

Prostitution in der Schweiz: eine kritisch-feministische Würdigung der Rechtslage nach Catharine A. MacKinnon

Das Schwedische Modell als Alternative?

Anna Camozzi

Die Autorin setzt sich im vorliegenden Beitrag mit der Frage auseinander, ob die in der Bundesverfassung verankerte Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) noch genügen, um die Legalität der Prostitution in der Schweiz zu rechtfertigen. Als Alternative zum Umgang mit der Prostitution in der Schweiz wird das Schwedische Modell mit einem Verbot von Sexarbeit in Betracht gezogen. Die Autorin erörtert die schweizerische Rechtslage aus dem kritisch-feministischen Standpunkt von Catharine A. MacKinnon, welche sich massgebend an der Entwicklung des Schwedischen Modells beteiligt hat.

1 Einleitung

«Wenn du mit einem Unbekannten schläfst, weil du am Sonntag 400 Franken Miete bezahlen, deinem Kind Geld schicken und Essen kaufen musst, das ist die Hölle. Ich frage mich, warum die Schweizer Regierung so etwas erlaubt.»¹

Dieses Zitat stammt aus der im Jahr 2020 erschienenen Reportage von ALINE WÜST «Piff, Paff, Puff: Prostitution in der Schweiz». ALINE WÜST, eine Schweizer Journalistin, recherchierte zwei Jahre lang im Rotlichtmilieu und unterhielt sich mit Prostituierten über deren Leben und Erfahrungen im Sexgewerbe.²

Trotz den Enthüllungen von ALINE WÜST darf Prostitution in der Schweiz legal ausgeübt werden und wird mit einer gewissen Selbstverständlichkeit als der «älteste Beruf der Welt» bezeichnet.³ Vor diesem Hintergrund möchte der vorliegende Beitrag die Grundrechtskonformität der Prostitution in der Schweiz hinterfragen: Können die in der Bundesverfassung verankerte Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) die legale Existenz von Prostitution, so wie wir sie in der Schweiz

1 WÜST ALINE, Piff, Paff, Puff: Prostitution in der Schweiz, Basel 2020, S. 74.

2 LÖTSCHER GIULIA, Interview mit Aline Wüst: «Ich habe Abend für Abend im Puff verbracht», in: SRF Virus, aktualisiert am 17. August 2020.

3 Eine Verordnung für das älteste Gewerbe, in: NZZ.ch vom 14. Dezember 2012.

kennen, überhaupt noch legitimieren? Als Alternative wird das Schwedische Modell über das Verbot von Sexarbeit (nachfolgend: Schwedisches Modell) in Betracht gezogen, welches Prostitution als Gewalt gegen Frauen anerkennt. Das Schwedische Modell wurde im Jahr 1999 eingeführt. Dessen zugrunde liegende Auffassung war, dass Prostitution ein geschlechterspezifisches Problem ist, demnach Gewalt gegen Frauen darstellt, und dass der Menschenhandel dadurch gefördert wird.⁴

Der vorliegende Beitrag besteht aus sechs Teilen. Einleitend wird die Ausgangslage der Prostitution in der Schweiz analysiert (Kapitel 2), gefolgt von einer Darstellung des Inhalts und der Ziele des Schwedischen Modells aus dem Standpunkt der schwedischen Regierung (Kapitel 3). Anschliessend wird der von CATHARINE A. MACKINNON geprägte kritisch-feministische Diskurs zur Prostitution eingehend erläutert.⁵ MACKINNON ist eine US-amerikanische Feministin und Professorin für Rechtswissenschaften, die in den USA Pionierarbeit bei der Entwicklung der Idee leistete, Fälle von sexueller Belästigung als eine Form von Geschlechterdiskriminierung anzuerkennen.⁶ In Kapitel 4 soll ferner auf die Rechtslage der Prostitution in der Schweiz, insbesondere auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie auf die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), eingegangen werden. Abschliessend werden die existierenden Rahmenbedingungen in der Schweiz diskutiert und die verfassungsrechtlichen Herausforderungen aufgezeigt, die bei einer Implementierung des Schwedischen Modells zu berücksichtigen wären (Kapitel 5). Der Beitrag endet mit einem Gesamtfazit zur Rechtslage in der Schweiz und zur Notwendigkeit einer Verfassungsänderung (Kapitel 6).

Unter Prostitution und Sexarbeit wird vorliegend «das gelegentliche oder gewerbmässige Anbieten und Preisgeben des eigenen Körpers an beliebige Personen zu deren sexueller Befriedigung gegen eine Vergütung» im Sinne der Botschaft zum schweizerischen Sexualstrafrecht verstanden.⁷ Die Verwendung beider Begriffe erfolgt synonym und nicht aufgrund einer wertenden Motivation. Der Fokus liegt zudem explizit auf der weiblichen Prostitution, auch wenn selbstverständlich anerkannt wird, dass Männer sowie transsexuelle Personen ebenfalls Sexarbeit leisten.

-
- 4 Vgl. Government of Sweden, The Ban against the Purchase of Sexual Services, An Evaluation 1999–2008, in: Swedish Government Report SOU 2010/49, S. 29 ff.; vgl. Lag om förbud mot köp av sexuella tjänster (Svensk författningssamling [SFS] 1998:408).
 - 5 Mit ihrer Ansicht, dass Prostitution auf die Ungleichheit der Geschlechter zurückzuführen ist und Gewalt gegen Frauen darstellt, hat sie das Schwedische Modell bedeutend mitgeprägt. Auch wenn der Diskurs zur Sexarbeit von zahlreichen anderen Feministinnen mitgestaltet wurde, wie zum Beispiel ANDREA DWORKIN, KATHLEEN BARRY, SANDRA HOTZ, ULRIKE LEMBKE, wird vorliegend die Ansicht von MACKINNON schwerpunktmässig behandelt.
 - 6 MACKINNON CATHARINE A., *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven and London 1979; BELLAFANTE GINIA, *Before #MeToo, There Was Catharine A. MacKinnon and Her Book 'Sexual Harassment of Working Women'*, in: *The New York Times* vom 19. März 2018.
 - 7 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1009, S. 1082 f.

2 Die Schweiz in puncto Sexarbeit

Prostitution ist in der Schweiz sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrage-seite eine rechtmässige Tätigkeit. M. a. W. darf Prostitution schweizweit legal ausgeübt sowie legal von anderen Personen in Anspruch genommen werden, sofern die nötigen Bewilligungen nach dem Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG)⁸ vorliegen.⁹ Aus verfassungsrechtlicher Sicht steht die Tätigkeit Prostituerter unter dem grundrechtlichen Schutz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV, was vom Bundesgericht im Jahr 2021 erneut bestätigt wurde.¹⁰ Weiter ist der Verkauf von sexuellen Dienstleistungen Ausdruck des sexuellen Selbstbestimmungsrechts und wird daher auch durch das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) geschützt.¹¹

2.1 Ambivalenz der Schweizer Rechtsordnung

Trotz der grundsätzlichen Legalität der Prostitution in der Schweiz galten Vereinbarungen über sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt bis ins Jahr 2021 als sittenwidrig und waren nach Art. 20 Abs. 1 OR nichtig.¹² Infolgedessen blieb Prostituierten das erfolgreiche Einklagen eines nicht bezahlten «Dirnenlohns» verwehrt, was eine erhebliche Rechtsunsicherheit für die betroffenen Personen zur Folge hatte.¹³

Das Bundesgericht entschied erst im Jahr 2021, dass Prostitution keine sittenwidrige Tätigkeit mehr darstellt (BGE 147 IV 73).¹⁴ Davor war die Rechtslage insofern zwiespältig, als der Lohn aus der Prostitutionstätigkeit zwar vom sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit gedeckt war, vertragsrechtlich aber nicht eingeklagt werden konnte. Ob die rechtlich und gesellschaftlich tief verankerte, jahrzehntelange Ambivalenz «des sittenwidrigen Dirnenlohns» gänzlich beseitigt ist, mag jedoch bezweifelt werden.¹⁵

8 Z. B. Art. 11 des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2006 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration; vgl. auch Art. 117 AIG.

9 BGE 101 Ia 473 E. 2 S. 476; zum Ganzen: SPIESS FLAVIA, Prostitutionsverwaltung: Eine Analyse bestehender öffentlich-rechtlicher Mess- und Lenkungsinstrumente im Kanton Basel-Stadt in Bezug auf ihre Tauglichkeit zur Erreichung prostitutionsspezifischer Ziele und Überlegungen zu alternativen Regulierungsmechanismen, Diss. Basel 2018, S. 24.

10 Siehe zum Ganzen: BGE 147 IV 73; vgl. unten Kapitel 4.2.2.

11 Vgl. BGE 99 Ia 504 E. 3 S. 509.

12 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht); vgl. BGE 129 III 604 E. 5.3 S. 617; vgl. auch BGE 111 II 295 E. 2e S. 301; vgl. weiter BGE 101 Ia 473 E. 2b S. 476.

13 Vgl. HÜRLIMANN BRIGITTE, Prostitution, Ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Diss. Freiburg 2004, S. 29; vgl. REICHLÉ SEBASTIAN/SCHISTER ROMAN, Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags?, in: *ex ante* 2017/2, S. 19 ff., S. 22.

14 BGE 147 IV 73 E. 4.2. S. 82 f. und E. 5.2 S. 86. Auf den Entscheid BGE 147 IV 73 des Bundesgerichts wird in Kapitel 4.2.2 eingegangen.

15 Siehe unten Kapitel 4.2.2.

2.2 Polarisierter politischer Diskurs in der Schweiz

Der politische Diskurs bezüglich der Handhabung der Prostitution in der Schweiz bleibt polarisiert, wobei grundsätzlich zwei unterschiedliche Positionen vertreten werden. Zum einen wird die Prostitution als Arbeit verstanden, die u. U. selbstbestimmt ausgewählt und ausgeübt werden kann.¹⁶ Zum anderen stellt Prostitution bezahlte sexualisierte Gewalt dar.¹⁷ Letztere Auffassung geht davon aus, dass das Leben der betroffenen Personen meistens seit der Kindheit von Armut und Gewalt geprägt ist und der «Arbeitsalltag» von Prostituierten oftmals durch den Konsum von Alkohol und Drogen bewältigt wird. Entsprechend zeigt eine vertiefte Analyse der Situation von Sexarbeiterinnen auf, dass deren Autonomie bei der Ausübung ihrer Arbeit stark kompromittiert ist.¹⁸ Es handelt sich in beiden Fällen um kritisch-feministische Positionen, welche die weibliche Selbstbestimmung nicht absolut definieren, sondern diese in einem spezifischen Kontext kritisch hinterfragen.¹⁹

CATHARINE A. MACKINNON versteht die Existenz von Prostitution als eine Form von Gewalt (gegen Frauen), zu der sich die betroffene Person nicht freiwillig entscheidet. Im folgenden Kapitel soll das von MACKINNON geprägte Schwedische Modell für Prostitution dargelegt und sein Ursprung erklärt sowie MACKINNONs Ansatz zur Prostitution erläutert werden.

3 Rechtslage in Schweden

3.1 Verankerung des Schwedischen Modells im Sexualstrafrecht

Unter dem Schwedischen Modell versteht man das von Schweden als weltweit erstes Land gewählte Rechtssystem zum Umgang mit der Prostitution in Bezug auf die Kriminalisierung einzig der Nachfrage, d. h. des Kaufs sexueller Dienstleistungen.²⁰ Das Verbot wurde im Jahr 1999 in Form eines Sexkaufgesetzes eingeführt («Sex Purchase Act»). Es handelte sich zunächst um eine eigenständige strafrechtliche Gesetzesgrundlage. Im Rahmen einer Sexualstrafrechtsreform wurde der bisherige Erlass im Jahre 2005 ausser Kraft gesetzt und stattdessen als Bestimmung in das bestehende Strafgesetzbuch

16 Siehe FIZ Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration, *Sexarbeit ist Arbeit: Eine FIZ-Bildungsmappe für Schülerinnen und Schüler*, Zürich 2019; siehe dazu HOTZ SANDRA/LÜDI MERET, *Vertraglich vereinbarter Sex gegen Entgelt ist nicht sittenwidrig*, in: *sui generis* 2021, S. 283 ff., S. 291; vgl. weiter HÜRLIMANN (Fn. 13), S. 8 f., S. 11 und S. 239.

17 Vgl. dazu LE BRETON MARITZA, *Sexarbeit als transnationale Zone der Prekarität, Migrierende Sexarbeiterinnen im Spannungsfeld von Gewalterfahrungen und Handlungsoptionen* (Diss. Zürich Wiesbaden 2011), S. 237; vgl. weiter WÜST, in: LÖTSCHER GIULIA (Fn. 2).

18 Vgl. Frauenzentrale Zürich, *Thema Prostitution: Für eine Schweiz ohne Freier*, in: *Bulletin* 2018/1.

19 HOTZ SANDRA, *Selbstbestimmung im Vertragsrecht – Unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung*, Bern 2018, S. 506.

20 Government of Sweden (Fn. 4), S. 29.

integriert.²¹ Diese lautet heute wie folgt: «Des Kaufs sexueller Dienstleistungen» macht sich gemäss Kap. 6 Abs. 11 schuldig, wer «gelegentliche sexuelle Beziehungen gegen Entgelt eingeht, [...]».²²

3.2 Inhalt und Ziel des Schwedischen Modells

Im Fokus der langen politischen Debatten, die dem Schwedischen Modell vorausgingen, standen die Themen Geschlecht und Macht. Betont wurde darüber hinaus der Zusammenhang zwischen Prostitution und sozialen Problemen, sozialer Ungleichheit und einer Kommerzialisierung menschlicher Beziehungen.²³

Ziel des ausser Kraft getretenen Sexkaufgesetzes war die Bekämpfung der Prostitution: Letztere wurde sowohl für die direkt Betroffenen als auch für die Gesellschaft insgesamt als schädlich angesehen.²⁴ In diesem Sinne wurde das Sexkaufgesetz als Teil einer Regierungsvorlage zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen erlassen.²⁵

Konkret besteht das Schwedische Modell in der Kriminalisierung aller am Kauf von Sexdienstleistungen beteiligten Personen, d. h. der Käufer/innen und solcher, die Zuhälterei und Menschenhandel betreiben. Prostituierte sollen hingegen nicht bestraft werden.²⁶ Mit diesem Modell wird langfristig die Abschaffung der Prostitution beabsichtigt.²⁷ Begründet wird dieses Ziel u. a. mit der Annahme, dass eine Kausalität zwischen Prostitution und Menschenhandel besteht.²⁸

Indem nur diejenigen bestraft werden können, die Prostitutionsdienstleistungen kaufen, nicht hingegen Personen, die sie anbieten, soll erstens das Stigma auf die Käufer/innen verschoben werden.²⁹ Weiter soll das Schwedische Modell Prostituierte dazu bewegen, das Gewerbe zu verlassen, ohne dabei strafrechtliche Konsequenzen fürchten zu müssen. Finanzielle und andere staatliche Dienstleistungen, wie beispielsweise Berufsausbildungsangebote, sollen ihnen als Unterstützung dienen.³⁰

Das Schwedische Strafrecht, einschliesslich des Verbots, sexuelle Dienstleistungen zu kaufen, ist an alle Personen – unabhängig vom Geschlecht – gerichtet.³¹ Als Hauptproblem wird aber die deutlich überwiegende männliche Nachfrage nach weiblicher Prosti-

21 Vgl. Lag om ändring i brottsbalken (Svensk författningssamling [SFS] 2005:90); Government of Sweden (Fn. 4), S. 29; CONERY BENJAMIN, Prostitution: The Role of Trafficking and the Swedish Model, in: Cornell International Law Journal Online 2013/1, S. 5 ff., S. 5.

22 6 Kap. 11 Brottsbalk.

23 HOLMSTRÖM CHARLOTTA/SKILBREI MAY-LEN, The Swedish Sex Purchase Act: Where Does it Stand?, in: Oslo Law Review 2017/4, S. 82 ff., S. 83.

24 HOLMSTRÖM/SKILBREI (Fn. 23), S. 83.

25 HOLMSTRÖM/SKILBREI (Fn. 23), S. 83.

26 Government of Sweden (Fn. 4), S. 29 f.

27 Government of Sweden (Fn. 4), S. 33.

28 EKBERG GUNILLA, The Swedish Law that Prohibits the Purchase of Sexual Services: Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Beings, in: Violence Against Women 2004/10, S. 1187 ff., S. 1189.

29 Vgl. MACKINNON CATHARINE A., Trafficking, Prostitution and Inequality, in: Harvard Civil Rights/Civil Liberties Law Review 2011/46, S. 271 ff., S. 32.

30 EKBERG GUNILLA (Fn. 28), S. 1192; vgl. MACKINNON, Trafficking (Fn. 29), S. 5.

31 EKBERG GUNILLA (Fn. 28), S. 1191.

tution verstanden. Basierend auf dieser Annahme hat Schweden die Existenz der Prostitution als eine Verletzung der Geschlechtergleichheit und als Gewalt gegen weibliche Personen identifiziert.³² Dieser Gedanke findet seinen Ursprung bei MACKINNON, und zwar im Kontext der Pornografie.³³ Die Rolle der Pornografie sowie der Zusammenhang mit der Geschlechterungleichheit im Rahmen der Prostitution sollen im folgenden Unterkapitel diskutiert werden.

3.3 MACKINNONS «Antipornography Law» als Grundlage für das Schwedische Modell

Die Grundauffassung eines von MACKINNON erarbeiteten Entwurfs³⁴ eines Gesetzes gegen Pornografie, nämlich dass Pornografie sexualisierte Gewalt darstellt, markierte den Anfang des Schwedischen Modells.³⁵ Im Jahr 1997 publizierte MACKINNON «The Pornography Civil Rights Hearings», eine Sammlung von Opferanhörungen, die als Beweismaterial für die omnipräsente Gewalt innerhalb der Pornoindustrie diente.³⁶ In diesem Zusammenhang formulierte MACKINNON Vorschläge für lokale Verordnungen in Minneapolis, im US-Bundesstaat Minnesota, die Pornografie als Bürgerrechtsverletzung anerkennen sollten.³⁷ Diese Verordnungen hatte MACKINNON bereits im Jahr 1990 bei den parlamentarischen Diskussionen zum Thema Pornografie und Prostitution in Schweden präsentiert. Dort ging es ursprünglich darum, die Einstellung gegenüber der Pornografie zu überdenken. Pornografie an sich wurde in Schweden nicht als Gewalt anerkannt.³⁸ Ziel eines im Rahmen der parlamentarischen Diskussion von MACKINNON vorgeschlagenen Gesetzes war erstens, die Missbrauch begehenden und Schaden verursachenden Akteure und Akteurinnen der Pornoindustrie zu bestrafen. Ferner sollten diese zukünftig vom gleichen Verhalten abgehalten werden. Zweitens ging es darum, Fälle von nicht sichtbarer Gewalt und Verletzungen zu erfassen, d. h. Pornografie im Gesamtkontext als Gewalt anzuerkennen.³⁹

Das Gesamtkonstrukt «Prostitution» wird von MACKINNON nach der gleichen, der Pornografie zugrunde liegenden Grundauffassung als Verkörperung von Ungleichheit und Gewalt verstanden; insbesondere weil sich die Beteiligten aufgrund ihres Kontexts meistens unfreiwillig im Sexgewerbe befinden.⁴⁰ Inwiefern sich Pornografie und Pro-

32 EKBERG GUNILLA (Fn. 28), S. 1192.

33 Siehe Kapitel 3.3.

34 Der Entwurf entstand auch unter Mitarbeit von ANDREA DWORKIN, auf die hier nicht näher eingegangen wird.

35 Vgl. MACKINNON CATHARINE A., *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge 2007, S. 91.

36 Siehe zum Ganzen MACKINNON CATHARINE A./DWORKIN ANDREA, *In Harm's Way: The Pornography Civil Rights Hearings*, Cambridge/London 1998.

37 Siehe dazu Appendix: The MACKINNON/DWORKIN Pornography Ordinance, in: William Mitchell *Law Review* 1985/11, S. 119 ff.

38 Siehe dazu MACKINNON (Fn. 35), S. 102.

39 MACKINNON (Fn. 35), S. 94.

40 Siehe unten Kapitel 3.3.1, 3.3.2 und 4.3.2.

stitution als Ausdruck von Ungleichheit und Gewalt äussern, soll in den nächsten zwei Abschnitten näher erläutert werden.

3.3.1 Pornografie und Prostitution als Ausdruck von Ungleichheit

MACKINNONS Verständnis von Prostitution basiert auf der Annahme einer durch die Ungleichheit der Geschlechter vorbedingten Gesellschaft, in welcher Männer dominant sind. Phänomene wie die Zwangsprostitution oder der sexuelle Missbrauch von Frauen kommen systematisch und häufig vor und werden zudem kommerzialisiert.⁴¹ Nach diesem Verständnis sind Männer zwar gleichermassen durch die präexistierende Geschlechterungleichheit geprägt wie Frauen, mit dem Unterschied, dass Männer in der Gesellschaft nicht den Frauen untergeordnet sind, Frauen den Männern aber schon.⁴² Insbesondere die Pornografie fungiert dabei nach Ansicht MACKINNONS als Abbild der Gesellschaft: Dort konzentrieren sich etliche Formen von Frauenmissbrauch, wie beispielsweise Vergewaltigung und Körperverletzung, die jedoch als «Sex» bezeichnet und legitimiert werden. Durch die Stellung der Frau im Kontext der Pornografie wird m. a. W. die Existenz von sexuellem Missbrauch sowie eine männlich dominierte Hierarchie gefördert und legitimiert, wobei die Ungleichheit zwischen Mann und Frau die treibende Dynamik bleibt.⁴³ Gewalt äussert sich in der Pornografie in ihrer institutionalisierten und verinnerlichten Form. Es geht also nicht bloss um individuelle Ereignisse, sondern um die kommerzialisierte Ungleichheit als Produkt im Rahmen der Pornografie.⁴⁴ Gleiches trifft nach MACKINNON auch auf die Prostitution zu. MACKINNON folgert aus der überproportionalen Vertretung weiblicher Personen in der Prostitution im Verhältnis zur überwiegenden männlichen Nachfrage, dass es sich dabei um ein Problem der Geschlechterungleichheit handelt, was sich – wie bereits oben angetönt – in der aktuellen schwedischen Gesetzgebung widerspiegelt.⁴⁵ Wie gleich erläutert wird, verurteilt MACKINNON auch die physische und psychische Gewalt, die in der Natur der Prostitutionsstätigkeit liegt.

3.3.2 Prostitution als sexuelle Ausbeutung und physische Gewalt

MACKINNON versteht die Prostitution als die «älteste Unterdrückung» von Frauen,⁴⁶ die aufgrund der inhärenten Gewalt einer wiederholten Vergewaltigung gleichgestellt werden kann.⁴⁷ Vorlieben, Verpflichtungen, Werte und Politik führen zwar zu unterschied-

41 MACKINNON CATHARINE, Pornography, Civil Rights and Speech, in: Harvard Civil Rights/Liberties Law Review 20/1985, S. 299 ff., S. 300 f. Die Entstehung feministischer Theorien hat nach Ansicht MACKINNONS ermöglicht, dass diese Missstände klar sichtbar werden.

42 MACKINNON (Fn. 41), S. 300.

43 MACKINNON (Fn. 41), S. 301.

44 Vgl. MACKINNON (Fn. 35), S. 94 f.

45 MACKINNON (Fn. 29), S. 11; vgl. Kapitel 3.2.

46 MACKINNON anerkennt zwar, dass männliche Personen ebenfalls Opfer von Prostitution sein können, fokussiert sich aber auf weibliche Personen als Paradebeispiel für die Missstände in der Prostitution.

47 MACKINNON CATHARINE A., Prostitution and Civil Rights, in: Michigan Journal of Gender & Law 1993/1, S. 13 ff., S. 13; dazu kritisch LEMBKE ULRIKE, Zwischen Würde der Frau, reduziertem Liberalismus und Gleichberechtigung – Feministische Diskurse um die Regulierung von Prostitution/Sexarbeit,

lichen Einstellungen gegenüber der Prostitution. Massgebender ist jedoch, dass diese anhand bekannter Tatsachen über die Sexindustrie gemessen werden können, welche die Schädlichkeit der Prostitution sichtbar machen.⁴⁸ Nach MACKINNON werden Prostituierte demnach regelmässig erniedrigt, unmenschlich behandelt und erleben zudem schwerwiegende psychische Folgen.⁴⁹ Ihre physische Integrität und im schlimmsten Fall ihr Recht auf Leben werden tangiert (Art. 10 Abs. 1 und 2 BV und Art. 2 EMRK). Aus diesem Grund sind die Menschenrechte durch die Existenz der Prostitution von vornherein bedroht.⁵⁰ MACKINNON kritisiert in diesem Zusammenhang die Normalisierung und Romantisierung der Prostitution seitens der Befürworter/innen des Konzepts von Prostitution als «Beruf» und somit als Ausdruck der Wirtschaftsfreiheit, zumal ein Entgelt keineswegs die Autonomie der betroffenen Person garantiert.⁵¹ Das Verständnis von Prostitution als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts und der Geschlechtergleichheit entspricht für MACKINNON nachweislich nicht der Realität.⁵² Wie oben erläutert, versteht sie die institutionalisierte Ungleichheit der Geschlechter als Ursache der Prostitution, welche trotz den schwerwiegenden Folgen für die Integrität der betroffenen Personen zur Verbreitung des Sexgewerbes geführt hat.⁵³

3.4 Zwischenfazit

MACKINNONs radikale Sicht auf die Pornografie war massgebend für die Entwicklung des Schwedischen Modells. Letzteres basiert auf der gleichen Grundidee und verfolgt die gleichen Ziele, nämlich das Erzielen eines abschreckenden Effekts sowie die Einführung eines weitreichenden Gewaltkonzepts. Unter anderem geprägt durch ihre eigenen Erfahrungen als Anwältin, verurteilt MACKINNON die Pornografie als Kommerzialisierung des Frauenmissbrauchs und Sexualisierung der männlichen Hierarchie. Zusammenfassend ist auch die Prostitution nicht nur eine von Gewalt geprägte Tätigkeit. Die Existenz von Prostitution ist Ausdruck einer vorwiegend gegen Frauen gerichteten Unterdrückung, die tief in der Gesellschaft verankert ist, wie am Beispiel der Pornografie aufgezeigt wurde. Unter diesen Prämissen sind MACKINNONs Schlussfolgerung nach-

in: Baer Susanne/Sacksofsky Ute (Hrsg.), *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermes-*
sen, Baden-Baden 2018, S. 275 ff., S. 293 f.

48 MACKINNON (Fn. 29), S. 274 und S. 276; siehe dazu WÜST (Fn. 1).

49 Zum Ganzen siehe LEIDHOLDT DORCHEN, *Prostitution: A Violation of Women's Human Rights*, in: *Cardozo Women's Law Journal* 1993/1, S. 133 ff.; FARLEY MELISSA et al., *Prostitution in Nine Countries: An Update on Violence and Posttraumatic Stress Disorder*, in: *Journal of Trauma Practice* 2/2004, S. 33 ff., S. 60 f.

50 MACKINNON (Fn. 47), S. 13 ff.

51 Siehe dazu MACKINNON (Fn. 29), S. 272: «When prostitution is termed "sex work", it is usually understood as the oldest profession, a cultural universal, consensual because paid, stigmatized because illegal, a job like any other denied that recognition, love in public, a form of sexual liberation».

52 Vgl. MACKINNON (Fn. 29) S. 2 f. und S. 6; vgl. auch REANDA LAURA, *Prostitution as a Human Rights Question: Problems and Prospects of United Nations Action*, in: *Human Rights Quarterly* 1991/13, S. 202 ff., S. 204.

53 MACKINNON (Fn. 29), S. 3; vgl. REANDA LAURA (Fn. 52), S. 227 f.

vollziehbar, dass die Gleichberechtigung von Frauen in Fällen von Prostitution durch die stark eingeschränkte Selbstbestimmung der Betroffenen verunmöglicht wird.

4 Braucht die Schweiz das Schwedische Modell?

Nachfolgend soll erläutert werden, warum das Schwedische Modell als Alternative für die Rechtslage der Prostitution in der Schweiz in Betracht gezogen werden muss. Es soll eine Übersicht über die Situation im schweizerischen Sexgewerbe geschaffen werden, insbesondere was die verfügbaren Daten zum Menschenhandel und zu weiteren Delikten in Zusammenhang mit der Prostitution betrifft.

Weiter soll der Umgang mit der Prostitution in den Kontext der dazugehörigen verfassungsrechtlichen Bestimmungen gesetzt und aus dem Standpunkt von MACKINNON kritisch hinterfragt werden.

4.1 Prostitution und Menschenhandel: Zahlen und Fakten

4.1.1 Offizielle Datenbanken

Im Jahr 2021 erfasste die Polizeiliche Kriminalstatistik der Schweiz (PKS) 71 Fälle von Menschenhandel, d. h. 6 Prozent mehr als im Vorjahr.⁵⁴ Erwähnenswert erscheint, dass es nur bei einem Bruchteil davon tatsächlich zu einer Verurteilung gekommen ist. Die jüngste Opferhilfestatistik (OHS) erfasste für das Jahr 2020 viel höhere Zahlen, nämlich 254 in der Kategorie Menschenhandel und 116 in der Kategorie Förderung der Prostitution.⁵⁵ Weiter fällt auf, dass die Zahlen aus der PKS tiefer als in den Vorjahren sind, während jene der OHS stets gestiegen sind. Diese Entwicklung sowie die Diskrepanz zwischen der PKS und der OHS stellen einen Indikator für die existierenden Missstände innerhalb des schweizerischen Sexgewerbes dar. Zudem unterstreicht diese Diskrepanz die Existenz einer Dunkelzifferproblematik.

4.1.2 Angaben der Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration

In der Schweiz sind Frauen nach Angaben der Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration (FIZ) ebenfalls am meisten von Ausbeutungssituationen im Sexgewerbe betroffen. Bei der FIZ handelt es sich um einen gemeinnützigen Verein, der sich für die Rechte von Migrantinnen und Migranten in Gewaltsituationen einsetzt, beispielsweise durch Opferberatungsdienstleistungen. In den vergangenen drei Jahren wurde eine starke Zunahme der Opferberatungen verzeichnet, wobei im Jahr 2020 ein Rekordwert von 303 Fällen von Menschenhandel und Zwangsarbeit erreicht wurde. Bei fast 60 Prozent dieser Fälle handelte es sich um Menschenhandel im Sexgewerbe. Generell waren nach Angaben der FIZ Frauen deutlich stärker betroffen als Männer und Transsexuelle.⁵⁶ Diese

54 Bundesamt für Statistik (BFS), Polizeiliche Kriminalstatistik 2021 (PKS), Neuchâtel 2022, S. 5 ff., S. 9 und S. 62.

55 Bundesamt für Statistik (BFS), Opferhilfestatistik 2020 (OHS), Entschädigungs-, Genugtuungs- und Beratungsfälle für Menschenhandel und/oder Prostitution.

56 FIZ Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration, Jahresbericht 2020, S. 2 ff., S. 6 f.

Informationen sind von grosser Bedeutung, zumal offizielle Statistiken, wie bereits aufgezeigt, bei Weitem nicht alle Fälle erfassen.⁵⁷ Es besteht beispielsweise eine Lücke in Bezug auf Drittstaatsangehörige, insbesondere Personen aus Nigeria, die unter den Opfern von Menschenhandel im Kanton Zürich stark vertreten sind, aber nicht oder nur schwer als solche identifiziert werden.⁵⁸

4.1.3 Zwischenfazit

Die von der FIZ zur Verfügung gestellten sowie in den offiziellen Datenbanken vorhandenen Informationen zeigen eindeutig, dass der Menschenhandel in der Schweiz eine reale Problematik im Sexgewerbe darstellt und dass weibliche Personen am häufigsten davon betroffen sind. Die Diskrepanzen zwischen der PKS und anderen Daten, beispielsweise aus der OHS sowie von der FIZ, deuten auf eine beträchtliche Dunkelziffer hin. Dies muss kritisch hinterfragt werden, da das Sammeln von Daten bzw. eine gute Datenlage bezüglich der Missstände ebenfalls zu den programmatischen Pflichten des Staates zur Realisierung der Grundrechte gehört.⁵⁹

Die Tatsache, dass vorwiegend Frauen von der Prostitution und den zusammenhängenden Delikten betroffen sind, steht wiederum im Konflikt mit der UNO-Frauenrechtskonvention, welche die Schweiz verpflichtet, jede Form von Diskriminierung der Frau zu beseitigen.⁶⁰ Als Frauendiskriminierung, die mit allen Mitteln abgeschafft werden muss, gelten nach der UNO-Frauenrechtskonvention beispielsweise der Frauenhandel und die Ausbeutung der Prostitution.⁶¹ Vor diesem Hintergrund soll die legale Existenz der Prostitution in der Schweiz aus einem grundrechtlichen Standpunkt hinterfragt werden.

4.2 Die Prostitution im Lichte der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV

Die Wirtschaftsfreiheit ist in Art. 27 Abs. 1 BV garantiert und umfasst das Recht auf freie Berufswahl und -ausübung sowie die Vertragsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV).⁶² Das Bundesgericht erkennt einen menschenrechtlichen Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit.⁶³

57 Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, Bericht des Bundesrates vom 5. Juni 2015, S. 1 ff., S. 66.

58 FIZ Jahresbericht 2020 (Fn. 56), S. 7.

59 Siehe dazu KIENER REGINA, Zugang zur Justiz, in: ZSR 138/2019, S. 4 ff., S. 65 und 67 f. zur Schaffung einer Datenlage als Teil der programmatischen Pflicht des Staates im Kontext des Rechts auf Justizzugang.

60 MACKINNON (Fn. 29), S. 11; UNO-Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (UNO-Frauenrechtskonvention).

61 Art. 6 UNO-Frauenrechtskonvention.

62 BGE 130 I 26 E. 4.3.1 S. 33 f.

63 BGE 122 I 130 E. 3 bb. S. 137; vgl. UHLMANN FELIX, in: Waldmann Bernhard/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, N 81 zu Art. 27 BV: Soweit ersichtlich existiert aber kein Pendant zu Art. 27 BV auf der Stufe der internationalen Menschenrechtsverträge. UNO-Pakt I anerkennt jedoch das Recht jedes Individuums, seine Arbeit frei zu wählen; siehe Art. 6 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I).

4.2.1 Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit

Der persönliche Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit umfasst natürliche und juristische Personen schweizerischer und ausländischer Herkunft.⁶⁴ Materiell beinhaltet die Wirtschaftsfreiheit jeglichen wirtschaftlichen Austausch zwischen Privaten, einschliesslich aller damit verbundener Aktivitäten.⁶⁵ Als weiteres zentrales Element ist die Vertragsfreiheit in der Wirtschaftsfreiheit miteingeschlossen.⁶⁶ Ohne Vertragsfreiheit wäre die Wirtschaftsfreiheit nicht umsetzbar.⁶⁷ Diese umfasst unter anderem das Recht, den Vertragsinhalt mit beliebigen Vertragspartnerinnen und Vertragspartnern frei festzulegen, wobei grundsätzlich die gleiche Verhandlungsstärke vorausgesetzt wird. M. a. W. müssen sich beide Vertragspartner/innen in einer Position befinden, die zu einem relativ gerechten Ergebnis führt.⁶⁸

Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind unter den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 1 bis Abs. 4 BV erlaubt, d. h., sie müssen auf einer gesetzlichen Grundlage basieren, im öffentlichen Interesse erfolgen und verhältnismässig sein. Insbesondere dürfen schwere Eingriffe den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit nicht berühren, was u. U. im Falle eines Berufsverbots oder anderer Massnahmen zutreffen würde, die eine Aushöhlung der Vertragsfreiheit zur Folge hätten. Die Limitation dieser Einschränkungen entspricht dem in der Schweiz vorherrschenden liberalen Wirtschaftssystem.⁶⁹ Im Sinne der Vertragsfreiheit sind Personen in der Schweiz deswegen frei, den Austausch sexueller Dienstleistungen gegen Entgelt mit beliebigen Personen zum Gegenstand eines Vertrags zu erklären.⁷⁰

Das Bundesgericht hat bereits in mehreren Fällen bestätigt, dass das Ausüben der Prostitution, einschliesslich der Strassenprostitution, sowie das Betreiben entsprechender Einrichtungen unter das Recht der Wirtschaftsfreiheit fallen.⁷¹ Dies gilt unabhängig davon, ob die Prostitution als selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit, haupt- oder nebenberuflich, dauerhaft oder bloss gelegentlich ausgeübt wird.⁷²

Vereinbarungen über sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt, sogenannte Prostitutionsverträge, werden auf Bundesebene nicht explizit geregelt.⁷³ Dementsprechend wer-

64 UHLMANN (Fn. 63), N 29 zu Art. 27 BV: Ob ausländische Personen in der Schweiz wirtschaftlich tätig sein dürfen, bestimmen das nationale und/oder das internationale Recht. Diese Thematik wird vorliegend ausgeklammert; vgl. Fn. 8.

65 UHLMANN (Fn. 63), N 29 zu Art. 27 BV.

66 BGE 130 I 26 E. 4.3 S. 41; vgl. auch BGE 129 III 276 E. 3.1. S. 281 f.

67 VALLENDER KLAUS A./LEHNE JENS/HETTICH PETER, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 4. Aufl., Bern 2007, Rz. 58 zu § 5.

68 VALLENDER ET AL. (Fn. 67), Rz. 59 zu § 5; vgl. auch SULZER STEFAN, *Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 10.

69 VALLENDER KLAUS A., in: EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich 2014, N 57 zu Art. 27 BV.

70 HEINZL KATHRIN, *Prostitution im Schweizer Strafrecht, Die Strafbarkeit von Prostituierten, Zuhältern und Freiern*, Diss. Zürich 2016, S. 80; vgl. BOREL MARC-ANTOINE, *La prostitution et le droit pénal Suisse*, Diss. Lausanne 2007, S. 57.

71 KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, *Grundrechte*, 3. Aufl., Bern 2018, Rz. 44 f. zu § 31; vgl. BGE 101 Ia 473 E. 5b S. 480 f.; vgl. BGE 109 Ia 116 E. 4b S. 121 f.

72 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 71), Rz. 28 zu § 31; vgl. BGE 109 Ia 116 E. 4b S. 121 f.

73 HOTZ (Fn. 19), S. 273.

den die allgemeinen und besonderen Bestimmungen des Schweizer Obligationenrechts analog angewandt. Konkret heisst das im Falle der Prostitution, dass die Bestimmungen über den Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR massgebend sind.⁷⁴ Die beauftragte Person ist verpflichtet, die übernommenen Dienste vertragsgemäss zu besorgen.⁷⁵ In diesem Zusammenhang soll insbesondere der jüngste Bundesgerichtsentscheid (BGE 147 IV 73) näher betrachtet werden.

4.2.2 Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 147 IV 73

Dem neusten Bundesgerichtsentscheid BGE 147 IV 73, welcher im Jahr 2021 publiziert wurde und welcher eine Praxisänderung bezüglich der Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrages zur Folge hatte, lagen folgende Erwägungen zugrunde:

Der Beschwerdeführer, ein Student, hatte einer Sexarbeiterin ein Entgelt für das Erbringen bestimmter sexueller Dienstleistungen zugesichert, welches er aber nie bezahlte. Im Verlauf des Prozesses begründete er die Nichtzahlung damit, dass der Vertrag zwischen ihm und der Beschwerdegegnerin infolge Sittenwidrigkeit nichtig und somit inexistent sei. Das Bundesgericht schloss sich der Meinung der Vorinstanz und bestimmter Teile der Lehre an, dass Vereinbarungen über sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt aufgrund des Wandels gesellschaftlicher Wertvorstellungen nicht mehr per se als sittenwidrig anzusehen seien.⁷⁶ Die Lausanner Richter/innen betonten die Notwendigkeit einer widerspruchsfreien Rechtsordnung.⁷⁷ Es sei, so das Bundesgericht, grundsätzlich davon auszugehen, dass «das Erwerbseinkommen einer sich prostituierenden Person als rechtmässig anerkannt ist [...] und dass es sich bei der Prostitution, [...], um eine sozialübliche und zulässige Tätigkeit handelt».⁷⁸ Das Bundesgericht bestätigte somit das Vorliegen eines gültigen Vertrages und folglich die Pflicht zur Bezahlung der getätigten Leistung.

4.2.3 Kritik an der liberalen Haltung gegenüber der Prostitution des Bundesgerichts

Zu begrüssen ist, dass dieser Entscheid den Betrugsschutz stärkt und sich Prostituierte damit nicht vor der Rechtsunsicherheit fürchten müssen, welche aus der Perspektive der geltenden Rechtsordnung widersprüchlich wäre: Die Ausübung der Prostitution steht ja schon lange unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit. Aus Sicht der Datenlage sowie MACKINNONs Gesellschaftskritik ist jedoch zu bemängeln, dass sich das Bundesgericht nicht mit den tiefgründigeren negativen Seiten der Prostitution auseinandergesetzt hat; jene, die über Fragen der Sittenwidrigkeit und Entgeltlichkeit des Vertrages hinaus existieren.⁷⁹ MACKINNON vertritt die Auffassung, dass Menschen einander in der Regel nicht

74 HOTZ (Fn. 19), S. 273.

75 FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Art. 394–406 OR, Der einfache Auftrag, Bern 1992, N 8 zu Art. 394 OR.

76 BGE 147 IV 73 E. 5.1 f. S. 85 f.

77 BGE 147 IV 73 E. 5.1 f. S. 85 f.

78 BGE 147 IV 73 E. 7.2 S. 89 ff.

79 Siehe Kapitel 3.3 und 4.1.

bezahlen, wenn sie sexuelle Interaktionen wünschen.⁸⁰ Wie sie betont, ist Armut bei Prostituierten in der Regel die Ausgangslage, sodass sie sich oft aus einer Überlebensnotwendigkeit heraus prostituieren. Die Annahme eines Entgelts garantiert keineswegs ihre Einwilligung, sondern verursacht Druck, sodass vergüteter Sex im Ergebnis regelmässig unfreiwillig erfolgt.⁸¹ Das Bundesgericht hat diese Problematik aber nicht thematisiert.

4.3 Prostitution als Ausdruck der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV

Jeder Mensch hat gemäss Art. 10 Abs. 2 BV das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit.

4.3.1 Schutzbereich der persönlichen Freiheit

Auf die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) können sich alle natürlichen Personen berufen.⁸² Nebst der körperlichen und geistigen Integrität und der Bewegungsfreiheit umfasst sie sachlich auch das Selbstbestimmungsrecht.⁸³ Zu den weiteren Teilrechten gehören etwa die freie Berufswahl und die sexuelle Selbstbestimmung, aufgrund welcher jede Person frei ist, sich zu prostituieren.⁸⁴ Dadurch werden zugleich unterschiedliche völkerrechtliche Ansprüche aus der EMRK und dem UNO-Pakt II verwirklicht, beispielsweise Ansprüche aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 und Art. 4 EMRK sowie Art. 6 Abs. 1, Art. 7, Art. 8 und Art. 9 Abs. 1 UNO-Pakt II.⁸⁵ Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht hat auch Eingang in das schweizerische Sexualstrafrecht gefunden, welches seit der Revision auf dem Primat der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit basiert. M. a. W. wurde die Prostitution legalisiert und nicht mehr strafrechtlich verboten.⁸⁶

4.3.2 MACKINNONS Verständnis von Selbstbestimmung im Kontext sozialer Benachteiligung

MACKINNON betont, dass marginalisierten Personengruppen in der Gesellschaft von vornherein «Wahlmöglichkeiten verwehrt, Optionen eingeschränkt und Möglichkeiten verweigert werden». Bei diesen Personengruppen handelt es sich nach MACKINNON meistens um Menschen, die sich in Armut befinden, zu einer bestimmten Ethnie oder einer anderen benachteiligten sozialen Gruppe zählen, insbesondere weil sie in diese Umstände wahllos «hineingeboren» wurden.⁸⁷ Sich zu prostituieren, stellt folglich für viele dieser Personen die einzig noch zur Verfügung stehende Möglichkeit dar, um ihren

80 MACKINNON (Fn. 35), S. 11; siehe dazu auch HOTZ (Fn. 19), S. 261.

81 MACKINNON (Fn. 29): MACKINNON verwendet den Begriff «Überlebenssex», d. h. Sex, welcher durch die «Notwendigkeit zu überleben» einer Partei erzwungen wird.

82 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 71), Rz. 8 und 13 zu § 12.

83 BGE 123 I 112 E. 4a S. 118 ff.; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 71), Rz. 8 zu § 12.

84 HOTZ (Fn. 19), S. 128 f.

85 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 71), Rz. 3 zu § 12.

86 HOTZ (Fn. 19), S. 115 f.

87 MACKINNON (Fn. 29), S. 7; siehe auch Kapitel 4.1.

Lebensunterhalt zu decken.⁸⁸ Bestätigt wird dies durch die Tatsache, dass diese Personengruppen, namentlich Frauen, im Prostitutionsgewerbe überproportional vertreten sind.⁸⁹ Wenn die Wahlfreiheit aufgrund des sozialen Kontexts eingeschränkt ist oder gänzlich fehlt, dann stellt das Anbieten sexueller Dienstleistungen gegen Entgelt nach MACKINNON *de facto* keine freie Wahl dar.⁹⁰ Demnach kann Sex i. d. R. keinen bewusst gewählten und gewollten Akt darstellen, wenn eine Person auf den für die Dienstleistung versprochenen Lohn angewiesen ist, um den Lebensbedarf zu decken.⁹¹ Dieser Argumentation folgend ist die Selbstbestimmung von Prostituierten in der Schweiz faktisch kaum vorhanden. Dies zeigen die Zahlen in Zusammenhang mit dem Menschenhandel, insbesondere die Opferberatungsdaten. Bei Letzteren ist ersichtlich, dass ausländische weibliche Personen die meistbetroffene Gruppe darstellen.⁹²

4.3.3 Bundesgerichtliche Anerkennung der eingeschränkten Selbstbestimmung im Kontext der Prostitution

Das ökonomische Gefälle zwischen der sich prostituierenden und der erwerbenden Person ist wie bereits aufgezeigt auch im schweizerischen Sexgewerbe allgegenwärtig und ein entscheidendes Element in der Beurteilung des Selbstbestimmungsgrads.⁹³ Dies geht auch aus einem Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2002 hervor. In diesem befassten sich die Lausanner Richter/innen mit der Erfüllung des Tatbestands des Menschenhandels, dem damit verbundenen Begriff der wirksamen Einwilligung in die Prostitution und schliesslich mit den staatlichen Verpflichtungen aus dem Internationalen Abkommen über die Unterdrückung des Handels mit volljährigen Frauen.⁹⁴ Gegenstand der Beschwerde war ein Fall von Menschenhandel mit Prostituierten, die in verschiedenen Lokalen im Kanton Tessin tätig waren. Das Bundesgericht verneinte die Freiwilligkeit allgemein in jenen Fällen der Prostitution, in welchen die Sexarbeit aufgrund einer wirtschaftlichen Bedrängnis, von Armut und schlechten sozialen Verhältnissen ausgeübt wird.⁹⁵ Diese Umstände trafen auf die betroffenen Prostituierten im Kanton Tessin zu, deren Situation von den Lokalbetreibern ausgenützt wurde.⁹⁶

Aus dieser Argumentation sowie aus der oben beschriebenen Faktenlage kann gefolgert werden, dass Zwangssituationen im schweizerischen Prostitutionsgewerbe viel häufiger bejaht werden müssten, wenn die erläuterten Umstände der betroffenen Sexarbeiterinnen häufiger miteinbezogen würden.

88 MACKINNON (Fn. 29), S. 4; vgl. auch HOTZ (Fn. 19), S. 531.

89 MACKINNON (Fn. 29), S. 7; vgl. MACKINNON (Fn. 35), S. 98.

90 MACKINNON (Fn. 29), S. 4.

91 MACKINNON (Fn. 29), S. 11.

92 Siehe oben Kapitel 4.1; vgl. auch LE BRETON MARITZA (Fn. 17), S. 237.

93 Vgl. dazu HOTZ (Fn. 19), S. 530.

94 Vgl. zum Ganzen BGE 128 IV 117; Internationales Abkommen vom 11. Oktober 1933 über die Unterdrückung des Handels mit volljährigen Frauen.

95 BGE 128 IV 117 E. 5a S. 127 f.

96 BGE 128 IV 117 E. 5a und c S. 127 f.; vgl. Bericht Bundesrat (Fn. 57), S. 14.

4.4 Schlussfolgerungen über die Wirtschaftsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht im Prostitutionsgewerbe

Vor dem Hintergrund der Datenlage in Bezug auf Frauen in Zwangs- und Menschenhandelssituationen in der Schweiz muss das geltende Recht in Bezug auf den Umgang mit Prostitution ernsthaft hinterfragt werden.⁹⁷ Unter Anwendung der eben erläuterten Kriterien des Bundesgerichts (wirtschaftliche Bedrängnis, Armut und schlechte soziale Verhältnisse) könnten sich eine Vielzahl von Personen, die als freiwillige Prostituierte gelten, in Realität in einer Zwangs- oder Menschenhandelssituation befinden.⁹⁸ Ob die geltende Rechtslage zur Prostitution in der Schweiz mit der verfassungs- und strafrechtlich geschützten sexuellen Autonomie vereinbart werden kann, ist aus diesem Grund anzuzweifeln.⁹⁹ Auch wenn der Datenmangel in Bezug auf die Prostitution in der Schweiz problematisch bleibt, sind die verfügbaren Informationen, inklusive journalistischer Enthüllungen, ein starkes Indiz für die fehlende Selbstbestimmung von Sexarbeiterinnen, obwohl gerade diese Selbstbestimmung unter Art. 10 Abs. 2 BV garantiert wird.¹⁰⁰ Prostituierte werden nicht zuletzt aufgrund des ökonomischen Gefälles zwischen ihnen und den vorwiegend männlichen Kunden in eine vulnerable Position gedrängt.¹⁰¹ Der jüngste Bundesgerichtsentscheid (BGE 147 IV 73) hat dies m. E. ebenfalls bestätigt, indem das Gericht anerkannt hat, dass die Frau Opfer eines betrügerischen Studenten geworden ist.¹⁰² Nach der hier vertretenen Ansicht stellt sich somit die Frage, ob die Freiwilligkeit in Bezug auf die Prostitution unter diesen Umständen überhaupt gegeben sein kann.¹⁰³ Es kann kaum von Wirtschaftsfreiheit und in der Folge von Selbstbestimmung der sich prostituierenden Personen die Rede sein, wenn man den problematischen Kontext des Sexgewerbes in der Schweiz in Betracht zieht.¹⁰⁴ Darüber hinaus anerkennt auch der Bundesrat in einem Bericht über Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, dass Sexarbeit aufgrund der extrem grossen Gefahr eines Abhängigkeitsverhältnisses kein «gewöhnlicher» Beruf ist.¹⁰⁵

Das Konzept der Selbstbestimmung gemäss Art. 10 Abs. 2 BV muss vor dem Hintergrund des Kontexts der sich prostituierenden Person betrachtet werden.¹⁰⁶ Der Staat muss alle möglichen Vorkehrungen treffen, um die sexuelle Selbstbestimmung so weit zu garantieren, dass Zwang und Gewalt eine Restwahrscheinlichkeit darstellen.¹⁰⁷ Das reine Marktdenken vermag den Prostitutionsverträgen zudem nicht gerecht zu werden,

97 Siehe Kapitel 4.1.

98 Vgl. dazu HOTZ (Fn. 19), S. 530; vgl. Kapitel 4.1.

99 HOTZ (Fn. 19), S. 118.

100 Siehe zum Ganzen WÜST (Fn. 1).

101 Siehe Kapitel 4.2.2.

102 Siehe Kapitel 4.2.2.

103 Siehe Kapitel 4.1 und 4.3.

104 Vgl. dazu HOTZ (Fn. 19), S. 529 ff.

105 Bericht Bundesrat (Fn. 57), S. 98.

106 Vgl. MACKINNON (Fn. 29), S. 4; vgl. auch HOTZ (Fn. 19), S. 531.

107 Vgl. HOTZ/LÜDI (Fn. 16), S. 291.

da sie die Intim- und Privatsphäre einer Person betreffen und die höchstpersönlichen Rechte umfassen können.¹⁰⁸

4.5 Menschenrechtliche Verpflichtung zur Datenerhebung

Der Zwang zur Prostitution in der Schweiz kann sich wie aufgezeigt aus dem Menschenhandel oder bestimmten anderen Abhängigkeitsverhältnissen (wirtschaftliche Bedrängnis, Armut und schlechte soziale Verhältnisse) ergeben. Aus den erhobenen nationalen Daten wird dies nur teilweise sichtbar.¹⁰⁹ Entsprechend sind im Rahmen der Prostitutionsstätigkeit verschiedene Grund- und Menschenrechte tangiert, wie etwa das Lebensrecht (Art. 10 Abs. 1 BV, Art. 2 Abs. 1 EMRK), der Schutz der physischen und psychischen Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV) und weiter das Verbot unmenschlicher Behandlung (Art. 10 Abs. 3 BV, Art. 3 EMRK).¹¹⁰ Aus diesen ergibt sich auch eine menschenrechtliche Verpflichtung, Daten in Bezug auf die Zwangssituation, die durch Prostitution entsteht, zu erheben.¹¹¹ Aufgrund der Natur des Menschenhandels bleibt die Schaffung einer vollständig transparenten Datenlage bezüglich dieses Verbrechens zwar ein Ideal. Nichtsdestotrotz müssen aus menschenrechtlicher Sicht alle staatlichen Ressourcen eingesetzt werden, um die Datenerfassungsprozesse und -methoden zu verbessern. Diese Aufgabe darf nicht nur Journalistinnen und Journalisten wie ALINE WÜST und gemeinnützigen Vereinen wie dem FIZ überlassen werden.¹¹²

Wünschenswert wäre beispielsweise ein vertiefter Informationsaustausch zwischen dem Staat und den Personen im Prostitutionsgewerbe, um die Notwendigkeit einer Sichtweise wie MACKINNONs belegen zu können. Im Ergebnis könnte dies zu einer Neuausrichtung der Schweizer Rechtsordnung führen, die auf der vorliegend diskutierten kritisch-feministischen Sichtweise von MACKINNON basiert. Es handelt sich nicht nur um eine politische Debatte, sondern auch um eine menschenrechtliche, die nach neuen und grundlegenden Lösungen verlangt, um die Integrität, Sicherheit und Gleichheit jeder Person in der Schweiz zu gewährleisten – einschliesslich jener, die sich aktuell im Prostitutionsgewerbe befinden.¹¹³

5 Umsetzung des Schwedischen Modells in der Schweiz

Die existierenden rechtlichen und föderalistischen Rahmenbedingungen in der Schweiz spielen eine grosse Rolle bei der Frage, ob und wie das Schwedische Modell praktisch und theoretisch umgesetzt werden könnte. Im Gegensatz zur Schweiz ist Schweden ein Zentralstaat.¹¹⁴ Der einzige Gesetzgeber in Schweden ist das nationale Parlament, welches für die Vertretung des Volkes zuständig ist. Nimmt das Parlament ein Gesetz an, wird es

108 HOTZ (Fn. 19), S. 58, S. 533.

109 Siehe dazu Kapitel 4.1.

110 Art. 10 Abs. 1 BV und Art. 2 EMRK; Art. 10 Abs. 3 BV und Art. 4 EMRK.

111 Vgl. KIENER (Fn. 59), S. 67.

112 KIENER (Fn. 59), S. 67.

113 Vgl. MACKINNON (Fn. 35), S. 103.

114 Art. 6 schwedische Verfassung.

durch die Regierung formell erlassen und in der schwedischen Gesetzessammlung veröffentlicht.¹¹⁵ Wie nachfolgend dargelegt wird, zeigen sich hier bereits Unterschiede zwischen dem schweizerischen und dem schwedischen System, die in Bezug auf eine Einführung des Schwedischen Modells umsetzungstechnisch eine Schwierigkeit darstellen könnten.

5.1 Einführung des Schwedischen Modells mittels kantonalen Gesetze

In der Schweiz zeichnet sich die Regelungskompetenz im Bereich der Prostitution durch den föderalistischen Grundsatz der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen gemäss Art. 42 und Art. 43 BV in Verbindung mit Art. 3 BV aus.¹¹⁶ Im Sinne der Subsidiarität fällt die Reglementierung von Ort, Zeit und Art der Ausübung in Bezug auf die Prostitution gemäss Art. 199 StGB in die kantonale Zuständigkeit.¹¹⁷ Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV bildet das übergeordnete nationale Recht jedoch selbst eine Schranke kantonalen Normierungen. Im Prostitutionskontext stellen die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV sowie das in Art. 10 Abs. 2 BV enthaltene Selbstbestimmungsrecht übergeordnetes Recht dar; kantonale Verbote und weitgehendste Einschränkungen der Prostitution wären somit verfassungswidrig.¹¹⁸ Infolgedessen fällt die kantonale Option als Mittel zur Einführung des Schwedischen Modells ausser Betracht. Es wäre allerdings denkbar, als Zwischenlösung strengere kantonale Regulierungen wie beispielsweise zwingende Vertragsregeln und Formvorschriften einzuführen.¹¹⁹

5.2 Indirektes Prostitutionsverbot mittels Grundrechtseinschränkung

Ebenfalls denkbar wäre es, die Prostitution basierend auf Art. 36 BV stark einzuschränken. Aufgrund der Wirtschaftsfreiheit müsste allerdings Art. 94 BV, insbesondere Art. 94 Abs. 4 BV beachtet werden, wonach grundsatzwidrige Eingriffe einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Grundlage bedürfen.¹²⁰ Ansonsten dürfen sowohl die Wirtschaftsfreiheit als auch die persönliche Freiheit eingeschränkt werden, sofern im Einklang mit Art. 36 BV eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse und die Verhältnismässigkeit gegeben sind und der Kerngehalt gewahrt wird.¹²¹ Im Kanton Genf galt ein Verbot der Prostitution tagsüber jedoch als unzulässige Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit.¹²² Nach dem Gesagten erscheint es schwierig, eine Kriminalisierung der Nachfrage «unter dem Deckmantel» einer Einschränkung einzuführen.

115 Government Offices of Sweden, The Swedish Model of Government Administration.

116 BIAGGINI (Fn. 63), N 1 zu Art. 43 BV.

117 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB); siehe dazu kritisch zur Stellung dieser Bestimmung im StGB BERNHARD ISENHARDT/MARTIN A. KESSLER, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019, N 3a zu Art. 199 StGB; vgl. BIAGGINI (Fn. 63), N 21 zu Art. 5a BV.

118 BGE 138 I 410; vgl. zum Ganzen BGE 137 I 167.

119 Vgl. HOTZ (Fn. 19), S. 544.

120 KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 71), Rz. 3 zu § 31; UHLMANN (Fn. 63), N 38 zu Art. 27 BV.

121 BGE 116 Ia 420 E. 2 S. 422.

122 Siehe dazu BGE 101 Ia 473.

5.3 Einführung eines Bundesgesetzes oder Verfassungsänderung

Auf Bundesebene finden die obligationenrechtlichen Bestimmungen im Bereich der Prostitution Anwendung.¹²³ Gemäss Art. 95 Abs. 1 BV kann der Bund Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit erlassen. Somit könnte der Bund die Prostitution mittels eines Bundesgesetzes regeln, da es sich um eine privatwirtschaftliche Tätigkeit handelt.¹²⁴ Diese Kompetenz hat der Bund aber nicht wahrgenommen.¹²⁵ Die Normenhierarchie gilt auch für den Bund, sodass er ein der Verfassung widersprechendes Gesetz grundsätzlich nicht erlassen darf.¹²⁶

Die einzige verbleibende Lösung zur Einführung des Schwedischen Modells wäre eine Teilrevision der Bundesverfassung im Sinne von Art. 194 BV, die von der Bundesversammlung beschlossen oder vom Volk verlangt werden müsste.¹²⁷ Im Gegensatz zu Schweden, wo das Parlament das Sexkaufgesetz aufgrund seiner Kompetenz landesweit eingeführt hat, müsste eine solche Vorlage in der Schweiz der ganzen Bevölkerung zur Abstimmung vorgelegt werden.¹²⁸

5.4 Fazit über die Umsetzung des Schwedischen Modells in der Schweiz

Aufgrund der existierenden föderalistischen und rechtlichen Rahmenbedingungen bereitet die Umsetzung des Schwedischen Modells in der Schweiz von vornherein Schwierigkeiten. Zu dessen Einführung eignen sich weder die kantonale Gesetzgebung noch weitgehende Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit oder der persönlichen Freiheit. Erforderlich wäre vielmehr eine Teilrevision der Bundesverfassung, beispielsweise ein ausdrücklicher Ausschluss der Prostitution aus der Wirtschaftsfreiheit in Art. 27 BV.

6 Fazit

Obwohl Prostitution in der Schweiz legal ausgeübt werden kann und grundrechtlich geschützt wird, zeigt die Lage von Prostituierten hierzulande, dass ihre Grundrechte durch die Tätigkeit selbst beeinträchtigt sind. Der Menschenhandel stellt auch in der Schweiz ein reales Problem dar: Die wenigen verfügbaren Daten, die es in der Schweiz gibt, liefern bereits starke Hinweise für die Missstände in der Prostitution. Die Informationen der FIZ und die journalistischen Enthüllungen tragen zusätzlich zur Sichtbarkeit dieser Problematiken bei. Daraus kann u. a. gefolgert werden, dass die Datenlage im Einklang mit den programmatischen Pflichten dringend verbessert werden muss.

123 Siehe Kapitel 4.2.1.

124 Vgl. UHLMANN (Fn. 63), N 1 ff. zu Art. 95 BV.

125 Bericht der nationalen Expertengruppe, Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe, Eidgenössisches Polizei- und Justizdepartement, Bundesamt für Migration (Hrsg.), Bern 2014, S. 2 ff., S. 11.

126 EPINEY (Fn. 63), N 51 zu Art. 5 BV.

127 Vgl. Art. 139 ff. BV.

128 Siehe Art. 139 ff. BV.

Die Existenz von Prostitution wird in der Schweiz leichtfertig als Ausfluss der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und der persönlichen Freiheit bzw. des Rechts auf Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 BV) hingenommen. Die Realität zeigt jedoch, dass sich vorwiegend Frauen prostituieren und dies oftmals aufgrund einer Notlage (wirtschaftliche Bedrängnis, Armut und schlechte soziale Verhältnisse).

Der vorliegend diskutierte Entscheid des Bundesgerichts (BGE 147 IV 73) ist insofern zu begrüssen, als Prostituierte ansonsten beim Ausüben ihrer Tätigkeit eine unge-rechtfertigte Rechtsunsicherheit erleiden müssten. Obschon sich die Existenz der Prostitution nicht bestreiten lässt, hätte sich das Bundesgericht nach der hier vertretenen Ansicht auch mit den negativen Seiten der Prostitution und der mangelnden Datenlage auseinandersetzen sollen. Die Tatsache, dass die Lausanner Richter/innen die Sittenwidrigkeit der Prostitution endgültig abgeschafft haben, bedeutet nicht, dass die Probleme im Sexgewerbe gelöst sind. In Bezug auf die Wirtschaftsfreiheit ist also eine Abwendung der liberalen Haltung gegenüber der Prostitution erforderlich. Der verfassungsrechtliche Schutz des Austauschs von «Sex gegen Geld» mag es ermöglichen, dass Prostituierte tatsächlich Geld verdienen können. Dabei wird jedoch missachtet, dass ein ökonomisches Gefälle besteht und sich die sich prostituierende Person oftmals in einer vulnerablen Position befindet. Dieses Machtungleichgewicht steht im Konflikt mit der Wirtschaftsfreiheit, was wiederum die Selbstbestimmungsfähigkeit und somit die persönliche Freiheit sich prostituierender Personen stark einschränkt. In diesem Zusammenhang muss das Verständnis des Rechts auf Selbstbestimmung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV kritisch hinterfragt werden, da der Kontext von Prostituierten, wie zum Beispiel ihre wirtschaftliche und soziale Situation, oftmals nicht hinreichend miteinbezogen wird.

Schliesslich müsste untersucht werden, warum das Rechtssystem der Schweiz die Existenz einer weitverbreiteten Aktivität akzeptiert und legitimiert, die sich nachweislich mehrheitlich auf Frauen negativ auswirkt. Es wäre deshalb wünschenswert, wenn sich der Gesetzgeber und die Rechtsprechung in Zukunft mit der Thematik der Geschlechterungleichheit beschäftigen würden, die im Schwedischen Modell zentral ist und die MACKINNON in Zusammenhang mit der Prostitution so oft betont.

Zusammenfassend würde die Einführung eines Schwedischen Modells für die Schweiz einen grundlegenden Sinneswandel weg von der liberalen wirtschaftlichen Haltung erfordern sowie eine vertiefte Untersuchung der Frage, was Selbstbestimmung bedeutet und ab welchem Zeitpunkt sie nicht mehr vorhanden ist. Überlegungen zur durch die Prostitution resultierenden Geschlechterungleichheit müssten, wie bereits erwähnt, ernsthaft miteinbezogen werden.

Es ist jedoch zu bedenken, dass die rechtlichen und föderalistischen Rahmenbedingungen eine schnelle Einführung des Schwedischen Modells nicht zulassen. Stattdessen wäre eine Änderung der Verfassung erforderlich, um das Schwedische Modell auch in der Schweiz einzuführen. Unabhängig davon, ob eine solche Änderung angenommen würde, ist es zum heutigen Zeitpunkt imperativ, dass der Staat die Datenlage verbessert. Aufgrund der verfügbaren Informationen genügen die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV und die persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV aus der kritisch-feministischen Perspektive im Sinne von MACKINNON jedenfalls nicht, um die Legalität der Prostitution in der Schweiz zu rechtfertigen.

