

ex / ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 1/2017

Sexualität
sexualité
sexuality

MONIKA SIMMLER / LORENZ BIBERSTEIN

**Prostitution und Kriminalität:
Das Schweizer Sexgewerbe aus strafrechtlicher
und kriminologischer Sicht**

JANNICK KOLLER

**Defizite in der öffentlich-rechtlichen Regulierung
der Sexarbeit in der Schweiz**

MARIA SCHULTHEISS

**Das gesellschaftliche Verständnis der sich
prostituierenden Person und dessen Abbild im Recht**

NADIA KUŽNIAR / FIONA SAVARY

**Änderung von Namen und amtlichem Geschlecht
bei Transmenschen in der Schweiz**

ELOI JEANNERAT

**Quelle (dé-)pénalisation des amours juvéniles
par la justice ?**

AMY WEATHERBURN / CHLOÉ BRIÈRE

**Regulating Desire: The Impact of Law and Policy
on Demand for Sexual Exploitation in Europe**

PASCAL RONC

**Lebenslanger Freiheitsentzug, Art. 3 EMRK
und die Rolle von Soft Law**

 **DIKE**

Weitere Infos zur Zeitschrift: www.ex-ante.ch

Für Abonnemente und Einzelhefte: verlag@dike.ch

Herausgeber / éditeurs

Stephanie Bernet
Kaspar Ehrenzeller
Nadia Kuźniar
Fiona Savary
Roman Schister

Redakteure / rédacteurs

Gabriel Gertsch
Rehana Harasgama
Axel Schmidlin

Vertrieb und Abonnementsverwaltung /

Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG
Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, E-Mail verlag@dike.ch, www.dike.ch
Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, Dezember) / Parution deux fois l'an (juin, décembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:
CHF 69.– inkl. MWSt/TVA incluse

Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 55.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden / La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

Kündigungen für die neue Abonnementperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.

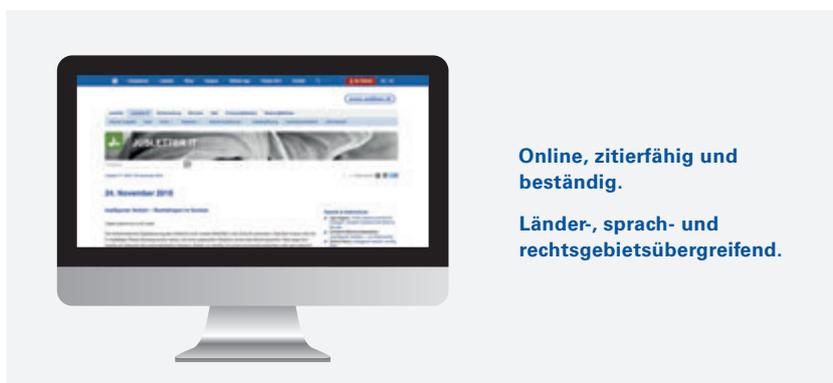
Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.

Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur www.ex-ante.ch.

ISSN 2297-9174
ISBN 978-3-03751-946-2



ONLINE ZEITSCHRIFT FÜR IT UND RECHT.
WWW.JUSLETTER-IT.EU



Online, zitierfähig und beständig.
Länder-, sprach- und rechtsgebietsübergreifend.

Vier Mal jährlich online das Neuste aus IT und Recht. Die hochwertigen Beiträge der spezialisierten Praktiker und Wissenschaftler sind stets aktuell und oft rechtsgebietübergreifend.

Abonnement Jusletter IT
CHF 185.– / Jahr

www.weblaw.ch

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Prostitution und Kriminalität: Das Schweizer Sexgewerbe aus strafrechtlicher und kriminologischer Sicht

MONIKA SIMMLER / LORENZ BIBERSTEIN

3

Defizite in der öffentlich-rechtlichen Regulierung der Sexarbeit in der Schweiz

Unter besonderer Berücksichtigung des Raum- und Bauplanungs- sowie des Ausländerrechts

JANNICK KOLLER

13

Das gesellschaftliche Verständnis der sich prostituierenden Person und dessen Abbild im Recht

Rückblick, Standortbestimmung und Ausblick

MARIA SCHULTHEISS

31

Änderung von Namen und amtlichem Geschlecht bei Transmenschen in der Schweiz

Der lange Weg zur staatlichen Anerkennung

NADIA KUŹNIAR / FIONA SAVARY

40

Quelle (dé-)pénalisation des amours juvéniles par la justice ?

Commentaire de l'arrêt du TF 6B_485/2016 du 1er août 2016

ELOI JEANNERAT

50

Regulating Desire: The Impact of Law and Policy on Demand for Sexual Exploitation in Europe

AMY WEATHERBURN / CHLOÉ BRIÈRE

56

Lebenslanger Freiheitsentzug, Art. 3 EMRK und die Rolle von Soft Law

PASCAL RONC

67

Defizite in der öffentlich-rechtlichen Regulierung der Sexarbeit in der Schweiz

Unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungs-, Raum- und Bauplanungs- sowie des Ausländerrechts

JANNICK KOLLER*

| | |
|-----------------|---|
| SCHLAGWÖRTER | Sexarbeit – Regulierung – Prostitution – Öffentliches Recht – Sexwork – regulation – prostitution – public law – prostitution – réglementation – droit public |
| ZUSAMMENFASSUNG | Die Sexarbeit ist in der Schweiz diversen öffentlich-rechtlichen Regelungen unterworfen. Der vorliegende Beitrag analysiert diese mit besonderem Fokus auf das Verfassungsrecht, das Raumplanungs- Bau-, und Ausländerrecht sowie einzelne Bestimmungen des kantonalen bzw. kommunalen Gewerbepolizeirechts. Es zeigen sich dabei insbesondere drei Unzulänglichkeiten: Versteckte Repression und Diskriminierung der Sexarbeit sowie die Intransparenz und Komplexität des Rechtsrahmens. Zur Behebung dieser Defizite wird die Aufhebung der rechtlichen Schranken der Sexarbeit vorgeschlagen. Alternativ wird empfohlen, einen bundesweit einheitlichen Erlass betreffend Sexarbeit gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV bzw. eines kantonalen Konkordats zu erlassen. |
| RÉSUMÉ | En Suisse, la prostitution est soumise à diverses dispositions légales. Cet article analyse lesquelles, avec un accent particulier sur le droit constitutionnel, le droit sur l'aménagement du territoire, le droit de superficie et le droit applicable aux étrangers et certaines dispositions de la loi de police commerciale et industrielle communale, respectivement cantonale. Trois problèmes apparaissent : la répression et la discrimination du travail du sexe, de même que le manque de transparence et la complexité du cadre juridique. Pour remédier à ces lacunes, il est recommandé de faire disparaître les obstacles juridiques au travail du sexe. En outre, une loi nationale uniforme concernant le travail du sexe devrait être adoptée en application de l'art. 95 al. 1 Cst., respectivement un concordat cantonal. |
| ABSTRACT | In Switzerland sexwork is subject to several regulations in public law. This article analyzes, these regulations with a strong emphasizes on constitutional, construction planning and aliens law. The investigation of the sex trade's legal landscape reveals both, its underlying complexity and non-transparency. In addition, it will be figured out that its character is shaped by hidden repression and discrimination. For the purpose of a liberal regulation, the author recommends a repeal of police directives. Alternatively, the legal framework's harmonization throughout Switzerland by employing a national law enactment concerning sex work and a unified practice concerning the application of respective terms are advised. |

I. Die öffentlich-rechtliche Regulierung der Sexarbeit¹ in der Schweiz

Das Sexgewerbe ist im Volksmund bekannt als das «älteste Gewerbe der Welt».² Angebot und Nachfrage käuflicher Sexualität sind ein gesellschaftliches Phänomen, das es schon immer gab und vermutlich immer geben wird.³ Die rechtliche Behandlung dieses Gewerbes ist immer wieder Thema in Politik und Gesellschaft, so auch aktuell.⁴ Die Frage ist allein deshalb schon komplex, weil im Bereich des Sexgewerbes Aspekte verschiedener sowohl privatrechtlicher als auch öffentlich-rechtlicher Rechtsgebiete zusammentreffen.⁵

* Jannick Koller, M.A. HSG (in Law), wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin bei Prof. Dr. Peter Hettich.

1 In diesem Beitrag wird auf den Begriff der Prostitution möglichst verzichtet, da dieser mit negativen Konnotationen verbunden ist (vgl. Regierungsrat Kanton Luzern, Botschaft an den Kantonsrat über den Entwurf zu einem Gesetz über die Sexarbeit vom 3. Februar 2015 B 138, 5 f.; JÜRIG KRUMM, Die Zukunft des Prostitutionsstrafrechts: Eine Auseinandersetzung über die etablierte Lehre, die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die normative Kraft der einschlägigen Tatbestände, Diss. Zürich 2014, Rz. 19; MARIA JOZIC, Fachmitarbeiterin bei MariaMagdalena. Beratungsangebot des Kantons St. Gallen für Frauen im Sexgewerbe, Interview vom 30. März 2015 in St. Gallen; vgl. auch EVA BÜSCHI, Sexarbeit und Gewalt – Geschäftsführende von Studios, Salons und Kontaktbars über

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem *status quo* der Regulierung aus öffentlich-rechtlicher Perspektive. Regulierung wird dabei verstanden als die normative Erfassung der Sexarbeit, sowohl durch Rechtsetzung als auch der Rechtsanwendung.⁶ Neben dem Verfassungsrecht werden insbesondere das Raumplanungs- Bau- sowie das Ausländerrecht betrachtet. Gesundheitspolizeiliche Fragen, Fragen des Arbeitnehmerschutzes oder Nutzungsfragen des öffentlichen Raums können in diesem Beitrag nur am Rande diskutiert werden. Ziel der Untersuchung ist es, Defizite und Widersprüche in den geltenden rechtlichen Regelungen zu eruieren und abschliessend im Rahmen des Fazits alternative Regulierungsansätze aufzuzeigen. Dazu wird zunächst der aktuelle Stand der Regulierung des Sexgewerbes in der Schweiz betrachtet. Neben den bundesrechtlichen Vorgaben werden punktuell auch kantonale und kommunale Bestimmungen in die Darstellung miteinbezogen. Basierend auf diesem Überblick werden Defizite und Widersprüche des geltenden Rechtsrahmens herausgearbeitet.

A. Kompetenz zur Regulierung der Sexarbeit in der Schweiz

Gestützt auf die Kompetenz zum Erlass von Regelungen über die Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeiten⁷ (Art. 95 Abs. 1 BV⁸)⁹ kann der Bund grundsätzlich Vorschriften über die Ausübung der Sexarbeit erlassen.¹⁰ Die Kompetenz des Bundes ist eine umfassende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogierender Wirkung;¹¹ erlässt der Bund keine Vorschriften über die Sexarbeit bzw. schöpft er seine Kompetenz nicht vollständig aus, sind die Kantone dazu ermächtigt, Massnahmen zu erlassen, die dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (vgl. Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 4 BV) nicht widersprechen (vgl. Art. 3 BV).¹² Gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV können sämtliche Aspekte der Sexarbeit geregelt werden.¹³ Neben der konkreten Ausübung der Tätigkeit kann der Bund auch deren Voraussetzungen determinieren, wie namentlich durch die Einführung einer Bewilligungspflicht¹⁴ oder Massnahmen vorsehen, um die Sexarbeit zu kontrollieren.¹⁵ Begrenzt wird die Kompetenz des Bundes durch die Bundesverfassung: Der allgemeine Grundsatz der Subsidiarität (Art. 5a BV), Art. 95 Abs. 2 BV¹⁶ sowie die Pflicht des Bundes zur Einhaltung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit beschränken die Gesetzgebungskompetenz des Bundes.¹⁷ Mangels einer Abweichungskompetenz nach Art. 94 Abs. 4 BV in Art. 95 Abs. 1 BV können nur Massnahmen getroffen werden, die mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sind.¹⁸ Nach dem Subsidiaritätsgrundsatz (Art. 5a BV) kann der Bund gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV in anderen Bereichen, in

denen ihm die Verfassung nicht die Sachkompetenz zuweist, die aber zumindest einen indirekten Einfluss auf den Sexmarkt haben, keine Regeln erlassen.¹⁹ So kann der Bund bspw. keine Regeln über die Nutzung des öf-

Gewalt und Gewaltprävention im Sexgewerbe, Diss. Zürich 2010, 24, 32). Stattdessen wird als Synonym der Begriff der Sexarbeit bzw. des Sexgewerbes verwendet, welcher keine Moralvorstellungen impliziert und den gewerblichen Charakter zum Ausdruck bringt.

- 2 PETER RÜEGGER, Das geltende Sexualstrafrecht, Eine kritische Standortbestimmung, *Kriminalistik* 2007, 407 ff., 412; PETER RÜEGGER, Entwicklungen im Sexgewerbe der Stadt Zürich und mögliche Massnahmen für eine quartierverträgliche Ausgestaltung; in: Konferenz der Städtischen Polizeidirektorinnen und Polizeidirektoren KSPD in Zürich (Hrsg.), *Rotlichtmilieu und Quartierverträglichkeit*, Referate der Tagung vom 6. September 2007, 19 ff., 19 f., 26.
- 3 BRIGITTE HÜRLIMANN, Rechtliche Regelung der Prostitution in der Schweiz, in: Konferenz der Städtischen Polizeidirektorinnen und Polizeidirektoren KSPD in Zürich (Hrsg.), *Rotlichtmilieu und Quartierverträglichkeit*, Referate der Tagung vom 6. September 2007, 7 ff., 7; vgl. auch BÜSCHI (Fn. 2), 81; ausführlich zur Geschichte der Sexarbeit vgl. z.B. LAURA MARINELLO, *Bietet das Freizügigkeitsabkommen taugliche Instrumente zur Regelung der Prostitution in der Schweiz?*, in: Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen/Uebersax (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010*, Bern 2010, 43 ff., 45 ff.
- 4 Bundesamt für Migration BFM, Bericht der nationalen Expertengruppe «Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe», Bern 2014, 13 f.
- 5 Vgl. BFM (Fn. 4), 7; GÉRALDINE BUGNON/MILENA CHIMIEN-TI/LAURA CHIQUET, *Sexmarkt in der Schweiz, Kenntnisstand, Best Practices und Empfehlungen. Teil 2: Rechtsrahmen*, Genf 2009, 82; MARK PIETH, *Strafrecht Besonderer Teil*, Basel 2014, 83.
- 6 So BSK FINMAG-WINZELER, Art. 7 N 1, hinsichtlich der Finanzmarktregulierung.
- 7 Zur Sexarbeit als privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit vgl. unten Abschnitt I.C.1.
- 8 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.
- 9 Art. 95 Abs. 1 BV verleiht dem Bund eine Globalkompetenz zum Erlass von Regelungen über die Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeiten. Verfassungsbestimmung erfasst als «Globalkompetenz» sämtliche Formen der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit (PAUL RICHLI, *Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2. Aufl., Bern 2007, 592).
- 10 Vgl. Bundesamt für Justiz BJ, Gutachten vom 11. Januar 2013 bezüglich «Réglementation du marché de la prostitution», VBP 4/2014, 121 ff., 130; Bundesrat, *Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung*, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.4162 Streiff-Feller, 13.3332 Caroni, 13.4033 Feri und 13.4045 Fehr vom 5. Juni 2015, 17.

fentlichen Grundes erlassen. Dies liegt in der Kompetenz der Kantone bzw. Gemeinden.²⁰

Der Bund kann die Ausübung der Sexarbeit so- dann gestützt auf andere Sachkompetenzen beein- flussen. Namentlich hat er die Kompetenz, strafrecht- liche (Art. 123 BV), sozialversicherungsrechtliche

(Art. 112 Abs. 1 BV; Art. 114 Abs. 1 BV und Art. 117 Abs. 1 BV), vertragsrechtliche (Art. 122 Abs. 1 BV) und ausländerrechtliche (Art. 121 Abs. 1 BV) Regeln sowie Regeln zum Arbeitnehmerschutz (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV) zu erlassen, welche die Sexarbeit tangieren können. Die erwähnten Kompetenzen wirken alle nachträglich derogierend auf kantonale Kompetenzen. Der Bund hat seine Gesetzgebungskompetenzen in diesen Bereichen allerdings praktisch ausgeschöpft, so dass kaum Platz für kantonale Regelungen verbleibt.²¹ Im Strafrecht hat der Bund die Sexarbeit in Art. 195 und 199 StGB²² ausdrück- lichen Regeln unterworfen.²³ Innerhalb des (engen) bundesrechtlichen Rahmens liegen die Aufsicht über das Sexgewerbe sowie der Erlass von Voraussetzungen und Bedingungen für die Ausübung der Sexarbeit somit in der Kompetenz der Kantone.²⁴ Seit Einführung von Art. 199 StGB mit der Sexualstrafrechtsrevision von 1992 ist es Sache der Kantone, Vorschriften über Ort, Zeit oder Art der Ausübung der Prostitution sowie über die Ver- hinderung der belästigenden Begleiterscheinungen zu erlassen.²⁵ Schutzobjekt der Normen sind die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit. Zulässig sind insbeson- dere Vorschriften über Sperrbezirke, Vorschriften zum Schutz der Wohnquartiere vor motorisiertem Verkehr oder der Nachtruhe sowie ähnliche polizeiliche Regelun- gen.²⁶ Die Bestimmungen haben die Wirtschaftsfreiheit,²⁷ insbesondere den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.²⁸

Im Bereich des Raum- und Bauplanungsrechts sind sowohl Bund als auch Kantone kompetent, gestützt auf Art. 75 BV Regeln zu erlassen, die das Sexgewerbe zu- mindest implizit tangieren. Der Bund legt die Grundsätze der Raumplanung fest, welche die Kantone im Sinne einer zweckmässigen und haushälterischen Bodennut- zung umzusetzen haben.

B. Ziele der Sexarbeitsregulierung in der Schweiz

Als Ziel der Sexarbeitsregulierung wird häufig die Ver- besserung der Arbeitsbedingungen genannt.²⁹ Darunter fällt zunächst der Schutz der Sexarbeiterinnen³⁰ vor Ge- walt,³¹ Ausbeutung und Fremdbestimmung³² sowie die Vereinfachung des Ausstiegs aus dem Sexgewerbe.³³ Wei- ter wird häufig die Schaffung hygienischer Verhältnisse als Regulierungsziel genannt. Damit verbunden ist der Schutz der öffentlichen Gesundheit, der durch die recht- lichen Rahmenbedingungen im Bereich des Sexgewerbes erleichtert werden soll.³⁴ Dieser sowie die Beseitigung der negativen Begleiterscheinungen der Sexarbeit, nament- lich der Beeinträchtigung anderer Polizeigüter wie der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sittlichkeit,³⁵ bedingen

-
- 11 Botschaft des Bundesrates über eine neue Verfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, 298; BJ (Fn. 10), 130; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Aubert/Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zürich 2003, Art. 95 N 6; OFK-BIAGGINI, Art. 95 N 3; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9. Aufl., Zürich 2016, Rz. 667; HETTICH, *St. Galler Kommentar zu Art. 95 BV*, Rz. 3; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl., Basel 2016, Rz. 3115; BSK BV-UHLMANN, Art. 95 N 3.
- 12 BJ (Fn. 10), 130; Bundesrat (Fn. 10), 18; AUBERT (Fn. 11), Art. 95 N 6; HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 11), Rz. 667; HETTICH, *St. Galler Kommentar zu Art. 95 BV*, Rz. 4.
- 13 Vgl. OFK-BIAGGINI, Art. 95 BV N 5; HETTICH, *St. Galler Kommentar zu Art. 95 BV*, Rz. 6.
- 14 HETTICH, *St. Galler Kommentar zu Art. 95 BV*, Rz. 6.
- 15 Bundesrat (Fn. 10), 17.
- 16 OFK-BIAGGINI, Art. 95 BV N 3.
- 17 BBl 1997 I 1 (Fn. 11), 298; OFK-BIAGGINI, Art. 95 BV N 5; HETTICH, *St. Galler Kommentar zu Art. 95 BV*, Rz. 10; RICHLI (Fn. 9), Rz. 592.
- 18 BBl 1997 I 1 (Fn. 11), 298; AUBERT (Fn. 11), Art. 95 N 5; HETTICH, *St. Galler Kommentar zu Art. 95 BV*, Rz. 10; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (Fn. 11), Rz. 3115; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Bern 2011, § 39 Rz. 9.
- 19 Vgl. Bundesrat (Fn. 10), 18.
- 20 BJ (Fn. 10), 132. Danach dürfte der Bund etwa im Bereich von Krankheiten im Zusammenhang mit Sexarbeit aufgrund von Art. 118 Abs. 2 lit. b BV nur Regelungen erlassen, die der Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten dienen. Ansonsten sind die Kantone für den Erlass von präventiver Regelungen zum Schutz der Gesundheit der Sexarbeiterinnen und der Öffentlichkeit zu erlassen (Bundesrat [Fn. 10], 18).
- 21 BSK BV-GÖKSU, Art. 123 N 4 (in Bezug auf das Strafrecht); BSK BV-GÄCHTER/FILIPPO, Art. 112 N 10; BSK BV-CARDINAUX, Art. 114 N 14; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 117 N 4 (alle in Bezug auf das Sozialversicherungsrecht); BSK BV-GÖKU, Art. 122 N 25 (in Bezug auf das Vertragsrecht); BSK BV-ACHERMANN, Art. 121 N 14 (in Bezug auf das Ausländerrecht); BSK BV-CARDINAUX, Art. 110 N 29 (in Bezug auf den Arbeitnehmerschutz).
- 22 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0.
- 23 Das Strafrecht wird in diesem Beitrag nicht vertiefter thematisiert, obwohl dieses auch Teil des öffentlichen Rechts bildet.
- 24 BFM (Fn. 4), 32; ANTONELLA CEREGHETTI, *Prostitution: Quelle Réglementation?*, plädoyer 2002, 56 ff., 60.

wirksame Kontrollen. Entsprechend hat die Sexarbeitsregulierung auch diese zu ermöglichen.³⁶ Die Regulierung des Sexgewerbes ist gegenüber anderen regulierten Wirtschaftsbereichen insofern speziell, als das nicht nur der Schutz der Abnehmer und der Öffentlichkeit verfolgt wird, sondern auch die Anbieter, also die Sexarbeiterinnen, geschützt werden sollen.³⁷

C. Die Sexarbeit im öffentlichen Recht der Schweiz

1. Die Sexarbeit im schweizerischen Verfassungsrecht

Die Sexarbeit – verstanden als die freiwillige Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt, wobei Einzelfälle nicht erfasst werden³⁸ – stellt eine private, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit dar, die unter den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) zu subsumieren ist.³⁹ Das Bundesgericht anerkannte dies erstmals explizit 1975 im Fall einer Genfer Prostituierten, unter Vorbehalt des strafrechtlichen Rahmens.⁴⁰ In späteren Entscheiden bestätigte das Bundesgericht den Schutz der Sexarbeit durch die Wirtschaftsfreiheit vorbehaltlos.⁴¹ Neben der Ausübung der Sexarbeit fällt auch der Betrieb von Bordellen unter den verfassungsrechtlichen Schutz der Wirtschaftsfreiheit.⁴²

Grundrechtlich geschützt sind die Sexarbeiterinnen sodann insbesondere durch die persönliche Freiheit (Art. 10 BV)⁴³ sowie den Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV).⁴⁴

Grundrechte gelten nicht absolut, sondern können unter Einhaltung der Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Wahrung des Kerngehalts) eingeschränkt werden.⁴⁵ Bei einer Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit muss zudem zwischen grundsatzkonformen und grundsatzwidrigen Massnahmen⁴⁶ unterschieden werden: Während erstere unter den allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 36 BV eingeschränkt werden können, bedürfen letztere einer Grundlage in der Verfassung (Art. 94 Abs. 4 BV). Im Zusammenhang mit der Einschränkung der Sexarbeit sind insbesondere die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit von Relevanz.

Als öffentliches Interesse steht insbesondere der Schutz der klassischen Polizeigüter im Vordergrund.⁴⁷ Schon bevor einige Kantone in den gewerbepolizeilichen Vorschriften eine Registrierungspflicht einführten, war es in einzelnen Kantonen und Gemeinden Praxis, dass die Polizei Sexarbeiterinnen ohne spezielle gesetzliche Grundlage registrierten.⁴⁸ Begründet wird die Registrierung zum einen mit dem Schutz der Sexarbeiterinnen

und der Freier und zum anderen mit einer Erleichterung der Polizeiarbeit.⁴⁹ Ob mit der Erleichterung der Polizeiarbeit ein genügendes öffentliches Interesse vorliegt, um Art. 13 Abs. 2 BV einzuschränken, ist fraglich.⁵⁰ Massnahmen mit einschränkender Wirkung in Bezug auf die Sexarbeit haben sich am Prinzip der Verhältnismässigkeit zu messen. Als unverhältnismässig beurteilte das Bundesgericht eine Genfer Regelung von 1975, die es den

25 Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II, 1009 ff., 1094; CEREGHETTI (Fn. 24), 59 f.; ISABELLE STEINER, La régulation de la prostitution par le droit pénal, Jusletter vom 2. Februar 2015, 10.

26 BSK StGB-MENG, Art. 199 N 4; PK StGB-TRECHSEL/BERTOSSA, Art. 199 N 1. Vgl. dazu auch unten Abschnitt I.B zu den Zielen der Regulierung der Sexarbeit.

27 BGE 101 Ia 473, 476, E. 2; BGE 137 I 167, 176 f., E. 4.1; BERNHARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Bd. I, 3. Aufl., Bern 2010, Art. 199 N 3 und 5; BSK StGB-MENG, Art. 199 N 8; STEINER (Fn. 25), 10.

28 BGE 124 IV 64, 71 f., E. 4c; BGE 137 I 167, 174 f., E. 3.4; BGer 6B_188/2011 vom 26. Oktober 2011, E. 2.4; SUSANNE BERTSCHI, Sexarbeit tabuisiert – zum Nachteil der Frauen, Eine juristische Analyse von Straf- und AusländerInnenrecht zur Unterbindung von Frauenhandel, Bulletin des NFP 40, Nr. 7, Bern 2003; ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Zürich 2013, 560; GUIDO JENNY, in: Schubarth (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Bd. 4, Bern 1997, Art. 199 N 2; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, BT I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010, § 10 Rz. 43; PK StGB-TRECHSEL/BERTOSSA, Art. 199 N 1.

29 Vgl. BRIGITTE HÜRLIMANN, Subito ein neues Prostitutionsgesetz, NZZ online vom 15. Februar 2012, https://www.nzz.ch/subito_ein_neues_prostitutionsgesetz-1.4965753, abgerufen am 7. Mai 2017; AUTOR UNBEKANNT, Drei-Säulen-Strategie fürs Rotlichtmilieu, NZZ online, https://www.nzz.ch/drei-saeulen-strategie_fuers_rotlichtmilieu-1.2529841, abgerufen am 7. Mai 2017; DORO WINKLER, Round-Table: Expertinnen-Diskussion, Interview mit Andrea Gisler und Sandra Plaza, Bulletin 02/11, <http://www.frauenzentrale-zh.ch> --> Bulletin --> Archiv --> Bulletin 2/11, abgerufen am 7. Mai 2017, 8.

30 Obwohl es auch männliche Sexarbeiter gibt, bilden diese eine Minderheit im Gewerbe (vgl. Bundesrat [Fn. 10], 51; Bundesamt für Migration BFM, Bericht zur Rotlichtproblematik, Bern 2012, 23; BFM [Fn. 4], 7; GÉRALDINE BUGNON/MILENA CHIMIENTI/LAURA CHIQUET, Sexmarkt in der Schweiz, Kenntnisstand, Best Practices und Empfehlungen. Teil 3: Mapping, contrôle et promotion de la santé dans le marché du sexe en Suisse, Genf 2009, 24). Im vorliegenden Beitrag wird deshalb der Einfachheit halber ausschliesslich von weiblichen Sexarbeiterinnen gesprochen.

Sexarbeiterinnen verbieten wollte, tagsüber auf öffentlichen Strassen nach Kunden Ausschau zu halten. Zweck der Genfer Regelung war es, gegen Lärmbelästigungen vorzugehen. Das Bundesgericht war der Ansicht, dass diese Massnahme über das Erforderliche hinausginge.⁵¹ Jüngst beurteilte das Bundesgericht die Einschränkung der Strassenprostitution im Zürcher Niederdorf auf vier Stunden pro Tag als verhältnismässig. Es führte diesbezüglich aus, dass das Interesse von Anwohnern in der

Stadt Zürich auf Schutz vor negativen Begleiterscheinungen der Strassenprostitution höher zu gewichten sei, als das Interesse der Sexarbeiterinnen, ihrer Erwerbstätigkeit auf öffentlichem Grund nachgehen zu können. Den Sexarbeiterinnen sei es zuzumuten, ihrer Gewerbetätigkeit primär in privaten Räumlichkeiten nachzugehen.⁵²

2. Ausländerrecht

Beim überwiegenden Teil der Sexarbeiterinnen handelt es sich um Migrantinnen.⁵³ Je nach Staatsangehörigkeit einer Person kommen unterschiedliche ausländerrechtliche Zulassungsbestimmungen für den Schweizer Arbeitsmarkt zur Anwendung. Für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU bzw. der EFTA, die in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgehen möchten, ist das FZA⁵⁴ anwendbar.⁵⁵ Unumstritten ist, dass die Sexarbeit eine Erwerbstätigkeit bzw. eine Dienstleistung i.S. des FZA darstellt.⁵⁶ Eine EU-Staatsangehörige, die in der Schweiz der Sexarbeit nachgehen möchte, kann sich demnach auf die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens berufen.

Zuständig für den Vollzug des FZA sind die Kantone.⁵⁷ Die kantonalen Behörden erteilen die Bewilligungen (Art. 26 VEP⁵⁸) und führen das Meldeverfahren durch.

Unselbstständig Erwerbstätige mit Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates dürfen in der Schweiz arbeiten und erhalten zu diesem Zweck eine Aufenthaltsbewilligung (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a FZA und Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA).⁵⁹ Unselbstständig erwerbstätig ist, wer während einer bestimmten oder unbestimmten Zeit für einen Dritten nach dessen Weisungen Leistungen erbringt und als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁶⁰ Der Erhalt der Aufenthaltsbewilligung setzt das Vorlegen eines Personalausweises, mit welchem die betroffene Person in das Hoheitsgebiet der Schweiz eingereist ist, sowie eine Anstellungszusage oder eine Arbeitsbestätigung voraus (Art. 6 Abs. 3 Anhang I FZA). Die Aufenthaltsbewilligung darf an keine weiteren Anforderungen und Nachteile geknüpft werden.⁶¹ Bei einem unbefristeten bzw. bei einem auf mindestens 365 Tage befristeten Arbeitsverhältnis wird eine Aufenthaltsbewilligung für die Dauer von fünf Jahren (sog. Ausweis B EU/EFTA) ausgestellt (Art. 4 FZA i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA).⁶² Personen mit einem Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von über drei Monaten und unter einem Jahr erhalten gemäss Art. 4 FZA i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA eine Kurzaufenthaltsbewilligung (sog. Ausweis L EU/EFTA) für die Dauer des Arbeitsverhältnisses.⁶³ Die unselbstständig Erwerbstätigen können ihre Tätigkeit in der ganzen Schweiz ausüben (Art. 7 lit. b FZA i.V.m. Art. 8 Abs. 1 Anhang I FZA) und den Arbeitgeber, die Arbeitsstelle,

31 WINKLER (Fn. 29), 7.

32 Vgl. BGE 137 I 167, 179, E. 5.3; DANIEL JOSITSCH/JANA JOHANNA DRAZLIC, Strafrechtliche Beurteilung erotischer Etablissements, AJP 2015, 316 ff., 329; VALENTIN LANDMANN, Halbwelt als Markt und die Quartierverträglichkeit – Wie beeinflusst man das Rotlichtmilieu sinnvoll?, in: KSPD der Stadt Zürich (Hrsg.), Rotlichtmilieu und Quartierverträglichkeit. Referate der Tagung vom 6. September 2007, Zürich 2008, 31 ff., 37. Vgl. auch Art. 1 PGVO ZH (Städtische Prostitutionsgewerbeverordnung vom 7. März 2012 [PGVO ZH], AS 551.40).

33 VALENTIN LANDMANN, Nackte Tatsachen – Der Rotlicht-Report, 2. Aufl., Zürich 2012, 14; die Erwartung, dass Sexarbeiterinnen der Ausstieg erleichtert werden soll, gehört gemäss JOACHIM RENZIKOWSKI (Reglementierung von Prostitution: Ziele und Probleme – eine kritische Betrachtung des Prostitutionsgesetzes – Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren und Jugend, Berlin 2007, Rz. 9) zum Ziel der Verbesserung der sozialen Lage der Sexarbeiterinnen.

34 CEREGHETTI (Fn. 24), 60; Votum LEUPI, in: Stadt Zürich, Auszug aus dem substanziellen Protokoll 108. und 109, Ratssitzung vom 25. Januar 2012, Geschäftsnr.: 225 2011/169, Weisung vom 22. Mai 2011: Polizeidepartement, Erlass einer Prostitutionsgewerbeverordnung, <http://www.gemeinderat-zuerich.ch> --> Geschäfte --> Detailansicht Geschäft --> Geschäftsnr.: 225 2011/169, abgerufen am 7. Mai 2017, 2.

35 Vgl. Art. 1 PGVO ZH.

36 HÜRLIMANN (Fn. 29); AUTOR UNBEKANNT (Fn. 29); vgl. auch REGINA LINDA, Der runde Tisch Prostitution Marburg – zum Hintergrund der Ausarbeitung über eine Erlaubnispflicht von Prostitutionsstätten, in: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Regulierung von Prostitution und Prostitutionsstätten – ein gangbarer Weg zur Verbesserung der Situation der Prostituierten und zur nachhaltigen Bekämpfung des Menschenhandels?, 2. Aufl., Berlin 2012, 51 ff., 52. Zum Nutzen von Kontrollen im Sexgewerbe vgl. MARC-ANTOINE BOREL, La prostitution en droit pénal Suisse: Essai sur les infractions commises par les protagonistes en droit Suisse et en droit comparé, Diss. Lausanne 2007, 75. Vgl. auch BGE 137 I 167, 179, E. 5.3.

37 Vgl. auch BJ (Fn. 10), 132.

38 Vgl. BFM (Fn. 4), 11. Eine einheitliche Definition der Sexarbeit existiert im schweizerischen Bundesrecht nicht (BBl 1985 II 1009 ff., 1082 f. [Fn. 25]). Ausführlich zum Begriff vgl. BGE 129 IV 71, 75, E. 1.4; BOREL (Fn. 36), 21 ff., BRIGITTE HÜRLIMANN, Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Zürich/Basel/Genf 2004, 11 f.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (Fn. 28), § 9 Rz. 6 ff.

den Beruf sowie den Aufenthalts- und Arbeitsort wechseln (Art. 8 Abs. 2 Anhang I FZA). Ebenfalls können sie von einer unselbstständigen zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit übergehen (Art. 8 Abs. 2 Anhang I FZA).⁶⁴

Staatsangehörige der EU/EFTA-Staaten erhalten ohne weiteres eine Bewilligung zur Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz, wenn sie den Nachweis erbringen, dass sie zum Zweck der Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz niedergelassen sind oder sich zu diesem Zweck niederlassen wollen (Art. 4 FZA i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA).⁶⁵ Als selbstständig erwerbend i.S. des FZA gilt, wer die Tätigkeit auf eigene Rechnung sowie auf eigenes Risiko ausübt und nicht an Weisungen Dritter gebunden ist oder in die Arbeitsorganisation eines Betriebes eingegliedert ist.⁶⁶ Die zuständigen kantonalen Migrationsbehörden dürfen die Erteilung der Bewilligung zur Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit in der Schweiz nur von der Vorlage eines Ausweises, mit dem die betroffene Person in die Schweiz eingereist ist, sowie vom Nachweis der selbstständigen Erwerbstätigkeit abhängig machen (Art. 12 Abs. 3 Anhang I FZA). Die Bewilligungserteilung darf an keine weiteren Anforderungen geknüpft werden.⁶⁷ Weder das FZA noch die entsprechende Einführungsverordnung (VEP), welche die Bestimmungen des FZA konkretisiert,⁶⁸ machen Angaben darüber, wie der Nachweis der selbstständigen Erwerbstätigkeit zu erbringen ist.⁶⁹ Praxisgemäss kann er mit der gelösten Mehrwertsteuernummer, einem Eintrag in ein Berufsregister, der Anmeldung bei einer Sozialversicherung als selbstständig Erwerbender, einem Businessplan, den Buchhaltungszahlen oder dem Eintrag ins Handelsregister erfolgen. Die Voraussetzungen werden von den kantonalen Behörden bestimmt und sind deshalb von Kanton zu Kanton unterschiedlich.⁷⁰ Die Kantone dürfen aber keine prohibitiv hohen Anforderungen an den Nachweis stellen.⁷¹ Gemäss Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA wird eine Aufenthaltsbewilligung für die Dauer von fünf Jahren erteilt (sog. Ausweis B EU/EFTA).⁷² Die Bewilligung für selbstständig Erwerbstätige gilt für das ganze Gebiet der Schweiz (Art. 14 Anhang I FZA).⁷³

Die gestützt auf das FZA erteilten Aufenthaltsbewilligungen haben einzig deklaratorische Wirkung.⁷⁴ Eine Erwerbstätigkeit darf deshalb schon vor deren Erteilung aufgenommen werden. Die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bei fehlender Bewilligung zieht keine Straffolgen gemäss AuG⁷⁵ nach sich.⁷⁶ Befristete Arbeitsverhältnisse von maximal drei Monaten sind nicht bewilligungs- (Art. 4 FZA i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA) aber meldepflichtig (Art. 4 Abs. 4 VEP i.V.m. Art. 9 Abs. 1^{bis} VEP).⁷⁷ Ebenfalls nicht der Bewilligungs- aber dafür der Meldepflicht unterliegen Dienstleis-

tungserbringer gemäss Art. 17 Anhang I FZA, die ihre Tätigkeit während maximal 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr⁷⁸ in der Schweiz ausüben (Art. 9 Abs. 1^{bis} VEP i.V.m. Art. 6 EntSG⁷⁹ und Art. 6 EntsV⁸⁰ bzw. Art. 6 EntsG

39 BBl 1985 II, 1009 ff. (Fn. 25), 1094; STEINER (Fn. 25), 9.

40 BGE 101 Ia 473, 476, E. 2b; implizit schon in BGE 99 Ia 504, 509 ff., E. 4.

41 BGE 111 II 295, 300 f., E. 2d; BGE 137 I 167, 172, E. 3.1; BGer 2P.165/2004 vom 31. März 2005, E. 5.1; BGer 6B_188/2011 vom 26. Oktober 2011, E. 2.4; jüngst implizit in BGer 2C_206/2015 vom 6. Juni 2015, E. 4.1 ff. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid die Verletzung der Wirtschaftsfreiheit durch eine Massnahme, welche die Strassenprostitution auf vier Stunden pro Nacht beschränkt, verneint.

42 BGE 137 I 167, 172, E. 3.1; BGer 2C_82/2010 vom 6. Mai 2010, E. 4; BGer 4A_429/2010 vom 6. Oktober 2010, E. 2.2.

43 Bericht des Stadtrates Chur an den Gemeinderat zum Auftrag der BDP-Fraktion und SVP-Fraktion und den Mitunterzeichnenden betreffend Verbot der Strassenprostitution in Chur vom 10. Dezember 2013, Geschäftsnr.: 106176 / 411.90.00, 4.

44 Vgl. z.B. BGE 137 I 167, 172 f., E. 3.2.

45 HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 11), Rz. 302 ff. und in Bezug auf die Wirtschaftsfreiheit, Rz. 668 ff.

46 Ausführlich zu den Begriffen grundrechtskonform und grundrechtswidrig vgl. KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung. Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006, § 5 Rz. 76.

47 Vgl. oben I.B zu den mit der Regulierung der Sexarbeit verfolgten öffentlichen Zielen.

48 HÜRLIMANN (Fn. 38), 44 f.

49 HÜRLIMANN (Fn. 38), 54; vgl. Regierungsrat Luzern (Fn. 1), 2. Vgl. auch BGE 137 I 167, 179, E. 5.3.

50 Vgl. BGE 137 I 167, 178, E. 5; kritisch CEREGETTI (Fn. 24), 60.

51 BGE 101 Ia 473, 481 f., E. 6a ff.

52 BGer 2C_206/2015 vom 6. Juni 2015, E. 4.6.

53 Bundesrat (Fn. 10), 57.

54 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681.

55 Zum persönlichen Anwendungsbereich des FZA vgl. SEBASTIAN BENESCH, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Tübingen 2007, 77 ff.; Staatssekretariat für Migration SEM, Weisungen und Erläuterungen zur Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (Weisungen VEP), Bern Stand Oktober 2016, 12, Ziff. 1.3 I; CHRISTA SCHNELL, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz, Ausgewählte rechtliche Aspekte zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich 2010, 139 f. Seit Ablauf der übergangsrechtlichen Beschränkungen nach Art. 4 FZA i.V.m. Art. 10 FZA geniessen auch Staatsangehörige von Rumänien und Bulgarien volle Personenfreizügigkeit. Überschreitet die Zuwanderung aus Rumänien und Bulgarien einen gewissen Schwellenwert, hat die Schweiz bis am 31. Mai 2019 gemäss Art. 10 Abs. 4c FZA die Möglichkeit, erneut Kontingente einzuführen (sog. Ventilklausel). Der

und Art. 6 EntsV).⁸¹ Als Dienstleistungserbringer werden Personen bezeichnet, welche sich nicht in der Schweiz niederlassen, aber sich zwecks befristeter Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz aufhalten wollen.⁸² Art. 17 FZA Anhang I unterscheidet zwischen selbstständig erwerbenden Personen mit der Staatsangehörigkeit

eines EU-Mitgliedstaates, die in einem EU-Mitgliedstaat niedergelassen sind und unselbstständig Erwerbstätigen, die von einem Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU in die Schweiz entsandt werden.⁸³ Für eine Erwerbstätigkeit, die nur der Meldepflicht unterliegt, ist gemäss Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA bzw. Art. 20 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA keine Aufenthaltserlaubnis notwendig.⁸⁴

Grundsätzlich gilt die Meldepflicht ab dem achten Tag der Ausübung der Tätigkeit. Von Sexarbeiterinnen wird eine entsprechende Meldung unabhängig von der Dauer, d.h. bereits ab dem ersten Tag der Tätigkeitsausübung, verlangt (für entsandte unselbstständig Erwerbstätige vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. f EntsV).⁸⁵

Wenn die Bewilligung gemäss FZA rein deklaratorischen Charakter hat, gilt dies umso mehr für die Meldung einer nicht bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeit.⁸⁶

Die Einreise in die Schweiz zum Zweck der Erwerbstätigkeit von Staatsangehöriger sogenannter Drittstaaten (Staaten, die weder Mitglied der EU noch der EFTA sind) richtet sich nach dem AuG (Art. 1 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 und 3 AuG), welches restriktive Zulassungsvoraussetzungen statuiert (Art. 18 bis 26 AuG).⁸⁷ Zugelassen werden ausschliesslich hochqualifizierte Personen (Art. 23 AuG)⁸⁸, sofern deren Tätigkeit im gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz liegt (Art. 18 lit. a bzw. 19 lit. a. AuG).⁸⁹ Beide Voraussetzungen werden von Sexarbeiterinnen in der Regel nicht erfüllt.⁹⁰ Bei unselbstständig Erwerbstätigen wird der Zugang zum Schweizer Markt zudem durch den Inländervorrang und die Rekrutierungspriorität (Art. 21 Abs. 1 und 2 AuG) eingeschränkt. Danach muss der Arbeitgeber nachweisen, dass eine geeignete Arbeitskraft für die gewünschte Tätigkeit weder auf dem Schweizer noch auf dem europäischen Arbeitsmarkt gefunden werden kann,⁹¹ ein Nachweis, der für die Tätigkeit von Sexarbeiterinnen kaum erbracht werden kann.⁹²

3. Raumplanungs- und Baurecht

Im Zusammenhang mit der Regelung der Sexarbeit sind sodann die Rechtsgebiete mit Auswirkung auf den Raum und die Gestaltung der Umgebung wie das Bau- und das Raumplanungsrecht zu berücksichtigen. Zentral sind dabei die Nutzungsplanung, insbesondere die Bauzone, sowie der Begriff der Immissionen. Die Bauzone wird in der Praxis in Wohn-, Kern-, Gewerbe- und Industriezonen sowie Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen unterteilt.⁹³ Schliesslich können auch gemischte Wohn- und Gewerbezone ausgeschieden werden.⁹⁴ Die verschiedenen Zonen unterscheiden sich nach der zulässigen Nut-

Bundesrat hat am 10. Mai 2017 beschlossen, die Ventilklausel für Personen aus Bulgarien und Rumänien anzurufen. Bürger und Bürgerinnen aus diesen beiden Ländern haben in den darauffolgenden zwölf Monaten deshalb nur beschränkt Zugang zum Schweizer Arbeitsmarkt (www.ejpd.admin.ch --> Aktuell --> News --> Bundesrat --> Bundesrat ruft Ventilklausel für Erwerbstätige aus Bulgarien und Rumänien, abgerufen am 9. Juni 2017).

- 56 Vgl. z.B. EuGH *Aldona Malgorzata Jany und andere vs. Staatssecretaris van Justitie*, C-268/99 Ziff. 49.
- 57 SEM (Fn. 55), 16, Ziff. 1.4.
- 58 Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation vom 22. Mai 2002 (VEP), SR 142.203.
- 59 FELIX KLAUS, § 17 Ausländische Personen als Arbeitnehmende, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), *Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz*, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 17.88; SCHNELL (Fn. 55) 51; SEM (Fn. 55), 46, Ziff. 4.1; MARC SPESCHA/ANTONIA KERLAND/PETER BOLZLI, *Handbuch zum Migrationsrecht*, 2. Aufl., Zürich 2015, 156.
- 60 BGE 140 II 460, 466 f., E. 4.1.1 mit Verweis auf EuGH *Lawrie-Blum vs. Land Baden-Württemberg*, C-66/85, Ziff. 12 und 18; EuGH *Kongress Agentur Hagen GmbH vs. Zeehaghe*, BVC-1987/86, Ziff. 21; EuGH *Rechtsstreit C. P. M. Meeusen vs. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, C-337/97, Ziff. 13; MARTINA CARONI/TOBIAS GRASDORF-MEYER/LISA OTT/NICOLE SCHREIBER, *Migrationsrecht*, 3. Aufl., Bern 2014, 204; vgl. auch BGE 131 II 339, 344 f., E. 3. Der Begriff der unselbstständigen Erwerbstätigkeit i.S. des FZA ist nach europäischem Recht auszulegen. Massgebend ist die Rechtsprechung des EuGH bis zur Unterzeichnung des FZA (BGE 140 II 112, 117 ff., E. 3.2 m.w.H.; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 156. Ausführlich zum Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des FZA vgl. SCHNELL (Fn. 55), 140 ff.
- 61 KLAUS (Fn. 59), Rz. 17.88; SCHNELL (Fn. 55), 177; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 156
- 62 CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER (Fn. 60), 206, KLAUS (Fn. 59), Rz. 17.86; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 156; PETER UEBERSAX, § 7 Einreise und Anwesenheit, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), *Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz*, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 7.211.
- 63 CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER (Fn. 60), 206, KLAUS (Fn. 59), Rz. 17.95; SCHNELL (Fn. 55), 175; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 144 und 158.
- 64 KLAUS (Fn. 59), Rz. 17.86; SCHNELL (Fn. 55), 189; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 144 f.; UEBERSAX (Fn. 62), Rz. 7.209.

zungsweise, der Ausnützung sowie der Bauweise.⁹⁵ Die Kantone überlassen es meist den Gemeinden, eine Bau- und Zonenordnung zu erlassen.⁹⁶

Ihre Wirkung entfaltet die Nutzungsplanung mittels der Baubewilligung.⁹⁷ Gemäss Art. 22 RPG⁹⁸ bedürfen alle Bauten und Anlagen einer Baubewilligung. Massgebend für die Bewilligungspflicht ist die Frage, ob mit der Realisierung der Baute im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so gewichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass die Öffentlichkeit oder die Nachbarn ein Interesse an einer vorgängigen Kontrolle haben.⁹⁹ Nebst der Erstellung ist auch die Änderung von Bauten und Anlagen bewilligungspflichtig. Letzteres erfasst auch die reine Nutzungsänderung, wenn sie erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt oder die Erschliessung hat (vgl. z.B. § 309 Abs. 1 lit. b PBG ZH).¹⁰⁰ Praxisgemäss wird eine Bewilligungspflicht für eine Nutzungsänderung bejaht, sofern diese die bestehenden Zonenvorschriften berührt, weil sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Einwirkungen auf die Umgebung oder eine Vergrösserung des Benutzerkreises nach sich zieht.¹⁰¹ Entsprechend kann auch die Umnutzung einer Wohnung zur sexgewerblichen Nutzung bewilligungspflichtig sein.¹⁰² In der Stadt Zürich bedarf es für die Nutzung von Räumen für sexgewerbliche Zwecke generell einer Baubewilligung.¹⁰³

Voraussetzung für die Erteilung einer Baubewilligung ist unter anderem, dass die Baute dem Zweck der Zone entspricht, in der sie sich befindet bzw. befinden soll (Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG).¹⁰⁴ Der Zweck der Zone ergibt sich zunächst aus den Rahmenbestimmungen von Art. 15 ff. RPG sowie aus den kantonalrechtlichen Zonenvorschriften. Diese werden im Nutzungsplan und in den Zonenvorschriften des kantonalen Rechts konkretisiert. Sie können zudem Aufschluss über die in einer Zone zugelassene Nutzungsart und Nutzungsweise sowie über Immissionsgrenzwerte geben.¹⁰⁵ Häufig stellt sich die Frage nach der Zonenkonformität des Sexgewerbes vor allem in Wohnzonen. Diese dienen grundsätzlich der Wohnnutzung. Neben Wohnbauten sind aber in der Regel auch nicht bzw. nicht stark störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe zulässig, sofern sie einen funktionalen Zusammenhang zur Wohnnutzung haben.¹⁰⁶ Die Beurteilung der Zonenkonformität erfolgt dabei zunächst rein funktional und insofern abstrakt, als dass die Beurteilung eines konkreten Bauvorhabens losgelöst von den davon ausgehenden Einwirkungen auf die Umgebung vorgenommen wird.¹⁰⁷ Der funktionale Zusammenhang zur Wohnzone wird bei Betrieben bejaht, die zur Befriedigung der täglichen Bedürfnisse der Bewohner eines Quartiers dienen.¹⁰⁸ Typischerweise ist dies bei Bäckereien, Arztpraxen oder Coiffeursalons der Fall.¹⁰⁹

Bei Betrieben, die ihre Kunden hauptsächlich von ausserhalb des Quartiers anziehen, insbesondere zu Zeiten in denen ein erhöhtes Ruhebedürfnis besteht, wird der funktionale Zusammenhang grundsätzlich verneint. Danach dürfte ein funktionaler Zusammenhang zur Wohnnutzung bei sexgewerblichen Betrieben, unabhängig da-

65 PHILIPPE GREMPER, § 18 Ausländische Personen als selbstständig Erwerbende, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 18.23; SEM (Fn. 55), 49, Ziff. 4.3.1.

66 SEM (Fn. 55), 51, Ziff. 4.3.2; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 160 f.; OFK-SPESCHA, Art. 12 FZA Anh. I N 1. Der Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit ist nach europäischem Recht auszulegen. Massgebend ist die Rechtsprechung des EuGH bis zur Unterzeichnung des FZA (SPESCHA/KERLAND/BOLZLI [Fn. 59], 161, Fn. 1).

67 GREMPER (Fn. 65), Rz. 18.24; MARINELLO (Fn. 3), 60.

68 Vgl. BGE 140 II 460, 464 ff., E. 3.3.3.

69 GREMPER (Fn. 65), Rz. 18.25; MARINELLO (Fn. 3), 60.

70 Kmu Portal, Firmengründung durch Personen aus dem EU-/EFTA-Raum, <http://www.kmu.admin.ch> --> Praktisches Wissen --> KMU gründen --> Firmengründung --> Ausländische Staatsangehörige, abgerufen am 30. März 2017; vgl. auch GREMPER (Fn. 65), Rz. 18.25; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 60), 161.

71 SEM (Fn. 55), 50, Ziff. 4.3.2.

72 SEM (Fn. 55), 49, Ziff. 4.3.1; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 134; UEBERSAX (Fn. 62), Rz. 7.113.

73 SEM (Fn. 55), 52, Ziff. 4.4.1; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 136; UEBERSAX (Fn. 62), Rz. 7.220.

74 BGE 134 IV 57, 58 f., E. 4; EuGH *Royer*, C-48/75, Ziff. 33; EuGH *Roux gegen Belgischer Staat*, C-363/89, Ziff. 12; EuGH, *Movement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX)*, C-459/99, Ziff. 74; CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER (Fn. 60), 207; SCHNELL (Fn. 55), 175; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 167.

75 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG), SR 142.20.

76 BGE 134 IV 57, 58 f., E. 4; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 167.

77 SEM (Fn. 55), 31, Ziff. 3.1.1; CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER (Fn. 60), 207; KLAUS (Fn. 59), Rz. 17.71; MARINELLO (Fn. 3), 62; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 156 und 158.

78 Sämtliche Aufenthalte (auch unterbrochene) zwecks Erwerbstätigkeit werden zusammengezählt (vgl. SEM [Fn. 55], 32, Ziff. 3).

79 Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (EntsG) vom 8. Oktober 1999, SR 823.20.

80 Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 21. Mai 2003 (EntsV), SR 823.201.

von, ob es sich um ein Grossbordell oder einen diskreten Salon handelt, kaum gegeben sein.¹¹⁰

Die kantonalen und kommunalen Zonenbestimmungen können die Zonenkonformität auch von immissionsrechtlichen Gesichtspunkten abhängig machen.¹¹¹ Entsprechend kann das Sexgewerbe aus bau- und raumplanungsrechtlichen Gründen untersagt werden, wenn

es zu übermässig störenden Immissionen führt, die über das in der betreffenden Zone zulässige Mass hinausgehen. Es werden sowohl materielle Immissionen, wie Lärm und Luftverunreinigungen, als auch sogenannte ideelle Immissionen berücksichtigt.¹¹² Unter dem Begriff der ideellen oder immateriellen Immissionen werden Einwirkungen zusammengefasst, welche das seelische Empfinden verletzen bzw. unangenehme psychische Eindrücke erwecken.¹¹³ Sie lösen unmittelbar oder durch Assoziation Angst, Ekel,¹¹⁴ Abscheu oder andere Formen von psychischem Unwohlbefinden bei den von ihnen betroffenen Personen aus.¹¹⁵ Dadurch können sie indirekt den Ruf eines Gebiets schädigen, Anwohner zum Wegzug bewegen oder die Kunden der umliegenden Geschäfte vertreiben. Dies wiederum kann sich auf die Vermietbarkeit von Wohnungen oder Geschäftsräumen auswirken.¹¹⁶ Das Spektrum unangenehmer psychischer Eindrücke ist breit und insofern dynamisch, als es sich der Zeit und Sittlichkeit anpasst.¹¹⁷ Die Ursachen der ideellen Immissionen liegen in Zuständen oder Handlungen, die mit der Benutzung eines Grundstücks in Zusammenhang stehen.¹¹⁸ Materielle und immaterielle Immissionen schliessen sich nicht gegenseitig aus, vielmehr können erstere Ursache für immaterielle Immissionen sein. Denkbar ist zum Beispiel, dass der von einem Etablissement des Sexgewerbes ausgehende Verhaltenslärm das Wohlbefinden der Nachbarn beeinflusst.¹¹⁹

Die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen ideellen Einwirkungen innerhalb einer Zone bestimmt sich nach kantonalem oder kommunalem Recht.¹²⁰ Es finden sich sowohl in kantonalen Vorschriften zur Zonenplanung als auch in den kommunalen Bau- und Zonenordnungen zonenbedingte Immissionsvorschriften,¹²¹ die materielle und immaterielle Immissionen erfassen.¹²² Was als übermässige Einwirkung gilt, ist im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände zu beurteilen.¹²³ In der Regel wird bei der Zulässigkeit zwischen nicht störenden, mässig störenden und stark störenden Betrieben unterschieden.¹²⁴ Die Anwendung der kantonalen bzw. kommunalen Immissionsvorschriften erfolgt zunächst rein abstrakt, also losgelöst von den konkreten Einwirkungen. Entscheidend ist, ob mit der betreffenden Nutzungsweise typischerweise Belästigungen verbunden sind, die über das hinausgehen, was normalerweise mit dem Wohnen verbunden ist.¹²⁵ Teilweise bestehen im kantonalen Planungsgesetz oder in den kommunalen Baureglementen Bestimmungen, welche gewisse Betriebstypen in Wohnzonen aufgrund ihrer empirisch bekannten Immissionen verbieten.¹²⁶ Bspw. ist gemäss Art. 16 Abs. 3 BZO ZH¹²⁷ die sexgewerbliche Nutzung von Räumlichkeiten in der Stadt Zürich in Gebieten mit einem Wohnanteil von über 50% generell

-
- 81 SEM (Fn. 55), 32, Ziff. 3.1.1; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 162; UEBERSAX (Fn. 62), Rz. 7.78.
- 82 CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER (Fn. 60), 211; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 162; UEBERSAX (Fn. 62), Rz. 7.96.
- 83 SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 163.
- 84 SEM (Fn. 55), 32, Ziff. 3.1.1; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 163.
- 85 BFM (Fn. 30), 8; SEM (Fn. 55), 33, Ziff. 3.1.1; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI (Fn. 59), 163.
- 86 ANTONIA KERLAND, Unveröffentlichtes Kurzgutachten zum Bericht und den Empfehlungen des BFM zur Rotlichtproblematik vom Januar 2012. Im Auftrag von Prokore, Stand Dezember 2012, Zürich 2012, 8; Zur Bedeutung der deklaratorischen Wirkung vgl. oben Abschnitt I.C.2.
- 87 Vgl. SHK-OTT, Art. 23 AuG N 2; UEBERSAX (Fn. 62), Rz. 7.227.
- 88 Zu den Qualifikationsvoraussetzungen vgl. SHK-OTT, Art. 23 AuG N 5 ff.
- 89 Vgl. dazu BVGer C-2638/2010 vom 21. März 2011, E. 6.1; Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3709 ff., 3725 f. und 3778 f.; GREMPER (Fn. 65), Rz. 18.31; SHK-OTT, Art. 19 AuG N 8; OFK-SPESCHA, Art. 19 AuG N 1.
- 90 So auch Bundesrat (Fn. 10), 24.
- 91 CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER (Fn. 60), 112; MARINELLO (Fn. 3), 47; SHK-OTT, Art. 21 AuG N 3; OFK-SPESCHA, Art. 21 AuG N 1; vgl. auch BVGer C-2638/2010 vom 21. März 2011, E. 6.3; BVGer C-4873/2011 vom 13. August 2013, E. 5.3.
- 92 Vgl. auch MARINELLO (Fn. 3), 47.
- 93 PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl., Bern 2016, 164; SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 18 RPG N 7 ff.
- 94 SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 18 RPG N 11; vgl. auch PETER HETTICH/LUKAS MATHIS, 1. Teil Raumplanerische Instrumente zur Steuerung der Bautätigkeit, in: Griffel/Liniger/Rausch/Turnherr (Hrsg.), Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, 3 ff., Rz. 1.60 ff.
- 95 WALTER HALLER/PETER KARLEN, Raumplanungs-, Bau- und Umweltschutzrecht, 3. Aufl., Zürich 1999, Rz. 276; vgl. HETTICH/MATHIS (Fn. 9494), Rz. 1.60 ff.; vgl. z.B. § 48 Abs. 1 PBG ZH (Kantonales Planungs- und Baugesetz vom 7. September 1975 [PBG ZH], LS 700.1).
- 96 SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 18 RPG N 6; vgl. z.B. Art. 64 Abs. 1 lit. b BauG BE (Kantonales Baugesetz vom 9. Juni 1985 [BauG BE], BSG 721.0 und Art. 65 Abs. 1 BauG BE; § 2 lit. c PBG ZH und §§ 45 ff. PBG ZH).
- 97 HÄNNI (Fn. 93), 149; vgl. auch SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 22 RPG N 2.

nicht zulässig. Erst in einem zweiten Schritt wird geprüft, ob der Betrieb auch hinsichtlich der konkret für die Umgebung resultierenden Immissionen mit der Wohnnutzung vereinbar ist.¹²⁸ Während materielle Immissionen physikalisch messbar sind,¹²⁹ beruht die Einschätzung der psychischen Beeinträchtigung auf einem Werturteil, das naturwissenschaftlich nicht nachprüfbar ist. Die mangelnde Überprüfbarkeit der ideellen Immissionen kann dazu führen, dass bei der Beurteilung anstelle eines objektiven Massstabes subjektive Empfindungen oder Aspekte der öffentlichen Sittlichkeit massgebend sind.¹³⁰ Als stark störend wird eine Nutzung eingestuft, wenn ein erhebliches Konfliktpotential zwischen den entgegenstehenden Nutzungsweisen besteht.¹³¹ Zur Beurteilung ist eine Gesamtschau unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse im Einzelfall vorzunehmen.¹³² Nach diesem Massstab hat es das Bundesgericht als vertretbar bezeichnet, in einer Zone mit einem Wohnanteil von mindestens 60%, sexgewerbliche Betriebe aufgrund ihrer ideellen Immissionen als stark störend einzustufen.¹³³

Nach Lehre und Rechtsprechung gehen von sexgewerblichen Betrieben generell ideelle Immissionen aus,¹³⁴ deren Konfliktpotential von der Besiedlungsdichte eines Gebietes abhängt.¹³⁵ Je stärker eine Nachbarschaft besiedelt sei, desto höher sei das Konfliktpotential zwischen der Wohnnutzung und der sexgewerblichen Nutzung.¹³⁶ In Wohnzonen mit hohem Wohnanteil werden sexgewerbliche Betriebe deshalb aufgrund ideeller Immissionen generell als unzulässig qualifiziert.¹³⁷ Bei der Beurteilung kommt es nicht darauf an, ob ein bestimmter Betrieb im konkreten Fall tatsächlich stört, vielmehr wird die Zonenkonformität im Rahmen einer abstrakten Immissionsbeurteilung verneint.¹³⁸ In seiner jüngeren Rechtsprechung hat das Bundesgericht diese Argumentation begrenzt. Es hielt fest, dass sexgewerbliche Betriebe – wie Mobilfunkantennen¹³⁹ – die Attraktivität eines Quartiers vor allem dann mindern, wenn sie, nach aussen in Erscheinung treten bspw. durch Werbung, Gestaltung, Lärm- oder Geruchsmissionen.¹⁴⁰ Halten sich die materiellen Immissionen in engen Grenzen, wirke sich dies unmittelbar auf das Ausmass der immateriellen Immissionen aus, womit das öffentliche Interesse an einem Verbot sexgewerblicher Nutzung schwinde.¹⁴¹

4. Kantonales bzw. kommunales Gewerbepolizeirecht

Die Kantone sind mangels bundesrechtlicher Vorgaben und auf Grundlage von Art. 199 StGB dafür zuständig, die Ausübung des Sexgewerbes zu regeln.¹⁴² In den meisten Kantonen ist die Sexarbeit gewerberechtlichen Einschränkungen unterworfen. Die Regelungen in den

einzelnen Kantonen unterscheiden sich deutlich.¹⁴³ Während in einigen Kantonen relativ ausführliche Erlasse betreffend der Ausübung der Sexarbeit bestehen,¹⁴⁴ wird sie in anderen Kantonen nur im Rahmen anderer Erlasse¹⁴⁵ oder gar nicht bzw. lediglich auf kommunaler Stufe

98 Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG), SR 700.

99 BGE 114 Ib 312, 313 f., E. 2a; BGE 119 Ib 222, 226 f., E. 3a; 120 Ib 379, 383 f., E. 3c; BGer 1C_12/2007 vom 8. Januar 2008, E. 2.3; BGer 1C_226/2008 vom 21. Januar 2009, E. 2.3.

100 SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 22 RPG N 17; HETTICH/MATHIS (Fn. 94), Rz. 2.100.

101 Vgl. BGE 119 Ib 222, 226 f., E. 3a; BGer 1A.216/2003 vom 16. März 2004, E. 3.1; BERNHARD WALDMANN, Der Schutz vor ideellen Immissionen in Wohngebieten – eine kritische Würdigung, BR 2005, 156 ff., 159; HETTICH/MATHIS (Fn. 94), Rz. 2.100; so ausdrücklich in Art. 78 Abs. 2 lit. o BauG SG (Kantonales Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht vom 6. Juni 1972 [BauG SG], sGS 731.1).

102 Vgl. BGer 1P.771/2001 vom 5. Mai 2001, E. 4.; BGer 1P.768/2000 vom 19. September 2001; vgl. Urteil des Berner Verwaltungsgerichts VGE 20762 vom 8. Mai 2000, E. 4a, BVR 1/2001, 17 ff., 26.

103 Art. 12 Abs. 1 lit. d PGVO ZH; Stadt Zürich Soziale Einrichtungen und Betriebe (Hrsg.), In Zürich ein Bordell führen: Informationen für Bordellbetreiberinnen und Bordellbetreiber, Zürich 2013, <https://www.stadt-zuerich.ch> --> Departemente --> Sicherheitsdepartement --> Stadtpolizei --> Gewalt/Jugend/Kinder --> Milieu- und Sexualdelikte --> Bordellbetriebe, abgerufen am 30. März 2017, 3.

104 BGE 115 Ib 295, 297, E. 2a; vgl. auch Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts, B 2004/161 und 163 vom 31. Mai 2005, E. 3b; GVP-SG Nr. 26, 135 ff., 136; Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts B 2007/220 vom 17. Juni 2008, E. 3.1; PIERRE TSCHANNEN, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, in: Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Raumplanung (Hrsg.), Bern 1981, Art. 22 RPG N 29; HALLER/KARLEN (Fn. 95), Rz. 545 ff.; SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 22 RPG N 20; PETER HETTICH/LUKAS MATHIS, 3. Teil: Allgemeine Voraussetzungen der Baubewilligungsfähigkeit von Bauten und Anlagen, in: Griffl/Liniger/Rausch/Thurnherr, Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, 91 ff., Rz. 3.17.

105 SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 22 RPG N 21; vgl. auch HALLER/KARLEN (Fn. 95), Rz. 549.

106 HALLER/KARLEN (Fn. 95), Rz. 291; HÄNNI (Fn. 93), 165; SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 22 RPG N 25 f.; HETTICH/MATHIS (Fn. 104), Rz. 3.26; Baudepartement SG, Juristische Mitteilung I/2000, Nr. 5, 10 ff., 10; vgl. Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts B 2013/134 vom 11. November 2014, E. 2.1

107 WALDMANN (Fn. 100), 160; SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 22 RPG N 22; Baudepartement SG (Fn. 106), 11; Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts B 2004/161 und 163 vom 31. Mai 2005, E. 3b, GVP-SG Nr. 26, 135–144, 136; Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts B 2007/220 vom 17. Juni 2008, E. 3.1. Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts B 2013/134 vom 11. November 2014, E. 2.1.

rechtlich geregelt.¹⁴⁶ Einige Städte verfügen über ausführliche Bestimmungen zur Sexarbeit.¹⁴⁷

II. Defizite im *status quo* der Sexarbeitsregulierung

A. Versteckte Repression der Sexarbeit

Obwohl die Sexarbeit in der Schweiz eine legale Erwerbstätigkeit ist, die durch die Wirtschaftsfreiheit geschützt wird, unterliegt sie nicht unerheblichen Restriktionen, die zum einen vom Normgeber und zum anderen vom Rechtsanwender geschaffen werden. So z.B. im Raum- und Bauplanungsrecht: Die von der Rechtsprechung entwickelte Praxis, der sexgewerblichen Nutzung aufgrund immaterieller Immissionen die Zonenkonformität generell abzusprechen, erscheint als versteckte Repression.¹⁴⁸ Sodann führen auch Nutzungsvorschriften wie Art. 16 Abs. 3 BZO ZH, wonach die sexgewerbliche Nutzung von Räumlichkeiten in Gebieten mit einem Wohnanteil von über 50% in der Stadt Zürich nicht zulässig ist, zu einer Einschränkung des Sexgewerbes. Bei der Anwendung von Art. 16 Abs. 3 BZO ZH ist eine rein abstrakte Betrachtungsweise unabhängig der konkreten Immissionen massgebend;¹⁴⁹ unzulässig ist deshalb sogar vollkommen ruhige und diskrete Sexarbeit.¹⁵⁰ Diese Bestimmung verunmöglicht insbesondere Frauen ihre Tätigkeit, welche die Sexarbeit alleine und selbstständig – also selbstbestimmt – ausüben.¹⁵¹ Immerhin soll diese Einschränkung im Rahmen der Teilrevision der Bau- und Zonenordnung der Stadt Zürich gelockert werden. Neu sollen wenigstens die stadträtlich definierten Kleinstsalons¹⁵² auch in Wohnzonen zugelassen werden.¹⁵³ Auch hohe Bewilligungsvoraussetzungen für die Ausübung der Sexarbeit in den gewerbepolizeilichen Erlassen der Kantone bzw. Gemeinden und für eine Registrierungspflicht für Sexarbeiterinnen bzw. für Etablissements haben eine unterdrückende Wirkung.¹⁵⁴ Daneben können auch die gewerbepolizeilichen Vorschriften betreffend der sogenannten Strichzonen die Strassensexarbeit eindämmen. Eine Einschränkung der zeitlich zulässigen Strassensexarbeit auf vier Stunden täglich, wie dies der Stadtrat der Stadt Zürich gestützt auf Art. 6 und 7 PGVO ZH beschlossen hat,¹⁵⁵ stellt eine Einschränkung der Sexarbeit auf der Strasse dar, die in ihrer Wirkung einem Verbot in der betreffenden Zone gleichkommt.¹⁵⁶ Im Ausländerrecht sind sodann repressive Tendenzen in der Rechtsanwendung zu beobachten. Den kantonalen Behörden kommt bei der Anwendung des Ausländerrechts ein Handlungsspielraum zu, welcher Missbrauchspotential schafft. Die kantonalen Praktiken zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligungen gemäss FZA variieren deshalb teilweise stark.¹⁵⁷ Insgesamt ist festzustellen, dass die kantonalen Migrationsämter bestrebt sind, die Sexarbeiterinnen als unselbstständig erwerbstätig einzustufen.¹⁵⁸

-
- 108 BGE 117 Ib 147, 154, E. 5a; BGer 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005, E. 5.4; WALDMANN (Fn. 101), 160; SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 22 RPG N 26; vgl. auch Baudepartement SG (Fn. 106), Nr. 5, 12 f.
- 109 Vgl. BGE 117 Ib 147, 154, E. 5a; BGer 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005, E. 5.4; WALDMANN (Fn. 101), 160.
- 110 BGer 1P.213/1999 vom 30. März 2000, E. 3c; Solothurner Verwaltungsgericht vom 22. Januar 1996, E. 4b, SOG 1996, Nr. 29; Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts vom 22. April 1999, E. 4c, GVP-SG 1999 Nr. 90, 213 ff., 214; WALDMANN (Fn. 101), 160; SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 22 RPG N 31.
- 111 Vgl. BGer 1A.15/2004 und 1P.61/2004 vom 13. Juli 2004, E. 3.2; Urteil des Berner Verwaltungsgerichts VGE 20762 vom 8. Mai 2000, E. 3a, BVR 1/2001, 17 ff., 21 f.; SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 22 RPG N 22.
- 112 HÜRLIMANN (Fn. 38), 110; vgl. auch LANDMANN (Fn. 33), 12; ausführlich zu den Begriffen materielle und immaterielle Immissionen vgl. BK ZGB-MEIER-HAYOZ, Art. 684 N 72 ff.
- 113 BGE 108 Ia 140, 143 f., E. 5c; BGer 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005, E. 4.1; BGE 136 I 395, 401 f., E. 4.3.2 f.; Urteil des Berner Verwaltungsgerichts VGE 20762 vom 8. Mai 2000, E. 3e/aa, BVR 1/2001, 17 ff., 23; Urteil des Aargauischen Verwaltungsgerichts vom 6. Februar 2001, E. 2a, AGVE 2001 Nr. 63, 281 ff., 282, E. 2a; ZK ZGB-HAAB Art. 684 N 9; BK ZGB-MEIER-HAYOZ Art. 684 N 72; BSK ZGB-REY/STREBEL, Art. 684 N 28; WALDMANN (Fn. 101), 156.
- 114 BK ZGB-MEIER-HAYOZ, Art. 684 N 72.
- 115 WALDMANN (Fn. 101), 156; vgl. auch ZK ZGB-HAAB, Art. 684 N 9.
- 116 BGE 108 Ia 140, 146 f., E. 5c/bb; BGer 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005, E. 4.1; BGE 133 II 321, 328, E. 4.3.4; Urteil des Berner Verwaltungsgerichts VGE 20762 vom 8. Mai 2000, E. 3e/aa; BVR 1/2001, 17 ff., 23; WALDMANN (Fn. 101), 156; MARKUS LANER, 3. Teil: Bau- und Nutzungsvorschriften, in: Griffel/Liniger/Rausch/Thurnherr (Hrsg.), Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, 246 ff., Rz. 3.492.
- 117 HÜRLIMANN (Fn. 38), 111; HÜRLIMANN (Fn. 3), 15; vgl. auch BK ZGB-MEIER-HAYOZ, Art. 684 N 180 ff. und die Entwicklung der Kasuistik: BGE 84 II 85, 86 f., E. 2; BGer Urteil 5C.218/1990 vom 15. November 1991, E. 4, ZBl 94/1993, 88 ff., 89 f.; BGer 1P.539/2003 vom 22. April 2005, E. 2.5 ff.; BGE 133 II 321, 327 f., E. 4.3.4; BGE 136 I 395, 402 f., E. 4.3.4; BGer 1C_157/2012 vom 16. Juli 2012, E. 4.4.
- 118 BK ZGB-MEIER-HAYOZ, Art. 684 N 72; WALDMANN (Fn. 101), 156.
- 119 BK ZGB-MEIER-HAYOZ, Art. 684 N 74 f.; WALDMANN (Fn. 101), 157.
- 120 Urteil des Berner Verwaltungsgerichts VGE 20762 vom 8. Mai 2000, E. 3a, BVR 1/2001, 17 ff., 23 ff.
- 121 WALDMANN (Fn. 101), 159; vgl. z.B. § 45 Abs. 2 lit. b PBG LU (Kantonales Planungs- und Baugesetz vom 7. März 1989 [PBG LU], SRL 735); Art. 12 BauG SG (§ 52 Abs. 3 PBG ZH; Art. 5 Abs. 2 Bau- und Zonenordnung der Gemeinde Wetzikon vom 23. März 1998).

Damit konnte bis zum Ablauf der übergangsrechtlichen Beschränkungen für Staatangehörige von Rumänien und Bulgarien am 31. Mai 2016 der Zugang zum Schweizer Arbeitsmarkt verweigert werden.¹⁵⁹ Die Behörden dehnen den Begriff der unselbstständigen Erwerbstätigkeit in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH dermassen weit aus, dass im Grunde jede Sexarbeiterin, die nicht auf der Strasse arbeitet, davon erfasst wird.¹⁶⁰ Dabei wird verkannt, dass die Sexarbeit in einigen Ländern der EU verboten ist¹⁶¹ und die Entscheide des EuGH deshalb zum Teil vom Sexarbeitsverbot geprägt sind.¹⁶² In einigen Kantonen erhalten grundsätzlich nur unselbstständige Sexarbeiterinnen eine Bewilligung. Beispielsweise erteilen die Kantone Aargau, St. Gallen und Thurgau im Grunde nur bei Vorweisen eines schriftlichen Arbeitsvertrages eine Aufenthaltsbewilligung.¹⁶³ Der Kanton Thurgau stellt einer Sexarbeiterin eine ausländerrechtliche Bewilligung zudem lediglich aus, wenn sie nachweisen kann, dass sie einen Pauschalbetrag von CHF 400 für die Quellensteuer im Voraus geleistet hat.¹⁶⁴ Zur Vereinheitlichung der kantonalen Praktiken empfiehlt das Staatssekretariat für Migration (im Folgenden SEM; vormals und beim Erlass der Empfehlungen noch das Bundesamt für Migration [BFM]) unter anderem, als Nachweis für die selbstständige Erwerbstätigkeit der Sexarbeiterinnen einen Businessplan¹⁶⁵ sowie einen Kostenvoranschlag zu verlangen, aus denen hervorgeht, dass das Einkommen aus selbstständiger Sexarbeit den Lebensunterhalt deckt. Der Businessplan soll folgende Elemente enthalten: Charakter und Zweck der Tätigkeit, angebotene Leistungen, Preise, Werbemassnahmen, Kosten der Raummiete und des Materials, Versicherungen sowie Investitionen.¹⁶⁶ Ob ein derart detaillierter Businessplan noch unter den Nachweis der Selbstständigkeit nach Art. 12 Abs. 3 lit. b Anhang I FZA i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA fällt, ist zumindest fraglich.¹⁶⁷ Ebenfalls empfiehlt das SEM den Kantonen, dass ausländische Sexarbeiterinnen, die bewilligungsfrei in der Schweiz tätig sein können, anstelle der Anmeldung per elektronischem Meldeverfahren jeweils zu einem persönlichen Gespräch vorgeladen werden sollten.¹⁶⁸ Derartige Massnahmen wirken repressiv auf ausländische Sexarbeiterinnen.¹⁶⁹ In diesem Sinn verfolgt der Kanton Bern durch ausländerrechtliche Massnahmen das Ziel, die Attraktivität der Stadt Bern für ausländische Sexarbeiterinnen zu senken.¹⁷⁰

Derartige repressive Regulierungstendenzen führen dazu, dass sich das Sexgewerbe in den Untergrund verschiebt,¹⁷¹ was sowohl für die Sexarbeiterinnen selbst als auch für die Freier und indirekt betroffene Dritte negative Auswirkungen hat.¹⁷² Für die Sexarbeiterinnen wirkt sich Repression verschärfend auf ihre Situation aus, indem sie ihre Stellung schwächt und sie in die Ille-

galität treibt.¹⁷³ Ein repressives Regulierungsmodell wie es bspw. in Schweden zu finden ist,¹⁷⁴ erhöht die Gefahr von Gewalt und Ausbeutung für Sexarbeitende¹⁷⁵ und

122 Vgl. BGE 136 I 395, 401, E. 4.3.2; Urteil des Berner Verwaltungsgerichts VGE 20762 vom 8. Mai 2000, E. 3e/aa, BVR 1/2001, 17 ff., 23 ff.

123 BGer 1P.160/2004 vom Urteil vom 27. Januar 2005, E. 4.1; WALDMANN (Fn. 101), 160.

124 HALLER/KARLEN (Fn. 95), Rz. 584.

125 SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 22 RPG N 26; vgl. auch BGer 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005, E. 4.3 f.

126 WALDMANN (Fn. 101), 160; vgl. auch § 7 Abs. 1 der Bau- und Nutzungsordnung der Gemeinde Rothrist (AG), wo als Beispiel für Betriebe, welche unzulässige ideelle Immissionen verursachen, Sexshops und Bordelle genannt werden.

127 Städtische Bau- und Zonenordnung vom 23. Oktober 1991 mit Änderungen bis 16. Dezember 2015 (BZO ZH), AS 700.100.

128 SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 22 RPG N 27.

129 Vgl. z.B. Art. 43 LSV (Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 [LsV], SR 814.41).

130 BGE 108 Ia 140, 145 f., E. 5c/aa; BGer 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005, E. 4.3; WALDMANN (Fn. 101), 156 f.; LANER (Fn. 116), Rz. 3.492.

131 BGer 1P.771/2001 vom 5. Mai 2003, E. 9.2; BGer 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005, E. 4.2; BGer 1C_262/2007 vom 31. Januar 2008, E. 4.4.

132 BGE 108 a 140, 145 f., E. 5c/bb; BGer 1C_262/2007 vom 31. Januar 2008, E. 4.4; BGer 1C_145/2008 vom 3. Juli 2008, E. 2.4; BGE 136 I 395, 401 f., E. 4.3.3.

133 BGer 1P_771/2001 vom 5. Mai 2003, E. 9.2.

134 Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts B 2004/161 und 163 vom 31. Mai 2005, E. 4c, GVP-SG 2005 Nr. 26, 135 ff., 142; Urteil des Berner Verwaltungsgerichts VGE 21563 vom 3. Februar 2004, E. 5.4.3, BVR 10/2005, 443 ff., 453; Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts B 2007/220 vom 17. Juni 2008, E. 3.3.1.

135 Vgl. BGer 1P_191/1997 vom 26. November 1997, E. 5c; BGer 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005, E. 4.3 f.; Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts B 2004/161 und 163 vom 31. Mai 2005, E. 4c; Urteil des Solothurner Verwaltungsgerichts VWBES.2007.104 vom 9. Juli 2007 E. 2b, SOG 2007 Nr. 15.

136 BGer 1P.771/2001 vom 5. Mai 2003, E. 9.2; BGer 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005, E. 4.2; Urteil des Berner Verwaltungsgerichts vom 8. Mai 2000, E. 3e/bb, BVR 1/2001, 17 ff., 25 f.; Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts vom 6. Juli 2011, E. 2.2.1.2, GVP-SG 2011 Nr. 20, 75 ff., 77; vgl. auch WALDMANN (Fn. 101), 161; SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 22 RPG N 31.

137 BGer 1P.771/2001 vom 5. Mai 2003, E. 9.2; BGer 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005, E. 4.4; Urteil des Berner Verwaltungsgerichts VGE 21563 vom 3. Februar 2004, E. 5.4.3, BVR 10/2005, 443 ff., 453; HÄNNI (Fn. 93), 168; vgl. auch WALDMANN (Fn. 101), 161.

138 BGer 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005, E. 4.4; vgl. auch WALDMANN (Fn. 101), 160; vgl. auch Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts B 2004/161 und 162 vom 31. Mai 2005, E. 3c/bb. In dieser Entscheidung wurde die Zonenkonformität eines Grossbordells in einer Wohn-Gewerbe-Zone basierend auf einer abstrakten Immissionsbewertung bejaht.

wirkt stigmatisierend.¹⁷⁶ Repression erschwert zudem die behördliche Kontrolle des Sexgewerbes. Die Behörden (sowie auch soziale Institutionen) haben kaum Zugang zu einem Gewerbe, das durch eindämmende Massnahmen in den Untergrund gedrängt wird. Als Folge der mangelnden Kontrollmöglichkeiten können Aids- und Gesundheitsprävention kaum durchgesetzt werden. Der Schutz der öffentlichen Gesundheit, welcher durch die Regulierung der Sexarbeit erreicht werden soll, wird vereitelt. Ähnliches gilt auch für die öffentliche Ruhe und Ordnung, die ebenfalls Ziele der Sexarbeitsregulierung sind. Ein effektiver Schutz dieser Polizeigüter wird durch

gezielte Kontrolle des Gewerbes erleichtert bzw. ermöglicht. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Eindämmung des Sexgewerbes nicht zur Erreichung der Ziele beiträgt, die mit der Regulierung des Sexgewerbes erreicht werden sollen, sondern eher kontraproduktiv wirkt.

B. Ungleichbehandlung der Sexarbeit

Das Bundesgericht und Teile der Rechtsordnung anerkennen die Sexarbeit als legale und durch die Wirtschaftsfreiheit geschützte Tätigkeit, die anderen Erwerbstätigkeiten grundsätzlich gleichgestellt ist. Bei genauerer Analyse der einschlägigen Normen sowie der Rechtsanwendung erscheint das Recht in Bezug auf das Sexgewerbe aber eher ambivalent.¹⁷⁷ Erhebliche Ungleichbehandlungen sind sowohl auf den Normgeber als auch auf die rechtsanwendenden Behörden zurückzuführen.

Die ausländerrechtliche Behandlung der Sexarbeit in Bezug auf die Gleichbehandlung mit anderen Gewerben ist widersprüchlich: In Bezug auf die Anwendbarkeit der ausländerrechtlichen Normen wird die Sexarbeit einerseits anderen Berufen gleichgestellt. Die Voraussetzungen für den Nachweis einer selbstständigen Erwerbstätigkeit ist aber in keinem anderen Gewerbe derart hoch wie im Sexgewerbe.¹⁷⁸ Nach Ansicht des Bundesgerichts ist bei ausländischen Sexarbeiterinnen sogar per se von einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit auszugehen.¹⁷⁹ Gemäss LANDMANN wird das Sexgewerbe auch in Bezug auf die Wirkung der ausländerrechtlichen Bewilligungen nicht gleich wie andere Berufe behandelt: Nach seinen Erfahrungen sind Sexarbeiterinnen bereits strafrechtlich verfolgt worden, weil sie die Sexarbeit vor der Bewilligungserteilung aufgenommen haben. Dies obwohl die Aufnahmebewilligung grundsätzlich rein deklaratorischer Natur gewesen wäre.¹⁸⁰ Bei der Anwendung der ausländerrechtlichen Bestimmungen wird das Sexgewerbe folglich nicht in sämtlichen Aspekten wie andere Gewerbe behandelt. Sodann scheint, das Sexgewerbe auch im Raumplanungs- und Baurecht diskriminiert zu werden. Beispielsweise ist in der Stadt Zürich die sexgewerbliche Nutzung von Räumlichkeiten in Gebieten mit einem Wohnanteil von über 50% nicht zulässig (Art. 16 Abs. 3 BZO ZH). Bei der Anwendung dieser Bestimmung ist eine rein abstrakte Betrachtungsweise unabhängig der konkreten Immissionen massgebend;¹⁸¹ unzulässig ist deshalb sogar vollkommen ruhige und diskrete Sexarbeit.¹⁸² Für Masseurinnen oder Friseurinnen bestehen keine entsprechenden Vorschriften. Eine Masseurin bzw. eine Friseurin kann in der Stadt Zürich – unter Einhaltung der Immissionsgrenzwerte – auch in einem Gebiet mit einem Wohnanteil von über 50% ihrer

139 Dazu BGer 1C_51/2012 vom 21. Mai 2012, E. 5.5.

140 BGer 1C_499/2014 vom 25. März 2015, E. 6.3.4; LANTER (Fn. 116), Rz. 3.493.

141 BGer 1C_499/2014 vom 25. März 2015, E. 6.3.4; LANTER (Fn. 116), Rz. 3.493.

142 Vgl. dazu oben I.A Art. 199 StGB lautet: «*Wer den kantonalen Vorschriften über Ort, Zeit oder Art der Ausübung der Prostitution und über die Verhinderung belästigender Begleiterscheinungen zuwiderhandelt, wird mit Busse bestraft.*»

143 BFM (Fn. 4), 32; CEREGHETTI (Fn. 24), 60; STEINER (Fn. 25), 11 ff.; bereits teilweise etwas veraltete Übersicht über die kantonalen Regelungen vgl. BUGNON/CHIMIANTI/CHIQUET (Fn. 5), 23 ff.

144 Z.B. in den Kantonen Bern, Genf, Neuenburg, Waadt und im Tessin. Im Kanton Luzern wurde ein entsprechendes Gesetz im September 2015 verworfen (AUTOR UNBEKANNT, Parlament will kein Gesetz über die Sexarbeit, Luzerner Zeitung online vom 14. September 2015, <http://www.luzernerzeitung.ch/nachrichten/zentralschweiz/luzern/Parlament-tritt-auf-Gesetz-ueber-die-Sexarbeit-ein;art92,594842>, abgerufen am 30. März 2017).

145 Z.B. im Kanton Solothurn (§ 28 ff. Kantonales Wirtschafts- und Arbeitsgesetz vom 8. März 2015 [WAG SO] GS 940.11).

146 Vgl. auch CEREGHETTI (Fn. 24), 60.

147 Z.B. Zürich (vgl. PGVO ZH).

148 Demgegenüber betrifft BGE 136 I 395, 396 die Zonenkonformität der Sterbehilfe. Dabei geht es zwar auch um immaterielle Immissionen, die Zonenkonformität der Freitodbegleitungen wird aber nicht generell verneint. Vielmehr wird im besagten Fall eine Abwägung im Einzelfall vorgenommen.

149 WALDMANN (Fn. 101), 161.

150 BRIGITTE HÜRLIMANN, Stadtzürcher Zwischenbilanz zum Sexmilieu: Ein Prostitutions-Korsett mit Nebenwirkungen, NZZ online vom 1. April 2014, <https://www.nzz.ch/zuerich/ein-prostitutions-korsett-mit-nebenwirkung-1.18275319>, abgerufen am 7. Mai 2017.

151 So auch Bundesrat (Fn. 10), 39.

152 Der Stadtrat hat im August 2016 beschlossen, dass Salons mit zwei Räumen als bewilligungsfreie Kleinstsalons gelten sollen. Der Beschluss des Stadtrats muss nun noch vom Gemeinderat genehmigt werden und tritt frühestens im ersten Halbjahr 2017 in Kraft (Stadt Zürich Sicherheitsdepartement, Keine Gebühren mehr für Strassenprostitution, Medienmitteilung vom 16. November 2016).

Tätigkeit nachgehen. Solange eine Frau in ihrer Wohnung, alleine und selbstständig der Sexarbeit nachgeht, ohne andere Sexarbeiterinnen zu beschäftigen, sollte ihr dasselbe Recht zustehen.¹⁸³ Häufig wird auch der Begriff der ideellen Immissionen im Raum- und Bauplanungsrecht in einer die Sexarbeiterinnen benachteiligenden Art und Weise angewendet. Ideelle Immissionen haben ein grosses Diskriminierungspotential, da sie weder objektiv wahrnehmbar noch messbar sind.¹⁸⁴ Diskriminiert wird die Sexarbeit sodann in Fällen, in denen Räumlichkeiten, die einer gewerblichen Nutzung dienen, der sexgewerblichen Nutzung zugeführt werden sollen. Wurde die gewerbliche Nutzung einer Baute in einer Zone einmal zugelassen, bedarf es bei der Änderung der Gewerbeart grundsätzlich keiner neuen Bewilligung, sofern der neue Verwendungszweck der in der fraglichen Zone zugelassenen Nutzung entspricht oder sich die Änderung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Umwelt und Planung als ausgesprochen geringfügig erweist.¹⁸⁵ Dies gilt jedoch nicht für die Zuführung zu einer sexgewerblichen Nutzung; diese ist in jedem Fall, unabhängig der davon ausgehenden Auswirkungen, bei der zuständigen Behörde bewilligen zu lassen.¹⁸⁶

Die Ungleichbehandlung der Sexarbeit ist auch in den gewerbepolizeilichen Erlassen der Kantone und Gemeinden erkennbar. Die meisten dieser Vorschriften bezwecken sowohl den Schutz Dritter vor lästigen Begleiterscheinungen des Sexgewerbes als auch den Schutz der Sexarbeiterinnen, insbesondere die Verbesserung ihrer Situation in Recht und Gesellschaft.¹⁸⁷ Bereits dieser spezielle Schutz für Sexarbeiterinnen impliziert, dass das Sexgewerbe anderen Gewerben gegenüber nicht gleichgestellt ist, da in anderen Bereichen kein derartiger Anbieterschutz existiert. Daneben sollen die Erlasse aber auch den Ausstieg der Sexarbeiterinnen aus dem Gewerbe erleichtern.¹⁸⁸ Es ist nicht verständlich, weshalb das Recht den Ausstieg aus dem Sexgewerbe ermöglichen soll. Für andere Erwerbstätigkeiten wie Lehrerinnen, Köchinnen oder auch Tänzerinnen und Sportlerinnen bietet das Recht keine entsprechenden Ausstiegshilfen.¹⁸⁹ Dies erscheint gerade in Bezug auf Tänzerinnen und Sportlerinnen nicht nachvollziehbar, da ihre Tätigkeiten grosse Parallelen zur Sexarbeit aufweisen. Wie Sexarbeiterinnen bieten auch sie ihren Körper zur Erfüllung einer Dienstleistung an.¹⁹⁰ Andere gewerbepolizeiliche Vorschriften, wie bspw. die Registrierungs- oder die Bewilligungspflicht für Sexarbeiterinnen, sind ebenfalls diskriminierend.¹⁹¹ Für andere Erwerbstätigkeiten, von denen ein vergleichbares Risiko für die Abnehmer und die Bevölkerung ausgehen, wie z.B. bei Masseurinnen, bestehen keine entsprechenden Pflichten. Polizeirechtliche Berufsausübungsbewilligungen existieren zwar

für beruflichen Tätigkeiten, von denen typischerweise Gefahren ausgehen, und sind unter Beachtung der Wirtschaftsfreiheit zulässig; doch das Risiko, das von der Sexarbeit ausgeht, ist m.E. nicht so gross, als dass es einer präventiven Kontrolle bedarf. Das Sexgewerbe wird demnach durch eine Bewilligungspflicht gegenüber anderen Gewerben benachteiligt, von denen ein vergleichbares Risiko ausgeht.

153 BRIGITTE HÜRLIMANN, Eine neue Chance für die diskrete Prostitution, NZZ online vom 30. November 2016, <https://www.nzz.ch/zuerich/zuercher-gemeinderat-eine-neue-chance-fuer-die-diskrete-prostitution-ld.131821>, abgerufen am 7. Mai 2017. Der Gemeinderat hat der BZO-Revisionsvorlage am 30. November 2016 zugestimmt. Die Genehmigung der BZO-Revisionsvorlage durch die kantonale Baudirektion erfolgt voraussichtlich im Frühjahr oder Sommer 2017. Wann die revidierte BZO in Kraft tritt, ist noch nicht klar (Stadt Zürich Hochbaudepartement, Teilrevision Bau- und Zonenordnung [BZO], <https://www.sta.dz.ch/teilrevision-bau-und-zonenordnung-dt-zuerich.ch> --> Departemente --> Hochbaudepartement --> Städtebau --> Planung & Nachhaltigkeit --> Bau- und Zonenordnung --> Teilrevision Bau- und Zonenordnung, abgerufen am 27. Mai 2017).

154 BFM (Fn. 4), 34; Zürcher Stadtmission ZSM/FIZ Fachstelle für Frauenhandel und Frauenmigration/Zürcher Aidshilfe ZAH, Vernehmlassungsverfahren Prostitutionsgewerbeverordnung der Stadt Zürich, Stellungnahme vom Februar 2011, http://www.stadtmission.ch/fileadmin/user_upload/PDF/Stellungnahme_Prostitutionsverordnung.pdf, abgerufen am 7. Mai 2017, 6 und 13; ähnlich auch JOZIC (Fn. 1); MELANIE MUNOZ, Koordinatorin beim Verein Lysistrada. Prävention im Sexgewerbe Kanton Solothurn, Interview vom 9. April 2014 in Olten.

155 Vgl. BGer vom 6. Juni 2015, 2C_206/2015.

156 So auch VALENTIN LANDMANN, Interview vom 4. Mai 2015 in Zürich. Das Bundesgericht hat in der Einschränkung der Strassensexarbeit auf vier Stunden pro Tag jedoch kein *de facto* Berufsverbot gesehen, da die Frauen die Möglichkeit haben, ihrer Erwerbstätigkeit in privaten Räumlichkeiten nachzugehen (BGer 2C_206/2015 vom 6. Juni 2015, E. 4.6).

157 BFM (Fn. 30), 15 und 23 ff; Bundesrat (Fn. 10), 58; vgl. auch MARINELLO (Fn. 3), 63.

158 Vgl. SEM (Fn. 55), 34, Ziff. 3.1.1.

159 LANDMANN (Fn. 156), zu den übergangsrechtlichen Beschränkungen vgl. vorne Abschnitt I.C.2.

160 Vgl. dazu unten Abschnitt II.G.

161 Z.B. in Irland, Litauen, Malta, Schweden (de facto Verbot durch Freierkriminalisierung) (vgl. ANDREA DI NICOLA/ISABELLA ORFANO/ANDREA CAUDURO/NICOLETTA CONCI, Study on National Legislation on Prostitution and Trafficking in Woman and Children, Brüssel 2005, <http://www.europarl.europa.eu> --> European Commission --> Together Against Trafficking in Human Beings --> Publications --> Study National Legislation Prostitution and Trafficking Women and Children, abgerufen am 28. Juli 2015, 14 ff.).

162 LANDMANN (Fn. 156).

163 MARINELLO (Fn. 3), 48 f.

C. Intransparenz und Komplexität

Der Überblick über den öffentlich-rechtlichen Rahmen des Sexgewerbes hat die Komplexität der Regulierung in diesem Bereich verdeutlicht. Obwohl die Sexarbeit einzig im Strafrecht explizit geregelt ist, unterliegt sie einem

-
- 164 JOZIC (Fn. 1), THOMAS WUNDERLIN, Pauschalbesteuerte Erotik, St. Galler Tagblatt online vom 26. Januar 2015 <http://www.tagblatt.ch>, abgerufen am 7. Mai 2017. Generell ist die Pauschalierung der Quellensteuer nach Ansicht von LANDMANN (Fn. 156) jedoch zu begrüßen, weil die genaue Bezifferung des Umsatzes kaum möglich ist.
- 165 Das Vorlegen eines Businessplans als Nachweis der selbstständigen Erwerbstätigkeit entspricht seit längerem der Praxis in den Kantonen Bern und Basel-Stadt (BFM [Fn. 30], 13 und 28).
- 166 BFM (Fn. 30), 7.
- 167 A.A. MARINELLO (Fn. 3), 61.
- 168 BFM (Fn. 30), 19. Dies entspricht bereits der Praxis im Kanton Zürich (BFM [Fn. 30], 26).
- 169 Gemäss LANDMANN (Fn. 156) liess das BFM an einer Tagung sogar verlauten, dass die Sexarbeit einzuschränken sei.
- 170 BFM (Fn. 30), 24. Auch in Zürich will man mittels ausländerrechtlichen Massnahmen die Anzahl an Strassensexarbeiterinnen verringern (BFM [Fn. 30], 26).
- 171 JOZIC (Fn. 1); MUNOZ (Fn. 152); vgl. auch Bundesrat (Fn. 10), 39.
- 172 Vgl. HÜRLIMANN (Fn. 3), 7.
- 173 BFM (Fn. 4), 44; JOZIC (Fn. 1); MUNOZ (Fn. 154); vgl. auch ERICH ASCHWANDEN, Gesetze zur Prostitution. Zunehmender Druck auf den Strassenstrich, NZZ online vom 25. Februar 2013, <https://www.nzz.ch/schweiz/zunehmender-druck-auf-den-strassenstrich-1.18022047>, abgerufen am 7. Mai 2017; LANDMANN (Fn. 33), 34; Votum BOURGEOIS in: Ratssitzung Prostitutionsgewerbeverordnung (Fn. 34), 29.
- 174 In Schweden werden die Freier kriminalisiert, was *de facto* ein Verbot der Sexarbeit darstellt (HÜRLIMANN [Fn. 3], 10). Ausführlich zur Regulierung der Sexarbeit in Schweden vgl. SUSANNE DODILLET/PETRA ÖSTERGEN, The Swedish Sex Purchase Act: Claimed Success and Documented Effects, Conference paper presented at the International Workshop: Decriminalizing Prostitution and Beyond: Practical Experiences and Challenges. The Hague, March 2011, 1 ff.; ANN JORDAN, The Swedish Law to criminalize clients: A failed experiment in social engineering, in: George Washington College of law, Issue paper 4, Washington 2012, 1 ff.
- 175 DODILLET/ÖSTERGEN (Fn. 174), 22 f.; JORDAN (Fn. 174), 9 ff.; JOZIC (Fn. 1); vgl. auch HÜRLIMANN (Fn. 3), 8; ähnlich auch BGE 137 I 167, 401 ff., E. 4.3 in Bezug eine Bestimmungen im revidierten Genfer Prostitutionsgesetz. Gemäss dem Genfer Prostitutionsgesetzbedarf der Geschäftsführer eines Sexarbeitssalons oder einer Escort-Agentur das vorgängigen Einverständnisses des Immobilieneigentümers zum Betrieb eines solchen Etablissements.
- 176 JOZIC (Fn. 1); MUNOZ (Fn. 154).
- 177 Vgl. auch MARINELLO (Fn. 3), 49, in Bezug auf die Frage, ob Sexarbeit eine wirtschaftliche Erwerbstätigkeit darstellt.
- 178 Vgl. dazu oben Abschnitt I.C.2.
- 179 BGE 128 IV 170, 175 f., E. 4.2.

komplexen Regelungssystem. Die Komplexität ergibt sich allein schon daraus, dass in diesem Bereich verschiedene Rechtsgebiete, wie namentlich das Straf-¹⁹², Ausländer-, Bau- und das Raumplanungsrecht zusammentreffen, welche sich zudem an die verfassungsrechtlichen Grenzen der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sowie der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) zu halten haben. Weiter verstärkt wird die Komplexität dadurch, dass aufgrund der Kompetenzverteilung nach Art. 95 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 3 BV bzw. aufgrund von Art. 199 StGB¹⁹³ Bestimmungen sämtlicher Ebenen des Bundesstaates (Bund, Kantone und Gemeinden) zusammentreffen. Die zum Teil stark unterschiedlichen Regeln auf kantonaler und kommunaler Ebene führen zu Komplexität und Intransparenz der Regulierung. Neben den Vorschriften ist auch die Praxis der Behörden in Zusammenhang mit der Sexarbeit uneinheitlich. Die unterschiedliche Behandlung der Sexarbeit in den Kantonen und Gemeinden ist gerade in einem derart mobilen Gewerbe¹⁹⁴ problematisch.¹⁹⁵ Die Sexarbeiterinnen, die häufig aus dem Ausland kommen, und zum Teil kaum Deutsch bzw. eine andere, in der Schweiz verbreitete, Sprache sprechen, sind auf zuverlässige Informationen und ihnen verständliche Regeln angewiesen.¹⁹⁶ Hinzu kommt, dass sich die Sexarbeiterinnen meist in einer wirtschaftlichen Notsituation befinden. Ein komplexes Regelungssystem und Intransparenz führen zu deshalb – noch stärker als in anderen Bereichen – zu Rechtsunsicherheit¹⁹⁷ und drängen die Betroffenen in die Abhängigkeit Dritter.¹⁹⁸ Dadurch wird ihre Handlungsfreiheit beeinträchtigt, welche gerade Schutzobjekt des geltenden Sexualstrafrechts bildet. Sexarbeiterinnen, die aufgrund der Komplexität und Intransparenz des Regelungssystems nicht über die für die legale Ausübung der Sexarbeit notwendige Aufenthaltsbewilligung verfügen, aber trotzdem in der Schweiz tätig sind, üben ihre Tätigkeit illegal und schwarz aus.¹⁹⁹ Durch die Schwarzarbeit werden wiederum Abhängigkeitsverhältnisse und Ausbeutungssituationen begünstigt.²⁰⁰ Die regionalen Unterschiede in der Sexarbeitsregulierung fördern dadurch den illegalen Sexmarkt.²⁰¹ Ausserdem führen sie dazu, dass sich das Sexgewerbe regional auf einzelne Gebiete verlagert, in denen die rechtlichen Hindernisse für die Ausübung der Sexarbeit am geringsten sind.²⁰²

D. Selbstständige vs. unselbstständige Sexarbeit

Die Zulässigkeit der unselbstständigen Sexarbeit ist in der Schweiz umstritten. Die Frage ist von grosser Relevanz, weil sie sich auf verschiedene Rechtsgebiete, wie

namentlich das Ausländerrecht, auswirkt.²⁰³ Die Zulässigkeit unselbstständiger Sexarbeit wird in diesem Beitrag nicht weiter behandelt,²⁰⁴ vielmehr liegt der Fokus auf deren Bedeutung für den rechtlichen Rahmen des Sexgewerbes.

Die Unklarheit der Frage, ob die unselbstständige Sexarbeit zulässig ist, führt dazu, dass keine rechtsgebietsübergreifende Definition selbstständiger bzw. unselbstständiger Sexarbeit besteht. Vielmehr wird in jedem Rechtsgebiet ein Konstrukt geschaffen, um die Anwendbarkeit des betroffenen Rechtsgebiets zu beurteilen.²⁰⁵ Gleiches gilt für den Begriff des Arbeitgebers. Im Ausländerrecht wird von einem faktischen und daher sehr weitgehenden Arbeitgeberbegriff ausgegangen.²⁰⁶ Dies führt dazu, dass beinahe jede Sexarbeiterin als unselbstständig und jeder Etablissementsbetreiber als Arbeitgeber i.S. des Ausländerrechts qualifiziert wird.²⁰⁷ Im Sozialversicherungsrecht gilt hingegen nur als Arbeitgeber, wer Arbeitnehmer in einem Subordinationsverhältnis beschäftigt und entlohnt, wobei primär das Ausrichten des massgebenden Lohns begriffsnotwendig ist (vgl. Art. 11 ATSG²⁰⁸).²⁰⁹ Die Frage, ob eine Sexarbeiterin selbstständig oder unselbstständig tätig ist, kann deshalb nicht generell beantwortet, sondern muss bezüglich jeder Rechtsfrage neu beurteilt werden.²¹⁰ Diese Ambiguität schafft bei den Betroffenen Rechtsunsicherheit²¹¹ und führt schliesslich zu einer Schwächung der Stellung der Sexarbeiterinnen.

Diese Rechtslage führt dazu, dass obwohl zivilrechtlich kein gültiges Arbeitsverhältnis zustande kommen kann (in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wurde der Prostitutionsvertrag bisher als sittenwidrig und damit nichtig nach Art. 20 Abs. 1 OR²¹² beurteilt), ein Bordellbetreiber im Ausländerrecht als Arbeitgeber qualifiziert wird.

III. Fazit

Die rechtliche Regelung der Sexarbeit in der Schweiz weist einige Defizite auf. Insbesondere wird das Sexgewerbe durch versteckte Repressionen im Bereich des Ausländer- (kantonale Praktiken zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligungen gemäss FZA) sowie des Bau- und Raumplanungsrechts (bspw. Nutzungspläne, welche die sexgewerbliche Nutzung generell ausschliessen, die Anwendung des Begriffs der immateriellen Immissionen sowie Baubewilligung bei Umnutzung in sexgewerbliche Nutzung) sowie komplexe und intransparente rechtliche Rahmenbedingungen in den Untergrund gedrängt und illegalisiert. Die Praxis der Behörden bei der Anwendung des Ausländer- sowie des Raumplanungs- und Baurechts

erweckt den Eindruck, als würden diese Rechtsgebiete als Instrumente zur Steuerung der Sexarbeit missbraucht.²¹³ Die Behebung dieser Defizite würde als logische Konsequenz zu einer Abnahme der illegalen Sexarbeit führen. Die legale Sexarbeit würde die illegale vom Markt drän-

180 LANDMANN (Fn. 156); zur Natur der Aufenthaltsbewilligung vgl. vorne Abschnitt I.C.2.

181 WALDMANN (Fn. 101), 161.

182 HÜRLIMANN (Fn. 150).

183 HÜRLIMANN (Fn. 3), 15.

184 Vgl. dazu vorne Abschnitt I.C.3.

185 BGE 110 Ib 264, 265, E. 3; BGE 113 Ib 219, 222 f., E. 4d; TSCHANNEN (Fn. 104), Art. 22 RPG N 12 f.; SHK-WALDMANN/HÄNNI, Art. 22 RPG N 17.

186 LANDMANN (Fn. 156), so z.B. in der Stadt Zürich (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. d PGVO ZH); vgl. z.B. auch BGer 1P.771/2001 vom 5. Mai 2001, E. 3.3.

187 Vgl. LANDMANN (Fn. 33), 14; so z.B. Art. 1 PGG BE (Kantonales Gesetz über das Prostitutionsgewerbe vom 7. Juni 2012 [PGG BE], BSG 935.90); Art. 1 LProst GE (Loi sur la prostitution vom 17. Dezember 2009 [LProst GE], rs/GE I 2 49); Art. 1 PGVO ZH; ähnlich auch § 1 E-SAG LU (Regierungsrat Kanton Luzern [Fn. 1], 20 f.).

188 SUSANNE SCHMETKAMP im Interview mit PHILIPPE ZWEIFEL, «Ein Verbot untergräbt die Autonomie der Sexarbeiterinnen», Tagesanzeiger online vom 27. November 2012 <http://www.tagesanzeiger.ch>, abgerufen am 7. Mai 2017; vgl. LANDMANN (Fn. 33), 14.

189 LANDMANN (Fn. 33), 14.

190 SCHMETKAMP (Fn. 188), ähnlich auch LANDMANN (Fn. 33), 14 f.; RENZIOWSKI (Fn. 33), Rz. 56.

191 Vgl. LANDMANN (Fn. 156); JULIA NEHMIZ, Kein Register für das Milieu, St. Galler Tagblatt online vom 8. März 2015, <http://www.tagblatt.ch/ostschweiz-am-sonntag/ostschweiz/Kein-Register-fuer-das-Milieu;art304158,4152850>, abgerufen am 7. Mai 2017.

192 Art. 195 und Art. 199 StGB, die in diesem Beitrag nicht eingehender thematisiert werden.

193 Art. 199 StGB setzt das Bestehen kantonaler Vorschriften über die Ausübung der Prostitution voraus und ordnet für einen Verstoß dagegen eine bundesstrafrechtliche Sanktion an.

194 BGE 137 I 167, 189, E. 8.3; Regierungsrat Kanton Luzern (Fn. 1), 6; GÉRALDINE BUGNON/LAURA CHIMIENTI, Sexmarkt in der Schweiz. Kenntnisstand, Best Practices und Empfehlungen. Teil 1: Literaturübersicht, Genf 2009, 7; RÜEGGER (Fn. 2), 407; JOZIC (Fn. 1); MUNOZ (Fn. 154); vgl. auch MARINELLO (Fn. 3), 60 und 64.

195 JOZIC (Fn. 1); MARINELLO (Fn. 3), 64; vgl. auch BJ (Fn. 10), 132.

196 JOZIC (Fn. 1); LANDMANN (Fn. 33), 15.

197 MARINELLO (Fn. 3), 64.

198 Vgl. JOZIC (Fn. 1); LANDMANN (Fn. 33), 15.

199 Zum Begriff der Schwarzarbeit HEINZ HELLER, Schwarzarbeit: Das Recht der Illegalen unter besonderer Berücksichtigung der Prostitution, Zürich 1999, 4 f. und 7; mit besonderer Berücksichtigung der Prostitution vgl. 135 ff.

200 Regierungsrat Kanton Luzern (Fn. 1), 2.

gen, da weder Bordellbesitzer noch Freier bereit wären, die Risiken der illegalen Sexarbeiterinnen auf sich zu nehmen.²¹⁴ Vermehrte legale Sexarbeit würde nicht nur die Erreichung der Ziele der Sexarbeitsregulierung fördern, sondern bspw. auch die Schwarzarbeit in diesem Gewerbe eindämmen, was für den Staat weitere Vorteile

mit sich bringen würde.²¹⁵ Zusammengefasst kann gesagt werden, dass die Vermeidung von Repression sowie ein transparenter und verständlicher Rechtsrahmen im Bereich des Sexgewerbes und die damit verbundene Legalisierung des Sexgewerbes für sämtliche Beteiligten wünschenswert wäre.

Die Sexarbeit ist in der Schweiz eine legale Erwerbstätigkeit; es ist zu fordern, dass deren Einschränkungen sachlich gerechtfertigt und verhältnismässig sind. Dabei sind die Auswirkungen auf Umwelt und Gesellschaft sowie die Gefahren, die von der Sexarbeit ausgehen, zu berücksichtigen.

Wie dargestellt, wird die Sexarbeit in vielen Aspekten anderen Gewerben gegenüber diskriminiert. In einzelnen Fragen wird sie jedoch mit anderen Berufen gleichgestellt. Zu nennen ist etwa die Anwendung des Sozialversicherungsrechts. Das durch die Sexarbeit erzielte Einkommen gilt als Erwerb i.S. des Sozialversicherungsrechts²¹⁶, entsprechend sind die Sexarbeiterinnen sozialversicherungspflichtig.²¹⁷ Durch die ambivalente Behandlung der Sexarbeit im Schweizer Recht wird der Eindruck einer Doppelmoral geweckt. Gleiches scheint nicht in sämtlichen Aspekten des Rechts gleich behandelt zu werden. Die Gleichstellung in sämtlichen Aspekten des Rechts hätte weitreichende Konsequenzen. So würde die ausnahmslose Gleichstellung bspw. bedeuten, dass staatliche Behörden einer arbeitslosen Sexarbeiterin eine neue Stelle zu vermitteln hätten. Würde die Behörde auch Stellen im Sexgewerbe vermitteln, wozu sie bei völliger Gleichstellung des Sexgewerbes grundsätzlich verpflichtet wäre, könnte sie sich wegen Förderung der Prostitution nach Art. 195 StGB strafbar machen. Ob sich diese absolute Gleichstellung des Sexgewerbes in absehbarer Zeit durchsetzen wird, ist zumindest zweifelhaft.

Die Beseitigung der rechtlichen Schranken der Sexarbeit scheint zur Erreichung der Regulierungsziele (Schutz der Sexarbeiterinnen, Schaffung hygienischer Verhältnisse und Schutz der öffentlichen Ruhe und Ordnung) und aus Gründen der Gleichbehandlung der Sexarbeiterinnen am zweckmässigsten. Zum anderen sind Rechtsnormen, welche im Zusammenhang mit der Sexarbeit relevant sind, diese aber nicht explizit betreffen, nicht übermässig restriktiv anzuwenden. Dass eine derart liberale Ordnung im Sexmarkt in näherer Zukunft durchgesetzt werden kann, ist jedoch zweifelhaft. Alternativ ist der Erlass eines bundesweit einheitlichen Erlasses betreffend Sexarbeit gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV bzw. eines kantonalen Konkordats zu prüfen.²¹⁸ Dabei ist aber zwingend das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen, um repressive Vorschriften zu vermeiden und die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV zu gewähren. Jedenfalls sind die Gegebenheiten und Entwicklungen auf

-
- 201 RENZIKOWSKI (Fn. 33), Rz. 21; JOACHIM RENZIKOWSKI, Plädoyer für eine gewerberechtliche Reglementierung der Prostitution, in: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), *Regulierung von Prostitution und Prostitutionsstätten – ein gangbarer Weg zur Verbesserung der Situation der Prostituierten und zur nachhaltigen Bekämpfung des Menschenhandels?*, 2. Aufl., Berlin 2012.
- 202 Vgl. DORE HEIM, Round-Table: Expertinnen-Diskussion. Interview mit Andrea Gisler und Sandra Plaza, Bulletin 02/11, <http://www.frauenzentrale-zh.ch> --> Bulletin --> Archiv --> Bulletin 2/11, abgerufen am 7. Mai 2017, 7.
- 203 Vgl. dazu oben Abschnitt I.C.2; so auch Bundesrat (Fn. 10), 19; BÜSCHI (Fn. 1), 25.
- 204 Vgl. dazu z.B. BGer 9C_246/2011 vom 22. November 2011, E. 3 und 6; BGer 9C_347 vom 3. Juli 2013, E. 5.3; BGE 140 II 460, 468 f., E.4.2; BJ (Fn. 10), 125 ff.; MARINELLO (Fn. 3), 51 ff.
- 205 BFM (Fn. 4), 16; BJ (Fn. 10), 124; vgl. auch Bundesrat (Fn. 10), 19.
- 206 BGE 128 IV 170, 174 f., E. 4.1; Urteil des BGer 6S.102/2007 vom 20. März 2014, E. 2.4.2; BGE 137 IV 159, 162 f., E. 1.4; BJ (Fn. 3), 125; MARINELLO (Fn. 3), 50; vgl. auch Bundesrat (Fn. 10), 19 f.
- 207 Vgl. BGE 128 IV 170, 175 f., E. 4.2; SEM (Fn. 55), 34, Ziff. 3.1.1.
- 208 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG), SR 830.1.
- 209 UELI KIESER, Kommentar ATSG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, Art. 11 N 3.
- 210 BJ (Fn. 3), 124; MARINELLO (Fn. 3), 50; vgl. auch Bundesrat (Fn. 10), 19.
- 211 Vgl. auch BERTSCHI (Fn. 28), 25 f.
- 212 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR), SR 220.
- 213 Vgl. z.B. die Aussage des Bundesrats, wonach der Rotlichtproblematik nicht ausschliesslich mit ausländerrechtlichen Massnahmen begegnet werden könne (Bundesrat [Fn. 10], 25).
- 214 HÜRLIMANN (Fn. 3), 17; vgl. auch NANE GEEL/SUSANNE GRESSER/MARIA JOZIC/DOBRIAL GEIGER, MariaMagdalena Tätigkeitsbericht 2012, <http://www.sg.ch> --> Gesundheit --> Kantonsärztlicher Dienst --> MariaMagdalena --> Tätigkeitsberichte --> Tätigkeitsbericht 2012, abgerufen am 7. Mai 2017, 5.
- 215 Z.B. würde die Höhe der entgangenen Steuereinnahmen reduziert, da in der Regel nur legal tätige Sexarbeiterinnen ihr Einkommen versteuern. Dies obwohl die Steuerpflicht grundsätzlich auch für illegal tätige existiert (vgl. Bundesrat [Fn. 10], 34, der im Zusammenhang mit der Steuerpflicht nicht zwischen legaler und illegaler Sexarbeit unterscheidet). Zum Zusammenhang zwischen illegaler Sexarbeit und Schwarzarbeit vgl. HELLER (Fn. 199), 4 und 19.

dem Sexmarkt zu beobachten, um Tendenzen frühzeitig zu erkennen und mit veränderten Rahmenbedingungen darauf reagieren zu können.²¹⁹ Eine Harmonisierung des Rechtsrahmens ist immerhin insofern zu gewähren, als dass auch bei den geltenden Regeln eine einheitliche Durchsetzung der Kantone sichergestellt werden sollte.²²⁰

Abschliessend bleibt es zu hoffen, dass sich der derzeitige Trend in Richtung zusätzlicher Vorschriften nicht weiter durchsetzen wird, sondern ein liberalerer Ansatz zur Regulierung der Sexarbeit gewählt werden wird.

216 Zum Einkommen im Sinne des Sozialversicherungsrechts vgl. THOMAS LOCHER/THOMAS GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl., Bern 2014, § 21 Rz. 1 ff.; ALFRED MAURER, Bundessozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1994, 115 f.; GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Basel 2012, § 12 Rz. 141 ff.

217 HÜRLIMANN (Fn. 38), 124 und 126 ff.; HÜRLIMANN, Freiwillige Prostitution. Nicht Sittenwidrig, plädoyer 2/2004, 33 ff., 34; HÜRLIMANN (Fn. 3), 12; vgl. auch BGE 111 II 295, 300 f., E. 2d f.; in BGer 9C_246/2011 vom 22. November 2011 ist unstrittig, dass es sich beim Erwerb der Sexarbeiterin um einen Erwerb im Sinne des Sozialversicherungsrechts handelt, strittig ist einzig, ob dieser aus einer selbst- oder unselbstständigen Tätigkeit stammt.

218 Die Erfahrungen aus Deutschland, wo 2002 ein nationales Prostitutionsgesetz eingeführt worden ist, zeigen, dass ein bundesweiter Erlass Vor- und Nachteile mit sich bringt (zu den Erfahrungen mit dem Deutschen Prostitutionsgesetz vgl. RENZIKOWSKI [Fn. 33], Rz. 61 ff.).

219 Vgl. LANDMANN (Fn. 33), 40.

220 So auch Bundesrat (Fn. 10), 25, in Bezug auf die Anwendung der ausländerrechtlichen Massnahmen.