitteilungen/mehr-schutz-und-sicherheit-fuer-prostituierte> (abgerufen am 2.3.2015) und die tageszeitung v. 5.2.2015, S. 7.

18 Titel des Blogs des Gunda-Werner-Instituts zur Debatte um die Regulierung der Prostitution, <http://www.gwi-boell.de/de/mein-koerper-gehoert-mir-oder> (abgerufen am 2.3.2015).

19 Vgl. Appell gegen Prostitution (Fn. 8); Schwarzer (Fn. 10), S. 10.

20 MacKinnon, in List/Studer (Hrsg.), Denkverhältnisse. Feminismus und Kritik, 1989, S. 86 (97).

21 Vgl. dazu Lembke, in Lembke/Foljanty (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2012, § 10, insb. Rn. 9ff.

Prostitution ausschließlich Ausdruck eines Herrschaftsverhältnisses zwischen Männern und Frauen ist, spricht zudem, dass die Motive der Freier nicht nur destruktiv sind: Zwar gehören zu den Motiven der Prostitutionsnachfrage „männliche Macht-, Gewalt- und Dominanzmuster“, auch Frauenhass, daneben stehen aber der „Wunsch nach Nähe, Zärtlichkeit oder einer Gesprächspartnerin“, die Befriedigung sexueller Bedürfnisse, das Ausagieren psychischer Spannungszustände und „die Erotisierung des Prostitutionsumfelds als fantastischen sexuellen Ort und antibürgerliche Subkultur“.²² Die konkrete Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Prostituierten und Kunden dürfte sich zu einem Großteil zwischen den Extremen „der Übermacht eines dominanzmotivierten Freiers gegenüber einer vulnerablen Sexarbeiterin oder der Überlegenheit einer professionellen Sexarbeiterin gegenüber einem marginalisierten Klienten“ bewegen.²³ Prostitution sollte auch nicht als gesellschaftsübergreifendes Phänomen stilisiert werden, wie dies Alice Schwarzer tut, wenn sie schätzt, dass es 1.000.000 Prostituierte in Deutschland gibt und dass jeder zweite Mann zumindest gelegentlich Prostitution in Anspruch nimmt.²⁴ Zwar gibt es keine genauen Zahlen zur Prostitution in Deutschland.²⁵ Ältere wissenschaftliche Hochrechnungen gehen aber davon aus, dass 64.000-200.000 Menschen in der Prostitution arbeiten,²⁶ teils werden 400.000 Personen angegeben.²⁷ Geschätzt wird, dass 90% davon Frauen sind, 7% Männer und 3% Trans*Personen, sowie dass 63% der Prostituierten aus dem, vorwiegend europäischen, Ausland stammen.²⁸ Hinsichtlich der Prostitutionsnachfrage wird geschätzt, dass ca. 20% der Männer zumindest einmal im Leben Prostitution gekauft haben und dass regelmäßige Freier nur eine kleine Minderheit in der Bevölkerung ausmachen.²⁹

Der Vorstellung, dass jede Form der Prostitution, auch die freiwillige, gegen die Menschenwürde verstößt, fußt zudem auf der Annahme, dass die Menschenwürde ein objektiver unverfügbarer Wert ist, dass diese also verletzt sein kann, auch wenn die betroffene Person in eine Beeinträchtigung eingewilligt hat. Dies entsprach teils auch dem deutschen Rechtsdenken. In seiner ersten Peep-Show-Entscheidung ging das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass „die Würde des Menschen ein objektiver unverfügbarer Wert [ist] ..., auf dessen Beachtung der einzelne nicht wirksam verzichten kann“.³⁰ Das VG Neustadt ging mit der gleichen Begründung davon aus, dass der „Zwergenweitwurf“ die

22 Gerheim, Aus Politik und Zeitgeschichte 9/2013, 40 (45).

23 Döring, ZSexualforsch 2014, 99 (105).

24 Vgl. Schwarzer (Fn. 10), S. 8.

25 Vgl. Döring, ZSexualforsch 2014, 99 (102); Kavemann/Steffan, Aus Politik und Zeitgeschichte 9/2013, 9 (12).

26 Vgl. Kavemann/Steffan, Aus Politik und Zeitgeschichte 9/2013, 9 (12), die davon ausgehen, dass sich die Zahl nicht erhöht hat. Die Selbsthilfeorganisation Doña Carmen kommt mit einer Hochrechnung von Angaben örtlicher Behörden, Institutionen und Fachberatungsstellen 2014 auf 160.000-200.000 Sexarbeiter/innen bundesweit, vgl. deren Gesetzesentwurf zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse in der Prostitution, <http://www.donacarmen.de/wp-content/uploads/2014/04/DonaCarmen-Gesetzentwurf20142.pdf> (abgerufen am 2.3.2015), Begr. A.I.1.

27 Vgl. TAMPEP (European Network for HIV/STI Prevention and Health Promotion among Migrant Sex Workers), TAMPEP National Mapping Reports, <http://tampep.eu/documents/ANNEX%204%20National%20Reports.pdf> (abgerufen am 2.3.2015), S. 109 (für 2008/09).

28 Vgl. TAMPEP (Fn. 27), S. 109.

29 Vgl. Döring, ZSexualforsch 2014, 99 (103).

30 BVerwGE 64, 274 (279 f.). In der 2. Peep-Show-Entscheidung berief sich das Gericht dann nicht mehr auf die Menschenwürde, sondern darauf, dass eine Peep-Show ebenso wie die Prostitution sittenwidrig sei, da der Intimbereich in entwürdigender Weise zur Ware gemacht und der Sexual-

Würde des Geworfenen verletzt.³¹ Die Menschenwürde kann aber nicht abgelöst von der Selbstbestimmung des Menschen gedacht werden, da die Würde des Menschen aus seiner Fähigkeit zur Selbstbestimmung resultiert.³² Wie das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, schützt Art. 1 Abs. 1 GG „die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewusst wird. Hierzu gehört, dass der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann.“³³ Die Annahme eines objektiven Gehalts der Menschenwürde entgegen der subjektiven Entscheidung des/der Einzelnen würde diese/n fremdbestimmt vor sich selbst schützen, also dem Recht auf Selbstbestimmung widersprechen.³⁴ Der Staat darf somit nicht darüber entscheiden, was für eine Person sittlich richtig ist, grundrechtlich ist damit das freie Beilieben geschützt.³⁵ Dem entsprechend stützte im Jahr 2000 das VG Berlin seine Entscheidung, dass Prostitution nicht mehr als sittenwidrig anzusehen sei, unter anderem auf das Argument, dass Menschenwürde auch dann vorhanden sei, wenn der konkrete Mensch die Möglichkeit freier Selbstgestaltung zur Selbsterneidigung missbraucht. Es gebe keine staatliche Verpflichtung zum richtigen Menschsein.³⁶ Das Bundesverwaltungsgericht stellte in seiner „Swinger-Club“-Entscheidung fest, dass das Recht des Einzelnen zur Selbstbestimmung auch die Form der Ausgestaltung seines Sexuallebens umfasst, soweit die grundgesetzliche Wertordnung und Rechte anderer nicht verletzt werden. Eine Verletzung der Menschenwürde liege in einem „Pärchentreff“ nicht, da die Subjektqualität der Gäste nicht in Frage gestellt und der fundamentale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen nicht durch Gewaltakte geleugnet werde.³⁷ Es erkennt also die freie Entscheidung über das eigene Sexualleben an, soweit die Subjektqualität der einzelnen als solche nicht in Frage gestellt wird. Der Staat darf demnach bestimmte Handlungen nicht verbieten, nur weil sie einer bestimmten Vorstellung von Würde, konkreter einer bestimmten Vorstellung von Sittlichkeit widersprechen. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG umfasst auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, also als mündige Person unabhängig von herrschenden Moralvorstellungen darüber zu entscheiden, wie das eigene Sexualleben gestaltet wird, soweit die Rechte anderer nicht verletzt werden.³⁸ Das schließt die Freiheit ein, sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt anzubieten und bei wechselseitigem Einverständnis auch auszuführen. Ein Verbot auch der freiwilligen Prostitution und eine auf Abschaffung der Prostitution insgesamt ziende Bestrafung aller Freier, wie sie der „Appell gegen Prostitution“ fordert, wäre damit eine grundrechtswidrige staatliche Bevormundung.

trieb gewerblich ausgebeutet werde, so dass der Betrieb der Peep-Show gem. § 15 Abs. 2 GewO einzustellen war (BVerwG, NVwZ 1990, 668 (669)).

31 Vgl. VG Neustadt, NVwZ 1993, 98 (99).

32 Vgl. Dreier, GG, 3. Aufl., 2013, Art. II Rn. 150; Enders, Berliner Kommentar GG, 44. EL, 11/2014, Art. II Rn. 79; Würkner, NVwZ 1988, 600 (600); v. Olshausen, NJW 1982, 2221 (222).

33 BVerfGE 49, 286 (298); vgl. auch BVerfGE 48, 127 (163); BVerfG NJW 1997, 1632 (1633); BVerfGE 115, 1 (14).

34 Vgl. Enders (Fn. 32), Rn. 79; Würkner NVwZ 1988, 600 (600); Höfling NJW 1983, 1582 (1583); v. Olshausen NJW 1982, 2221 (222).

35 Vgl. Enders (Fn. 32), Rn. 79; Würkner, NVwZ 1988, 600 (600).

36 Vgl. VG Berlin, „Café Pssst“, STREIT 2001, 11 (15).

37 Vgl. BVerwG, NVwZ 2003, 603 (604).

38 Vgl. Lorenz, Bonner Kommentar GG, 171. EL, 2/21, Art. 2 Abs. 1 Rn. 310; vgl. auch BVerwG, NVwZ 2003, 603 (604).

Dies legt nahe, freiwillige Prostitution weitgehend zu erlauben, da diese einverständliche Sexualität unter Erwachsenen darstellt, wovon der „Appell für Prostitution“ ausgeht. Allerdings ist zu beachten, dass die Differenzierung zwischen freiwilliger und Zwangsprostitution nicht ausreichen dürfte, um das weite Feld der Prostitution angemessen zu erfassen. Das Sozialwissenschaftliche FrauenForschungsInstitut, Freiburg (SoFFI K.) stellte im Abschlussbericht seiner Untersuchung für das BMFSFJ zu den Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes fest, dass die Prostitution ein sehr heterogenes Feld ist. Hinsichtlich des Kriteriums der Freiwilligkeit könne zwischen dem freiwilligen Bereich der Prostitution in Abwägung mehrerer realer Optionen an Erwerbs- bzw. Berufsmöglichkeiten, einem grauen Bereich der Entscheidung für Prostitution aus Not oder (emotionaler) Abhängigkeit unter Abwägung stark eingeschränkter Optionen und dem unfreiwilligen, gewaltförmigen Bereich der erzwungenen Prostitution differenziert werden.³⁹ Bei diesem „grauen Bereich“ handelt es sich insofern um freiwillige Prostitution, als kein Zwang durch Dritte zur sexuellen Dienstleistung vorliegt. Allerdings sind hier die Bedingungen zur Selbstbestimmung, z.B. durch ökonomische Notlagen, stark eingeschränkt, so dass hier nur eingeschränkte Formen von Selbstbestimmung oder freiwillige Prostitution nur in einem weiten Sinne vorliegen. Da die Grundrechte auch tatsächliche Freiheit gewährleisten sollen, ist der Staat verpflichtet, die Grundrechtsausübung aktiv zu schützen, wenn eine verfassungsrechtliche Garantenstellung des Staates besteht.⁴⁰ Eine solche Schutzwicht besteht aufgrund Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG zur Gewährleistung der Selbstbestimmung.⁴¹ Aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, dem Gebot der Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau, resultiert ebenfalls eine Schutzwicht, soweit prostitutive Verhältnisse Ausdruck einer sexuellen Unterordnung von Frauen gegenüber Männern darstellen; der Staat darf und muss also „Strukturen [...] verändern, die in besonderem Maße geschlechtshierarchische Machtverhältnisse aufrecht erhalten und verfestigen“.⁴² Aus grundrechtlicher Sicht muss der Staat daher einerseits das sexuelle Selbstbestimmungsrecht als Freiheit vor staatlicher Bevormundung schützen und andererseits die Bedingungen für selbstbestimmte Entscheidungen in diesem Bereich sichern. Für freiwillige Prostitution⁴³ ist deshalb ein Regelungskonzept angemessen, das zum einen freiwillige Prostitution als Beruf anerkennt und rechtlich absichert, das zum anderen aber auch Vorkehrungen trifft, das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der Prostituierten zu gewährleisten. Hier wird es häufig schwierig sein, im Wege der Abwägung der Rechte von selbstbestimmten Sexarbeiter/innen und von freiwilligen Prostituierten in einem weiten Sinne sowie die Grenze zwischen unzulässiger staatlicher Bevormundung und zulässigem staatlichen Schutz zu bestimmen. Auch Zwangsprostitution und Men-

39 Vgl. SoFFI K. (Fn. 2); S. 18, 19 f.; vgl. auch Renzikowski, Reglementierung von Prostitution, Gutachten im Auftrag des BMFSFJ, 2007, <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/publikationen,did=93302.html> (abgerufen am 2.3.2015), Rn. 53.

40 Vgl. Michael/Morlok, Grundrechte, 4. Aufl., 2014, Rn. 510 f. Deshalb sind Menschenhandel und Zwangsprostitution auch zu verfolgen.

41 Vgl. Michael/Morlok (Fn. 40), Rn. 516; Di Fabio, Maunz-Dürig GG, 72. EL, 7/2014, Art. 2 Abs. 1 Rn. 135; Lorenz (Fn. 38), Art. 2 Abs. 1 Rn. 46 ff.

42 Gugel, Das Spannungsverhältnis zwischen Prostitutionsgesetz und Grundgesetz und Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz, 2010, S. 206.

43 Der Begriff freiwillige Prostitution wird im Folgenden für freiwillige Prostitution in einem weiten Sinne und selbstbestimmte Sexarbeit, also freiwillige Prostitution in einem engen Sinne, verwendet. Die Begriffe Sexarbeit/Sexarbeiter/in werden für selbstbestimmte Sexarbeit und als Selbstbezeichnung von Akteur/innen gebraucht.

schenhandel sind aufgrund der staatlichen Pflichten zum Schutz der (sexuellen) Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 2 Satz 2 GG staatlich, auch strafrechtlich, zu bekämpfen. Die Rechte von deren Opfern sind bei der Abwägung von Detailregelungen ebenfalls zu berücksichtigen.

b) Prostitution als Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG

Positionen für Prostitution werden häufig mit dem Schlagwort, dass Prostitution ein Beruf wie jeder andere sei, verbunden. Ein Beruf i.S.d Art. 12 Abs. 1 GG ist jede auf Erwerb gerichtete und auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient.⁴⁴ Das Anbieten sexueller Dienstleistungen gegen Entgelt ist auf Erwerb gerichtet. Soweit diese Tätigkeit auf Dauer angelegt ist, sich also nicht in einem einmaligen Erwerbsakt erschöpft und nicht eine bloße Nebentätigkeit darstellt, ist sie ein Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG,⁴⁵ sonst fällt sie unter die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG.⁴⁶ Dieses Ergebnis war verfassungsrechtlich lange umstritten, da Prostitution als „sozial unwertige“ Tätigkeit bewertet wurde.⁴⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat es inzwischen implizit bestätigt, insofern es davon ausgegangen ist, dass die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Sperrgebietsverordnungen, Art. 297 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB, „sowohl für die Prostituierte als auch für sonstige Personen, die im Umfeld der Prostitution eine berufliche Tätigkeit entfalten, eine Berufsausübungsvorstellung dar[stellt]“.⁴⁸ Dennoch ist die Prostitution kein „Beruf wie jeder andere“, da mit dem sexuellen Selbstbestimmungsrecht der Prostituierten ein höchstpersönlicher, intimer und sehr verletzlicher Aspekt der Persönlichkeit und des Körpers betroffen ist. Dem muss auch die konkrete rechtliche Ausgestaltung gerecht werden.

3. Bewertung der geplanten Neuregelung

a) Weitere Regulierung freiwilliger Prostitution

Nach alldem ist zu begrüßen, dass Prostitution nach der Einigung innerhalb der Koalition nicht generell, etwa durch Strafbarkeit aller Freier nach dem schwedischen Modell, illegalisiert wird. Denn freiwillige Prostitution und Zwangsprostitution können nicht gleichgesetzt werden, da Zwangsprostitution auf Zwang durch Dritte und freiwillige Prostitution, auch in einem weiten Sinne, auf der eigenen Entscheidung der Prostituierten zur Prostitution beruht. Freiwillige Prostitution ist so Ausdruck des sexuellen Selbstbestimmungsrechts gem. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG und der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG. Durch eine Kriminalisierung wären zwar die Ermittlungsmöglichkeiten

44 Vgl. BVerfGE 7, 377, 397 ff.; BVerfGE 115, 276, 300.

45 Vgl. Laskowski (Fn. 6), S. 214; Gleß, Die Reglementierung von Prostitution in Deutschland, 1999, S. 117; vgl. auch djb, Stellungnahme zur Reform der Strafvorschriften des Menschenhandels, Verbesserung des Schutzes der Opfer von Menschenhandel und Regulierung der Prostitution vom 15.9.2014, <http://www.djb.de/st-pm/st/st14-16/> (abgerufen am 2.3.2015), S. 25; Bundesrat, BR-Drs. 71/14 (Beschluss), 3; Renzickowski (Fn. 39), Rn. 57.

46 Vgl. Michael/Morlok (Fn. 40), Rn. 341.

47 Vgl. Laskowski (Fn. 6); S. 141 ff.; Scholz, Maunz-Dürig GG, 72. EL, 7/2014, Art. 12 Rn. 35 f.

48 BVerfG, NVwZ 2009, 905 (907, Rn. 22).

ten der Polizei in den verschiedenen Bereichen der Prostitution erweitert und damit möglicherweise auch die Ermittlungsansätze gegen Menschenhandel erhöht worden, allerdings ist es „nicht Aufgabe des Strafrechts [...], Interventionsmöglichkeiten und Ermittlungsansätze für die Polizei zu schaffen“,⁴⁹ sondern elementare Rechtsgüter gegen grundlegende Verletzungen zu schützen, also Menschenhandel und Zwangprostitution selbst zu verfolgen. Es wäre zudem zu befürchten, dass sich aufgrund der Abdrängung des gesamten Feldes der Prostitution in die Illegalität Menschenhandel und Zwangprostitution zur Deckung der Nachfrage erhöhen.⁵⁰ Prostitution unter Zwang und freiwillige Prostitution sind daher rechtlich grundsätzlich unterschiedlich zu bewerten, auch wenn jede Regulierung der Prostitution deren gesamte Bandbreite reflektieren muss,⁵¹ so muss bei der rechtlichen Bewertung einer Anmeldepflicht für alle Prostituierte das Ziel der Bekämpfung von Menschenhandel und Zwangprostitution mit in den Blick genommen werden.

Mit der nun erzielten Einigung innerhalb der regierenden Koalition wird der Weg beschritten, freiwillige Prostitution weitergehend rechtlich zu regulieren. Freiwillige Prostitution wird damit erstmals umfassender legalisiert, so dass der rechtliche Rahmen für die Ausübung der freiwilligen Prostitution und für die Absicherung der Bedingungen der Selbstbestimmung in diesem Bereich geschaffen werden können. Den im Eckpunktepapier des BMFSFJ vom 14.8.2014 genannten Zielen der Regulierung, das Selbstbestimmungsrecht der Menschen in der Prostituierten zu stärken, die fachgesetzlichen Grundlagen zur Gewährleistung verträglicher Arbeitsbedingungen und zum Schutz der Gesundheit der Prostituierten zu schaffen, die ordnungsrechtlichen Möglichkeiten zur Überwachung der gewerblich ausgeübten Prostitution und die Rechtssicherheit für die legale Prostitution zu verbessern, ist somit zuzustimmen.⁵² Überdacht werden sollten die Regulierung in einem Sondergesetz und dessen Bezeichnung als Prostituiertenschutzgesetz. Denn der Schaffung von Sonderrecht wohnt die Tendenz zur Stigmatisierung inne und es geht nicht nur um Schutzvorschriften, sondern auch überhaupt um den rechtlichen Rahmen für die Ausübung der Prostitution.

b) Gewerberechtliche Zulassung von Prostitutionsstätten

Nach den Eckpunkten soll das Betreiben von Prostitutionsstätten gewerberechtlich reguliert werden. Es soll definiert werden, was Prostitutionsstätten sind. Diese sollen nur aufgrund einer Erlaubnis betrieben werden können. Diese Erlaubnispflicht soll nicht für die Tätigkeit als Prostituierte und für die Wohnungsprostitution durch die Wohnungsinhaberin gelten. Die Erlaubnis soll die Zuverlässigkeit des/r Betreibers/in und die Erfüllung räumlicher, hygienischer, gesundheitlicher, sicherheitsbezogener und baulicher Mindestanforderungen voraussetzen, die regelmäßig überprüft werden sollen.⁵³ Bislang gibt es keine spezifische Regelung für die Zulassung von Prostitutionsstätten; Gewerbeanmeldungen wurden teils entgegen genommen, teils nicht, teils unter anderer Bezeichnung

49 Renzikowski ZRP 2014, 75 (77).

50 Vgl. djb, Stellungnahme vom 15.9.2014 (Fn. 45), S. 25.

51 So Renzikowski (Fn. 39), Rn. 60.

52 Vgl. djb, Stellungnahme vom 15.9.2014 (Fn. 45), S. 27.

53 Vgl. BMFSFJ (Fn. 16), S. 2-4.

entgegen genommen.⁵⁴ Es bestand damit auch „kein spezifisches präventives gewerbe rechtliches Kontrollregime“.⁵⁵ Eine gewerberechtliche Regulierung für den Betrieb einer Prostitutionsstätte ist deshalb sinnvoll. Sie ermöglicht, diese eindeutig rechtlich einzurichten, kann grundlegende Voraussetzungen für deren Betrieb regeln und ermöglicht deren behördliche Kontrolle.⁵⁶

Der BesD spricht sich für eine Anzeigepflicht für den Betrieb von Prostitutionsstätten aus, lehnt aber eine Erlaubnispflicht und Überwachungsrechte der Gewerbeämter ab, da es bislang noch keine offiziellen, gemeinsam mit der Branche erarbeiteten Arbeitsstandards gibt und befürchtet wird, dass Betriebe schließen müssen, in denen es aus Sicht der Prostituierten gute Arbeitsbedingungen gibt.⁵⁷ Hier kommt ein großes Misstrauen gegenüber rechtlicher Regulierung und behördlicher Praxis zum Ausdruck, das angesichts bisheriger Stigmatisierung der Prostituierten auch durch behördliche Praxen nachvollziehbar ist. Dennoch lassen sich die Rechte der Prostituierten und der Prostitution als Beruf rechtlich nur mit einer rechtlichen Regulierung anerkennen. Deren Wirksamkeit beruht auch auf staatlichen Kontrollen, etwa durch behördliche Kontrollbefugnisse oder durch richterliche Überprüfungen. Mit einer rechtlichen Regulierung ist zudem eine gewisse, seitens der Sexarbeiter/innen auch gewünschte, Normalisierung dieses Berufsfeldes verbunden. Eine Erlaubnispflicht, die die Kontrolle von Mindestbedingungen für den Betrieb von Prostitutionsstätten im Sinne der sexuellen Selbstbestimmung der Prostituierten ermöglicht, ist daher angemessen. Das Anliegen der Sexarbeiter/innen, in die Ausformung von Arbeitsstandards einbezogen zu werden, ist dennoch berechtigt, da diese Expert/innen für diese Tätigkeitsform sind. Es sollten daher unbedingt Möglichkeiten der Einbeziehung von Sexarbeiter/innen in die Ausformung von Arbeits- und Qualitätsstandards gefunden werden.⁵⁸

c) Verbot von Gewerben, die aufgrund ihres Betriebskonzepts das sexuelle Selbstbestimmungsrecht gefährden

Die Eckpunktepapiere des BMFSFJ und der CDU/CSU-Fraktion des Bundestages sehen vor, dass Prostitutionsgewerbe verboten werden können, wenn ihr Betriebskonzept das Selbstbestimmungsrecht der Prostituierten gefährdet, und dass menschenunwürdige Geschäftsmodelle verboten werden, als Beispiele werden Flatrate-Bordelle und Rape-Gang-Bang-Partys genannt. Seitens des BesD wird daran kritisiert, dass Betriebskonzepte nicht pauschal verboten werden sollten, da diese von einem Teil der Kolleginnen explizit bevorzugt würden.⁵⁹ In einer taz-Reportage zu einer Gang-Bang-Party in einer „Erlebnis-

54 Vgl. oben bei Fn. 7.

55 Gurlit GewArchiv 2008, 426 (430).

56 Vgl. djb, Stellungnahme vom 15.9.2014 (Fn. 45), S. 27-30; SoFFI K. (Fn. 2), S. 149; Gurlit GewArchiv 2008, 426 (430); vgl. auch Renzikowski GewArchiv 2008, 432 (434f.); Hunecke, NK 2001, 81 (81); Bundesrat BR-Drs. 314/10 (Beschluss), 2, und BR-Drs. 71/14 (Beschluss), S. 4; Runder Tisch Prostitution NRW, Abschlussbericht, 2014, http://www.mgepa.nrw.de/mediapool/pdf/emanzipation/frauen/RTP_Abschlussbericht.pdf (abgerufen am 2.3.2015), S. 38f.

57 Vgl. BesD, Stellungnahme zu den Eckpunkten eines ProstSchG v. 2.9.2014, <http://berufsverband-sexarbeit.de/stellungnahme-und-alternativ-vorschlaege-des-besd-zum-neuen-eckpunktepapier/> (abgerufen am 2.3.2015), S. 4, 6.

58 Vgl. BesD, Stellungnahme v. 2.9.2014 (Fn. 57), S. 7.

59 Vgl. BesD, Stellungnahme v. 2.9.2014 (Fn. 57), S. 6.

wohnung“ wurde berichtet, dass die Sexarbeiterin diese Form der Arbeit, bei der Frauen mit mehreren Männern nacheinander Sex haben und von anderen Männern beobachtet werden, bevorzugt, da sie ein Festgehalt verdient, aus sexuellen Handlungen aussteigen kann, wann sie möchte, und weil durch die beobachtenden Männer auch eine gewisse soziale Kontrolle besteht.⁶⁰ Wie aufgezeigt ist der Staat für die Sicherung der Bedingungen der Selbstständigkeit verantwortlich, ihn treffen insoweit Schutzpflichten aufgrund Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 und 3 Abs. 2 Satz 2 GG. Dies trägt grundsätzlich eine rechtliche Ermächtigungsgrundlage zum Verbot von Praktiken, die dem Selbstbestimmungsrecht der Prostituierten widersprechen. Fraglich ist allerdings, ob dies an bestimmten Bezeichnungen festgemacht werden kann oder ob dies jeweils konkret zu überprüfen ist. Ob ein Betriebskonzept dem sexuellen Selbstbestimmungsrecht widerspricht, bemisst sich daran, ob die Prostituierte frei darin ist zu entscheiden, wann sie mit wem sexuelle Handlungen vollzieht. Das macht sich an der konkreten Praxis fest, für die eine bestimmte Bezeichnung ein Indiz sein kann.⁶¹ Dem entspricht der Vorschlag des Deutschen Juristinnenbundes e.V. (djb), eine Erlaubnis nur zu erteilen, wenn gewährleistet ist, dass „die Sexarbeiter und Sexarbeiterinnen selbstständig und ohne Beeinträchtigung ihrer sexuellen Selbstbestimmung tätig sein können“.⁶² Dies würde die Beurteilung konkreter Praktiken ermöglichen. Dies schließt meines Erachtens auch nicht aus, Bezeichnungen zu untersagen, die auf eine Verletzung der Menschenwürde hindeuten, da damit die Erwartung von Freiern geweckt werden kann, machen zu können, was sie wollen.

d) Anmeldepflicht für alle Prostituierten

Heftig umstritten ist die geplante Anmeldepflicht für alle Prostituierten. Unklar ist, wo die Anmeldung erfolgen soll. Das Eckpunktepapier des BMFSFJ vom 14.8.14 spricht von der zuständigen Behörde, wobei die für die Ausführung des Gesetzes zuständigen Behörden durch die Länder bestimmt werden sollen.⁶³ Aufgrund der in Aussicht genommenen gewerberechtlichen Regulierung der Materie liegt eine Anmeldung bei den Gewerbeämtern nahe. Eine Einordnung als Gewerbe war für die Prostitution bis dahin zweifelhaft, da als Gewerbe i.S.d. GewO keine „sozial unwertigen“ Tätigkeiten anzusehen waren und Prostitution als sittenwidrig galt bzw. mit dem Prostitutionsgesetz nicht eindeutig rechtlich klar gestellt war, ob Prostitution sittenwidrig ist oder nicht.⁶⁴ Eine gewerberechtliche Regulierung würde die Prostitution als rechtlich erlaubte und geschützte Tätigkeit anerkennen. Sie würde zudem das „Polizeirecht bzw. prostitutionsspezifische Sonderordnungsrecht“ ersetzen und damit das Recht der legalen Prostitution „entpolizeilichen“.⁶⁵ Die Einordnung als Gewerbe wäre damit ein Schritt weg von der gesellschaftlichen Stigmatisierung der Prostitution Richtung Normalisierung.⁶⁶ Einige würden

60 Vgl. Oestreich, taz vom 29./30.11.2014, 22 f.; vgl. auch den Offenen Brief von Sexarbeiter/innen und Beratungsstellen in Bezug auf den Pussy Club Fellbach vom Juli 2009, http://www.hydra-berlin.de/fileadmin/users/main/pdf/Offener_Brief_Flatrate_2009.pdf (abgerufen am 25.2.2015), S. 1 f. und Runder Tisch NRW (Fn. 56), S. 31.

61 Vgl. auch Runder Tisch NRW (Fn. 56), S. 31.

62 djb, Stellungnahme vom 15.9.2014 (Fn. 45), S. 28.

63 Vgl. BMFSFJ (Fn. 16), S. 5.

64 Vgl. Gleß (Fn. 45), S. 117 f.; SoFFI K. (Fn. 2), S. 135 ff.

65 Gurlit, GewArchiv 2008, 426 (428).

66 Vgl. KOK e.V., Stellungnahme zur BMFSFJ-Anhörung am 12.6.2014 (Fn. 15, Panel 5), S. 6.

die Einordnung als freien Beruf bevorzugen, da es sich um eine höchstpersönliche Dienstleistung handelt.⁶⁷ Ein freier Beruf liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in der Abgrenzung zum Gewerbe aber nur vor, wenn es sich um „eine Dienstleistung höherer Art handelt, die eine höhere Bildung, d.h. grundsätzlich ein abgeschlossenes Hochschul- oder Fachhochschulstudium erfordert“.⁶⁸ Da die Tätigkeit in der Sexarbeit kein Studium voraussetzt (wenn auch eine Professionalisierung wünschenswert ist und es sich um eine in vielerlei Hinsicht anspruchsvolle Dienstleistung handelt), liegt eine Einordnung als Gewerbe näher.

Eine Anmeldepflicht für alle Prostituierten ist aber datenschutzrechtlich äußerst problematisch. Durch die Anmeldung würde das Datum der Tätigkeit in der Sexarbeit erhoben. Das ist ein Datum besonderer Art i.S.d § 3 Abs. 9 BDSG⁶⁹ und ein Datum i.S.d § 8 Abs. 1 der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie), da es das Sexualleben betrifft. Dem steht nicht entgegen, dass die Sexualität im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit betätigt wird. Ein vom bundesweiten Arbeitskreis gegen Menschenhandel e.V. (KOK e.V.) herausgegebener Praxisleitfaden zu den datenschutzrechtlichen Vorgaben des Europarechts in der Politik gegen Menschenhandel zeigt auf, dass der EGMR das Recht auf Achtung der Privatsphäre immer so ausgelegt hat, dass er Handlungen beruflicher und geschäftlicher Natur einschließt.⁷⁰ Dies leuchtet ein, da berufliche Handlungen auch den persönlichen Bereich betreffen, so dass eine Einordnung als Beruf die Einordnung bei der Sexualsphäre nicht ausschließt. Die Erhebung eines Datums über das Sexualleben ist gem. Art. 8 Abs. 4 RL 95/46/EG nur möglich, wenn vorbehaltlich angemessener Garantien ein wichtiges öffentliches Interesse im Wege einer nationalen Rechtsvorschrift Ausnahmen vorsieht. § 13 Abs. 2 BDSG stellt eine solche nationale Rechtsvorschrift dar. Demnach ist die Erhebung besonderer Arten personenbezogener Daten in richtlinienkonformer Auslegung grundsätzlich verboten.⁷¹ Ausnahmsweise darf gem. § 13 Abs 2 Nr. 1 BDSG ein solches Datum unter anderem dann erhoben werden, wenn eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder sie aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses zwingend erforderlich ist. Auch diese Rechtsvorschrift müsste den Anforderungen des Art. 8 Abs. 4 RL 95/46/EG genügen, also ein wichtiges öffentliches Interesse verfolgen und angemessene Garantien vorsehen. Der vom KOK e.V. herausgegebene Praxisleitfaden legt dar, dass ein niederländisches Gesetzesvorhaben zu einer Anmeldepflicht der Prostituierten vor allem der Regulierung der Prostitution und der Sexindustrie und der Erleichterung der Kontrolle und Durchsetzung der Gesetze diente.⁷² Ein solches allgemeines öffentliches Interesse, das bei der Regulierung einer Materie immer besteht, ist aber sicher kein wichtiges öffentliches Interesse i.S.d. Art. 8 Abs. 4 RL 95/46/EG, welches eine Erhebung

67 Vgl. bufas e.V., Stellungnahme zur BMFSFJ-Anhörung am 12.6.2014 (Fn. 15, Panel 3), S. 3; vgl. zu dieser Position im Bund-Länder-Ausschuss „Gewerberecht“ Gurlit GewArchiv 2008, S. 426 (427); SoFFI K. (Fn. 2), S. 143.

68 BVerwG NJW 2008, 1974 (1975 m. w. N.).

69 Vgl. zur Geltung bei Fehlen eines Landesdatenschutzgesetzes § 1 II BDSG.

70 Vgl. Roth u.a., Herausforderungen des Datenschutzes in der Politik gegen Menschenhandel, 2015, <http://www.kok-gegen-menschenhandel.de/kok-informiert/website-news/detailansicht-website-news/artikel/veroeffentlichung-dataact-herausforderungen-des-datenschutzes-in-der-politik-gegen-menschenhandel.html> (abgerufen am 2.3.2015), S. 43 ff. und 56 f. m. N.

71 Vgl. Heckmann, Taeger/Gabel-BDSG, 2. Aufl. 2013, § 13 Rn. 36; Simitis, Simitis-BDSG, 8. Aufl. 2014, § 13 Rn. 34.

72 Vgl. Roth u.a. (Fn. 70), S. 59.

von Daten besonderer Art ermöglicht. Ein solches wichtiges öffentliches Interesse besteht aber in der Bekämpfung von Menschenhandel und Zwangsprostitution, es wird zudem durch die Schutzpflichten des Staates aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2 Satz GG gestützt. Die Erhebung des Datums müsste (auch vor dem Hintergrund eines Eingriffs in das informationelle Selbstbestimmungsrecht gem. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) geeignet, zwingend erforderlich und verhältnismäßig sein, um die Bekämpfung von Menschenhandel und Zwangsprostitution zu ermöglichen oder zu verbessern. An der Eignung der Anmeldepflicht bestehen Zweifel, weil eine Prostituierte auch gezwungen werden kann, sich anzumelden, also jede/r Menschenhändler/in „seine/ihr“ Prostituierte einfach zur Anmeldung schicken kann.⁷³ So sollen in Wien nahezu alle Opfer von Menschenhandel in den letzten Jahren registriert gewesen sein.⁷⁴ Allerdings würde sie eine bessere Kontrolle der Prostitution in Bezug auf Menschenhandel durch die Kontrolle von Wanderungsströmen ermöglichen, da Zuhälter und Menschenhändler die häufigen Ortswechsel von Prostituierten auch nutzen, um das Risiko ihrer Entdeckung zu minimieren. Eine Anmeldepflicht würde es erleichtern, mögliche Opfer von Menschenhandel wieder aufzufinden.⁷⁵ Zudem kämen Prostituierte zumindest einmal in einem Erstkontakt mit deutschen Behörden in Berührung, so dass eine Hemmschwelle zur Kontaktaufnahme bei Menschenhandelsopfern abgebaut werden könnte.⁷⁶ Die Anmeldepflicht erscheint so als geeignet, Menschenhandel zu bekämpfen. Soweit ersichtlich, werden auch keine gleich geeigneten, mildernden Mittel zur Bekämpfung des Menschenhandels diskutiert, so dass die Anmeldepflicht erforderlich sein dürfte. Allerdings müsste die Erhebung des Datums auch verhältnismäßig sein und es müsste angemessen gegen Missbrauch geschützt werden. Eine Anmeldepflicht schützt die Rechte derjenigen, die sich unter Zwang prostituieren müssen. Sie ist aber nicht im Interesse derjenigen, die der Prostitution freiwillig jenseits krimineller Milieus in Ausübung ihrer Rechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, 2 GG nachgehen. Die Tätigkeit in der Prostitution ist noch immer gesellschaftlich stigmatisiert, viele Prostituierte arbeiten deshalb unter Pseudonym und halten ihre Tätigkeit im persönlichen Umfeld geheim.⁷⁷ Eine allgemeine Anmeldepflicht kann das Bekanntwerden einer Prostitutionstätigkeit und damit gesellschaftliche Stigmatisierung fördern⁷⁸ und ist insofern unzumutbar. Erst recht wäre eine Anmeldung bei der Polizei unzumutbar, wie sie manchen vorschwebt.⁷⁹ Denn dies wäre zusätzlich stigmatisierend, da Prostituierte dann die einzige Berufsgruppe wären, die sich bei der Polizei anmelden muss. Die Anmeldepflicht könnte daher nur zulässig sein, wenn besondere Vorkehrungen zum Schutz des Datums vor Missbrauch getroffen würden. Ob dies selbst bei strengen Verwendungs- und Weitergabebeschränkungen gelingen kann, ist

73 Vgl. offener Brief des djb u.a. Organisationen v. 27.1.2015, http://www.djb.de/Kom/K4/st15_02/ (abgerufen am 2.3.2015); BesD, Stellungnahme v. 2.9.2014 (Fn. 57), S. 2.

74 Vgl. BesD, Stellungnahme v. 5.2.2015, <http://berufsverband-sexarbeit.de/schutz-schirm-zwang-und-gaengelung/> (abgerufen am 2.3.2015).

75 Vgl. Renzikowski (Fn. 39), Rn. 104, vgl. auch Rn. 94; ders., Stellungnahme zur BMFSFJ-Anhörung am 12.6.2014 (Fn. 15, Panel 4), S. 8; vgl. auch die dort dokumentierten Stellungnahmen von KHK Steiner (S. 9 ff.); KD Moritz (S. 4 f.).

76 Vgl. BMFSFJ (Fn. 16), S. 5.

77 Vgl. BesD, Stellungnahmen v. 2.9.2014 (Fn. 57), S. 2, und vom 5.2.2015 (Fn. 74); KOK e.V. (Fn. 66), S. 6.

78 Vgl. djb u.a. Organisationen (Fn. 73).

79 Vgl. EMMA Nr. 2/2015, S. 37.

zweifelhaft. Solche Beschränkungen dürften zudem die Nutzbarmachung der Daten zur Bekämpfung des Menschenhandels und der Zwangsprostitution ausschließen.⁸⁰ Wenn dieses Ziel allerdings nicht erreicht werden kann, ist die Erhebung dieses Datums besonderer Art unzulässig. Es ist daher höchst zweifelhaft, ob eine Anmeldepflicht für alle Prostituierten datenschutzrechtlich angemessen geregelt werden kann.

e) Pflicht zur ärztlichen Gesundheitsberatung

Gut ist, dass es eine Pflicht zur regelmäßigen ärztlichen Gesundheitsuntersuchung nicht wieder geben wird. Aufgrund von Ausführungsbestimmungen des GeschlKrG mussten sich Prostituierte bis 2000 regelmäßig gynäkologisch untersuchen lassen (das amtsärztliche Zeugnis darüber wurde „Bockschein“ genannt). Diese Pflicht zur regelmäßigen Gesundheitsuntersuchung wurde durch die Abschaffung des GeschlKrG durch das IfSG aufgehoben, das in § 19 Abs. 1 auf Hilfsangebote durch die Gesundheitsämter setzt, die freiwillig in Anspruch genommen werden können und die bei Personen mit erhöhter Ansteckungsgefahr auch aufsuchend angeboten werden soll. Eine Pflicht zur Gesundheitsuntersuchung hätte einen erheblichen Eingriff in das Recht auf Selbstbestimmung über den eigenen Körper gem. Art. 2 Abs. 2 GG dargestellt. Sie hätte die Verantwortung für die Gesundheitsvorsorge einseitig den Prostituierten zugeschoben, obwohl eher die Freier an sexuellen Handlungen ohne Kondom interessiert sein dürften,⁸¹ und sie hätte verantwortungsloses Freiverhalten fördern können, wenn Freier besondere Schutzmaßnahmen nicht für nötig halten, weil die Prostituierte regelmäßig untersucht wird und für gesund gehalten wird.⁸² Der Bundesverband der Ärztinnen und Ärzte des Öffentlichen Gesundheitsdienstes e.V. (BVÖGD) und der Deutsche AIDS-Hilfe e.V. gehen zudem davon aus, dass sich der Ansatz Aufklärung statt Zwang und Förderung der Eigenverantwortlichkeit für die Prävention als weitaus förderlicher erwiesen hat.⁸³ Da freiwillige Prävention ein mildereres Mittel ist, das zudem als wirksamer eingeschätzt wird, wäre ein Pflicht zur Gesundheitsuntersuchung nicht erforderlich.⁸⁴ Allerdings könnte eine Pflicht zur regelmäßigen Gesundheitsberatung, wie sie die Einigung innerhalb der Koalition im Blick hat, geeignet und erforderlich sein, Sexarbeiter/innen vor sexuell übertragbaren Krankheiten zu schützen, da diese beraten, also in eigenverantwortlichem Handeln unterstützt werden sollen. Menschen sind aber vor allem dann für Beratung offen, wenn sie sich freiwillig dafür entscheiden.⁸⁵ Eine vermehrte Beratung von Prostituierten unter 21 Jahren ist sinnvoll, weil dieser Personenkreis verletzlicher ist. Fraglich ist aber, ob die Prostituierten unter 21 Jahren wirklich erreicht werden, da sie gerade zu Beginn ihrer Tätigkeit lieber illegal arbeiten.⁸⁶ Freiwillige Angebote zur Gesundheitsberatung sind daher

80 Vgl. djb, Stellungnahme vom 15.9.2014 (Fn. 45), S. 32.

81 Vgl. zur früheren Praxis djb (Fn. 45), S. 31 f.

82 Vgl. djb u.a. Organisationen (Fn. 73); vgl. auch Bundesrat, BR-Drs. 71/14 (Beschluss), S. 5.

83 Vgl. Stellungnahmen zur BMFSFJ-Anhörung am 12.6.2014 (Fn. 15, Panel 7): Deutsche AIDS-Hilfe e.V., S. 5 f.; BVÖDG S. 5 f.; vgl. auch Bundesrat, BR-Drs. 71/14 (Beschluss), S. 5.

84 Vgl. auch BVÖGD (Fn. 83), S. 5.

85 Vgl. Pressemitteilung der Deutsche AIDS-Hilfe e.V. v. 5.2.2015, <http://www.aidshilfe.de/de/aktuelles/meldungen/deutsche-aids-hilfe-verschaerfung-des-prostitutionsgesetzes-wird-schaden-statt-s.> (abgerufen am 2.3.2015); vgl. auch Stellungnahme bufas e.V. v. 3.3.2015, http://www.bufas.net/DO_KUMENTE/StellungnahmeEckpunkteProstG.pdf (abgerufen am 2.3.2015), S. 2.

86 Vgl. Deutsche AIDS-Hilfe e.V. (Fn. 85).

besser geeignete und mildere Mittel zum Schutz der Gesundheit von Prostituierten gegenüber einer Beratungspflicht. Zudem scheint eine gesetzliche Pflicht zur Beratung vor allem staatlicher Kontrolle zu dienen. Wenn es wirklich um Unterstützung für die Betroffenen geht, sollte das Netz von Fachberatungsstellen, die niedrigschwellige, anonyme und freiwillige medizinische Beratung und Untersuchung anbieten, ausgebaut und deren Tätigkeit finanziell abgesichert werden.⁸⁷

f) Keine Schutzzaltersgrenze von 21 Jahren zur Ausübung der Prostitution

Zu begrüßen ist, dass es keine Schutzzaltersgrenze von 21 Jahren zur Ausübung der Prostitution geben wird. Gegen diese Schutzzaltersgrenze wurde eingewendet, dass kein Grund ersichtlich ist, warum in diesem Fall eine Person erst ab 21 Jahren als entscheidungsfähig angesehen werden soll, obwohl die Rechtsordnung die Mündigkeit zur Entscheidung in den eigenen Angelegenheiten generell mit 18 Jahren annimmt.⁸⁸ Die Rechtsordnung kennt aber neben der Altersgrenze von 18 Jahren durchaus die Altersgrenze von 21 Jahren zur Berücksichtigung unterschiedlicher Reifegrade. So gilt im Jugendstrafrecht als Heranwachsender, wer zur Zeit der Tat 18, aber noch nicht 21 Jahre alt ist (§ 1 Abs. 2 JGG). Doch auch wenn es über 18- und unter 21jährige in der Sexarbeit gibt, die sich nicht mit der gleichen inneren Festigkeit und Rationalität für die Prostitution entscheiden wie erfahrenere Menschen, wäre eine Schutzzaltersgrenze kontraproduktiv. Denn es könnte Sexarbeit unter 21jähriger nicht komplett verhindern, insbesondere wenn sie dringend finanzielle Einnahmen brauchen.⁸⁹ Diese würden zudem in die Illegalität gedrängt, was deren Vulnerabilität verstärken und teilnehmende Unterstützung erschweren würde, da sich illegalisierte Personen aus Angst, überführt zu werden, im Notfall nicht mehr an Behörden oder Beratungsstellen wenden würden.⁹⁰ Der Zweck, Heranwachsende vor den Gefahren der Prostitution zu schützen, würde so in sein Gegenteil verkehrt.

g) Kondompflicht

In der Einführung einer Kondompflicht könnte die Wahrnehmung der staatlichen Schutzzpflichten gem. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG liegen. Sicher gibt es Sexarbeiter/innen, die souverän genug sind, eigenverantwortlich zu entscheiden, ob und welche Maßnahmen sie zur Verhinderung sexuell übertragbarer Krankheiten anwenden. Allerdings müssen hier in die Abwägung auch die Interessen derjenigen einfließen, die aus finanzieller Not, emotionaler Abhängigkeit oder anderen Zwängen heraus im Freierkontakt nicht auf dem Benutzen eines Kondoms bestehen. Solche Prostituierte könnten aufgrund einer

87 Vgl. bufas e.V. (Fn. 85).

88 Vgl. djb u.a. Organisationen (Fn. 73); vgl. auch Deutscher Frauenrat, Stellungnahme zur BMFSFJ-Anhörung am 12.6.2014 (Fn. 15, Panel 8), S. 2 f.

89 Vgl. BesD, Stellungnahme v. 2.9.2014 (Fn. 57), S. 9; bufas e.V., Stellungnahme zur BMFSFJ-Anhörung am 12.6.2014 (Fn. 15, Panel 3), S. 4.

90 Vgl. djb u.a. Organisationen (Fn. 73); vgl. auch Pressemitteilung KOK e.V. vom 28.1.2015, <http://www.kok-gegen-menschenhandel.de/kok-informiert/website-news/detaillansicht-website-news/artikel/pressemitteilung-des-kok-zum-offenen-brief-verschiedener-organisationen-zum-geplanten-prostituieren.html> (abgerufen am 2.3.2015); bufas e.V., Stellungnahme zur BMFSFJ-Anhörung am 12.6.2014 (Fn. 15, Panel 3), S. 4.; Deutscher Frauenrat, Stellungnahme zur BMFSFJ-Anhörung am 12.6.2014 (Fn. 15, Panel 8), S. 3.

gesetzlichen Kondompflicht leichter auf der Benutzung eines Kondoms beharren. Die Einführung einer Kondompflicht erscheint insofern als geeignet, um die Gesundheit von Prostituierten zu schützen. Allerdings wäre die Einhaltung dieser Pflicht kaum kontrollierbar, da der eigentliche sexuelle Akt kontrolliert werden müsste, dies aber unzumutbar wäre.⁹¹ Zu begrüßen ist, dass für die Nichteinhaltung der Kondompflicht lediglich die Freier sanktioniert werden sollen.⁹² Sonst würde die Gefahr bestehen, dass die Verantwortung einseitig den Prostituierten zugeschoben würde. Dies wäre unangemessen, da es dem traditionellen Muster der Stigmatisierung der Prostituierten entsprechen würde, obwohl vor allem Freier auf der Nichtbenutzung von Kondomen bestehen.⁹³ Wichtig ist aber vor allem, Prävention durch Aufklärung gegenüber Prostituierten und Freiern zu fördern, wie es der Deutsche AIDS-Hilfe e.V. unter Berufung auf die „jahrezehtelange Erfahrung von Aidshilfen, Beratungseinrichtungen und Gesundheitsämtern“ fordert.⁹⁴ Demnach sollten Prostituierte im Hinblick auf den Gesundheitsschutz professionalisiert und ihre Handlungskompetenzen im Umgang mit Freiern gestärkt werden, da diese letztlich die Benutzung des Kondoms gegenüber Kunden durchsetzen müssen.⁹⁵ Zudem sind offenbar bereits gute Erfahrung mit Peer-to-Peer-Projekten (Prostituierte beraten Prostituierte) gemacht worden, die gefördert werden sollten.⁹⁶ Diese Lösungen würden eigenverantwortliches Handeln von Grund auf fördern.

4. Fazit

Es ist nicht zu erwarten, dass die Reform des Rechts der Prostitution dieses außerordentlich komplexe Feld „durchreguliert“. Denn für einige der im Vorfeld diskutierten Fragen ist eine Regelung nach den Eckpunkten nicht vorgesehen, etwa bezüglich der Straßenprostitution (abgesehen vom Beibehalten der Regelungen zu Sperrgebieten).⁹⁷ Auch hinsichtlich strafrechtlicher Regelungen zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung der freiwilligen Prostituierten bleiben die Eckpunkte des BMFSFJ vage.⁹⁸ Nicht zuletzt wird diese Reform neue Fragen und Probleme aufwerfen. Dennoch kann der Gesetzesentwurf, für dessen Erarbeitung viele Perspektiven berücksichtigt wurden, wie die Anhörung des BMFSFJ am 12.6.2014 zeigt, mit Spannung erwartet werden. Denn die Reform des Rechts der Prostitution wird ein wichtiger Schritt hin zur weiteren Legalisierung der freiwilligen Prostitution und damit zur Anerkennung der Rechte der Prostituierten sein, auch wenn über die Regelungen im Detail gestritten werden kann und sollte.

91 Vgl. djb, Stellungnahme vom 15.9.2014 (Fn. 45), S. 32 f.

92 Vgl. Papier des BMFSFJ zur Vereinbarung der Koalitionsfraktionen (Fn. 1).

93 Vgl. Deutsche AIDS-Hilfe e.V. (Fn. 85). Auf diese Weise stigmatisierend ist auch ein behördliches Vorgehen, wie es in Bayern (wo landesrechtlich eine Kondompflicht gilt) praktiziert werden soll: Dort sollen Polizisten als Scheinfreier auftreten und versuchen, Prostituierte zum Verkehr ohne Kondom zu überreden, um Verstöße zu sanktionieren (vgl. BesD, Fn. 56, S. 10).

94 Deutsche AIDS-Hilfe e.V. (Fn. 85).

95 Vgl. Deutsche AIDS-Hilfe e.V., Stellungnahme in der BMFSFJ-Anhörung am 12.6.2014 (Fn. 15, Panel 7) S. 6.

96 BesD, Stellungnahme v. 2.9.2014 (Fn. 57), S. 10. Hier wird auf das Peer-Projekt von Hydra e.V. hingewiesen, vgl. http://www.hydra-berlin.de/beratungsstelle/peer_workshops/ (abgerufen am 2.3.2015).

97 Vgl. KHK Steiner, Stellungnahme in der BMFSFJ-Anhörung am 12.6.2014 (Fn. 15, Panel 4, S. 2), Runder Tisch NRW (Fn. 56), S. 45 f.

98 Vgl. BMFSFJ (Fn. 16), S. 6.