

Meinhard Starostik • Rechtsanwalt

RECHTSANWALTSKANZLEI
Wittestr. 30E • D- 13509 Berlin
+49 30 8800030 • Fax: +49 30 88000310
kanzlei@starostik.de
USt-ID-Nr.: DE165877648

KANZLEI VEREIDIGTER BUCHPRÜFER
Schwarzenberger Str. 7 • D-08280 Aue
+49 3771 564700 • Fax: +49 3771 5647025

Berliner Bank AG
Konto: 21 45 65 400 • BLZ: 100 708 48
IBAN: DE79 1007 0848 0214 5654 00
BIC: DEUTDE33HAN

RA Starostik • Wittestr. 30 E • D-13509 Berlin

Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

Mein Zeichen:

533-16
Berlin, den 21. Jun. 2017

Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer zu

1. Frau XX
2. Frau XX
3. Frau XX
4. Frau XX
5. Frau XX
6. Frau XX
7. Herr XX
8. Frau XX.
9. Herr XX
10. Herr XX
11. Herr XX
12. Frau XX
13. Frau XX
14. Herr XX
15. Frau XX
16. Frau XX
17. Herr XX
18. Frau XX
19. Frau XX
20. Frau XX
21. Frau XX
22. Frau XX
23. Frau XX
24. Frau XX

XX

Namens und kraft Vollmacht der vorbezeichneten Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer wird hiermit Verfassungsbeschwerde erhoben

gegen §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1, 5 Abs. 7 10 Abs. 6, 11 Abs. 3 und 4, 12, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32 Abs 1, 33 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen.

Gliederung

- I. Einleitung – Die angegriffenen Vorschriften und die Anträge
- II. Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer
- III. Zulässigkeit
 - a. Die gegenwärtige und unmittelbare Selbstbetroffenheit der Beschwerdeführer.innen
 - b. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen
- IV. Begründetheit
 - a. Anmeldepflicht und Gesundheitsberatung
 - i. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG - subjektive Zulassungsbeschränkung
 - ii. Rechtfertigung
 1. Geschütztes Gemeinschaftsgut
 2. Erforderlichkeit und Geeignetheit
 3. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne
 - iii. Europarechtswidrigkeit der persönlichen Anmeldung und der Ausweisführung
 - iv. Ergebnis zu i bis iii
 - v. Verletzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG
 - vi. Ergebnis zu v – Informationelle Selbstbestimmung
 - b. Anordnungsermächtigung nach § 11 Abs. 3
 - i. Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG
 - ii. Rechtfertigung des Eingriffs
 - iii. Ergebnis zu b - § 11 Abs. 3 ProstSchG
 - c. Anordnungsermächtigung nach § 11 Abs. 4
 - i. Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG
 - ii. Rechtfertigung

- iii. Ergebnis zu c - § 11 Abs. 4 ProstSchG
- d. Überwachung nach § 29 in Verbindung mit § 31
 - i. Die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 29 Abs. 1, 31 Abs. 1 Nr. 1 ProstSchG
 - ii. Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG
 - iii. Ergebnis zu d i bis ii - §§ 29 Abs. 1, 31 Abs. 1 Nr. 1 ProstSchG
 - iv. § 29 Abs. 2 ProstSchG
 - 1. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG
 - 2. Rechtfertigung
 - v. Ergebnis zu d iii - § 29 Abs. 2 ProstSchG
 - vi. § 31 Abs. 1 Nr. 2 ProstSchG
 - 1. Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG
 - 2. Rechtfertigung
 - vii. Ergebnis zu d vi - § 31 Abs. 1 Nr. 2 ProstSchG
- e. Kondompflicht, § 32 Abs. 1 ProstSchG
 - i. Definition Geschlechtsverkehr
 - ii. Ergebnis zu e i – Bestimmtheit von § 32 Abs. 1 ProstSchG
 - iii. Pflicht für Sexarbeiter
 - 1. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG
 - 2. Rechtfertigung
 - 3. Ergebnis zu e i und iii 1 bis 2 - § 32 Abs. 1 ProstSchG
 - 4. Eingriff in das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG
 - 5. Rechtfertigung
 - 6. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs
 - 7. Ergebnis zu e iii 4 bis 6
 - iv. Pflicht für Kunden
 - 1. Eingriff in das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG
 - 2. Rechtfertigung
 - 3. Verhältnismäßigkeit
 - 4. Ergebnis zu e iv - § 21 Abs. 1 ProstSchG – Kondompflicht für Kunden
- f. Bußgeldtatbestand des § 33 Abs. 1 Nr. 3 ProstSchG
- g. Erlaubnispflicht, § 12 ProstSchG
 - i. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG
 - ii. Rechtfertigung
 - 1. Gemeinwohlbelang

2. Mangelnde Differenzierung hinsichtlich der unterschiedlichen Eigenschaften der Ausdifferenzierung im Bereich der Prostitution.

- iii. Ergebnis zu g

- V. Gesamtwertung der gesetzlichen Regelung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit

I. Einleitung – Die angegriffenen Vorschriften und die Anträge

Mit der vorliegenden Verfassungsbeschwerde wenden sich Dienstleisterrinnen und Dienstleister der Sexbranche, Dienstleistungsempfänger und Bordellbetreiber gegen Vorschriften des „Gesetzes zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen (Prostituiertenschutzgesetz - ProstSchG)“ Art. 1 des Gesetzes zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen, BGBl I 2016, 2372.

Angegriffen sind die Vorschriften der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1, 10 Abs. 6, 11 Abs. 3 und 4, 12, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32 Abs. 1, 33 Abs. 1 Nr. 3 ProstSchG.

Es wird die Verletzung der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit 1 Abs. 1, 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 und des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 103 Abs. 2 GG gerügt.

Es wird beantragt, die Vorschriften der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1, 5 Abs. 7 10 Abs. 6, 11 Abs. 3 und 4, 12, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32 Abs. 1, 33 Abs. 1 Nr. 3 ProstSchG für mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig zu erklären.

Hilfsweise wird beantragt, dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorzulegen, 1.

Ob die Pflicht zur Beantragung einer Anmeldebescheinigung und Bescheinigung über die Teilnahme an einer Gesundheitsberatung, wie dies in § 3 Abs. 1 und 10 ProstSchG geregelt ist sowie die Pflicht zum Mitführen dieser Bescheinigung, wie dies in § 5 Abs. 7 und 10 Abs. 6 ProstSchG geregelt ist, mit Art. 16 Abs. 2 e der Richtlinie 2006/123 EG ,

2.

Ob die Pflicht, vor Aufnahme einer Prostitutionstätigkeit eine Anmeldung vorzunehmen, die die Wirkung einer Erlaubniserteilung hat, wie dies in § 3 Abs. 1 ProstSchG geregelt ist, mit der Richtlinie 2006/123 EG vereinbar ist.

II. Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer

Die Beschwerdeführerin zu 1 bietet sexuelle Dienstleistungen als Selbständige an. Sie ist ferner Betreiberin eines bordellartigen Betriebes in Bremen, das unter „Haus 9“ firmiert und fünf Arbeitszimmer hat, davon nutzt die Beschwerdeführerin eines ausschließlich selbst. Zur Beschreibung des Hauses 9 führt die Beschwerdeführerin aus:

„Das **„Haus9“** dient laut Gewerbemeldung der - „Vermietung von Betriebsstätten zur gewerblichen Tätigkeit an selbständig in der Sexarbeit tätige Menschen“.

Laut Baugenehmigung ist es ein „bordellartiger Betrieb“ mit vier Arbeitszimmern.

Die Zimmer werden gegen eine Wochenmiete von 300 € an SW (Sexworker) vermietet. Die SW gestalten Ihre Tätigkeit in diesen Zimmern eigenständig. Sie verfügen über einen eigenen Schlüssel für die Zimmer und sind persönlich über eine eigene Klingel erreichbar. Kundenkontakte bahnen sie ansonsten über ihr Mobiltelefon an. Werbung für ihre Dienstleistungen schalten sie eigenständig, Honorare legen sie eigenständig fest. Auf die Gestaltung Ihrer Tätigkeit nimmt die Beschwerdeführerin keinen Einfluss. Zu welcher Zeit die Mietenden welche Personen empfangen liegt ausschließlich im Ermessen der SW. Darüber wird von der Beschwerdeführerin keine Kontrolle ausgeübt und werden keine Aufzeichnungen angefertigt. Den Mietenden wird empfohlen keinen Service unter 50 € anzubieten und keinen Oralsex mit Aufnahme oder Schlucken anzubieten. Der Mietvertrag und seine Anlagen werden den Mietenden in ihrer Muttersprache zur Verfügung gestellt. Die Beschwerdeführerin ist muttersprachlich Rumänin und spricht fließend Russisch sowie Deutsch.“

Die Arbeitszeiten der Mieterinnen werden von diesen selbst bestimmt, beginnen teilweise um 9 Uhr morgens und enden teilweise um 2 Uhr nachts.

Die Beschwerdeführerin zu 2 ist als Domina hauptberuflich in Hamburg tätig. Sie arbeitet teils allein, teils mit Kolleginnen in einem Domina-Studio.

Die Beschwerdeführerin zu 3 ist österreichische Staatsangehörige und bietet nebenberuflich sexuelle Dienstleistungen in Wohnungen in Österreich und Deutschland an. Sie ist jeweils alleine in der von ihr angemieteten Wohnung tätig.

Die Beschwerdeführerin zu 4 ist als Domina hauptberuflich tätig und betreibt gemeinsam mit einer Kollegin ein SM-Studio in Berlin.

Die Beschwerdeführerin zu 5 ist hauptberuflich als Sexarbeiterin tätig, bietet also sexuelle Dienstleistungen an.

Die Beschwerdeführerin zu 6 ist Pornodarstellerin in Rumänien und hat die rumänische Staatsangehörigkeit. Sie bietet in Österreich und Deutschland im zeitlichen Wechsel sexuelle Dienstleistungen an.

Der Beschwerdeführer zu 7 nimmt als „Freier“ entgeltliche sexuelle Dienstleistungen in Anspruch. Er fühlt sich vor allem durch die jederzeitigen Befugnisse zur Personenkontrolle als auch durch die Kondompflicht betroffen.

Die Beschwerdeführerin zu 8 bietet als Selbständige sexuelle Dienstleistungen an. In der Regel besucht sie ihre Kunden und ist deutschlandweit tätig.

Der Beschwerdeführer zu 9 nimmt als „Freier“ entgeltliche sexuelle Dienstleistungen in Anspruch. Er fühlt sich vor allem durch die jederzeitigen Befugnisse zur Personenkontrolle als auch durch die Kondompflicht betroffen.

Der Beschwerdeführer zu 10 ist transsexuell und bietet hauptberuflich sexuelle Dienstleistungen in Deutschland an.

Der Beschwerdeführer zu 11 bietet nebenberuflich sexuelle Dienstleistungen für Männer, Frauen und transitive Personen an, wobei der Übergang von der unentgeltlichen zur entgeltlichen Tätigkeit fließend ist. Er beschreibt seine Tätigkeit wie folgt:

„Form der Tätigkeit: Freizeit-Nebenjob, selbständig als Kleinunternehmer, Gelegenheitsprostitution, prostitutive promiske Lebensform, Ausleben von Sexualität, politisches und soziales Engagement für Sex Workers` Rights Movement, Entgelt ist Aufwandsentschädigung, Escort/Stundenhotel, Erotische Massage/Stundenhotel.“

Die Beschwerdeführerin zu 12 ist Betreiberin einer Terminwohnung in Langenselbold in Hessen, einer Gemeinde mit 13.400 Einwohnern.

Die Wohnung hat zwei Zimmer für Dienstleistungen sowie einen Aufenthalts- und weitere Nebenräume. Dort sind im wöchentlichen Wechsel zwei Dienstleisterinnen tätig. Sie beschreibt anschaulich ihre Tätigkeit und Befürchtungen wie folgt:

„Terminvereinbarungen mit den Mietenden (auf 2 Damen beschränkt), Annoncieren der Zimmervermietung in Print.- und Internetmedien, kontrollieren der Ausweispapiere der Mieterinnen, Klärungen aller organisatorischen Dinge des Mietverhältnisses, Gespräche über Hygiene, Gesundheitsvorsorge, Reinigung der gesamten Wohnung inkl. Müllentsorgung, Instandsetzung der Mieträume sowie der Gartenanlage/Terrasse, Verfügbarkeit der gesamten Wäsche (Handtücher, Bettbezüge, Inletts), waschen, trocknen und bügeln, Anschaffung der erforderlichen Hygieneartikel (Toilettenpapier, Küchenrollen, Kleenex, Mundspülung) und der Kondome zur Verhütung übertragbarer Krankheiten, Vergabe von Aufträgen an Firmen zur Instandhaltung der Betriebsstätte, die ich selbst nicht erledigen kann (Sanitär, Elektriker, Heizungswartung, kleinere Umbaumaßnahmen), Gespräche und Aufklärung über Neuerungen des Prostitutionsgewerbes.- und Gesetzesänderungen, Erbringung kleiner Gefälligkeiten wie Besorgungen (Apotheke, Supermarkt), Fahrten zu medizinischen Einrichtungen (Ärzte/Krankenhaus/Physiotherapeut), Einhaltung der Hausordnung, viele gemeinsame Gespräche über alle Belange und Wünsche der Mieterinnen, kassieren der Tagesmiete.

Als Betreiberin bin ich durch dieses neue Gesetz gezwungen, unverhältnismäßige/vertrauliche Kontroll.- und Aufzeichnungspflichten wahrzunehmen die in die Privatsphäre der Mieterinnen erheblich eingreift, persönlich betroffen.

Da die Mieterinnen meist für mich zuerst völlig fremde Menschen sind, sehe ich mich außer Stande ihnen sehr private Fragen über ihre familiäre und auch finanzielle Situation zu stellen. Die Kontroll.- und Aufzeichnungspflichten erfordern einen erheblichen Zeitaufwand, auf Grund des häufigen Wechsels der Mieterinnen (wöchentlich). Des öfteren findet auch unter der laufenden Woche ein Wechsel von einer Mieterin statt, wenn diese ihre Tätigkeit frühzeitiger beendet als vorgesehen (aus privaten/gesundheitlichen/finanziellen Gründen). Die Mieterinnen bestimmen untereinander eigenständig ihre Arbeitszeiten. Einige beginnen ihre Tätigkeit bereits um 9 Uhr und bei einigen endet ihre Tätigkeit am frühen Morgen gegen 3 Uhr. Das bedeutet für mich ein "Verfügbarsein" von täglich 18 Stunden. Da ich eine kleine Zimmervermietung mit max. 2 Mädchen betreibe, bin ich bei der Größe meines Betriebes, finanziell nicht in der Lage, noch eine Person mit diesen Aufgaben zu betrauen und gleichzeitig ebenfalls zu kontrollieren und zu bezahlen! Um diesem Nachschaurecht der Behörden zu entsprechen, müsste ich ständig in meinem Betrieb persönlich anwesend sein. Damit leiden meine eigentlichen Dienstleistungen und Verpflichtungen meinen Mieterinnen gegenüber. Bei meinen mir auferlegten neuen Kontrollpflichten sehe ich auch einen Imageverlust. Ich möchte auf keinen Fall bei meinen Mieterinnen den Eindruck eines Staatsbediensteten hinterlassen. Damit wäre das gute (Miet.-) Verhältnis nachhaltig zerrüttet. Das jahrelange Vertrauen, das ich mir bei meinen Mieterinnen regelrecht erarbeitet habe, wäre auf einen Schlag zu nichte gemacht und dadurch würde ich erhebliche finanzielle Verluste haben.

Auch der Datenschutz ist eine nicht zu untretende Gefährdung der bei mir mietenden Mädchen. Allein die Kontrolle der Ausweispapiere meiner Mieterinnen, wird einzeln vorgenommen, ohne die Anwesenheit einer anderen Person. Alle Mieterinnen haben Angst vor dem Bekanntwerden ihrer Tätigkeit vor Dritten und der damit verbundenen Ächtung oder privaten Repressalien. Bei den europäischen Mieterinnen ist die Angst vielmals schlimmer als bei den deutschen Mieterinnen.

Ein sehr großes, existenzielles Problem kommt noch durch das neue Prostitutionsgesetz hinzu. Bei der Inkraftsetzung des Gesetzes werde ich über Nacht (zum 01.07.2017) zur Betreiberin eines Prostitutionsgewerbes, "sprich Bordells". Bis jetzt nennt sich mein Betrieb VERMIETUNG und wird als Wohnungsprostitution eingestuft. Laut Gesetz ist die Wohnungsprostitution bis her auf maximal 3 Mädchen begrenzt, alles was darüber ist, ist ein Bordell. Nun werde ich über Nacht zur Bordellbetreiberin. Laut der hessischen Sperrgebietsverordnung ist das Betreiben eines Bordells, in einer Stadt unter 30 000 Einwohnern, komplett untersagt, verboten. Das Haus Papillon besteht schon weit über 45 Jahren. ...

Seit 36 Jahren arbeite und führe ich diesen Betrieb, auf meinen Namen ist das Geschäft seit 2002. In dieser ganzen Zeit ist der Betrieb als sicherer und sauberer Arbeitsplatz bei den Mieterinnen bekannt und beliebt. Ich habe mir den Ruf einer guten und fairen Betreiberin in diesen Jahren mit meiner Souveränität erkämpft und erhalten. Für mich würde das den Verlust meiner Existenz, was zugleich auch mein Wohnsitz ist und meines Lebensunterhaltes bedeuten. Für die Mieterinnen wäre es ein weiterer

Verlust einer humanen, sauberen und unter weiblicher Leitung geführten Hauses. Da es auch weitere kleine Betriebe betreffen wird, bedeutet es für die zahlreichen Mieterinnen, Verlust von vielen verschiedenen Arbeitsplätzen. Die Mieterinnen wären dann gezwungen, auf wenige große Häuser, die noch Bestand in unserem Land hätten, auszuweichen. Das bedeutet Arbeitsplatzvernichtung vom Feinsten und einer möglichen Kasernierung (nur noch Großbordelle) steht nichts im Wege.“

Die Beschwerdeführerin zu 13 bietet sexuelle Dienstleistungen hauptberuflich an und ist im transsexuellen Bereich, d.h. im Wechsel zwischen den Geschlechtern tätig.

Der Beschwerdeführer zu 14 betreibt eine Zimmervermietung an Prostituierte in Thüringen, in Jena. Die Mieterinnen wechseln in der Regel wöchentlich.

Die Beschwerdeführerin zu 15 bietet als Selbständige sexuelle Dienstleistungen an. Sie besucht ihre Kunden und ist deutschlandweit tätig.

Die Beschwerdeführerin zu 16 bietet sexuelle Dienstleistungen sowohl als Begleiterin (Escort), als auch in einem Arbeitsappartement mit einem weiten Dienstleistungsspektrum bis hin zu Services als Domina an. Sie ist hauptberuflich selbständig tätig; vom zeitlichen Umfang her in Teilzeit. Sie hatte geplant eine Escortagentur mit Schwerpunkt auf Dienstleistungen für Ältere zu gründen, nahm aber wegen der weitgehenden Überwachungspflichten gegenüber ihren Beschäftigten, die sie für unzumutbar hält, Abstand.

Der Beschwerdeführer zu 17 nimmt als „Freier“ entgeltliche sexuelle Dienstleistungen in Anspruch. Er fühlt sich vor allem durch die jederzeitigen Befugnisse zur Personenkontrolle als auch durch die Kondompflicht betroffen.

Der Beschwerdeführer zu 18 bietet als Transsexuelle Dienstleistungen hauptberuflich an. Sie ist in wechselnden Terminwohnungen deutschlandweit tätig.

Die Beschwerdeführerin zu 19 bietet als Selbständige sexuelle Dienstleistungen an. Sie ist sowohl in einer Wohnung tätig, als auch auswärts in Hotels. Der Umfang ihrer Tätigkeit beschränkt sich auf eine Teilzeittätigkeit.

Die Beschwerdeführerin zu 20 bietet deutschlandweit als Selbständige sexuelle Dienstleistungen an. Ferner betreibt sie ein kleines Domina-Studio in Berlin und vermietet die Räumlichkeiten an andere Dienstleisterinnen.

Die Beschwerdeführerin zu 21 betreibt ein Bordell in der Breite Gasse 27 in Frankfurt mit 25 Zimmern, die jeweils an selbständige Dienstleisterinnen vermietet werden.

Die Beschwerdeführerin zu 22 betreibt ein Bordell in Frankfurt in der Moselstr. 42 mit 30 Zimmern, die jeweils an selbständige Dienstleisterinnen vermietet werden.

Die Beschwerdeführerin zu 23 betreibt ein Tantra-Institut www.spiritual-tantra.de in Berlin. Das Institut bietet Tantra Massagen für Männer und Frauen an, sowie Seminare und Workshops für Meditation und Selbstfindung. Das Angebot an Tantra Massagen ist nur ein kleiner Teil der Tätigkeit. Es werden 16 freie Mitarbeiter beschäftigt. Die Beschwerdeführerin sieht im Mittelpunkt der Tätigkeit die therapeutische Wirkung der Tantra Massage. Hierbei werden auch – auf Wunsch als Teil der Behandlung – Massagen des männlichen oder weiblichen Geschlechts angeboten – Lingam- oder Yoni-Massage. Dieser Teil der Behandlung führt dazu, dass das Institut als Prostitutionsgewerbe gilt.

Die Beschwerdeführerin zu 24 ist im hochpreisigen Escort tätig und bietet neben reiner Begleitung auch sexuelle Dienstleistungen an. Sie ist deutschlandweit tätig.

Die Beschwerdeführerin zu 25 ist Betreiberin eines Swingerclubs in Berlin, der unter der Bezeichnung „Insomnia“ firmiert und in regelmäßigen Abständen Parties unter anderem unter der Bezeichnung „Saturday Night Fuck“ anbietet, bei denen zwei bis drei Prostituierte anwesend sind, die die Gäste sexuell animieren und auch befriedigen.

Die schriftlichen Vollmachten der Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer werde ich mit gesonderter Post nachreichen.

III. Zulässigkeit

a. Die gegenwärtige und unmittelbare Selbstbetroffenheit der Antragsteller.

Die Beschwerdeführer zu 1 bis 6, 8, 10, 11, 13, 15, 16, 18 bis 20 und 24 sind als Dienstleisterinnen und Dienstleister in der Sexbranche tätig. Das Gesetz regelt in den angegriffenen Vorschriften Voraussetzungen für diese Tätigkeit und Pflichten bei der Ausübung. Verstöße sind mit Bußgeld bedroht, § 33 ProstSchG.

Die Beschwerdeführer zu 7, 9 und 17 sind Dienstleistungsempfänger in der Sexbranche. Ihr Verhalten beim Geschlechtsverkehr wird in § 32 Abs. 1 ProstSchG dahingehend geregelt, dass sie beim Geschlechtsverkehr ein Kondom benutzen müssen. Die Zuwiderhandlung hiergegen ist eine Ordnungswidrigkeit, § 33 Abs. 1 Nr. 3 ProstSchG.

Die Beschwerdeführer zu 1, 12, 14, 20 bis 23 betreiben Prostitutionsstätten, die Beschwerdeführerin zu 25 organisiert Prostitutionsveranstaltungen. Die Voraussetzungen der Tätigkeitsausübung sind in Abschnitt 3 des Gesetzes, §§ 12 ff ProstSchG geregelt, Verstöße wiederum in § 33 ProstSchG mit Bußgeld bedroht. Das Gesetz tritt zum 1. Juli 2017 in Kraft, Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen.

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer sind also, soweit sie sich gegen Vorschriften des Gesetzes wenden, selbst betroffen. Ihre Betroffenheit ist auch gegenwärtig denn das Datum des Eintretens ihrer Handlungspflichten liegt nicht nur wenige Tage nach Einreichung dieser Verfassungsbeschwerde, sondern ist auch gesetzlich eindeutig bestimmt, also absehbar. Ihre Betroffenheit ist auch unmittelbar, denn soweit es nicht um behördliche Auflagen geht, bedarf es zur Umsetzung der gesetzlichen Handlungspflichten keines Verwaltungsaktes.

b. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

Einer vorherigen fachgerichtlichen Klärung der hier aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen bedarf es nicht. Soweit Handlungsvorschriften des Gesetzes mit Bußgeld bedroht sind, ist es den Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführern nicht zumutbar, zunächst ein Bußgeldverfahren abzuwarten. Außerdem werden vorliegend lediglich verfassungsrechtliche Fragen aufgegriffen, deren Erörterung keiner fachgerichtlichen Vorklärung hinsichtlich der einfachrechtlichen Voraussetzungen bedarf.

Die aufgeworfenen Fragen haben auch allgemeine Bedeutung. Der Gesetzgeber geht in der Gesetzesbegründung von 200.000 als Prostituierte tätigen Personen aus, weitere Schätzungen liegen zwischen 150.000 bis 700.000 Personen.¹

¹ Vgl. BT-Drucksache 18/8556, S. 38 mit den dortigen Nachweisen

Man darf also schätzen, dass dazu mindestens 200.000 Kundenkontakte pro Tag gehören.

IV. Begründetheit

a. Anmeldepflicht und Gesundheitsberatung

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer, die sexuelle Dienstleistungen anbieten, unterliegen der Anmeldepflicht gemäß § 3 ProstSchG in Verbindung mit §§ 2, 10, 11 ProstSchG

Diese Vorschriften lauten:

§2 Begriffsbestimmungen

(1) Eine sexuelle Dienstleistung ist eine sexuelle Handlung mindestens einer Person an oder vor mindestens einer anderen unmittelbar anwesenden Person gegen Entgelt oder das Zulassen einer sexuellen Handlung an oder vor der eigenen Person gegen Entgelt. Keine sexuellen Dienstleistungen sind Vorführungen mit ausschließlich darstellerischem Charakter, bei denen keine weitere der anwesenden Personen sexuell aktiv einbezogen ist.

(2) Prostituierte sind Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen.

(3) Ein Prostitutionsgewerbe betreibt, wer gewerbsmäßig Leistungen im Zusammenhang mit der Erbringung sexueller Dienstleistungen durch mindestens eine andere Person anbietet oder Räumlichkeiten hierfür bereitstellt, indem er

1. eine Prostitutionsstätte betreibt,
2. ein Prostitutionsfahrzeug bereitstellt,
3. eine Prostitutionsveranstaltung organisiert oder durchführt oder
4. eine Prostitutionsvermittlung betreibt.

(4) Prostitutionsstätten sind Gebäude, Räume und sonstige ortsfeste Anlagen, die als Betriebsstätte zur Erbringung sexueller Dienstleistungen genutzt werden.

(5) Prostitutionsfahrzeuge sind Kraftfahrzeuge, Fahrzeuganhänger und andere mobile Anlagen, die zur Erbringung sexueller Dienstleistungen bereitgestellt werden.

(6) Prostitutionsveranstaltungen sind für einen offenen Teilnehmerkreis ausgerichtete Veranstaltungen, bei denen von mindestens einer der unmittelbar anwesenden Personen sexuelle Dienstleistungen angeboten werden.

(7) Prostitutionsvermittlung ist die Vermittlung mindestens einer anderen Person zur Erbringung sexueller Dienstleistungen außerhalb von Prostitutionsstätten des Betreibers. Dies gilt auch, wenn sich lediglich aus den Umständen ergibt, dass zu den vermittelten Dienstleistungen auch sexuelle Handlungen gehören.

§3 Anmeldepflicht für Prostituierte

(1) Wer eine Tätigkeit als Prostituierte oder als Prostituerter ausüben will, hat dies vor Aufnahme der Tätigkeit persönlich bei der Behörde, in deren Zuständigkeitsbereich die Tätigkeit vorwiegend ausgeübt werden soll, anzumelden.

(2) Soweit ein Land nach § 5 Absatz 3 Satz 1 eine abweichende Regelung zur räumlichen Gültigkeit der Anmeldebescheinigung getroffen hat, ist die

Tätigkeit in diesem Land auch bei der dort zuständigen Behörde anzumelden.

(3) Die Anmeldepflicht besteht unabhängig davon, ob die Tätigkeit selbständig oder im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird.

§ 10 Gesundheitliche Beratung

(1) Für Personen, die als Prostituierte tätig sind oder eine solche Tätigkeit aufnehmen wollen, wird eine gesundheitliche Beratung durch eine für den Öffentlichen Gesundheitsdienst zuständige Behörde angeboten. Die Länder können bestimmen, dass eine andere Behörde für die Durchführung der gesundheitlichen Beratung zuständig ist.

(2) Die gesundheitliche Beratung erfolgt angepasst an die persönliche Lebenssituation der beratenen Person und soll insbesondere Fragen der Krankheitsverhütung, der Empfängnisregelung, der Schwangerschaft und der Risiken des Alkohol- und Drogengebrauchs einschließen. Die beratene Person ist auf die Vertraulichkeit der Beratung hinzuweisen und erhält Gelegenheit, eine etwaig bestehende Zwangslage oder Notlage zu offenbaren. Dritte können mit Zustimmung der Behörde und der anmeldepflichtigen Person zum Gespräch nur zum Zwecke der Sprachmittlung hinzugezogen werden.

(3) Personen, die eine Tätigkeit als Prostituierte oder als Prostituerter ausüben wollen, müssen vor der erstmaligen Anmeldung der Tätigkeit eine gesundheitliche Beratung wahrnehmen. Die gesundheitliche Beratung erfolgt bei der am Ort der Anmeldung für die Durchführung der gesundheitlichen Beratung nach Absatz 1 zuständigen Behörde. Nach der Anmeldung der Tätigkeit haben Prostituierte ab 21 Jahren die gesundheitliche Beratung mindestens alle zwölf Monate wahrzunehmen. Prostituierte unter 21 Jahren haben die gesundheitliche Beratung mindestens alle sechs Monate wahrzunehmen.

(4) Die nach Absatz 1 zuständige Behörde stellt der beratenen Person eine Bescheinigung über die durchgeführte gesundheitliche Beratung aus. Auf der Bescheinigung müssen angegeben sein:

1. der Vor- und Nachname der beratenen Person,
2. das Geburtsdatum der beratenen Person,
3. die ausstellende Stelle und
4. das Datum der gesundheitlichen Beratung.

Die Bescheinigung kann auf Wunsch der beratenen Person auch auf den in einer gültigen Aliasbescheinigung nach § 6 Absatz 2 verwendeten Alias ausgestellt werden.

(5) Die Bescheinigung über die gesundheitliche Beratung gilt auch als Nachweis, soweit nach § 3 Absatz 2 weitere Anmeldungen erforderlich sind.

§ 11 Anordnungen gegenüber Prostituierten

(1) Liegen der zuständigen Behörde tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, dass eine Person der Prostitution nachgeht, ohne diese Tätigkeit zuvor angemeldet zu haben, so fordert die zuständige Behörde die Person auf, ihre

Tätigkeit als Prostituierte oder als Prostituerter innerhalb einer angemessenen Frist anzumelden und der zuständigen Behörde die Anmeldebescheinigung vorzulegen.

(2) Liegen der zuständigen Behörde tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, dass eine Person der Prostitution nachgeht, ohne die Pflicht zur gesundheitlichen Beratung wahrgenommen zu haben, so fordert die zuständige Behörde die Person auf, innerhalb einer angemessenen Frist die gesundheitliche Beratung wahrzunehmen und der zuständigen Behörde die Bescheinigung über die gesundheitliche Beratung vorzulegen.

(3) Die zuständige Behörde kann gegenüber Prostituierten jederzeit Anordnungen zur Ausübung der Prostitution erteilen, soweit dies erforderlich ist

1. zum Schutz der Kundinnen und Kunden oder anderer Personen vor

Gefahren für Leben, Freiheit, sexuelle Selbstbestimmung oder Gesundheit,

2. zum Schutz der Jugend oder

3. zur Abwehr anderer erheblicher Beeinträchtigungen oder Gefahren für sonstige Belange des öffentlichen Interesses, insbesondere zum Schutz von Anwohnerinnen und Anwohnern, von Anliegern oder der Allgemeinheit vor Lärmimmissionen, verhaltensbedingten oder sonstigen Belästigungen.

(4)

Die zuständige Behörde kann weitere Maßnahmen treffen,

1. wenn die oder der Prostituierte gegen Anordnungen nach Absatz 3 verstoßen hat und

2. die Erteilung von weiteren Anordnungen nach Absatz 3 zum Schutz der dort genannten Rechtsgüter nicht ausreichend wäre.

(5)

Vorschriften und Anordnungen, die auf einer nach Artikel 297 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch ergangenen Verordnung beruhen, sowie Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz bleiben unberührt.

i. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG - subjektive Zulassungsbeschränkung

Die Erbringung von sexuellen Dienstleistungen gegen Entgelt ist ohne Zweifel ein Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG.

Unter Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage zu verstehen.² Dieser Begriff ist weit auszulegen und erfasst auch bloße Nebentätigkeiten.³ Es kommt daher des Weiteren nicht darauf an, ob die als Prostituierte tätigen Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer dieser Tätigkeit hauptberuflich nachgehen. Jedenfalls handelt es

² BVerfGE 7, 377; BVerfG ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100608.1bvr201107, Rn. 85 (juris)

³ BVerfGE 110, 141 (156 f.)

sich nicht nur um eine einmalige Tätigkeit und sie ist vom ProstSchG nur betroffen, weil sie gegen Entgelt ausgeübt wird.

Die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer sind deutsche oder Staatsangehörige der Europäischen Union, für die der Grundrechtsschutz des Art. 12 GG wegen Art. 18 AEUV gleichermaßen wie für Deutsche gilt.

Es handelt sich bei der Anmeldepflicht in Kombination mit der gesundheitlichen Beratung um einen Eingriff in die durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit auf der Stufe der subjektiven Zulassungsbeschränkung.⁴

Nach § 3 Abs. 1 ProstSchG ist die Tätigkeit als Prostituierte oder Prostituerter vor ihrer Aufnahme bei der örtlich zuständigen Behörde anzuzeigen. Nach § 4 Abs. 3 ProstSchG ist ferner vor der erstmaligen Anmeldung der Nachweis einer innerhalb der vorangegangenen drei Monate erfolgten gesundheitlichen Beratung nach § 10 Abs. 1 ProstSchG vorzulegen.

Nach § 10 Abs. 3 S. 1 ProstSchG ist die gesundheitliche Beratung als Pflichtvoraussetzung für die erstmalige Anmeldung der Tätigkeit einer Prostituierten oder eines Prostituierten nochmals ausdrücklich gesetzlich geregelt. Eines der Ziele der gesundheitlichen Beratung ist die Vorbeugung gegen gesundheitliche Gefahren, die mit der Tätigkeit als Prostituierte oder Prostituerter nach der Vorstellung des Gesetzgebers verbunden sind.⁵

Ein Verstoß gegen die Anmeldepflicht kann gem. § 33 Abs. Nr. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 3 letzte Alternative ProstSchG mit einer Geldbuße bis zu 1.000 € geahndet werden.⁶

Gemäß § 11 Abs. 4 ProstSchG kann die Behörde „weitere Maßnahmen“ treffen, wenn unter anderem die Erteilung von weiteren Anordnungen nach Abs. 3 zum Schutz der

⁴ Es wird hier der im Apothekenurteil entwickelten Stufentheorie gefolgt, BverfGE 7, 377ff.

⁵ Vgl. BT-Drucksache 18/8556, S. 73 zu § 10 Abs. 1: „Diese Beratung ist deshalb so wichtig, weil die Arbeitsbedingungen und/oder prekären Lebensverhältnisse ein erhöhtes Risiko gesundheitlicher Gefahren für Prostituierte mit sich bringen können.“

⁶ Die Vorschriften lauten:

§33 Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer

1. entgegen § 3 Absatz 1 eine dort genannte Tätigkeit nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig anmeldet,...

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 3 mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro, in den Fällen des Absatzes 2 Nummer 1 bis 5, 7, 8 Buchstabe b und Nummer 14 mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro, in den Fällen des Absatzes 2 Nummer 8 Buchstabe a und Nummer 9 bis 12 mit einer Geldbuße bis zu fünftausend Euro und in den übrigen Fällen mit einer Geldbuße bis zu eintausend Euro geahndet werden.

dort genannten Rechtsgüter nicht ausreichend wäre. Zu den nach § 11 Abs. 3 Nr. 1 ProstSchG geschützten Rechtsgütern gehört die Gesundheit der Kundinnen und Kunden oder anderer Personen. Nach dem aufgrund dieser Vorschrift eröffneten persönlichen Anwendungsbereich sind die Schutzgüter von jedermann tatbestandliche Voraussetzung für ein Eingreifen der Behörde, also auch die Gesundheit des oder der Prostituierten. Ferner ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers das Tätigwerden einer oder eines nicht beratenen Prostituierten stets für die Gesundheit der Kundinnen und Kunden gefährlich.

Aufgrund der hinsichtlich der Rechtsfolgende vollständig offenen Ermächtigungsgrundlage des §§ 11 Abs. 4 ProstSchG kommt grundsätzlich auch die Untersagung der Prostitutionstätigkeit in Betracht. Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers und wird in der Gesetzgebungsbegründung der Bundesregierung ausdrücklich festgestellt.⁷

Die Anmeldepflicht für Prostituierte nach § 3 Abs. 1 ProstSchG ist demnach mehr als die bloße Anzeige der Aufnahme einer erlaubten Tätigkeit. Dies zeigt auch ein Vergleich mit der Anmeldepflicht für erlaubnisfreie Gewerbe in § 14 Abs. 1 S. 1 Gewerbeordnung. Danach ist der Beginn eines stehenden Gewerbes gleichzeitig der zuständigen Behörde anzuzeigen. Die nicht oder nicht rechtzeitig erfolgte Anzeige stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 146 Abs. 2 Nr. 2 b) Gewerbeordnung dar, die nach Abs. 3 letzte Alternative dieser Vorschrift mit einem Bußgeld in Höhe von bis zu 1.000 € geahndet werden kann. Insofern besteht noch eine Ähnlichkeit zu den Vorschriften des ProstSchG. Jedoch kann eine Gewerbeuntersagung nur wegen Unzuverlässigkeit erfolgen. Hierzu gehört die mangelnde Sachkunde nicht.⁸ Anders ist es dagegen bei der Anmeldung nach § 3 Abs. 2 iVm § 10 Abs. 1 ProstSchG. Die gesundheitliche Beratung soll unter anderem vor den gesundheitlichen Gefahren der Prostitutionsausübung schützen. Eine nicht erfolgte Beratung kann zur Untersagung der Prostitutionsausübung führen, nachdem Aufforderungen nach § 11 Abs. 2 ProstSchG erfolglos waren und in der weiteren

⁷ Vgl. BT-Drucksache 18/8556, S. 75 – zu Abs. 4, dort Satz 3

⁸ Vgl. Ambs in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 212. Ergänzungslieferung, § 35 Gewerbeordnung, Rndr. 13: „Mangelnde Sachkunde begründet bei nicht an den Nachweis einer besonderen Sachkunde gebundene Gewerbe nur im Zusammenhang mit anderen Umständen Unzuverlässigkeit (Fröhler/Kormann § 35 Rdn. 27).“

Prostitutionsausübung eine Gefahr für Kundinnen und Kunden sowie den oder die Prostituierte besteht. Hinzu kommt, dass die Anmeldung nach § 3 Abs. 1 ProstSchG nur persönlich bei der zuständigen Behörde erfolgen kann. In dem persönlichen Gespräch sollen Prostituierte über gesetzliche Regelungen und besondere Probleme der Berufsausübung informiert und beraten werden. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers dient dieses Gespräch dazu, Prostituierte in ihren Rechten zu stärken und sie vor Ausbeutung zu schützen.⁹

Die Erteilung der Anmeldebescheinigung kann auch versagt werden. Dies ist ausdrücklich in § 5 Abs. 2 ProstSchG geregelt. Der Wortlaut der Vorschrift lautet: „(2) Die Anmeldebescheinigung darf nicht erteilt werden, wenn

1. die nach § 4 erforderlichen Angaben und Nachweise nicht vorliegen,
2. die Person unter 18 Jahre alt ist,
3. die Person als werdende Mutter bei der Anmeldung in den letzten sechs Wochen vor der Entbindung steht,
4. die Person unter 21 Jahren ist und Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie durch Dritte zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution gebracht wird oder werden soll, oder
5. Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Person von Dritten durch Ausnutzung einer Zwangslage, ihrer Hilflosigkeit, die mit ihrem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, oder ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit zur Prostitution gebracht wird oder werden soll oder diese Person von Dritten ausgebeutet wird oder werden soll“

Danach hat die Behörde nicht nur zu prüfen, ob die erforderlichen Angaben und Nachweise vorliegen, die Person nicht mehr minderjährig ist, sondern auch weitere besonders schutzbedürftige Tatbestände vorliegen. Kommt die Behörde zu dem Ergebnis, dass einer der Tatbestände des Abs. 2 Nr. 1-5 von § 5 ProstSchG vorliegt, so versagt sie die Erteilung der Anmeldebescheinigung. Die Rechtsfolge ist, dass die oder der betreffende nicht der Prostitution nachgehen darf.

Das Anmeldeverfahren ist also derart ausgestaltet, dass eine Sachverhaltsprüfung durch die Behörde stattfindet und nach dem Ergebnis der Sachverhaltsprüfung die Anmeldebescheinigung erteilt wird, deren Beantragung und Erteilung von Prostituierten für die Ausübung ihrer

⁹ Vgl. BT-Drucksache 18/8556, S. 69f.

Tätigkeit vorausgesetzt wird. Daher ist die Anmeldepflicht in Verbindung mit der Beratungspflicht vor Aufnahme der Tätigkeit als Prostituierte oder Prostituierte unter Berücksichtigung der Rechtsfolgen, die sich aus einem Verstoß gegen diese Pflichten ergeben als eine subjektive Zulassungsvoraussetzung für die Prostitutionstätigkeit zu werten.

Die Anmelde- und Beratungspflicht vor Aufnahme der Prostitutionstätigkeit greift in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ein.

ii. Rechtfertigung

1. Geschütztes Gemeinschaftsgut

Soweit die Anmeldepflicht als subjektive Zulassungsvoraussetzung zu werten ist, darf die Freiheit der Berufswahl nur eingeschränkt werden, wenn der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert.¹⁰

Wird die Anmelde und Beratungspflicht als Berufsausübungsregelung gewertet, so rechtfertigen vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls die Beschränkung der Freiheit der Berufsausübung.¹¹

Unter beiden Betrachtungsweisen erfüllt die gesetzliche Regelung der Anmeldepflicht die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG im Ergebnis nicht, auch wenn – abstrakt betrachtet – ein wichtiges Gemeinschaftsgut geschützt werden soll.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollen mit dem Gesetz und damit auch mit der Anmeldepflicht Gewalt gegen Prostituierte, Menschenhandel und Ausbeutung bekämpft werden.¹²

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Gesetz einen ausreichend bestimmten Begriff der Ausbeutung definiert – das ist hier nicht erkennbar – jedenfalls dient die Bekämpfung von Gewalt gegen Prostituierte und des Menschenhandels einem wichtigen Gemeinschaftsgut.

2. Erforderlichkeit und Geeignetheit

Zweifel treten allerdings bei der Prüfung der Erforderlichkeit der Anmelde- und Beratungspflicht zum Schutz der benannten Gemeinschaftsgüter auf. Diese Pflicht betrifft alle Prostituierten, wobei der

¹⁰ BverfGE 7,377 Ls.6b)

¹¹ BverfGE 7,377 Ls 6c)

¹² Vgl. BT-Drucksache 18/8556, S. 32, letzter Absatz

Gesetzgeber davon ausgeht, dass nicht der gesamte Personenkreis von „Ausbeutung, Gewalt und unzumutbaren gesundheitlichen Bedingungen tatsächlich betroffen“ ist.¹³

Bereits in dem Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 25.1.2007 war darauf hingewiesen worden, dass die strafrechtlichen Aufklärungsmöglichkeiten betreffend die Menschenhandelsstraftatbestände und Ausbeutung Prostituiierter weiterhin ausreichend sind: *„Für die Behauptung, es könnten nicht mehr im früheren Umfang Razzien im Rotlichtmilieu durchgeführt werden, gibt es keine belastbaren Belege. Auch weiterhin ist das strafrechtliche Regelungsnetz zu Minderjährigenschutz, Menschenhandelsstraftatbeständen, Zuhälterei, Ausbeutung Prostituiierter, ausländerrechtlichen Schleusungsdelikten, Schwarzarbeit (§ 266a StGB u. a.) etc. so engmaschig geknüpft, dass ausreichend Grundlagen für eine enge strafrechtliche Kontrolle des „Milieus“ vorhanden sind.“*¹⁴

Weiter führt der Bericht der Bundesregierung aus, dass neben dem strafrechtlichen Zugang Kontrollmöglichkeiten außerhalb des Strafrechts vorhanden sein sollten. Er legt den Fokus dabei allerdings auf die Orte, an denen die Prostitution ausgeübt wird, nicht auf die Prostituierten: *„Gleichwohl ist die Forderung berechtigt, dass die Behörden einen „Schlüssel“ benötigen, der ihnen den Zugang zu den Orten verschafft, an denen die Prostitution ausgeübt wird.“*¹⁵

Neben dem strafrechtlichen Vorgehen hält die Bundesregierung also Überwachungsbefugnisse, seien sie gewerberechtlicher, seien sie allgemein ordnungsbehördlicher/polizeirechtlicher Natur, für erforderlich.¹⁶

Reicht aber für die Erforderlichkeit der Abstellung von polizeirechtswidrigen Zuständen der Zugang zu den Stätten der Prostitution und reichen zur Strafverfolgung die bereits vorhandenen Mittel aus,

¹³ Vgl. BT-Drucksache 18/8556, S. 32, vorletzter Absatz

¹⁴ Vgl. BT-Drucksache 16/4146, S. 30 Absatz 3

¹⁵ Vgl. BT-Drucksache 16/4146, S. 30 Absatz 5

¹⁶ Vgl. BT-Drucksache 16/4146, S. 30 Absatz 5ff.

dann bedarf es der umfassenden Personenkontrolle aller in der Prostitution Beschäftigten durch Einführung einer Anmeldepflicht vor Aufnahme der Tätigkeit nicht mehr.

Fraglich ist auch, ob das vom Gesetzgeber gewählte Mittel der Anmeldepflicht geeignet ist, den erstrebten Zweck im oben dargestellten Sinne zu erreichen. Die Möglichkeit hierzu liegt nicht auf der Hand, wovon der Gesetzgeber offensichtlich ausging. Es hätte auch unter Berücksichtigung der vorhandenen weiten Möglichkeit des Gesetzgebers, die Wirksamkeit der von ihm gewählten Mittel einzuschätzen, einer irgendwie gearteten Begründung hinsichtlich der Eignung bedurft. Diese fehlt vollständig. Damit hat der Gesetzgeber seinen Einschätzungsspielraum überschritten.

3. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Das Bundesverfassungsgericht führt in seinem Urteil vom 14.12.1965 zum Sachkundenachweis im Einzelhandel zum Prüfungsmaßstab des Art. 12 Abs. 1 aus:

„Die Auslegung dieser Bestimmung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist an dem Grundgedanken orientiert, daß im Hinblick auf den besonderen Rang gerade dieses Grundrechts, der in seinem engen Zusammenhang mit der freien Entwicklung der menschlichen Persönlichkeit im ganzen begründet liegt, die aus Gründen des Gemeinwohls unumgänglichen Einschränkungen unter dem Gebot strikter Wahrung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit stehen.“¹⁷

Dieser besonderen Hervorhebung der strikten Erforderlichkeit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist hinzuzufügen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers das Gesetz nicht nur dem Schutz der Prostituierten vor den angegebenen Gefahren (Gewalt, Ausbeutung, Menschenhandel) sondern auch der Stärkung der sexuellen Selbstbestimmung der Prostituierten dienen soll.¹⁸

Auf den Gedanken, dass die vom Gesetz geforderte persönliche Anmeldung, das vorherige Aufsuchen des

¹⁷ BverfGE 19, 330ff., hier zitiert nach juris, 1 BvL 14/60, Rn. 21

¹⁸ 33, oben

Gesundheitsamtes zu einem Beratungsgespräch, das jährlich wiederholt werden muss, sowie die Erneuerung der Anmeldung im 2-jährigen Rhythmus von Prostituierten als besonders scharfe Form der Überwachung, Demütigung und Ausgrenzung empfunden werden könnte, ist der Gesetzgeber nicht gekommen.

Zunächst soll erörtert werden ob die Anmeldepflicht durchgängig aller in der Prostitution beschäftigten Personen der Differenzierung in diesem Wirtschaftszweig entspricht.

Der Gesetzgeber erfasst mit dem Begriff der sexuellen Dienstleistung und der diese voraussetzenden Definition von Prostituierten alle denkbaren Formen der Vornahme von sexuellen Handlungen gegen Entgelt an einer anderen Person bzw. die Duldung der Vornahme solcher Handlungen durch die andere Person, vgl. § 2 Abs. 1 und 2 ProstSchG.

Die Gesetzesbegründung hebt hervor, dass ein weiterer Begriff der Prostitution angewandt wird, der nahezu alle Formen bezahlter sexueller Kontakte umfasst.¹⁹

Aus dieser weiten Definition sind nach der Gesetzesbegründung die nach § 33a der Gewerbeordnung erlaubnispflichtigen Darstellungen wie Table-Dance und Peepshows ausgenommen;²⁰ sie fallen nach dieser Vorstellung unter die Ausnahme des § 2 Abs. 1 Satz 2 ProstSchG.

Bereits hier zeigt sich ein deutlicher Mangel an Bestimmtheit des Begriffs der sexuellen Dienstleistung in § 2 Abs. 1 ProstSchG. Ist eine sexuelle Handlung nach § 2 Abs. 1 S. 1 ProstSchG die vor einer unmittelbar anwesenden Personen gegen Entgelt vorgenommen wird, bereits eine sexuelle Dienstleistung, dann ist die Ausnahme hierzu in S. 2 jedenfalls so wie sie nach der Gesetzesbegründung zu verstehen ist, bereits perplex. Auch der Table-Dance oder die Vorführung in der Peepshow sollen den Betrachter sexuell animieren. Er ist unmittelbar anwesend und auch aktiv beteiligt, sei es, dass er seine Aufmerksamkeit der Tanzvorführung zuwendet, sei es, dass er die in der Peepshow-Kabine bestehende Möglichkeit zur Masturbation nutzt.

Weiter sollen einzelfallbezogene Vereinbarungen zur Vornahme einer sexuellen Handlungen gegen Entgelt

¹⁹ Vgl. BT-Drucksache 18/8556, S. 33, drittletzter Absatz und S. 58

²⁰ Vgl. BT-Drucksache 18/8556, S. 33, vorletzter Absatz

nicht unter den Tatbestand des §§ 2 Abs. 1 ProstSchG fallen:

„Unter Zugrundelegung des üblichen Sprachverständnisses ist unter einer sexuellen „Dienstleistung“ nicht jeder nur denkbare Einzelfall der Vornahme sexueller Handlungen im Gegenzug oder in Erwartung eines geldwerten Vorteils als Prostitution anzusehen. Wer sich im Rahmen privater Kontakte ohne gezielte Gewinnorientierung bei Gelegenheit auf einen Tausch Sex gegen Restaurant- oder Konzertbesuch einlässt, erbringt damit noch keine sexuelle „Dienstleistung“ im Sinne des § 2. Anders ist es hingegen zu bewerten, wenn jemand solche Tauschgeschäfte anbietet, um damit gezielt den Erhalt oder die Steigerung des eigenen Lebensunterhalts zu sichern.“

Auch an diesem Beispiel aus der Gesetzesbegründung wird deutlich, dass die Abgrenzung in den Fällen der gelegentlichen Vornahme von sexuellen Handlungen gegen Entgelt unscharf ist.

Nehmen wir an, die Jurastudentin A braucht Hilfe beim Schreiben der nächsten Klausur und holt sich diese von einem älteren Kommilitonen, der sie beim Schreiben der Klausur unterstützt und von der A mit einem einmaligen sexuellen Abenteuer belohnt wird. Nach der vorstehenden Definition erbringt die A keine sexuelle Dienstleistung im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 ProstSchG. Was, wenn die A aufgrund dieser Erfahrung Gefallen daran findet, mit wechselnden Partnern Sex zu haben und sich hierfür jeweils einen Vorteil durch kleine Geschenke gewähren lässt? Die materiellen Vorteile, die A sich gewähren lässt, nutzen der Steigerung ihres Lebensunterhaltes, gleichwohl wird man das Verhalten der A wohl allein dem privaten Bereich zurechnen und nicht unter den Tatbestand des §§ 2 Abs. 1 S. 1 ProstSchG fallen lassen.

Nehmen wir an, der wohlhabende Unternehmer U, unterstützt seine Geliebte G mit großzügigen monatlichen Zuwendungen. Die gegenseitigen Treffen von G und U erschöpfen sich in der Vornahme von sexuellen Handlungen. Nach der Definition des §§ 2 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 ProstSchG ist die G eine Prostituierte und muss sich vor Aufnahme ihres Liebesverhältnisses mit dem U bei der für Sie zuständigen Behörde anmelden.

An diesen beiden Beispielen aus Randbereichen der tatbestandlichen Definition des §§ 2 Abs. 1 S. 1 ProstSchG soll gezeigt werden, dass das Gesetz vielen Fallgestaltungen der Gewährung von Sex gegen Entgelt nicht gerecht werden kann. Diese Schwierigkeit hat eine systemische Ursache im Gesetz. Das Gesetz reguliert nicht die Tätigkeit der Prostituierten, sondern die Prostituierten selbst. Das Gesetz greift mit der Anmeldepflicht nicht einzelne ordnungswidrige Zustände bei der Ausübung der Prostitution auf, sondern unterstellt die Prostituierten selbst dem Verdacht, ordnungswidrig zu sein. Indem das Gesetz mit der Anmelde- und Beratungspflicht alle Prostituierten einer rigorosen Kontrolle unterwirft, grenzt es ihre Tätigkeit aus dem Bereich des normalen unbescholtenen Lebens aus. Ganz deutlich zeigt sich das daran, dass die Anmeldebescheinigung nach § 5 Abs. 7 und die Beratungsbescheinigung nach § 10 Abs. 6 ProstSchG von den Prostituierten während ihrer beruflichen Tätigkeit mitzuführen ist. Diese Bescheinigung sagt etwas anderes aus als etwa ein beim Führen eines Kraftfahrzeugs mitzuführender Führerschein. Der belegt, dass sein Inhaber die entsprechenden Prüfungen abgelegt und zum Führen eines Kraftfahrzeugs geeignet ist, was er durch eine Prüfung bewiesen hat. Die Anmelde- und Beratungsbescheinigung belegt nicht, dass der oder die Prostituierte zur Vornahme von sexuellen Handlungen gegen Entgelt geeignet ist. Diese Bescheinigungen bestätigen vielmehr, dass der oder die Betroffene sich einer behördlichen Kontrolle unterzogen haben. Die personenbezogene Kontrolle steht bei dem ganzen Verfahren im Vordergrund. Es entspricht aber, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zur Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG stets klargestellt hat, *„nicht der Auffassung des Grundgesetzes von der grundsätzlichen Stellung des unbescholtenen Bürgers im Staat, ihn lediglich im Interesse einer leichteren staatlichen Überwachung in der Freiheit der Berufswahl zu beschränken.“*²¹ Genau das ist das Regelungsziel der §§ 2 ff. ProstSchG. Die gesundheitliche Beratung ist nach § 10 Abs. 3 S. 3 ProstSchG von Prostituierten ab 21 Jahren alle 12

²¹ BVerfG, Urteil v. 4. Oktober 1983 – 1 BvR 1633/82; Rn 34(juris) –, BVerfGE 65, 116 <129>

Monate wahrzunehmen. Die Anmeldung ist gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 ProstSchG für Personen ab 21 Jahren 2 Jahre lang gültig. Sie ist danach zu verlängern, § 5 Abs. 5 S. 1 ProstSchG. Bei der Anmeldung sind nicht nur die Personalien des oder der Prostituierten anzugeben, sondern auch die beabsichtigten Tätigkeitsorte, bezogen auf Länder oder Kommunen, § 6 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ProstSchG. Die Bundesländer haben das Recht, die räumliche Geltung der Anmeldebescheinigung einzuschränken, § 5 Abs. 3 S. 1 ProstSchG. Ist dies der Fall, so ist nach § 3 Abs. 2 ProstSchG eine Anmeldung auch bei der in diesem Bundesland dort zuständigen Behörde vorzunehmen. Nach § 4 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 Nr. 5 hat der oder die Prostituierte darüber hinaus anzugeben, wenn er oder sie in anderen Ländern oder Kommunen seine oder ihre Tätigkeit plant als denjenigen, die er bei der Anmeldung angegeben hat.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Anmelde- und Beratungspflicht nicht nur das Ob der Tätigkeit als Prostituierte erfassen, sondern auch den räumlichen Bereich der Tätigkeit. Nach der vorerwähnten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes dürfte diese dichte Kontrolle nicht durch den vom Gesetzgeber angegebenen Schutzzweck gerechtfertigt sein. Darüber hinaus erschwert die vom Gesetzgeber geforderte Angabe der beabsichtigten Tätigkeitsorte, die Pflicht zur Anzeige einer Veränderung und die Möglichkeit der Länder zur räumlichen Beschränkung der Anmeldung, die Mobilität der Prostituierten. Für viele selbstständig tätige Prostituierte ist aber gerade ein häufiger Wechsel des Tätigkeitsortes kennzeichnend. So ergab die Jahresstatistik eines Portals für Angebote von Prostituierten in Schleswig-Holstein, dass die dort registrierten Anbieterinnen und Anbieter von sexuellen Dienstleistungen im Jahr 2014 durchschnittlich 6,4 Wochen in Schleswig-Holstein tätig waren. Pro Woche waren nach den Meldungen auf diesem Portal in Schleswig-Holstein 348 Prostituierte im Durchschnitt aktiv. Diese registrierten 17.625 Aktivitätswechsel. Die Gesamtzahl der auf diesem Portal tätigen Personen –

bezogen auf Schleswig Holstein – betrug 2751.²² Auch wenn die beruflichen Aktivitäten der auf diesem Portal registrierten Prostituierten nicht ganzjährig ununterbrochen stattfanden, so bestanden nach dieser Statistik häufig Aktivitätswechsel nicht nur innerhalb Schleswig-Holsteins, sondern auch in andere Bundesländer denn die durchschnittliche Tätigkeit in Schleswig-Holstein betrug lediglich 6,4 Wochen. Es handelt sich um einen Personenkreis, der seine berufliche Tätigkeit mit häufigem Ortswechsel verbindet, was durch die Meldepflichten und landesrechtlichen Beschränkungsmöglichkeiten erschwert wird.

Dem steht keinerlei Nutzen für die Prostituierten bei der Berufsausübung gegenüber. Eine Förderung der sexuellen Selbstbestimmung durch die Registrierung bei den zuständigen Behörden ist nicht erkennbar. Aber auch bei der Verfolgung der Gemeinwohlziele, Schutz vor Gewalt, Ausbeutung und Menschenhandel ist mit der Angabe der beabsichtigten Orte der Tätigkeitsausübung keine größere Schutzmöglichkeit für die Behörden gegeben, denn sie wissen aus diesen Angaben nicht, wo der oder die betreffende sich tatsächlich aufhält.

Auch die Informationspflichten der Behörde nach § 7 Abs. 2 ProstSchG sind als obligatorische nicht erforderlich. Diese Informationen sind bereits nach Art. 7 der Richtlinie 2006/123/EG Online und in leicht verständlicher Sprache zu erbringen, Artikel 7 Abs. 1 iVm Abs. 2 und 3.²³ Die Verpflichtung der Behörden,

²² Sexnord.net 2014, Statistik Schleswig-Holstein, S. 9, so auch die amtliche Begründung, BT-Drucksache 18/8556, S. 63 Absatz 4: „Als weitere Eigenarten der Prostitution spielen die hohe Mobilität sexueller Dienstleisterinnen und Dienstleister ... eine prägende Rolle.“

²³ Die Vorschrift lautet: Artikel 7 Recht auf Information

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Dienstleistungserbringern und -empfängern über die einheitlichen Ansprechpartner folgende Informationen leicht zugänglich sind:

- a) die Anforderungen, die für in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassene Dienstleistungserbringer gelten, insbesondere bezüglich der Verfahren und Formalitäten für die Aufnahme und Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten;
- b) die Angaben über die zuständigen Behörden, einschließlich der für die Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten zuständigen Behörden, um eine direkte Kontaktaufnahme mit diesen zu ermöglichen;
- c) die Mittel und Bedingungen für den Zugang zu öffentlichen Registern und Datenbanken über Dienstleistungserbringer und Dienstleistungen;
- d) die allgemein verfügbaren Rechtsbehelfe im Falle von Streitigkeiten zwischen den zuständigen Behörden und den Dienstleistungserbringern oder -empfängern oder zwischen Dienstleistungserbringern und -empfängern oder zwischen Dienstleistungserbringern;

den Dienstleistungserbringern Informationen und Unterstützung zukommen zu lassen, ergibt sich aus Artikel 7 Abs. 2 der Richtlinie.

Prostituierte sind auch Dienstleistungserbringer im Sinne der Richtlinie. Sie erbringen eine entgeltliche Dienstleistung. Die Definition in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie lautet:

„Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck:

1. ‚Dienstleistung‘ jede von Artikel [57 AEUV] erfasste selbstständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird“

und von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes mehrfach bestätigt wurde.²⁴

Das Kontrollsystem der §§ 2 ff. ProstSchG für Prostituierte ist bereits aus den vorgenannten Gründen unverhältnismäßig.

iii. Europarechtswidrigkeit der persönlichen Anmeldung und der Ausweisführung

Die Pflicht zum persönlichen Erscheinen bei der Anmeldung verstößt gegen Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2006/123/EG. Danach haben die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass alle Verfahren und Formalitäten, die die Aufnahme oder die Ausübung einer

e) die Angaben zu Verbänden oder Organisationen, die, ohne eine zuständige Behörde zu sein, Dienstleistungserbringer oder -empfänger praktisch unterstützen.

(2) 1 Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Dienstleistungserbringer und -empfänger von den zuständigen Behörden auf Anfrage Unterstützung in Form von Informationen über die gewöhnliche Auslegung und Anwendung der maßgeblichen Anforderungen gemäß Absatz 1 Buchstabe a erhalten können. 2 Sofern angebracht, schließt diese Beratung einen einfachen Schritt-für-Schritt-Leitfaden ein. 3 Die Informationen sind in einfacher und verständlicher Sprache zu erteilen.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in den Absätzen 1 und 2 genannten Informationen und Unterstützung in einer klaren und unzweideutigen Weise erteilt werden, aus der Ferne und elektronisch leicht zugänglich sind sowie dem neuesten Stand entsprechen.

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die einheitlichen Ansprechpartner und die zuständigen Behörden alle Auskunfts- oder Unterstützungsersuchen gemäß den Absätzen 1 und 2 so schnell wie möglich beantworten und den Antragsteller unverzüglich davon in Kenntnis setzen, wenn sein Ersuchen fehlerhaft oder unbegründet ist.

(5) 1 Die Mitgliedstaaten und die Kommission ergreifen begleitende Maßnahmen, um die Bereitschaft der einheitlichen Ansprechpartner zu fördern, die in diesem Artikel genannten Informationen auch in anderen Gemeinschaftssprachen bereitzustellen. 2 Dies berührt nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Verwendung von Sprachen.

(6) Die Verpflichtung der zuständigen Behörden zur Unterstützung der Dienstleistungserbringer und -empfänger umfasst keine Rechtsberatung in Einzelfällen, sondern betrifft lediglich allgemeine Informationen darüber, wie Anforderungen gewöhnlich ausgelegt oder angewandt werden.

²⁴ Vgl. zuletzt: Urteil des Gerichtshofes v. 1 Okt. 2015 in den verbundenen RS C-340/14 und C-341/14 (Fensterbordell) ECLI:EU:C:2015:641, Rn 9 und 41

Dienstleistungstätigkeit betreffen, problemlos aus der Ferne und elektronisch abgewickelt werden können. Das soll nach der Gesetzesbegründung verhindert werden, um die Prostituierten vor Gewalt, Ausbeutung und Menschenhandel zu schützen:

„Prostitution ist kein „Gewerbe wie jedes andere“ im gewerberechtlichen Sinne; deshalb bedarf es auf die Besonderheiten dieses Gewerbes zugeschnittene Regelungen. Mit der Pflicht zum persönlichen Erscheinen wird gerade Personen, die besonderen Schutz bedürfen, eine Möglichkeit zur Kontaktaufnahme mit milieufernen Dritten geboten und eine Chance, von der Existenz unterstützender Angebote zu erfahren. Dies gilt insbesondere für Personen, die entgegen den Zielen des Gesetzes weitgehend fremdgesteuert und uninformiert von Dritten in Prostitutionsbetriebe verbracht werden. Hier kann die persönliche Anmeldung in einem neutralen und vertraulichen Rahmen den Zugang zu Beratung und Unterstützung wesentlich erleichtern. Zugleich wird das Risiko verringert, dass Anmeldung und Information als bloße Formsache fremdgesteuert durch Mittelsmänner abgewickelt werden. Die Vorgabe der persönlichen Anmeldung ist daher keine technische Vorgabe an das Verwaltungsverfahren für die Anmeldung, sondern ein materiell-rechtlich begründetes Erfordernis, das sich aus dem hohen Risiko des Missbrauchs bei einem Absehen vom persönlichen Erscheinen ergibt. Gäbe es die Möglichkeit, die Anmeldung in anderer Form, beispielsweise elektronisch, auch aus dem Ausland abzuwickeln, bestünde ein nicht zu unterschätzendes Risiko, dass unzuverlässige Dritte in die Formalien der Anmeldung eingebunden würden, die eine bloß formale Einhaltung der bürokratischen Erfordernisse ausnutzen würden, um weiterhin junge Frauen und Männer in legale Betriebsstätten einzuschleusen und auszubeuten. Diese Personengruppen werden gerade kein Interesse daran haben, dass Prostituierte eine realistische Vorstellung von den rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen der Tätigkeit als Prostituierte und von bestehenden Unterstützungsangeboten erhalten.

Das erstrebte Regelungsziel kann folglich nur erreicht werden, wenn die Anmeldung verbindlich mit einem persönlichen Kontakt verknüpft wird. Die Anmeldepflicht nach § 3 verfolgt damit als Bestandteil eines Schutzkonzepts für die in der Prostitution tätigen Personen

andere und weitergehende Zwecke als beispielsweise eine Gewerbeanzeige. „²⁵

Das Argument der Gesetzesbegründung, dass bei einer elektronischen Anmeldung böswillige Dritte diese Anmeldung vornehmen würden, um „...weiterhin junge Frauen und Männer in legale Betriebsstätten einzuschleusen und auszubeuten...“ ist nicht nur deshalb unzulässig, weil die Gesetzesbegründung keinerlei empirische Anhaltspunkte für die nach dieser Begründung endemisch verbreitete ausbeuterische Zuhälterei angibt²⁶, sie ist schlicht auch technisch falsch. Die Nämlichkeit des oder der Anmeldenden kann zum Beispiel mit den vorhandenen elektronischen Ausweisdokumenten im elektronischen Anmeldeverfahren überprüft werden, sind solche nicht vorhanden ist inzwischen auch eine elektronische Identitätsprüfung im Dialog über das Internet möglich. Der oder die Anmeldende können mit Hilfe einer Laptop- oder Handykamera ein Bildtelefonat führen, ihren Ausweis zeigen und sich identifizieren. Banken sind nach § 154 Abs. 2 AO zur Identitätsprüfung bei Konteneröffnung verpflichtet und ziehen dieses Online-Verfahren inzwischen dem früher üblichen Post-Identverfahren vor, anscheinend ist es auch kostengünstiger. Jedenfalls kann eine Anmeldung durch Dritte verhindert werden. Ein vertrauliches persönliches Beratungsgespräch kann auch in einem anderen Rahmen erfolgen und muss nicht zwingend mit der Anmeldung verbunden werden, zumal bereits eine persönliche Beratung bei der obligatorischen gesundheitlichen Beratung erfolgt.

Die nach §§ 5 Abs. 7 und 10 Abs. 6 ProstSchG erforderliche Pflicht, die Anmeldebescheinigung und die Beratungsbescheinigung bei der Prostitutionsausübung mitzuführen verstößt gegen Art. 16 Abs. 2 e) der Richtlinie 2006/123/EG. Danach dürfen Dienstleistungserbringer aus einem anderen Mitgliedstaat nicht der Anforderung unterworfen werden, sich von den zuständigen Behörden des Aufnahmestaates einen besonderen Ausweis über die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit ausstellen zu lassen. Die Anmeldebescheinigung nach § 5 ProstSchG ist ein besonderer Ausweis über die Ausübung der Dienstleistungstätigkeit als Prostituierte oder

²⁵ BT-Drucksache 18/8556, S. 63f.

²⁶

Prostituierte. Sie ist gemäß § 5 Abs. 7 ProStSchG bei der Ausübung der beruflichen Tätigkeit mitzuführen. Nach der Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 7 ProStSchG hat der Gesetzgeber keinerlei Gründe für die Mitführungspflicht der Anmeldebescheinigung angegeben.²⁷ Damit verstößt die Pflicht zur Ausstellung der Anmeldebescheinigung und die Pflicht zum Mitführen gegen die Vorschrift des Art. 16 Abs. 2 e) der Richtlinie 2006/123 EG. Ein Ausnahmetatbestand nach Art. 16 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 der Richtlinie ist weder ersichtlich, noch vom Gesetzgeber in Erwägung gezogen, noch wäre er verhältnismäßig. Die Bescheinigung über die rechtzeitige Teilnahme an einer Gesundheitsberatung nach § 10 ProStSchG ist nach Abs. 6 dieser Vorschrift gleichfalls bei der Ausübung der beruflichen Tätigkeit mitzuführen. Nach der Gesetzesbegründung werden damit die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass bei behördlichen Kontrollen der Nachweis erbracht werden kann, dass der vorgesehene Beratungsturnus eingehalten wurde. Auch insofern handelt es sich um einen besonderen Ausweis zur Ausübung der Berufstätigkeit für Prostituierte. Die leichtere Kontrollmöglichkeit der Einhaltung des Beratungsturnus ist weder erforderlich im Sinne des Art. 16 Abs. 2 e) noch verhältnismäßig im Sinne von Art. 16 Abs. 2 e) der Richtlinie. Zum einen haben die Gesundheitsbehörden die Möglichkeit, bei Nichteinhaltung des Beratungsturnus zur Beratung aufzufordern zum anderen kommt bei Wiederholung der Anmeldung eine eventuelle Säumigkeit hinsichtlich der Einhaltung der Beratungstermine ans Licht. Eine Aufdeckung der Säumigkeit anlässlich von Personenkontrollen ist dagegen zufällig. Anlässlich einer Personenkontrolle kann die kontrollierte Person auch nach dem letzten Beratungstermin und der zuständigen Gesundheitsbehörde gefragt werden, so dass sich auf leichte Weise die Einhaltung des Beratungsturnus auch anlässlich einer Kontrolle überprüfen ließ. Die Pflicht zur Erlangung einer Beratungsbescheinigung über die Gesundheitsberatung und zur Mitführung der Bescheinigung verstößt gegen Art. 16 Abs. 2e) der Richtlinie 2006/123/EG. Damit sind diese Pflichten nicht Bestandteil der verfassungsmäßigen Rechtsordnung und verletzen das Grundrecht der Antragstellerinnen und Antragsteller zu 1 bis 6, 8, 10, 11, 13, 15, 16, 18 bis 20 und 24 aus Art. 12

²⁷ BT-Drucksache 18/8556, S. 69

Abs. 1 GG; bei den Antragstellerinnen zu 3 und 6 in der gemäß Art. 18 AEUV gebotenen analogen Anwendung auf Mitglieder der europäischen Union.

Die Europarechtswidrigkeit führt nicht zur Vorlagepflicht an den europäischen Gerichtshof, da sie vom angerufenen Gericht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH selbst eindeutig festgestellt werden kann.²⁸

Der Antrag auf Vorlage zum EuGH wird daher nur hilfsweise geltend gemacht.

iv. Ergebnis zu i bis iii

Die Anmeldepflicht nach § 3 Abs. 1 ProstSchG und die Pflicht zum Mitführen der Anmelde- und Gesundheitsberatungsbescheinigung verletzen Art. 12 Abs. 1 GG.

v. Verletzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung hat neben dem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG im vorliegenden Falle eine eigenständige Bedeutung, da es um den Schutz sensibler Daten aus der Persönlichkeitssphäre geht.

Infolge der Anmeldepflicht hat ein Prostituierte oder eine Prostituierte bei der zuständigen Behörde anzugeben, dass er oder sie die Tätigkeit im Bereich dieser Behörde vorwiegend ausüben will, § 3 Abs. 1, ProstSchG. Ferner ist anzugeben, in welchen Ländern oder Kommunen die Tätigkeit geplant ist, § 4 Abs. 1 Nr. 5 ProstSchG. Bei der Anmeldung sind die üblichen Meldeangaben zu tätigen, § 4 Abs. 1 Nr. 1-4 ProstSchG und es ist ein Lichtbildausweis vorzulegen. Ferner sind 2 Lichtbilder abzugeben, von denen 1 für die Anmeldebescheinigung benötigt wird, § 6 Abs. 1 1. HS ProstSchG, während der Verbleib des 2. Lichtbildes im Gesetz nicht geklärt ist. Es darf angenommen werden, dass dieses Lichtbild bei der Behörde verbleibt. Die Gesetzesbegründung schweigt hierzu.²⁹ Der Vorgang der Datenerhebung und ihrer weiteren Verarbeitung ist nicht durch verfahrenssichernde Vorschriften geregelt. § 34 ProstSchG regelt verfahrenssichernd lediglich eine enge

²⁸ Zur Feststellung der Unverhältnismäßigkeit im Einzelfall vgl. ECLI:EU:C:2015:641, Rn 77

²⁹ BT-Drucksache 18/8556, S. 69

Zweckbestimmung sowie die Erforderlichkeit der Löschung 3 Monate nach Ablauf der Gültigkeit der Anmeldung, § 34 Abs. 3 S. 2 ProstSchG.

Bei dem erhobenen Datum, der Tatsache der Prostitutionsausübung, handelt es sich um ein Datum betreffend die sexuelle Orientierung des oder der Anmeldenden. Es handelt sich um ein besonders sensibles persönliches Datum. Die sexuelle Orientierung ist deshalb betroffen, weil zum einen die Promiskuität des oder der Anmeldenden sowie die Tatsache der Tätigkeit gegen Entgelt bei sexuellen Dienstleistungen offenbart werden. Beides betrifft eine höchstpersönliche und höchst intime Entscheidung und Verhaltensweisen des oder der Anmeldenden. Der Eingriff wirkt umso schwerer, als die Prostitutionstätigkeit weiterhin gesellschaftlich stigmatisiert ist und ihre Offenbarung zu weitreichenden Folgen führen kann. Hierzu gehören erfahrungsgemäß die Brandmarkung im Bekannten- und Verwandtenkreis als auch Nachteile in einem außerhalb der Prostitution ausgeübten Beruf. Die Antragstellerin zu 15, die in einer kirchlichen Familienberatung tätig ist, fürchtet, dass sie bei Bekanntwerden ihrer Tätigkeit als Prostituierte, den Job bei der Familienberatung verliert. Diese Befürchtung ist nach der Lebenserfahrung mit hoher Wahrscheinlichkeit begründet.³⁰

Die Eingriffstiefe wird dadurch erweitert, dass die Tatsache der Anmeldung an alle zuständigen Behörden der Gemeinden oder Länder, in denen eine Tätigkeit beabsichtigt ist, weitergeleitet wird, § 34 Abs. 6 ProstSchG.

Jedenfalls bedarf es keiner ausführlichen Begründung, dass die sexuelle Orientierung ein besonders schützenswertes Datum ist, vgl. nur Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 95/46/EG und § 13 Abs. 2 Nr. 1 BDSG und Art. 9 Abs. 1 DSGVO.

Nach Art. 8 Abs. 4 Richtlinie 95/46/EG ist eine Ausnahme vom Verbot der Verarbeitung der Daten über das Sexualleben vorbehaltlich angemessener Garantien aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses möglich. Dies entspricht auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erhebung und Verarbeitung der Daten über das Sexualleben.

Die Anmeldung von Prostituierten soll deren Schutz dienen und erleichtert zugleich deren Überwachung.

³⁰ Zur besonderen Achtsamkeit bei der Datenerhebung auf „soziale Abstempelung“ vgl. Schon BverfGE 65, 1= NJW 1984, 419 (423)

Beides erfüllt nicht die Voraussetzungen an ein wichtiges öffentliches Interesse. Es ist im Gegenteil völlig unverhältnismäßig, auf diese Weise ein „Hurenregister“ einzurichten.

Auch der Schutz der Prostituierten vor Ausbeutung und Menschenhandel – man muss wohl ergänzen: und vor sich selbst – rechtfertigt die Anmeldepflicht nicht.

Grundsätzlich ist die Bekämpfung unwürdiger Arbeitsbedingungen und des Menschenhandels ein wichtiges öffentliches Interesse. Die Anmeldepflicht soll gleichsam der „Türöffner“ dafür sein, dass die Behörden Tatbestände von Ausbeutung, Gewalt und Menschenhandel feststellen können. Diese Art der Rasterfahndung zur Kriminalitätsbekämpfung und Gefahrenabwehr ist allerdings anhand der feststellbaren Zahlen völlig unverhältnismäßig. Der Verein „Doña Carmen“ hat das quantitative Ausmaß der strafbaren Handlungen im Prostitutionsgewerbe in einer im Februar 2016 erschienenen Broschüre dargestellt.³¹

Danach wurden folgende Fallzahlen von Verurteilungen für jeweils prostitutionsbezogene Delikte bekannt:

Norm (StGB)	Jahr	Anzahl	Jahr	Anzahl
§ 180a (Ausbeutung)	2000	153	2013	2
§ 181a (Zuhälterei)	2000	151	2013	15
§ 232 Menschenhandel	2000	148	2013	77

Sowohl die erhebliche Abnahme der Fallzahlen, als auch die absolute Zahl verdeutlichen, dass die vom Gesetzgeber gewünschte Erhebung der Anmeldedaten aller Prostituierten als Mittel zur Gefahrenabwehr und Kriminalitätsbekämpfung gegen das Übermaßverbot verstößt. Es ist darüber hinaus auch nicht erforderlich, da zugleich die Prostitutionsstätten überwacht werden.

Bei der Verarbeitung und Speicherung hochsensibler persönlicher Daten sind besondere Schutzvorkehrungen erforderlich, die angesichts der Sensibilität und der Streubreite, insbes. § 34 Abs. 6 ProstSchG, der hier erhobenen Daten im anordnenden Gesetz dem Grunde nach geregelt sein müssen. Das ist nicht der Fall.

³¹ Doña Carmen e.V. (Hg.), 25 gute Gründe für ein klares NEIN zur 'Erlaubnispflicht für Prostitutionsgewerbe', Frankfurt aM: Februar 2015, S. 4

Zur Verdeutlichung sei hier die gesamte Tabelle der polizeilichen Kriminalstatistik abgebildet. Aus dieser ergibt sich nicht nur ein dauerhafter und erheblicher Rückgang bei der Zahl der polizeilich ermittelten Opfer, als auch bei den tatsächlich abgeurteilten Tätern, die weniger als 15% der Tatverdächtigen ausmachen: ³²

	„Ausbeutung von Prostituierten“ ¹ (§ 180a StGB)				„Zuhälterei“ (§ 181a StGB)				„Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung“ ² (§ 232 StGB)			
	Fälle	mutmaßliche Opfer	Tatverdächtige	verurteilte Täter	Fälle	mutmaßliche Opfer	Tatverdächtige	verurteilte Täter	Fälle	mutmaßliche Opfer	Tatverdächtige	verurteilte Täter
2000	1.365	1.915	1.133	153	1.104	1.304	766	151	1.016	1.197	927	148
2001	929	1.295	904	138	1.010	1.101	620	163	746	923	773	151
2002	620	776	547	57	667	793	563	151	827	988	799	159
2003	326	439	297	25	578	685	519	113	850	1.118	855	152
2004	194	245	248	14	476	578	535	71	820	1.074	935	141
2005	130	205	141	4	436	612	406	92	621	731	633	136
2006	103	130	109	4	422	504	388	76	712	802	642	138
2007	58	85	67	11	360	396	353	47	655	791	681	123
2008	58	101	72	7	282	344	272	78	704	782	671	138
2009	62	94	79	3	298	330	257	33	811	978	601	135
2010	50	56	48	1	264	314	288	36	621	761	684	115
2011	62	64	62	1	238	253	257	32	636	753	692	117
2012	44	58	57	2	229	267	242	22	558	642	695	115
2013	35	45	39	2	273	321	278	15	473	555	534	77
2014	45	73	46	2	256	305	265	12	482	524	485	79
2015	33	39	34	3	229	249	247	14	505	557	567	72
2016	24	27	33		209	229	220		487	487	484	

³² Fälle, mutmaßliche Opfer, Tatverdächtige: jeweils: BKA: PKS - Polizeiliche Kriminalstatistik:

https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2015/pks2015_node.html;jsessionid=45E9F405BB9FCED644879DA1871F2D8E.live2302

Verurteilte Täter: Statistisches Bundesamt:

<https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/Strafverfolgung.html;jsessionid=AE94B3A7F8A25C171723FB57F3DE6187.cae3>

vi. Ergebnis zu v. – Informationelle Selbstbestimmung

§§ 3 Abs. 1 i.V.m. 4 Abs. 1 ProstSchG verstoßen gegen das
Recht der Anmeldenden auf informationelle
Selbstbestimmung.

b. Anordnungsermächtigung nach § 11 Abs. 3**i. Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit Art. 12 GG**

Die zuständige Behörde ist nach § 11 Abs. 3 ProstSchG berechtigt, gegenüber Prostituierten jederzeit Anordnungen zur Ausübung der Prostitution zu erteilen. Diese Anordnungen beziehen sich also und betreffen die Berufsausübung durch Prostituierte und stellen einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit auf der Stufe der Berufsausübung dar.

ii. Rechtfertigung des Eingriffs

Tatbestandliche Voraussetzung für einen Eingriff nach § 11 Abs. 3 sind die in Nr. 1 bis 3 genannten Voraussetzungen. Unter Nr. 3 gehört zu den tatbestandlichen Voraussetzungen die Abwehr von erheblichen Beeinträchtigungen oder Gefahren für „sonstige Belange des öffentlichen Interesses“, und die Abwehr von „sonstigen Belästigungen“. Das Tatbestandsmerkmal „sonstige Belange des öffentlichen Interesses“ ist nicht hinreichend bestimmt. Hinreichend bestimmt ist ein Gesetz, dessen Zweck aus dem Gesetzestext in Verbindung mit den Materialien deutlich wird.³³ Vom Gesetzgeber ist die Unbestimmtheit so gewollt. Nach der Gesetzgebungsbegründung sollen aufgrund dieser Vorschrift Probleme, die von erlaubnisfreien Prostitutionsbetrieben ausgehen, das sind also Kleinstbetriebe in Form von Ein-Personen-Bordellen, Studios, Wohnmobile oder ähnliche Einrichtungen, durch behördliche Anordnungen adressiert werden.³⁴ Allerdings setzt die Vorschrift nicht das Bestehen einer erlaubnisfreien Prostitutionsstätte voraus, sondern richtet sich an Prostituierte als Person. Der tatbestandliche Anwendungsbereich ist also weiter gefasst, als dies nach der Gesetzesbegründung der Fall sein soll. Die Behörden können aufgrund dieser Vorschrift jedes Verhalten eines oder einer Prostituierten zum Anlass für eine ordnungsbehördliche Maßnahme nehmen.

Der unbestimmte Rechtsbegriff der sonstigen Belange des öffentlichen Interesses ist nicht eingrenzbar. Da er neu in einem Gesetz verwandt wird, kann auch nicht auf tatbestandliche Konkretisierungen durch eine gefestigte

³³ BverfGE 27,1 (8)

³⁴ BT-Drucksache 18/8556, S. 75

Rechtsprechung – wie z.B. bei der polizeilichen Generalklausel – zurückgegriffen werden. Die Ermächtigungsgrundlage ist insofern zu unbestimmt, um einen den Eingriff in das Grundrecht rechtfertigenden vernünftigen Gemeinwohlbelang zu repräsentieren. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich um eine berufsspezifische Regelung handelt, die neben die allgemeinen ordnungsbehördlichen Befugnisse tritt. Wird durch die Prostitutionsausübung die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört, so reichen die allgemeinen ordnungsbehördlichen Befugnisse aus, um diese Störung zu verhindern oder zu beseitigen. Es bedarf daneben keiner besonderen, berufsrechtlichen Regelung, die der Behörde weitere Instrumentarien des Eingriffs zur Verfügung stellt.

Der deutsche Juristinnenbund führte in der Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend eines Gesetzes zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen (ProstSchG-RefE) vom 4.9.2015 ein typisches Beispiel auf: Es gab – sogar gerichtlich bestätigte – Verbote von Straßenprostitution, weil Anwohner und Passanten von Freiern belästigt wurden.³⁵

In diesen Beispielen wurde nicht gegen die Handlungsstörer – die Freier – vorgegangen, sondern gegen die Anlassgeberinnen, die damit als Anlassstörerinnen behandelt wurden. Ob das zutreffend ist, ist eine Frage des Polizeirechts und bedarf keiner besonderen berufsrechtlichen Regelung. Mit dieser Regelung wird vielmehr ein weiterer Tatbestand für das Eingreifen von Behörden gegen Prostituierte geschaffen, der in seiner Weite über das hinausgeht, was die polizeiliche Generalklausel vorsieht. Der Eingriffstatbestand „sonstige Belange des öffentlichen Interesses“ ist zu unbestimmt und nicht erforderlich, um Störungen öffentlicher Belange, die von der Prostitution ausgehen, ordnungsbehördlich adressieren zu können. Die Unbestimmtheit der tatbestandlichen Voraussetzungen wird noch verstärkt durch das Tatbestandsmerkmal der „sonstigen Belästigungen“, die insbesondere zu den geschützten Belangen des öffentlichen Interesses gehören. Hier ist nicht angegeben, welche Art von Belästigungen gemeint sind. Gerade unter

³⁵ <https://www.djb.de/st-pm/st/st15-10/>, dort XVIII D

Berücksichtigung der Tatsache, dass die Prostitution zu einem stigmatisierten gesellschaftlichen Bereich gehört, sind hier ausufernde Störungsanlässe denkbar.

Auch die Rechtsfolgendeite der Vorschrift des §§ 11 Abs. 3 ProstSchG ist völlig unbestimmt. Die Behörde kann danach gegenüber Prostituierten „Anordnungen zur Ausübung der Prostitution erteilen“. Als Rechtsfolge ist jegliche behördliche Anordnung denkbar. Es liegt eine Blankoermächtigung für die Behörde vor, die Ausübung der Prostitution zu regeln.

iii. Ergebnis zu b. - § 11 Abs. 3 ProstSchG

Auf der Tatbestandsseite ist § 11 Abs. 3 Nr. 3 ProstSchG unbestimmt.

Auf der Rechtsfolgendeite liegt eine aufgrund ihrer Unbestimmtheit unverhältnismäßige behördliche Ermächtigung zum Eingriff in das durch Art. 12 Abs. 1 geschützte Grundrecht der Berufsfreiheit vor. § 11 Abs. 3 ProstSchG verstößt gegen Art. 12 Abs. 1 GG und ist verfassungswidrig.

c. Anordnungsermächtigung nach § 11 Abs. 4**i. Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG**

§ 11 Abs. 4 ProstSchG enthält eine weitere Ermächtigungsgrundlage für behördliche Maßnahmen unter Bezugnahme auf Abs. 3 der Vorschrift. Maßnahmen nach Abs. 4 können also auch alleine aufgrund des beruflichen Verhaltens der Prostituierten getroffen werden. Somit liegt auch mit dieser Ermächtigungsgrundlage ein Eingriff in die Berufsfreiheit vor.

ii. Rechtfertigung

Tatbestandliche Voraussetzung für das Vorgehen der Behörde ist entweder ein Verstoß des oder der Prostituierten gegen Anordnungen nach Abs. 3 oder die Tatsache, dass weitere Anordnungen nach Abs. 3 zum Schutz der dort genannten Rechtsgüter nicht ausreichend wären. Hinsichtlich der Bestimmtheit der Tatbestandsvoraussetzungen gilt das soeben zu § 11 Abs. 3 Nr. 3 ProstSchG ausgeführte.

Hinsichtlich der Bestimmtheit auf der Rechtsfolgende ist festzustellen, dass das Gesetz noch unbestimmter ist als in Abs. 3. Dort waren die Maßnahmen, zu denen die Behörde ermächtigt ist, auf Anordnungen zur Ausübung der Prostitution beschränkt. Mit Abs. 4 will der Gesetzgeber die Behörde ermächtigen, jegliche Maßnahme zu treffen. Die Gesetzesbegründung hilft bei der Frage, an welche weiteren Maßnahmen gedacht war, nicht weiter. Als einziges Beispiel führt die Gesetzesbegründung aus, dass die zuständige Behörde schließlich als letztes Mittel die Fortsetzung der Ausübung der Prostitution ganz oder teilweise untersagen könne, sofern der Schutz der in Abs. 3 genannten Rechtsgüter nicht auf andere Weise sichergestellt werden könne. Dieses Beispiel bezieht sich auf die Ausübung der Prostitution, denn auch die Untersagung der Ausübung derselben ist eine Regelung der Ausübung. Es ist völlig unklar, was mit weiteren Maßnahmen gemeint ist, denn Tatbestandsvoraussetzung ist immer ein berufliches Verhalten des oder der Prostituierten.

iii. Ergebnis zu c -§ 11 Abs. 4 ProstSchG

Der Eingriff in die Berufsfreiheit durch § 11 Abs. 4 ProstSchG ist mangels Bestimmtheit auf der die Tatbestands- und der Rechtsfolgendeite verfassungswidrig, indem die Berufsfreiheit verletzt wird .

d. Überwachung nach § 29 in Verbindung mit § 31

- i. Die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 29 Abs. 1, 31 Abs. 1 Nr. 1 ProstSchG

Die Vorschrift bezieht sich ausweislich der Überschrift auf die Überwachung des Prostitutionsgewerbes.

Allerdings ergibt sich dies nicht aus der systematischen Stellung im Gesetz, denn es handelt sich um eine Vorschrift im selbstständigen Abschnitt „Überwachung“. In diesem Abschnitt werden auch Pflichten von Prostituierten benannt, so dass bereits tatbestandlich nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass tatsächlich nur die Überwachung des Prostitutionsgewerbes gemeint ist.

In diesem Zusammenhang ist die weite Definition des Prostitutionsgewerbes problematisch.

Ein Prostitutionsgewerbe liegt immer dann vor, wenn jemand gewerbsmäßig Leistungen im Zusammenhang mit der Erbringung sexueller Dienstleistungen durch mindestens eine andere Person anbietet oder Räumlichkeiten hierfür bereitstellt..., vgl. § 2 Abs. 3 ProstSchG.

Um bei dem oben dargestellten Beispiel zu bleiben, komme ich zurück auf den Fall der Geliebten G des U. Man trifft sich stets in der Wohnung der G. Der U wünscht sich, dass G eine weitere Frau hinzuzieht, er wünscht sich einen „Dreier“. Er verspricht ein Entgelt dafür. Spätestens beim zweiten Treffen mit der G und der weiteren Frau betreibt G ein Prostitutionsgewerbe. Demzufolge wäre § 29 ProstSchG auf die Wohnung der G anwendbar.

Rechtsfolge ist, dass die Beauftragten der zuständigen Behörde nach Abs. 1 die Wohnung der G betreten dürfen, denn es handelte sich zugleich um Geschäftsräume der G.

- ii. Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG

Das Betreten der Wohnung der G stellt einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG dar. Auf eine möglicherweise vorliegende gewerbliche Nutzung kommt es nicht an, denn auch die Geschäftsräume gehören nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG. Für die Bemessung der Schwere des Eingriffs besteht allerdings ein Unterschied, ob es sich ausschließlich um Geschäftsräume handelt, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen oder um Privaträume, in denen auch geschäftliche Zwecke verfolgt werden, bei denen aber der Charakter der Privaträume im Vordergrund bleibt.

Als Schranke des Art. 13 Abs. 1 GG kommt hier Abs. 7 in Betracht. Dessen Voraussetzungen sind allerdings vorliegend nicht erfüllt. § 29 Abs. 1 ProStSchG dient weder der Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, noch ist er ein Gesetz zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Im Zusammenspiel von weitem Gewerbebegriff des § 2 Abs. 3 ProStSchG und der weiten Tatbestandsvoraussetzungen des § 29 Abs. 1 ProStSchG wird der Schutz der Privatwohnung aufgehoben.

In diesem Zusammenhang muss wiederum auch auf die weitgehende Stigmatisierung der Prostitution in der Gesellschaft verwiesen werden. Die Überwachungsvorschrift des § 29 ProStSchG in der jetzigen Fassung öffnet der Denunziation durch missgünstige Nachbarn oder sonstige Personen Tür und Tor. Im vorliegenden Falle kommt die Tatbestandserweiterung durch § 31 Abs. 1 Nr. 1 ProStSchG hinzu. Danach besteht das Betretungsrecht auch, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ein Prostitutionsgewerbe ohne die erforderliche Erlaubnis ausgeübt wird. Die Denunziation eines Nachbarn wäre eine solche Tatsache und würde den erweiterten Tatbestand des Betretensrechtes gemäß §§ 29 Abs. 1 i.V.m. 31 Abs. 1 Nr. 1 ProStSchG eröffnen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dürfen „Eingriffe und Beschränkungen“ im Sinne des Art. 13 Abs. 7 GG nur unter ganz bestimmten und genau umschriebenen Voraussetzungen vorgenommen werden. Dies entspricht bei Wohnräumen im engeren Sinne dem grundsätzlichen Gebot unbedingter Achtung der Privatsphäre des Bürgers.³⁶

Zum Zwecke der Achtung der Privatsphäre des Bürgers, in dessen Lebenssphäre schwerwiegend eingegriffen wird, muss durch die Art des Verfahrens und insbesondere durch ausreichende Anhörung des Betroffenen sichergestellt sein, dass diesem nur eine möglichst geringe Beeinträchtigung seiner Persönlichkeitssphäre zugemutet wird.³⁷

§ 29 Abs. 1, auch i.V.m. § 31 Abs. 1 Nr. 1 ProStSchG erfüllt bereits die strengen Schrankenvoraussetzungen des Art. 13 Abs. 7 nicht. Der Gesetzgeber hat im Rahmen der gesetzlichen Vorschrift die Überwachung des Prostitutionsgewerbes vor den Schutz der besonders empfindlichen Privat- und Persönlichkeitssphäre gemäß Art. 13 Abs. 1 GG gestellt.

³⁶ BVerfG Kammerbeschluss v. 21.08.2009 – 1BR 2104/06 – juris Orientierungssatz 3 m.w.N. – st. Rsp.

³⁷ BVerfG Kammerbeschluss v. 21.08.2009 – 1BR 2104/06 – juris Orientierungssatz 4 m.w.N. – st. Rsp

Auch enthält § 29 Abs. 1 ProstSchG keinerlei Schutzvorschriften, um das Verfahren möglichst grundrechtssichernd durchzuführen.

§ 29 Abs. 1 ProstSchG entspricht auch nicht dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG.

Ein Betretensrecht, wie es in § 29 Abs. 1 ProstSchG vorgesehen ist, wäre nach der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 13 Abs. 7 (vormals: Abs. 3) GG zulässig, wenn es sich allein um Betriebsräume handelte. Anders ist der Sachverhalt zu beurteilen, wenn private Wohnräume betroffen sind, was das Bundesverfassungsgericht in seiner Grundsatzentscheidung zu § 17 Abs. 2 HwO klargestellt hat.³⁸ Genau darum geht es vorliegend, indem häufig private Wohnräume auch zur Prostitutionsausübung genutzt werden und wie eingangs in Beispielsfall gezeigt, vom Gesetz gleichzeitig als Gewerberäume gewertet werden.

iii. Ergebnis zu d i bis ii - §§ 29 Abs. 1, 31 Abs. 1 Nr. 1 ProstSchG

§§ 29 Abs. 1 und 31 Abs. 1 Nr. 1 ProstSchG verletzen das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG und sind verfassungswidrig.

iv. § 29 Abs. 2 ProstSchG

1. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG

Ein weiterer Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG liegt gemäß § 29 Abs. 2 ProstSchG vor, indem dieser anordnet, dass zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung die Grundstücke, Geschäftsräume und die für sexuelle Dienstleistung genutzten Räume auch außerhalb der für Prostitutionsgewerbe üblichen Geschäftszeiten betreten werden dürfen und diese Erlaubnis auch auf zugleich Wohnzwecken dienenden Räume ausdehnt.

2. Rechtfertigung

Der Eingriff scheint zunächst durch die Schranke des Art. 13 Abs. 7 GG gedeckt, denn die tatbestandliche Voraussetzung „zur Verhütung dringender Gefahren“ entspricht genau dem Wortlaut der 2. Alt. des Abs. 7.

Allerdings ist der Eingriff nicht verhältnismäßig ausgestaltet, denn erlaubt ist das Betreten der Räume zu jeder Zeit, auch zur Nachtzeit. Das Tatbestandsmerkmal „außerhalb der für

³⁸ Vgl. BverfG Beschluss vom 13. Oktober 1971 – 1 BvR 280/66 –, BVerfGE 32,54, hier zitiert nach juris, Rn 59, S. 3

Prostitutionsgewerbe üblichen Geschäftszeiten“ schränkt die Betretenszeit nicht ein.

Gerade bei der Wohnungsprostitution finden die Geschäftszeiten während des Tages statt. Das Betretungsrecht erstreckt sich in diesen Fällen also auch auf die Nachtzeit.

Es fehlt für das Betreten von Wohnungen eine verhältnismäßige Einschränkung der Erlaubnis, diese auch zur Nachtzeit zu betreten, so wie jede weitere verfahrensmäßige Einschränkung fehlt.

v. Ergebnis zu d iii - § 29 Abs. 2 ProstSchG

§ 29 Abs. 2 ProstSchG ist insofern verfassungswidrig, als er das Betreten von Wohnungen zu jeder Tages- und Nachtzeit erlaubt.

vi. § 31 Abs. 1 Nr. 2 ProstSchG

1. Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG

Nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 ProstSchG stehen die Befugnisse gemäß §§ 29 ProstSchG den Behörden auch zu, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Wohnung oder sonstige Räumlichkeiten oder ein Fahrzeug für die Erbringung sexueller Dienstleistungen durch eine Prostituierte oder durch ein Prostituierten genutzt werden. Die Befugnisse des §§ 29 sind das Betreten der Räume und die Vornahme von Prüfungen und Besichtigungen gemäß Abs. 1 der Vorschrift sowie das Betreten außerhalb der für Prostitutionsgewerbe üblichen Geschäftszeiten unter der Voraussetzung, dass dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung verhütet werden sollen. Wie soeben zu den Tatbestandsalternativen des §§ 29 ProstSchG ausgeführt, liegt ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG vor, wobei der Eingriff sich auf die Wohnung im Wortsinne als auch auf sonstige Räumlichkeiten bezieht, die gleichfalls unter den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG fallen. Weitere Voraussetzung ist die durch Tatsachen gerechtfertigte Annahme, dass diese Räume zur Erbringung sexueller Dienstleistungen benutzt werden.

2. Rechtfertigung

Die auf Tatsachen gestützte Annahme der Erbringung sexueller Dienstleistungen ist nicht geeignet, den Schutz der Wohnung gemäß Artikel Art. 13 Abs. 1 GG Art. 13 Abs.

einzuschränken. Soweit es sich um Wohnraum handelt, sind Eingriffe und Beschränkungen, die nicht Durchsuchungen sind, nur im Rahmen der Schranken des Art. 13 Abs. 7 GG zulässig. Die Voraussetzungen dieser Schranke sind mit § 31 Abs. 1 Nr. 2 ProStSchG nicht erfüllt. Insbesondere verweist diese Vorschrift nicht auf die tatbestandlichen Voraussetzungen des §§ 29 ProStSchG, sondern lediglich auf dessen Rechtsfolgen. Auch bei den sonstigen Räumlichkeiten, in denen § 31 Abs. 1 Nr. 2 ProStSchG das Betreten erlaubt, dürften die Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 7 GG anwendbar sein. Soweit das Bundesverfassungsgericht die dort vorhandenen Schranken auf Geschäfts- und Betriebsräume für nicht anwendbar erklärte, so handelt es sich bei den sonstigen Räumlichkeiten im Sinne des § 31 Abs. 1 Nr. 2 ProStSchG nicht um klassische Geschäfts- und Betriebsräume, die das Bundesverfassungsgericht bei seiner Auslegung des Art. 13 GG im Auge hatte. Das Bundesverfassungsgericht führte hierzu aus:

„Diese Auslegung geht davon aus, daß - bei prinzipieller Einbeziehung auch der Geschäfts- und Betriebsräume in den Schutzbereich des Art. 13 GG - doch das Schutzbedürfnis bei den insgesamt der "räumlichen Privatsphäre" zuzuordnenden Räumen verschieden groß ist. Den Geschäfts- und Betriebsräumen eignet nach ihrer Zweckbestimmung eine größere Offenheit "nach außen"; sie sind zur Aufnahme sozialer Kontakte bestimmt, der Inhaber entläßt sie damit in gewissem Umfang aus der privaten Intimsphäre, zu der die Wohnung im engeren Sinn gehört. Dem stärkeren Bedürfnis nach Fernhaltung von Störungen des privaten Lebens und der räumlichen Sphäre, in der es sich entfaltet, entspricht es, daß die Begriffe "Eingriffe und Beschränkungen", soweit sie sich auf die Wohnung im engeren Sinn beziehen, streng ausgelegt werden. Das bedeutet, daß ein Betretungs- und Besichtigungsrecht der hier geregelten Art bei Wohnräumen ausgeschlossen ist. Denn hier greift der Schutzzweck des Grundrechts voll durch, dem Einzelnen das Recht, "in Ruhe gelassen zu werden" (BVerfGE 27, 1 (6)), zu sichern. Das gilt auch, soweit in diesen Räumen zugleich eine berufliche oder geschäftliche Tätigkeit ausgeübt wird. Bei reinen Geschäfts- und Betriebsräumen wird dieses Schutzbedürfnis durch den Zweck, den sie nach dem Willen des Inhabers selbst erfüllen sollen, gemindert. Die Tätigkeiten, die der Inhaber in diesen Räumen vornimmt, wirken notwendig nach außen und können deshalb auch die Interessen anderer und die der Allgemeinheit berühren. Dann ist es folgerichtig, daß die mit

dem Schutz dieser Interessen beauftragten Behörden in gewissem Rahmen diese Tätigkeiten auch an Ort und Stelle kontrollieren und zu diesem Zweck die Räume betreten dürfen. Dieser zweckbestimmte Vorgang ist nicht eigentlich eine Störung des Hausfriedens. Der Betriebsinhaber wird demgemäß in aller Regel das Betreten der Räume durch Behördenbeauftragte nicht als einen Eingriff in sein Hausrecht empfinden. Sein psychischer Widerstand mag sich gegen die Besichtigung und Prüfung selbst richten, die er etwa als unnötig, belästigend und deshalb unzumutbar ansieht; in dem bloßen Betreten der Räume, die er durch ihre Zweckwidmung selbst nach außen geöffnet hat, wird er im allgemeinen eine Beeinträchtigung seiner Grundrechtssphäre nicht erblicken.“³⁹

Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts bezogen sich auf klassische Geschäfts- und Betriebsräume, auf die sich auch die klassischen Betretungsrechte der Gewerbeüberwachungs- oder Finanzbehörden beziehen. Vorliegend besteht nun die Besonderheit, dass solche sonstigen Räume nicht notwendigerweise an die Öffentlichkeit treten. Sie bleiben vielmehr versteckt und der Vorgang der Erbringung sexueller Dienstleistungen ist ein höchst intimer. Das passt nicht auf die vorstehende Auslegung des Bundesverfassungsgerichts in der zitierten Grundsatzentscheidung. Gerade die Intimität des Vorgangs der Erbringung sexueller Dienstleistungen rückt auch diese sonstigen Räume ganz nahe an die klassische Wohnung heran und entfernt sie von den üblichen Geschäfts- und Betriebsräumen.

Vii. Ergebnis zu d vi. - § 31 Abs. 1 Nr. 2 ProStSchG
§ 31 Abs. 1 Nr. 2 ProStSchG verstößt gegen Art. 13 Abs. 1 GG und ist verfassungswidrig.

³⁹ Vgl. BVerfG Beschluss vom 13. Oktober 1971 – 1 BvR 280/66 –, BVerfGE 32,54, hier zitiert nach juris, Rn 51

e. Kondompflicht § 32 Abs. 1 ProstSchG

§ 32 Abs. 1 ProstSchG verpflichtet Kunden und Kundinnen von Prostituierten sowie Prostituierte dafür Sorge zu tragen, dass beim Geschlechtsverkehr Kondome verwendet werden, wobei nach § 33 Abs. 1 Nr. 3 ProstSchG ein Verstoß gegen die Pflicht, ein Kondom zu verwenden für den Kunden oder die Kunden eine Ordnungswidrigkeit darstellt.

i. Definition Geschlechtsverkehr

Der Begriff Geschlechtsverkehr ist im Gesetz nicht weiter definiert. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, unter Geschlechtsverkehr falle neben dem vaginalen auch oraler und analer Geschlechtsverkehr. Allerdings erklärt diese Definition noch nicht den Geschlechtsverkehr. Wer sagt unter den Geschlechtsverkehr falle der Geschlechtsverkehr in verschiedenen Varianten erläutert damit noch nicht, was er mit Geschlechtsverkehr meint. Man wird nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wohl annehmen dürfen, dass mit vaginalem Geschlechtsverkehr die Penetration der weiblichen Vagina durch ein männliches Glied gemeint ist und beim analen Geschlechtsverkehr die Penetration des Anus durch ein männliches Glied. Was aber meint die Gesetzesbegründung mit oralem Geschlechtsverkehr? Fällt darunter jede orale Berührung der männlichen oder weiblichen Geschlechtsteile oder ist darunter nur die orale Stimulation des männlichen Gliedes zur Ejakulation gemeint? Welche Art von Kondomen soll der Prostituierte, der eine Frau mit Cunnilingus, also oral, befriedigt, verwenden? Ist mit Geschlechtsverkehr auch die digitale Stimulation des Anus und der Anilingus gemeint? Die Antwort auf diese Frage ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes, nicht aus der systematischen Stellung und auch nicht aus der Begründung, wie gerade gezeigt.

Da es eine Ordnungswidrigkeit darstellt, wenn ein Kunde oder eine Kundin nicht dafür Sorge trägt, dass ein Kondom verwendet wird, wobei der Geschlechtsverkehr die tatbestandliche Voraussetzung für diese Pflicht ist, muss das strenge Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG erfüllt sein, dieses erstreckt sich nicht nur auf Straftaten sondern auch auf die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten.⁴⁰ Der Begriff des Geschlechtsverkehrs ist aber, wie bereits die Gesetzesbegründung zeigt, die unter Geschlechtsverkehr mehr versteht als den Beischlaf, nicht hinreichend sicher feststellbar. Es existiert auch keine gefestigte Rechtsprechung zur Definition des Geschlechtsverkehrs im Hinblick auf die

⁴⁰ Vgl. ECLI:DE:BVerfG:2015:rk20151208.1bvr186414, Orientierungssatz 1 m.w.N. – st. Rspr.

Kondompflicht. So hat das VG Augsburg in einer Entscheidung zur Kondompflicht in Bayern ausdrücklich die Frage offen gelassen, ob ‚Oralverkehr‘ unter den Begriff des Geschlechtsverkehrs im Sinne des § 6 Satz 1 der Hygiene-Verordnung falle.⁴¹

ii. Ergebnis zu e i – Bestimmtheit von § 32 Abs. 1 ProstSchG

§ 32 Abs. 1 verstößt gegen das strenge Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG.

iii. Pflicht für Sexarbeiter

1. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG

§ 32 ProstSchG verpflichtet Prostituierte dafür Sorge zu tragen, dass beim Geschlechtsverkehr Kondome verwendet werden. Die Vorschrift regelt also das berufliche Verhalten von Prostituierten und stellt damit einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar.

2. Rechtfertigung

Die Vorschrift dient der Prävention sexuell übertragbarer Krankheiten. Damit werden nicht nur Prostituierte und deren unmittelbarer Kunde oder Kundin geschützt, sondern auch mittelbar betroffene Personen und Allgemeinheit. So jedenfalls die Vorstellung des Gesetzgebers.⁴² Das ist jedenfalls eine vernünftige Erwägung des Gemeinwohls im Sinne der Stufenlehre des Bundesverfassungsgerichts.⁴³

Im Sinne einer abstrakten Eignung ist das Mittel auch geeignet.

Es dürfte auch erforderlich sein, um den gewünschten Zweck der Verringerung des Infektionsrisikos durch Geschlechtskrankheiten zu erreichen.

Fraglich ist hingegen, ob das Mittel auch verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Zunächst ist festzustellen, dass auch Kondome nur einen eingeschränkten Schutz gewähren. Fraglich ist, inwieweit andere Möglichkeiten des Infektionsschutzes, z.B. Femidome dem Anwendungsgebot des § 32 ProstSchG genügen. Das Gesetz lässt nach seiner eindeutigen Formulierung hier keine Alternativen, z.B. durch Öffnung für Femidome⁴⁴

⁴¹ VG Augsburg, Urteil vom 06. April 2009 – Au 7 K 07.1610 –, juris Rn 36

⁴² BT-Drucksache 18/8556, S.

⁴³ BverfGE 7,377 (414)

⁴⁴ Vgl. <http://www.geschlechtskrankheiten.de/kondome/kondom-fuer-frauen/>

oder ggfls. andere Infektionsschutzpraktiken zu. Auch hat der Gesetzgeber hierzu keinerlei Erwägungen angestellt. Die Beschränkung auf die bekannteste aber nicht einzige Methode zur Infektionsprävention ist unverhältnismäßig.

3. Ergebnis zu e i und iii 1 bis 2 - § 32 Abs. 1 ProstSchG für Prostituierte

§ 32 Abs. 1 ProstSchG verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 und gegen Art. 12 Abs. 1 GG und ist verfassungswidrig.

4. Eingriff in das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Das Gebot des § 32 Abs. 1 ProstSchG an Prostituierte dafür Sorge zu tragen, dass beim Geschlechtsverkehr Kondome verwendet werden, greift in deren Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ein.

Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmungsbestimmung durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist besonders stark. Der Sexualbereich eines Menschen gehört zu seiner Privatsphäre und auch zum Kernbereich seiner Intimsphäre. Das menschliche Verhalten mit sexueller Zielrichtung genießt daher einen besonderen Autonomieschutz. Hierzu gehört auch die Entscheidung, in welcher Form jemand sein Sexualleben ausrichtet.⁴⁵ Die Entscheidung darüber, ob ein Kondom beim Geschlechtsverkehr benutzt wird, ist eine Entscheidung über menschliches Verhalten mit sexueller Zielrichtung. § 32 Abs. 1 ProstSchG greift in das Recht der Prostituierten auf sexuelle Selbstbestimmung ein.

5. Rechtfertigung

Wie schon beim Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG kommt der Infektionsschutz der Prostituierten, der gegenwärtigen Kundinnen und Kunden sowie der zukünftigen Kunden und Kundinnen als den Eingriff rechtfertigender Grund in Betracht.

6. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs

⁴⁵ Statt Vieler: Di Fabio in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 78. EL September 2016,, Art. 2, Rn., 200

Der Infektionsschutz ist ein Eingriff im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Interessen Dritter, der nur unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots gerechtfertigt werden kann.⁴⁶

Das Verhältnismäßigkeitsgebot ist hier nicht gewahrt, weil der Gesetzgeber weder alternative Schutzmöglichkeiten erkundet, noch sie zugelassen hat. Es liegt daher bei diesem tiefgreifenden Eingriff in die Selbstbestimmung der Prostituierten bereits ein Abwägungsfehler im Gesetzgebungsverfahren vor. Jedenfalls hat das Gesetz nicht berücksichtigt, dass es gleichartige Schutzmöglichkeiten geben kann. Die Überlassung der Auswahlentscheidung über den richtigen Schutz durch die Prostituierten wäre das mildere Mittel gewesen.

Besonders bedeutsam ist die Eingriffstiefe auch dann, wenn man mit der Gesetzesbegründung annimmt, dass orale Praktiken, insbesondere Fellatio und Cunnilingus, unter den Begriff des Geschlechtsverkehrs fallen. Hier ist die Ansteckungsgefahr wesentlich geringer und damit auch alternative Schutzmethoden möglich. Außerdem hat der Gesetzgeber nicht erwogen, ob bei der geringeren Ansteckungsgefahr ein Eingriff in das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung verhältnismäßig ist.

7. Ergebnis zu e iii 4. bis 6.

§ 32 Abs. 1 ProstSchG verstößt gegen das Grundrecht der Prostituierten auf sexuelle Selbstbestimmung und ist insofern verfassungswidrig.

iv. Pflicht für Kunden gemäß § 32 Abs. 1 ProstSchG

1. Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Die Pflicht der Kunden beim Geschlechtsverkehr dafür Sorge zu tragen, dass Kondome verwendet werden, § 32 Abs. 1 ProstSchG, ist das Gegenstück zur entsprechenden Pflicht der Prostituierten. Es liegt also auch hier ein Eingriff in das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung vor.

2. Rechtfertigung

Auch beim Kunden oder der Kundin kommt der Infektionsschutz als Rechtfertigungsgrund in Betracht. Kunden können Prostituierte anstecken und umgekehrt.

⁴⁶ ECLI:DE:BVerfG:2015:rk20151208.1bvr186414, juris Rn 11; BverfGE 120,224 (239)

3. Verhältnismäßigkeit

Auch hier ist die Frage, ob angesichts alternativer Schutzmethoden der Eingriff verhältnismäßig ist. Das muss im Ergebnis, wie bei den Prostituierten, verneint werden.

Im Übrigen soll an dieser Stelle klarstellend erwähnt werden, dass, vorausgesetzt das Gesetz ist in der weiten Auslegung der Gesetzesbegründung zu verstehen, ein Prostituiertes, der eine Kundin mit einem Cunnilingus befriedigt, nach diesem Gesetzesverständnis Geschlechtsverkehr mit der Kundin hat und insofern ein Kondom benutzen müsste. Die Vorstellung, ein Kondom über die Zunge zu streifen ist abwegig, sie kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Es liegt vielmehr eine Situation vor, die vom Gesetzgeber nicht bedacht wurde. Gleiches gilt Übrigens für weibliche Prostituierte, die eine Kundin mittels Cunnilingus befriedigen.

4. Ergebnis zu e iv - § 32 Abs. 1 ProstSchG – Kondompflicht für die Kunden.

§ 32 Abs. 1 ProstSchG ist insofern verfassungswidrig, als er den Kundinnen und Kunden die Pflicht auferlegt, beim Geschlechtsverkehr dafür Sorge zu tragen, dass Kondome verwendet werden.

f. Bußgeldtatbestand des § 33 Abs. 1 Nr. 3 ProstSchG

Der Bußgeldtatbestand des § 33 Abs. 1 Nr. 3 ProstSchG knüpft an das Gebot des §§ 32 Abs. 1 für Kunden und Kundinnen an. Ein Verstoß ist eine Ordnungswidrigkeit. Zum Gebot des § 32 Abs. 1 ProstSchG gehört die Kondomverwendung bei Geschlechtsverkehr. Was mit Geschlechtsverkehr gemeint ist, ergibt sich nicht eindeutig aus dem Gesetz wie soeben zum Tatbestand des § 32 Abs. 1 ProstSchG dargelegt. Der Tatbestand des §§ 33 Abs. 1 Nr. 3 ProstSchG verstößt also gegen das strikte Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, wie gleichfalls oben dargelegt.

Die Beschwerdeführer zu 7, 9 und 17 sind durch den Bußgeldtatbestand des §§ 33 Abs. 1 Nr. 3 ProstSchG in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 103 Abs. 2 GG verletzt.

Die Vorschrift ist wegen Verstoßes gegen das strenge Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG verfassungswidrig.

g. Erlaubnispflicht § 12 ProstSchG**i. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG**

Beruf ist jede Tätigkeit, die in ideeller wie in materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. Der Betrieb eines Prostitutionsgewerbes fällt offensichtlich unter diese Definition. Die Beschwerdeführer zu betreiben Prostitutionsstädten und sind daher von den Regelungen hinsichtlich der Erlaubnispflicht unmittelbar selbst und gegenwärtig betroffen.

ii. Rechtfertigung**1. Gemeinwohlbelang**

Zur Rechtfertigung des Eingriffs bedarf es eines vernünftigen Gemeinwohlbelanges, der nach der Gesetzesbegründung darin besteht, dass „... *die Erlaubniserteilung an eine eingehende Prüfung betriebs- sowie personenbezogener Kriterien geknüpft ist, deren Einhaltung dem Schutz und der Sicherheit sowie der Gesundheit der in der Prostitution tätigen Personen, der im Betrieb beschäftigten Personen sowie der Kunden und Kundinnen und nicht zuletzt der Allgemeinheit dient.*“⁴⁷

2. Mangelnde Differenzierung hinsichtlich der unterschiedlichen Eigenschaften der Ausdifferenzierung im Bereich der Prostitution

Zur Rechtfertigung bedarf es eines formell ordnungsgemäß zustande gekommenen Gesetzes, das wird hier nicht bezweifelt, das im Übrigen verhältnismäßig sein muss. Das wird im Hinblick auf den weiten Begriff des Prostitutionsgewerbes verneint.

Der Betrieb eines Prostitutionsgewerbes ist nach § 12 Abs. 1 ProstSchG erlaubnispflichtig und der Verstoß hiergegen ist nach § 33 Abs. 2 Nr. 1 ProstSchG eine Ordnungswidrigkeit, die nach Abs. 3 der Vorschrift mit einer Geldbuße bis zu 10.000 € bedroht ist. Eine irgendwie geartete Differenzierung nach den unterschiedlichen Ausprägungen der Prostitution hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Erlaubnispflicht für Prostitutionsgewerbe nicht getroffen. Zur Ausdifferenzierung des Prostitutionsgewerbes führt die amtliche Begründung aus: „*Die Zahl der Prostitutionsgewerbe wurde anhand von Daten der Polizeibehörden in Niedersachsen auf Deutschland hochgerechnet. So ergibt sich eine Zahl von rund 1700 Prostitutionsfahrzeugen und etwa 10000 sonstigen bestehenden Prostitutionsgewerben*

⁴⁷ BT-Drucksache 18/8556, S. 76 Abs. 3

(62 Prozent Wohnungsbordelle, 14 Prozent Clubs, Bars und Saunen, 12 Prozent Bordellbetriebe, 1 Prozent Sonstige und weniger als 1 Prozent Escort-Agenturen). Unter die sonstigen Prostitutionsgewerbe fallen nach dieser Einteilung auch solche Formen der Wohnungsprostitution, die nach diesem Gesetz nicht erlaubnispflichtig und damit kein Prostitutionsgewerbe sind; dabei handelt es sich um die Konstellation, dass eine Wohnung ausschließlich durch die Inhaberin oder den Inhaber der Wohnung zur Ausübung der Prostitution genutzt wird, ohne dass eine dritte Person aus dieser Nutzung Gewinn zieht.“⁴⁸

Der Begriff des Prostitutionsgewerbes nimmt in Bezug auf die völlig unterschiedlichen Lebenssituationen, in denen Prostitution bereits nach der obigen Darstellung betrieben wird, keinerlei Differenzierung vor. Nach der amtlichen Begründung sind 62 % der Prostitutionsgewerbe Wohnungsbordelle.

Nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. Abs. 4 ProstSchG betreibt ein Prostitutionsgewerbe, wer gewerbsmäßig Leistungen im Zusammenhang mit der Erbringung sexueller Dienstleistungen durch mindestens eine andere Person anbietet oder Räumlichkeiten hierfür bereitstellt indem er ... eine Prostitutionsstätte betreibt. Hierbei sind Prostitutionsstätten, Räume und sonstige ortsfeste Anlagen, die als Betriebsstätte zur Erbringung sexueller Dienstleistungen genutzt werden. Nach der Gesetzesbegründung soll von diesem Begriff alles erfasst werden, was irgendwie der Förderung der Prostitution dient, außer der alleinigen Tätigkeit eines oder einer Prostituierten:ⁱ

„Der Begriff „Prostitutionsgewerbe“ wird in diesem Gesetz als Oberbegriff für alle Betriebsarten und Geschäftsmodelle gewerblicher Tätigkeit im Bereich sexueller Dienstleistungen mit Ausnahme der eigentlichen Tätigkeit als Prostituierte oder Prostituerter eingeführt. Darunter fallen Tätigkeiten im organisatorischen Umfeld genauso wie im Bereich der Anbahnung der Prostitution, wie z. B. die Vermittlung sexueller Dienstleistungen, verschiedene Tätigkeiten der Kundenakquise, Veranstaltertätigkeiten, Fahr- und Begleitsdienste sowie das Bereitstellen einer räumlichen Infrastruktur einschließlich von Nebenleistungen.“⁴⁹

Die Abgrenzung wird schon da schwierig, wo sich mehrere Prostituierte zusammentun, um gemeinschaftlich eine Wohnung zu nutzen. Da ein Ort, an dem mehrere Prostituierte

⁴⁸ BT-Drucksache 18/8556, S. 38 f.

⁴⁹ BT-Drucksache 18/8556, S. 60 zu § 2 Abs. 3

tätig sind, für Kunden oder Kundinnen, die diesen Ort aufsuchen und zunächst eine Auswahlentscheidung treffen wollen, eine gewisse höhere Attraktivität hat, als ein Ort, an dem jeweils eine Prostituierte oder ein Prostituierte alleine tätig ist, ziehen die Prostituierten aus der gemeinschaftlichen Nutzung der Wohnung einen wirtschaftlichen Nutzen und sind somit nach der Vorstellung des Gesetzgebers Betreiber eines Prostitutionsgewerbes.

Der Vermieter, der eine Wohnung vermietet, betreibt die Verwaltung eigenen Vermögens. Der Vermieter, der eine Wohnung jeweils für einen begrenzten Zeitraum vermietet und dies als „Modellwohnung“ für Prostituierte bewirbt, stellt eine Prostitutionsstätte mit dieser „Modellwohnung“ zur Verfügung und betreibt nach der gesetzlichen Definition ein erlaubnispflichtiges Prostitutionsgewerbe. Schwierig wird die Abgrenzung, wenn die Wohnung vom Vermieter gar nicht beworben wird, aber von Prostituierten jeweils nur vorübergehend genutzt und dann innerhalb des Kreises der Kolleginnen oder Kollegen weiterempfohlen wird.

Der Gesetzgeber unterzieht auch diese Fallgestaltungen der grundsätzlichen Genehmigungspflicht und den weiteren strengen Anforderungen an den Betrieb eines Prostitutionsgewerbes.

Hierzu gehören die Vorlage eines Betriebskonzeptes, § 12 Abs. 5 Nr. 1 ProstSchG, das Verbot, die für sexuelle Dienstleistungen benutzten Räume zugleich als Schlaf oder Wohnraum zu nutzen, § 18 Abs. 2 Nr. 7 ProstSchG die Betreiberpflichten hinsichtlich Sicherheit und Gesundheitsschutz nach § 24 ProstSchG, die weitgehenden Überwachungsfunktionen des Betreibers eines Prostitutionsgewerbes hinsichtlich der dort tätigen Personen gemäß § 25 ProstSchG. Hierzu gehört ferner die Überprüfung, ob eine Person von Dritten durch Ausnutzung einer Zwangslage, ihrer Hilflosigkeit, die mit ihrem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, oder ihre persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit zur Prostitution veranlasst wird oder werden soll oder diese Person von Dritten ausgebeutet wird oder werden soll. Hierzu gehören ferner die Kontroll- und Hinweispflichten nach § 27 ProstSchG, wonach der Betreiber auf die Anmeldepflicht und das Erfordernis der regelmäßigen Wahrnehmung der gesundheitlichen Beratung hinzuweisen und die Anmeldebescheinigung und die gültige Bescheinigung über die erfolgte gesundheitliche Beratung zu überprüfen hat. Ferner gehören hierzu die Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten nach § 28 ProstSchG, wonach der Betreiber verpflichtet ist Vor- und Nachnamen oder Aliasnamen, die aus der Anmelde- oder Aliasbescheinigung ersichtlichen Angaben zur Gültigkeitsdauer, sowie die aus der

Bescheinigung über die gesundheitliche Beratung ersichtlichen Angaben zum Datum der Ausstellung und zu der ausstellenden Behörde und die einzelnen Tätigkeitstage der Prostituierten in seinem Prostitutionsgewerbe aufzuzeichnen hat, § 28 Abs. 1 ProstSchG.

Der Betreiber hat darüber hinaus jeweils am Tag des Geldflusses Zahlungen von Prostituierten die im Rahmen seines Prostitutionsgewerbes sexuelle Dienstleistungen erbringen mit der Angabe des Vor- und Nachnamens, des Datums und des Betrages aufzuzeichnen und den zuständigen Behörden auf deren Verlangen vorzulegen. Die Aufzeichnungen sind in der Betriebsstätte aufzubewahren. Sie sind unabhängig von der Erfüllung anderer gesetzlicher Verpflichtungen – namentlich also den steuerlichen Verpflichtungen – es sei denn, auch die anderen Verpflichtungen werden genau in derselben Weise geführt, wie vorstehend dargelegt, § 28 Abs. 2, 3 und 4 ProstSchG. Die Aufzeichnungen sind vom Tag der Aufzeichnung an 2 Jahre lang aufzubewahren und, da sie personenbezogene Daten enthalten, besonders gegen den Zugriff unberechtigter Dritter zu schützen, § 28 Abs. 5 und 7 ProstSchG.

Von den vorstehend geschilderten Pflichten kann nach § 18 Abs. 3 ProstSchG lediglich von dem Verbot, die für sexuelle Dienstleistungen benutzten Räume zugleich als Schlaf oder Wohnraum zu nutzen, eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden, soweit die Prostitutionsstätte sich in einer Wohnung befindet.

Bezogen auf die obigen Beispiele der gemeinschaftlichen Nutzung einer Wohnung durch Prostituierten und der Vermietung einer „Modellwohnung“ durch einen Vermieter ist augenscheinlich das Übermaßverbot verletzt.

Die Prostituierten müssen alle gegenseitigen Zahlungen, z.B. anteilige Mietzahlungen, die einer oder eine von ihnen einnimmt, auch anteilige Auslagenerstattungen für Hygieneartikel, nach den Vorschriften des §§ 28 ProstSchG aufzeichnen und aufbewahren. Sie müssen sich auch gegenseitig hinsichtlich des Vorhandenseins einer Anmeldebescheinigung und eines Nachweises über die erfolgte Gesundheitsberatung kontrollieren.

Der Vermieter einer Modellwohnung hat dieselben Kontroll- und Überwachungspflichten, wie der Betreiber eines Großbordells. Er ist in seiner wirtschaftlichen Stellung letztlich lediglich Vermieter, wird aber vom Gesetz wie jemand behandelt, der ein großes Bordell organisiert und betreibt. Er hat insbesondere die Pflicht nach § 25 Abs. 1 Nr. 3 ProstSchG, zu überprüfen ob Prostituierte, die die Wohnung vorübergehend mieten wollen, von Dritten durch Ausnutzung einer Zwangslage, ihrer Hilflosigkeit, die mit ihrem Aufenthalt

in einem fremden Land verbunden ist, oder ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit zu Prostitution veranlasst wird oder werden soll oder diese Person von Dritten ausgebeutet wird oder werden soll.

Es wird hier bereits bezweifelt, ob ein erfahrener Betreiber eines großen Bordells alle diese Pflichten mit der erforderlichen Genauigkeit bei der Subsumtion des Lebenssachverhaltes unter die Tatbestandsmerkmale der vorzitierten Vorschrift, trotz seiner andersgearteten gewerblichen Erfahrung erfüllen kann. Jedenfalls einem Wohnungsvermieter zuzumuten, vorher festzustellen, ob durch Ausnutzung einer Zwangslage oder der mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbundenen Hilflosigkeit der oder die Mieterin das Mietobjekt mieten will, oder ob der oder die Mieterin aufgrund ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit zur Prostitution veranlasst wird, oder künftig werden soll, oder ob Dritte vorhanden sind, die den oder die Mieterin ausbeuten wollen, ist die Überbürdung einer unverhältnismäßigen Prüfungspflicht. Es ist praktisch überhaupt nicht vorstellbar, wie dies im täglichen Leben geschehen soll.

Unter Berücksichtigung der weiten Differenziertheit der Ausübung der Prostitution ist jedenfalls in vielen Bereichen der Prostitution das Konglomerat von Pflichten, die oben dargestellt wurden unverhältnismäßig.

Unverhältnismäßig sind zahlreiche Pflichten aber auch ohne Berücksichtigung einer eventuell erforderlichen Differenzierung.

Dies gilt insbesondere für das soeben erwähnte Prüfgebot nach § 25 Abs. 1 Nr. 3 ProstSchG.

Dem Betreiber eines Prostitutionsgewerbes werden hier Pflichten auferlegt, die den staatlichen Strafverfolgungsbehörden bzw. den Polizei-/Ordnungsbehörden normalerweise vorbehalten sind. Schon das Erkennen einer Zwangslage oder der Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, führt zu so hohen Unsicherheiten, das im Zweifel der Betreiber eine Tätigkeit der Person, bei der er die Ausnutzung einer Zwangslage oder die mit dem Aufenthalt im Ausland verbundene Hilflosigkeit befürchten muss, nicht beschäftigen wird. Dies aber führt zu einer Einschränkung seiner beruflichen Betätigungsfreiheit, die durch die zu beseitigenden Gefahren nicht gerechtfertigt ist.

Wie § 25 Abs. 3 ProstSchG, der der Behörde das Verbot der Beschäftigung einer unzuverlässigen Personen erlaubt, zeigt, besteht auch die mildere Möglichkeit des Beschäftigungsverbotes, die damit zugleich das

Handlungsrisiko vom Betreiber nimmt und klare Verhältnisse schafft

Es ist insbesondere unverhältnismäßig, dass einerseits die Kontrolle der in der Prostitution beschäftigten Personen durch die zuständigen Behörden im Anmeldeverfahren vorgenommen wird und andererseits der Betreiber einer Prostitutionsstätte nicht nur das Vorliegen der Anmeldebescheinigung gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 4 ProstSchG überprüfen muss, sondern zugleich das Vorliegen derjenigen Voraussetzungen, die von den Behörden im vertraulichen Anmeldegespräch nach der Vorstellung des Gesetzgebers überprüft werden sollen.

Völlig unmöglich ist die Überprüfung der persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit und der daraus resultierenden Veranlassung zur Prostitution, die der Betreiber nicht nur als gegenwärtigen Zustand, sondern auch als zu erwartenden Zustand „... oder werden soll...“, vorzunehmen hat. Dies wird durch § 25 Abs. 1 Nr. 3 ProstSchG dem Betreiber auferlegt.

Dasselbe gilt für die Überprüfung, ob der oder die Prostituierte von einem Dritten ausgebeutet wird oder werden soll.

Weder wird der Betreiber dies unmittelbar feststellen können, noch gibt es einen hinreichend definierten Begriff der Ausbeutung im Gesetz. Der wirtschaftliche Vorteile aus der Tätigkeit des oder der Prostituierten, den eine andere Person daraus zieht, reicht für den Begriff der Ausbeutung nicht aus, denn er gehört nach § 2 Abs. 3 zur Legaldefinition des Begriffs des Prostitutionsgewerbes. Ausbeutung im schlichten Sinne der Ausnutzung einer wirtschaftlichen Ressource (vergleiche z.B.: Ausbeutung einer Kiesgrube) ist mit diesem Begriff nicht gemeint. Es wird aber auch nicht ausdrücklich auf die durch § 138 BGB verbotene wirtschaftliche Ausbeutung im Sinne der Ausnutzung eines krassen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung Bezug genommen. Auch der Bezug auf den strafrechtlichen Ausbeutungsbegriff ist nicht eindeutig im Gesetz getroffen. Das Gesetz lässt offen, was es mit Ausbeutung meint. Ein unbestimmter Rechtsbegriff aber, der von seiner Kontur, von seinem Sinn und Zweck her, nicht mehr zu definieren ist, genügt den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen in keinem Fall.

Schließlich sind die Aufzeichnungspflichten nach § 28 ProstSchG unverhältnismäßig, weil darüber hinaus Aufzeichnungspflichten nach anderen gesetzlichen Vorschriften, insbesondere steuerrechtliche Aufzeichnungspflichten, vorhanden sind.

Nach § 28 Abs. 1 ProstSchG hat der Betreiber eines Prostitutionsgewerbes den Vor- und Nachnamen bzw. den in der Aliasbescheinigung benannten Alias, die aus der

vorgelegten Anmeldebescheinigung ersichtliche Gültigkeitsdauer sowie die ausstellende Behörde und ferner das Datum der Ausstellung der gesundheitlichen Beratung und der ausstellenden Behörde und die einzelnen Tätigkeitsdauer der Prostituierten in seinem Prostitutionsgewerbe aufzuzeichnen. Der Betreiber eines Prostitutionsgewerbes hat nach dem Sinn dieser Vorschrift also jederzeit lückenlos und taggenau, § 28 Abs. 3 ProstSchG, aufzuzeichnen, wer in seinem Gewerbe tätig ist. Die Gesetzesbegründung führt zu dieser Vorschrift aus: *„Die hier geregelten Aufzeichnungspflichten des Betreibers dienen der Sicherung der Schutzzwecke des Gesetzes; sie erleichtern die behördliche Nachschau und Überwachung und dienen dazu, die Transparenz des legalen Prostitutionsgewerbes zu verbessern und kriminelles Gebaren in Form von Schwarzarbeit, Menschenhandel, Ausbeutung zulasten von Prostituierten sowie verschiedene Formen von Vermögensdelikten zulasten von Kunden oder Prostituierten oder Delikte aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität (einschließlich Steuerhinterziehung und Unterschlagung von Sozialversicherungsbeiträgen) zu erschweren. Sie tragen damit auch zum Schutz der Prostituierten bei.“*⁵⁰ Ohne Frage ist mit den vorgenannten Aufzeichnungspflichten des Betreibers die behördliche Überwachung erleichtert. Allerdings ist sie nicht mehr verhältnismäßig. Dem Betreiber werden Dokumentationspflichten auferlegt, die deutlich über das hinausgehen, was von anderen Gewerbebetrieben verlangt wird. Zur Festlegung dieser rigiden Dokumentationspflichten hätte es einer Gefahrenanalyse bedurft, die der Gesetzgeber nicht getroffen hat. Er geht vielmehr davon aus, dass Schwarzarbeit, Menschenhandel, Ausbeutung endemisch im Prostitutionsgewerbe vorhanden sind und demzufolge vom Gesetzgeber bekämpft werden müssen. Da seit dem Prostitutionsgesetz dieselbe nicht nur vom Vorwurf der Sittenwidrigkeit befreit ist, sondern vollständig legal, hatte der Gesetzgeber des Jahres 2017 einen empirischen Bestand von 15 Jahren zur Verfügung. Es gibt keine belastbaren Hinweise dafür, dass die im Prostitutionsgewerbe vorhandene Kriminalität einer solch drakonischen Überprüfung bedarf, wie es der Gesetzgeber hier vorsieht. Dabei ist insbesondere zu bedenken, dass der Schutzzweck der Vermeidung von Steuerhinterziehung und der „Unterschlagung von Versicherungsbeiträgen“⁵¹, mit letzterem ist wohl der Tatbestand des § 266a StGB – Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt – gemeint, durch die jeweiligen fachrechtlichen Vorschriften geschützt wird. Der Betreiber eines Prostitutionsgewerbes hat ohnehin zu

⁵⁰ BT-Drucksache 18/8556, S. 92 vorl. Absatz

⁵¹ BT-Drucksache 18/8556, S. 60

sehr genauen steuerlichen Aufzeichnungspflichten angehalten und er muss, soweit er Sozialversicherungsentgelt schuldet, ohnehin die Arbeitszeiten dokumentieren.

Die weitere Dokumentationspflicht, die § 28 ProstSchG den Betreiber auferlegt, ist nicht erforderlich, um den steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Schutzzweck zu erfüllen. Es muss hier nochmals daran erinnert werden, dass es nicht *„der Auffassung des Grundgesetzes von der grundsätzlichen Stellung des unbescholtenen Bürgers im Staat [entspricht], ihn lediglich im Interesse einer leichteren staatlichen Überwachung in der Freiheit der Berufswahl zu beschränken (vgl. BVerfGE 41, 378 (397)).“*⁵²

Die Unverhältnismäßigkeit ergibt sich auch daraus, dass der Betreiber die Aufzeichnungen in der Betriebsstätte vorrätig zu halten hat, sie dort besonders sichern muss, weil sie personenbezogene Daten enthalten und er sie 2 Jahre vom Tag der Aufzeichnung gerechnet speichern muss, vergleiche § 28 Abs. 4, 5 und 7 ProstSchG, so dass eine Aufzeichnung alleine für steuerrechtliche oder sozialversicherungsrechtliche Zwecke, die an einem anderen Orte aufbewahrt werden könnte, nicht ausreichend ist. Die Aufzeichnungen haben doppelt zu erfolgen.

Die Aufzeichnungspflichten des Betreibers haben auch unmittelbare Auswirkungen auf die Grundrechtssphäre der Prostituierten. Aufgrund der jederzeitigen Nachschau- und Kontrollbefugnis der zuständigen Behörden lässt sich ein vollständiges Tätigkeitsbild der Prostituierten nachzeichnen. Wer war wann an welchem Ort wie lange tätig und hat wie viel Entgelt erhalten?

Die dem Betreiber auferlegten Dokumentationspflichten stellen einen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG dar. Es wird detailliert und taggenau aufgezeichnet, wer wann an welchem Orte mit welchem Entgelt der Prostitution nachgegangen ist. Da diese Aufzeichnungspflichten zwar einer Privatperson auferlegt sind, sie aber für die staatlichen Zwecke der Gewerbekontrolle erfolgen und die Betreiber ohne Entscheidungsspielraum sind, sind sie auch als Eingriff dem Staat zuzurechnen.⁵³

Bei einem derart schwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Prostituierten ist vom Gesetzgeber ein entsprechendes Datenschutzkonzept aufzustellen, was das Gesetz nicht in verhältnismäßiger Weise tut. Die Vorschrift des

⁵² BVerfG, Urteil v. 4. Oktober 1983 – 1 BvR 1633/82; Rn 34(juris) –, BVerfGE 65, 116 <129>

⁵³ BVerfG, Urteil vom 02. März 2010 – 1 BvR 256/08 –, juris Rn 177,

ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100302.1bvr025608

§§ 28 Abs. 5, dass die Aufzeichnungen, die personenbezogene Daten enthalten, so aufzubewahren sind, dass unberechtigte keinen Zugriff haben, sind im Hinblick auf die Dichte der erfassten Daten bereits unzureichend. Darüber hinaus haben die zuständigen Behörden jederzeit Zugriff auf diese Daten. Hier fehlt jegliches Zugriffsbeschränkungs- und Sicherungskonzept. Gerade weil diese Daten so sensibel sind und in ihrer Zusammenführung zu einem vollkommenen Bewegungsprofil der jeweiligen Prostituierten führen können, ist der Gesetzgeber gehalten, angemessene Sicherungsvorkehrungen gegen Missbrauch zu tätigen. Darüber hinaus sind die Aufzeichnungen aber auch, soweit sie die Prostituierten betreffen, bereits deshalb unverhältnismäßig, weil sie eine erneute Dokumentation der Tätigkeit im Prostitutionsgewerbe darstellen, obwohl bereits ein außerordentlich engmaschiges Kontrollnetz über diese Tätigkeit geworfen wurde und mit der Dokumentationspflicht auch das erweiterte Risiko verbunden ist, dass die Tätigkeit als Prostituierte oder Prostituerter öffentlich wird.

3. Ergebnis zu g.:

Die Erlaubnispflicht für Prostitutionsgewerbe, § 12 in Verbindung mit §§ 24, 25, 26, 27 und 28 ProstSchG ist mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren, da die dem Betreiber auferlegten Pflichten unverhältnismäßig sind.

Die im Zusammenhang mit der Erlaubnispflicht in § 28 ProstSchG festgelegten Dokumentationspflichten der Betreiber greifen unverhältnismäßig in das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht der Prostituierten auf informationelle Selbstbestimmung ein.

V. Gesamtwertung der gesetzlichen Regelung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit

Das Gesamtkonzept des Gesetzes besteht darin, den Bereich der Prostitution aus dem Bereich des regelmäßigen Wirtschaftslebens auszunehmen und die Prostituierten ebenso wie die Betreiber eines Prostitutionsgewerbes einem Ausnahmeregime zu unterstellen, ohne dass hinreichende Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass entsprechende Gefahren damit zwingend abgewehrt werden müssen.

Entsprechend dem Ausnahmekonzept ist sowohl eine Überwachung der Prostituierten als auch der Gewerbetreibenden im Gesetz vorgesehen, die an zahlreichen Stellen das Maß des Verhältnismäßigen deutlich überschreitet.

Starostik
Rechtsanwalt