

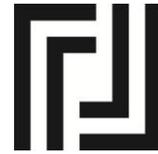
Deutscher Bundestag

Ausschuss f. Familie,
Senioren, Frauen u. Jugend

Ausschussdrucksache
18(13)76g_neu


universität**bonn**

Rheinische
Friedrich-Wilhelms-
Universität Bonn



Rechts und Staats-
wissenschaftliche Fakultät
Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Gregor Thüsing
Institut für Arbeitsrecht und Recht
der Sozialen Sicherung

Prof. Dr. Gregor Thüsing/Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherung
Adenauerallee 8a · 53113 Bonn

Herrn
Paul Lehrieder, MdB
Vorsitzenden des Ausschusses für Familie,
Senioren, Frauen und Jugend
Deutscher Bundestag
11011 Berlin

Sekretariat
Sabine Neßhöver-Uessem
Postanschrift:
Adenauerallee 8a
53113 Bonn
Tel.: 0228/73-7060
Fax: 0228/73-7962
Sekretariat.thuesing@jura.uni-bonn.de

Bonn, 01.06.2016

Öffentliche Anhörung am 06.06.2016

Sehr geehrter, lieber Herr Lehrieder,

herzlichen Dank für die Bestellung zum Sachverständigen. Zu dem

Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen

nehme ich wie folgt Stellung:

Im Rahmen meiner Stellungnahme beschränke ich mich auf die arbeits- und sozialrechtlichen Aspekte des Gesetzesentwurfes zum Schutze der Prostituierten – nur hier bin ich sachverständig. So werde ich zunächst auf das Beschäftigungsverbot der Prostituierten in den letzten sechs Wochen der Schwangerschaft eingehen (I.), in einem zweiten Schritt greife ich die Regelung zur Versagung der Anmeldebescheinigung bei fehlender Einsichtsfähigkeit aus dem Referentenentwurf vom 29.07.2015 auf (II). Im Anschluss befasse ich mich mit der Krankenversicherungspflicht der Prostituierten (III.). Zum Schluss werden weitergehende Maßnahmen zu einer effektiveren Umsetzung der Ziele aufgezeigt (IV.).

I. Ein Beschäftigungsverbot in den letzten sechs Wochen der Schwangerschaft

§ 5 Abs. 2 Nr. 3 des aktuellen Gesetzesentwurfes des Prostituiertenschutzgesetzes enthält die Regelung, dass eine Anmeldebescheinigung nicht erteilt werden darf, wenn die Person als werdende Mutter bei der Anmeldung in den letzten sechs Wochen vor der Entbindung steht. Diese Regelung sollte bei Verabschiedung des Gesetzes beibehalten werden und es sollte um ein generelles Tätigkeitsverbot für diesen Zeitraum erweitert werden.

Es bedarf der expliziten Regelung eines vorübergehenden Beschäftigungsverbot, da die Mehrheit der Prostituierten als Selbständige gerade nicht dem Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 des Mutterschutzgesetzes (MuSchG) unterfallen. § 3 Abs. 2 des MuSchG normiert ein Beschäftigungsverbot unter anderem von schwangeren Arbeitnehmerinnen in den letzten sechs Wochen vor der Entbindung. Schutzzweck des Beschäftigungsverbot ist insbesondere der Schutz des ungeborenen Lebens (BT-Drs. 14/8425, S. 7; BVerfG v. 18.11.2003 – 1 BvR 302/96, NJW 2004, 146). Ein Blick auf den Schutzzweck des geregelten Beschäftigungsverbot im MuSchG zeigt, dass nicht nur weisungsgebundene Arbeitsverhältnisse ein solches vorübergehendes Beschäftigungsverbot für Schwangere erforderlich machen. Dass dies der Gesetzgeber selbst auch erkannt hat, zeigen die neusten Reformen zum MuSchG. So hat der Bundestag vor kurzem erst beschlossen, dass nunmehr auch Schülerinnen und Studenten dem Anwendungsbereich des MuSchG unterfallen sollen. Der bereits im MuSchG verwirklichte Schutzzweck soll nun auch mit einer entsprechenden Regelung im Prostituiertenschutzgesetz als Instrument der Gefahrenabwehr verfolgt werden. Dies gebietet die staatliche Schutzpflicht. Der rechtliche Schutz des ungeborenen Lebens gilt im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG insbesondere auch gegenüber der Mutter (BVerfG v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, NJW 1993, 1751; Epping/Hillgruber/Lang, GG, Stand 03/2015, Art. 2 Rn. 78). Selbst wenn eine Gefährdung der eigenen Gesundheit zur Disposition der schwangeren

Prostituierten stehen mag. so steht die Gefährdung des ungeborenen Lebens jedoch nicht zur Disposition der Prostituierten.

Die hiesige Schutzrichtung des Beschäftigungsverbotes in den letzten sechs Wochen vor der Geburt begründet auch die Verfassungskonformität mit Art. 12 Abs. 1 GG. Das Verbot stellt einen zulässigen Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG dar. Das Verbot ist geeignet und erforderlich, um das Wohl des ungeborenen Lebens als Rechtsgut von einem hohen Rang zu schützen und dadurch der staatlichen Schutzpflicht nachzukommen. Wie dem aktuellen Gesetzesentwurf zum Prostituiertenschutzgesetz zu entnehmen ist, steigen die Risiken für spezifische Infektionen insbesondere in den letzten sechs Wochen der Schwangerschaft (S. 65 des aktuellen Gesetzesentwurfes). Die im aktuellen Entwurf geregelte Kondompflicht ist keine gleich geeignete Maßnahme wie das vorübergehende Beschäftigungsverbot. Zu aller Erst bedeutet die Auferlegung einer Kondompflicht nicht, dass diese auch umgesetzt wird. Wie soll die Umsetzung einer solchen Pflicht im Einzelfall überprüft werden? Dies wird nicht möglich sein. Das Beschäftigungsverbot kann hingegen sehr leicht überprüft werden. Des Weiteren schließt ein vorübergehendes Verbot auch die kleinste Wahrscheinlichkeit etwaiger schwerwiegender Schäden für das ungeborene Leben aufgrund von möglichen Infektionen aus.

Darüber hinaus träte das Tätigkeitsverbot drei weiteren Problemen entgegen, die sich insbesondere im Zusammenspiel negativ auf das Wohl des ungeborenen Kindes auswirken können:

- die psychische Belastung,
- die gesundheitliche Belastung,
- gesundheitsbelastende Arbeitszeiten.

Eine Schweizer Studie hat die gesteigerte psychische Belastung von Prostituierten aufgezeigt: Prostituierte leiden vermehrt an psychischen Erkrankungen, welche sich erst mit der Aufnahme der Tätigkeit entwickelten (Vgl. zu den Ergebnissen der Studie: Kriminalistik: Schweiz, 8-9/2010, S. 523). Die körperlichen

Anstrengungen können sich insbesondere in den letzten Wochen der Schwangerschaft als gesundheitlich belastend erweisen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Prostituierten ihre Tätigkeit oft nach den Wünschen der Freier ausrichten und die gesundheitliche Belastung in Kauf nehmen, um mehr Gewinn zu schöpfen. Auch die Arbeitszeit stellt schließlich eine Belastung und damit zugleich eine mögliche Gefährdung des Wohles des ungeborenen Kindes dar. Während für schwangere Arbeitnehmerinnen gerade die Mehrarbeit, die Arbeit zu Nachtzeiten sowie an Sonn- und Feiertagen im Mutterschutzgesetz untersagt ist, sind selbständig tätige Prostituierte insbesondere der Arbeit zur Nachtzeit ausgesetzt. Gerade Prostituierte gehen ihrer Tätigkeit zu Nachtzeiten nach. Dies stellt eine weitere Belastung der werdenden Mutter und damit mittelbar eine weitere Gefährdung für das Wohl des ungeborenen Kindes dar.

Eine Interessenabwägung zwischen dem Wohl des ungeborenen Kindes und der selbstbestimmenden Teilhabe an der Erwerbsfähigkeit fällt eindeutig zugunsten der überragend wichtigen Rechtsgüter des Lebens und der Gesundheit – das heißt zugunsten des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG – aus. Bereits die Schutzpflicht des Staates gegenüber dem ungeborenen Leben allein ist – wie oben dargelegt – ein gewichtiges Argument. Aber auch die Gesundheit der werdenden Mutter gilt es zu schützen. Freilich kann die Prostituierte selbstbestimmt entscheiden, ob sie ihrer eigenen Gesundheit oder der Teilhabe an der Erwerbsfähigkeit den Vorzug gibt. Allerdings bedarf sie dann des Schutzes, wenn sie trotz ihrer Tätigkeit als Selbständige faktisch nicht freiwillig über ihre Tätigkeit disponieren kann. Das Tätigkeitsfeld der Prostitution kann schnell zu besonderen Gefahren der Ausbeutung der Prostituierten und der Gewaltanwendung führen. Dies ist nicht nur eine Folge des Machtgefälles, wenn Freier Prostituierte für sexuelle Handlungen bezahlen, sondern kann auch eine Folge von Scheinselbständigkeit im Prostitutionsgewerbe sein. Daher ist auch zum Schutze der Rechte der Prostituierten selbst ein solches Verbot erforderlich.

Auch ein Pendelblick ins Ausland zeigt, dass Länder wie Norwegen, Schweden und Frankreich aus diesem Grunde sogar das gänzliche Verbot der Prostitution eingeführt haben und Freier, die bezahlte sexuelle Leistungen in Anspruch nehmen, strafrechtlich verfolgen (vgl. zum Verbot in Schweden: *Dodillet*, Deutschland und Schweden: Unterschiedliche ideologische Hintergründe in der Prostitutionsgesetzgebung, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 9/2013, S. 29 ff.; Frankreich: Nationalversammlung Nr. 1437 zum Gesetz zur Bekämpfung der Prostitution, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/propositions/pion1437.pdf>). Wenn gar das gänzliche Verbot gerechtfertigt werden kann, dann doch auch ein Beschäftigungsverbot von kurzer Dauer während der Schwangerschaft.

Würde ein solches vorübergehendes Tätigkeitsverbot daher aufgrund der selbstbestimmenden Teilhabe an der Erwerbsfähigkeit abgelehnt, so ist dies eine eindimensionale Sichtweise, die im Ergebnis gerade nicht dem Schutze der schwangeren Prostituierten dient.

II. Versagung der Anmeldung bei offensichtlich fehlender Einsichtsfähigkeit

§ 5 Abs. 2 des Gesetzesentwurfes ist dahingehend zu ergänzen, dass eine Anmeldebescheinigung dann nicht erteilt wird, wenn einer Prostituierten offensichtlich über die zum eigenen Schutz erforderliche Einsicht fehlt.

Gerade die zuvor genannten Gefahren, die im Umfeld der Prostitution auftreten können, – wie die Ausbeutung der Prostituierten sowie der Menschenhandel – erfordern die Einsichtsfähigkeit der Prostituierten hinsichtlich der Tragweite ihrer Tätigkeit. Die Prostitution soll nicht durch „diskriminierendes Sonderrecht“ abgestempelt werden – wie der Deutsche Juristinnenbund die Anknüpfung an die Einsichtsfähigkeit bemängelt (S. Stellungnahme zum Prostituiertenschutzgesetz des Deutschen Juristinnenbundes) –, sondern die Rechte der Prostituierten sollen

stärker geschützt werden. Eine Diskriminierung gegenüber anderen beruflichen Tätigkeiten wäre das zusätzliche Verlangen der Einsichtsfähigkeit nur dann, wenn es keinen sachlichen Grund für diese unterschiedliche Handhabung gäbe. Diesen sachlichen Grund gibt es aber:

Die Entscheidung zur Ausübung der Prostitution berührt die sexuelle Selbstbestimmung. Die Person die sich zur Ausübung der Prostitution entschließt, entschließt sich, sich geschlechtlich hinzugeben. Dies kann zugleich auch zu Gefährdung der sexuellen Selbstbestimmung führen. Dies führt nun einmal zu einer anderen Tragweite als die Entscheidung der Tätigkeit als Bankkauffrau nachzugehen. Um jene Gefährdung der sexuellen Selbstbestimmung einzudämmen und den eigenen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung der Prostituierten sicherzustellen, hat der Staat seiner Schutzpflicht nachzukommen und entsprechende Rahmenbedingen für die Ausübung der Prostitution zu schaffen.

Dass der Gesetzgeber mit der Anknüpfung der Anmeldung an die Einsichtsfähigkeit weder einen faktisches Verbot der Prostitution – und damit einen verfassungswidrigen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG – noch eine Diskriminierung des Berufsstandes bezweckt, soll schließlich der Gesetzeswortlaut deutlich machen: Das Wort *offensichtlich* hebt die restriktive Handhabung einer solchen Normierung hervor. Der Behörde soll gerade nicht Tor und Tür geöffnet werden, um eine Anmeldung zu versagen. Nur wenn offensichtlich – beispielsweise aufgrund Drogenabhängigkeit oder einer stark ausgeprägten Intelligenzminderung – auf den ersten Blick erkennbar ist, dass der Person die Fähigkeit fehlt, die Tragweite der Prostitutionsausübung zu erkennen, soll die Behörde die Anmeldung versagen können (so auch bereits in den Gründen zum Referentenentwurf vom 29.07.2015 angeführt, S. 63). Es muss der Person plakativ ausgedrückt „auf der Stirn stehen“, dass ihr die Einsichtsfähigkeit fehlt. Hierzu müssen gewichtige Gründe gegen die Einsichtsfähigkeit der Person vorliegen und von der Behörde schriftlich festgehalten werden.

Die Beurteilung, ob einer Person offensichtlich die Einsichtsfähigkeit fehlt, überschreitet nicht die Fähigkeit der Behörden. Auch in anderen Bereichen findet sich eine ähnliche Kompetenzübertragung: So hat ein Standesbeamter die Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit für die Eheschließung selbständig zu prüfen (BT-Drucks. 11/4528, S. 65; MüKo/*Wellenhofer*, BGB, 6. Aufl. 2013, § 1304 Rn. 7; Bamberger/*Roth/Hahn*, BGB, Stand 02/2016, § 1304 Rn. 3). Liegt in seinen Augen die Geschäftsfähigkeit nicht vor, kann er die Eheschließung ablehnen. Für eine solche Entscheidung ist er nicht verpflichtet, das zuständige Gericht anzurufen, vgl. § 49 Abs. 2 PStG. Nicht ersichtlich ist dann, im Unterschied dazu die Fähigkeit der Behörde hinsichtlich der offensichtlich fehlenden Einsichtsfähigkeit anzuzweifeln. Sie soll gerade keine tiefere Prüfung vornehmen müssen zur Feststellung der mangelnden Einsichtsfähigkeit.

Soll der Behörde nicht die endgültige Entscheidungsmacht überlassen werden, kann in den Gesetzestext mit aufgenommen werden, dass es der Prostituierten unbenommen bleibt, durch eine ärztlichen Bescheinigung den Nachweis der Einsichtsfähigkeit zu erbringen.

III. Krankenversicherungspflicht von Prostituierten im Prostitutionsgewerbe im Sinne von § 2 Abs. 3 des Gesetzesentwurfes

Der Gesetzesentwurf sollte dahingehend ergänzt werden, dass den Betreibern eines Prostitutionsgewerbes im Sinne des § 2 Abs. 3 des Entwurfes die Pflicht auferlegt wird, zu Beginn der Beschäftigung der Prostituierten zu überprüfen, ob die Prostituierten im In- oder Ausland krankenversichert sind. Ergibt die Überprüfung, dass die Prostituierten nicht krankenversichert sind, ist die Beschäftigung in dem betriebenen Prostitutionsgewerbe zu untersagen, es sei denn für die Prostituierten gelten die Rechtsvorschriften eines anderen EU-Mitgliedsstaates, nach denen sie keine Krankenversicherungspflicht haben.

Eine solche Regelung ist zur Sicherstellung der gesundheitlichen Versorgung der Prostituierten erforderlich. In einer Branche, in der durch die Vornahme sexueller Handlungen eine erhöhte Ansteckungsgefahr mit Krankheiten und in der – wie oben dargestellt – auch eine erhöhte Gefahr von psychischen Erkrankungen besteht, ist die Sicherstellung der Versorgung noch entscheidender als für andere selbständigen Tätigkeiten.

Ein weiteres Problem, dem durch Regelungen zur Überprüfung der Krankenversicherungspflicht begegnet wird, ist die Scheinselbständigkeit. Gerade in den in § 2 Abs. 3 des Gesetzesentwurfes genannten Fällen eines betriebenen Prostitutionsgewerbes sind die Prostituierten häufig als Scheinselbständige tätig. Als Scheinselbständige gehen sie dann zwar einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung nach und sind rechtlich als Arbeitnehmerinnen einzuordnen, aber sie umgehen die Versicherungspflicht durch die fälschliche Angabe, einer selbständigen Tätigkeit nachzugehen. Die Scheinselbständigkeit hat zur Folge, dass Prostituierte als Scheinselbständige nicht den gleichen Schutz wie als Arbeitnehmerinnen genießen, obwohl sie faktisch weisungsgebunden sind. Das Problem der Scheinselbständigkeit ist keines, das sich von heute auf morgen lösen lässt. Zumindest kann aber der gesundheitliche Schutz der Prostituierten verbessert werden, indem auch selbständig tätigen Prostituierten eine Krankenversicherungspflicht auferlegt wird und die gesundheitliche Versorgung damit auch ihnen gesichert ist.

Eine solche Regelung legt nicht nur den Betreibern eines Prostitutionsgewerbes die Pflicht auf, zu überprüfen, ob die Prostituierten, die bei ihnen beschäftigt werden sollen, krankenversichert sind, sondern auch den Prostituierten selbst. Die Prostituierten müssen krankenversichert sein, um in einem Prostitutionsgewerbe beschäftigt werden zu können, es sei denn die oben genannte Ausnahmeregelung greift für sie. Für die Mehrheit der Prostituierten wird ohnehin die Krankenversicherungspflicht bereits anderweitig bestehen. Die Pflicht zur Krankenversicherung ist insbesondere für diejenigen von Relevanz, die weder in

Deutschland noch im Ausland versicherungspflichtig sind. Die sich in einem Beschäftigungsverhältnis befindenden Prostituierten sind ohnehin als Arbeitnehmerinnen gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V versicherungspflichtig. Selbständig tätige Prostituierte, deren Wohnsitz in Deutschland ist, unterliegen ebenso einer Krankenversicherungspflicht aufgrund ihres Wohnsitzes gem. § 193 Abs. 3 VVG.

Ist eine selbständig tätige Prostituierte in einem anderen EU-Mitgliedstaat tätig und in Deutschland voraussichtlich nur maximal 24 Monate, gelten gem. Art. 12 Abs. 2 VO (EG) Nr. 883/2004 weiterhin die Rechtsvorschriften des bisher zuständigen Mitgliedstaates. Auf ihren Antrag hin wird ihr eine Bescheinigung ausgestellt, welche Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates einschlägig sind, vgl. Art 19 Abs. 2 VO (EG) Nr. 987/2009. Ist die Prostituierte nach dem Recht des Mitgliedstaates versicherungspflichtig, reicht ein entsprechender Nachweis gegenüber dem Betreiber des Prostitutionsgewerbes aus. Sollte in dem Mitgliedstaat keine Versicherungspflicht bestehen, so kann im nationalen Recht keine Versicherungspflicht für die selbständige Prostituierte geregelt werden, soweit die Prostituierte aus einem Mitgliedstaat der EU kommt. Dies würde im Widerspruch zu Art. 12 Abs. 2 VO (EG) Nr. 883/2004 stehen. Gem. Art. 16 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 können zwei oder mehrere Mitgliedstaaten im gemeinsamen Einvernehmen von den Art. 11 bis 15 der Verordnung abweichen. Das heißt, im Alleingang kann keine abweichende nationale Regelung getroffen werden. Daher können Prostituierte, die gewöhnlich in einem anderen Mitgliedstaat einer ähnlichen Tätigkeit nachgehen und voraussichtlich weniger als 24 Monate in der Bundesrepublik Deutschland tätig sind, nicht von der Versicherungspflicht erfasst werden, wenn in dem anderen Mitgliedstaat keine Versicherungspflicht für sie besteht. Diese müssen von einer nationalen Regelung ausgenommen werden.

Unter den EU-Mitgliedstaaten besteht für Selbständige nur in Litauen keine Pflichtversicherung

(Vgl. <http://www.sozialkompass.eu/onlineversion/laenderauswahl.html>).

In der Tschechischen Republik sind Selbständige nur hinsichtlich der Sachleistungen aber nicht der Geldleistungen pflichtversichert (Vgl. http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Czech%20Republic_de.pdf). Nur Prostituierte aus diesen beiden Ländern wären somit von der Krankenversicherungspflicht ausgenommen, wenn sie auch tatsächlich in diesen Ländern gewöhnlich einer ähnlichen Tätigkeit nachgehen und in der Bundesrepublik Deutschland nicht mehr als 24 Monate tätig sind. Ein solcher Fall wird in der Praxis jedoch selten auftauchen. Die wenigsten Prostituierten werden auch zugleich in ihrem Heimatland als Prostituierte tätig sein. Für die Mehrheit der Prostituierten wird sich daher die Versicherungspflicht nach deutschem Recht richten (vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. a) VO (EG) 883/2004) und somit wird der überwiegende Teil von einer Regelung zur Krankenversicherungspflicht erfasst.

In Bezug auf Nicht-Mitgliedstaaten ist eine solche Regelung unproblematisch. Entweder die deutschen Rechtsvorschriften gelten ohnehin aufgrund bilateraler Abkommen oder die Regelung zur Krankenversicherungspflicht gilt, soweit kollisionsrechtlich nichts anderes Geltung hat.

IV. Weitergehende Maßnahmen zur effektiveren Realisierung der Ziele des Gesetzes

Um das Ziel des hiesigen Gesetzesentwurfes – die Verbesserung des Schutzes der Prostituierten – besser umsetzen zu können, sind die besonderen Gegebenheiten der Straßenprostitution nicht zu vernachlässigen.

Denn die beabsichtigten Maßnahmen im Gesetzesentwurf greifen in Bezug auf die Straßenprostitution nur sehr bedingt. Eine Kontrolle von Prostituierten, die nicht in einem Prostitutionsgewerbe im Sinne des § 2 Abs. 3 des Gesetzesentwurfes, sondern auf der Straße tätig sind, ist kaum möglich. Die Prostituierten haben

keinen festen Arbeitsplatz wie in den Prostitutionsstätten. Es kann nicht ohne Weiteres nachgeprüft werden, ob sie angemeldet sind oder ob der Kunde tatsächlich der Kondompflicht nachkommt.

Gerade die Straßenprostitution erleichtert mangels Kontrolle die Zwangsprostitution. Zudem sind die Prostituierten auf offener Straße mehr der Gefahr von Übergriffen ausgesetzt als in Prostitutionsstätten, soweit in Ortschaften keine sogenannten Verichtungsboxen mit entsprechenden Vorkehrungen vorhanden sind.

Einige europäische Länder sind dem bereits durch das Verbot des Kaufes von sexuellen Leistungen entgegengetreten, wie zuvor aufgezeigt. Historisch betrachtet, zeigt das Beispiel Frankreich, dass aber auch weniger stark eingreifende Maßnahmen in die Berufsfreiheit die Gefahren eindämmen können. Frankreich hatte Anfang des 20. Jahrhunderts ein Problem mit der Prostitution in Bordellen zu niedrigen Preisen. Folge war das 1946 eingeführte Gesetz „*Loi Marthe Richard*“, welches die Bordelle verbot. So könnte auch der Bund als weniger stark eingreifende Maßnahme im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz zumindest die Straßenprostitution einschränken, um die damit verbundenen Gefahren einzudämmen. Der Bund hat den Ländern bereits nach Art. 297 EGStGB die Möglichkeit gegeben, die Straßenprostitution in den Gemeinden zum Schutze der Jugend und des öffentlichen Anstandes einzuschränken. Mit dieser Regelung hat der Bund die Länder ermächtigt, eine entsprechende Rechtsverordnung zu erlassen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Norm für verfassungskonform erklärt (BVerfG v. 28.4.2009 – 1 BvR 224/07, NVwZ 2009, 905). Gerade zu dem Begriff des öffentlichen Anstandes hat es ausgeführt, dass der Begriff gerade nicht auf die moralischen Vorstellungen abstellt. Um nicht nur den Schutz des öffentlichen Anstandes, sondern auch den Schutz der Prostituierten effektiver gewährleisten zu können, bedarf es einer bundesgesetzlichen Regelung. Eine solche kann dann weitreichender sein als solche, zu derer die Länder ermächtigt sind. Sie wäre auch verfassungskonform.

Die Gesetzgebungskompetenz folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, die Regelung des Rechts der Wirtschaft. Das Recht der Wirtschaft umfasst auch berufsbildprägende Regelungen für Selbständige (Sachs/*Degenhart*, GG, 7. Aufl. 2014, § 74 Rn. 46, 50). Für eine Regelung des Verbotes der Straßenprostitution an Bundesstraßen braucht der Bund daher nicht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG zurückgreifen (vgl. zur Gesetzgebungskompetenz im Rahmen des Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG: BVerfG v. 9.10.1984 – 2 BvL 10/82, NJW 1985, 371), sondern kann ihre Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG herleiten. Das Recht der Wirtschaft unterfällt der konkurrierenden Gesetzgebung. Gem. Art. 72 Abs. 2 GG hat der Bund das Gesetzgebungsrecht in dem Bereich des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nur, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Das Bundesverfassungsgericht sieht als Zweck der Regelung zur Wahrung der Rechtseinheit an, dass eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen vermieden werden soll, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann (BVerfG v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, NJW 2003, 41). Unter Berücksichtigung der Anforderungen des Bundesverfassungsgericht wird wohl eine bundesgesetzliche Regelung zur Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich sein. Wird es denn Ländern überlassen ein Verbot der Straßenprostitution gänzlich zu regeln, so wird es zu einer Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen kommen: Die Straßenprostitution wird sich auf die Bundesländer konzentrieren, in denen die Straßenprostitution noch uneingeschränkt gestattet wäre. In jenen Bundesländern nähme die Straßenprostitution in erheblichem Maße zu. Solche Ausweichbewegungen sind bereits innerhalb Europas festzustellen. Dadurch dass einige EU-Länder (s. unter Abschn. I.) den Kauf von sexuellen Leistungen unter Strafe gestellt haben, verlagert sich das Angebot von sexuellen Leistungen in die Länder, in denen weder das Angebot noch die Nachfrage von entsprechenden Leistungen unter Strafe steht. Das Entstehen von solchen Ausweichbewegungen gilt es, durch

einheitliche, bundesgesetzliche Regelungen im Interesse des Bundes und der Länder zu verhindern.

Auch materiell-rechtlich wird eine bundesgesetzliche Regelung zur Einschränkung der Straßenprostitution verfassungskonform sein, soweit eine vernünftige Erwägung den Eingriff in Art. 12 GG rechtfertigt. Die Einschränkung der Straßenprostitution stellt eine Regelung der Art und Weise der Berufsausübung dar. Solch eine Regelung kann durch jede vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein (Epping/Hillgruber/Lang, GG, Stand 03/2015, Art. 12 Rn. 94). So hat das BVerfG hinsichtlich des Art. 297 EGStGB den Schutz der Jugend und des öffentlichen Anstands als eine solche Erwägung angesehen. So sah es den öffentlichen Anstand als berührt an, „wenn die Eigenart des betroffenen Gebietes durch eine besondere Schutzbedürftigkeit und Sensibilität, z.B. als Gebiet mit hohem Wohnanteil sowie Schulen, Kindergärten, Kirchen und sozialen Einrichtungen gekennzeichnet ist (vgl. Hessischer VGH, Beschluss vom 19. Februar 1990 - 11 N 2596/87 -, NVwZ-RR 1990, S. 472; Urteil vom 31. Oktober 2003 - 11 N 2952/00 -, NVwZ-RR 2004, S. 470 <471>; Niedersächsisches OVG, Urteil vom 24. Oktober 2002 - 11 KN 4073/01 -, juris, Rn. 45 ff.) und wenn eine nach außen in Erscheinung tretende Ausübung der Prostitution typischerweise damit verbundene Belästigungen Unbeteiligter und „milieubedingte Unruhe“, wie zum Beispiel das Werben von Freiern und anstößiges Verhalten gegenüber Passantinnen und Anwohnerinnen, befürchten lässt“ (BVerfG v. 28.4.2009 – 1 BvR 224/07, NVwZ 2009, 905). Auf die Sittenwidrigkeit der Prostitution, von der viele andere und ich ausgehen und an der auch das Prostituiertengesetz nichts geändert hat (Vgl. OLG Schleswig v. 13.5.2004 – 16 U 11/04, NJW 2005, 225; mit weiteren Nachweisen MüKo/*Armbüster*, 7. Aufl. 2015, § 1 ProstG Rn. 19 Fn. 61), kommt es hierbei nicht an.

Neben solchen von dem Bundesverfassungsgericht angeführten Gründen zur Regelung der Berufsausübung wird auch die effektive Bekämpfung der Zwangsprostitution eine Erwägung des Allgemeinwohls sein. Das bedeutet im Ergebnis, wenn der Bundesgesetzgeber das will, kann er die Straßenprostitution einschränken. Handelt er nicht, versäumt er eine Gelegenheit.

V. Summa

Es wird also empfohlen:

- ein Tätigkeitsverbot für die letzten sechs Wochen der Schwangerschaft auszusprechen, wie es sich in dem aktuellen Gesetzesentwurf auch wiederfindet,
- die Anmeldung zu versagen, wenn *offensichtlich* die Einsichtsfähigkeit fehlt. Mit in den Gesetzestext sollte hierbei die Möglichkeit des Nachweises der Einsichtsfähigkeit durch eine medizinische Bescheinigung aufgenommen werden,
- den Betreibern eines Prostitutionsgewerbes im Sinne von § 2 Abs. 3 des Gesetzesentwurfes die Pflicht aufzuerlegen, zu Beginn der Beschäftigung einer Prostituierten zu überprüfen, ob diese im In- oder Ausland krankenversichert ist. Ist sie nicht krankenversichert, ist die Beschäftigung in dem betriebenen Prostitutionsgewerbe zu untersagen, es sei denn für die Prostituierten gelten die Rechtsvorschriften eines anderen EU-Mitgliedsstaates, nach denen sie keine Krankenversicherungspflicht haben. In Übereinstimmung mit dem Europarecht sollte diese Einschränkung der Krankenversicherungspflicht mitaufgenommen werden.

- Die Straßenprostitution sollte – da wo es erforderlich ist – eingeschränkt werden.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr



Gregor Thüsing