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 Kuźniar / 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



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 Abonnementsperiode 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.

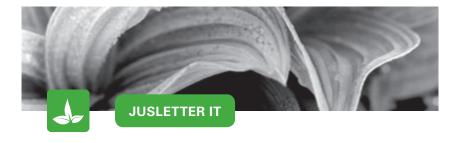
Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike 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-, Unterstützungsund 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 prostituierende Person und dessen Abbild im Recht	n
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

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

Rückblick, Standortbestimmung und Ausblick

Maria Schultheiss*

SCHLAGWÖRTER Prostitution – Sittlichkeit – Sexualstrafrecht – Selbstbestimmungsrecht

ZUSAMMENFASSUNG Der sich im Laufe der Zeit verändernde gesellschaftliche Umgang mit Prostitution fand auch

im Recht Niederschlag: Während die sich prostituierende Person zeitweise als unsittlich und deviant kriminalisiert wurde, wird sie in den konträren, gegenwärtig in Europa prominenten Regelungsmodellen entweder als Opfer gesellschaftlicher Missstände viktimisiert oder aber als

selbstbestimmte Erwerbstätige angesehen.

RÉSUMÉ Au fil du temps, la perception sociale de la prostitution s'est modifiée en profondeur. Ces attitudes

sociétales se reflètent dans le droit : pendant longtemps, la personne travaillant dans la prostitution était criminalisée en raison d'immoralité ou de déviance. Aujourd'hui, dans les approches juridiques répandues en Europe, elle est considérée soit comme victime d'injustices sociales ou au contraire

comme travailleuse autodéterminée.

ABSTRACT The societal perception of prostitution has significantly changed over the course of time, which has

been reflected in the respective regulatory approaches: At times, the person working in prostitution was criminalized on grounds of immorality or deviance. At present, regulation of sex work in Europe conceives sex workers either as victims of social injustice, or – contrarily – as self-determined

working population.

I. Einleitung

Der vorliegende Artikel soll im Sinne einer Übersicht den Wandel des gesellschaftlichen Verständnisses der sich prostituierenden¹ Person in der Schweiz aufzeigen und analysieren, wie sich der gesellschaftliche Umgang mit Prostitution im Recht niederschlug. Es wird eine Bestandsaufnahme der gegenwärtig in Europa vertretenen Regelungsmodelle und der dahinterstehenden politischen Ziele gemacht, bevor schliesslich ein Ausblick auf den weiteren rechtlichen Umgang mit Sexarbeit in der Schweiz gewagt wird.

II. Rückblick

A. Von der Antike bis zum Mittelalter

Bereits im antiken Griechenland und Rom existierten Formen des Sexkaufs. In staatlichen oder privaten Bordellen wurden rechtlose Sklavinnen gewerbsmässig ausgebeutet, daneben boten freie Frauen mit Tanz und Gesang nackt oder in durchsichtigen Gewändern Festunterhaltung oder dienten als angesehene und gut ausgebildete Mätressen.² Die patriarchalen Gesellschaftsstrukturen drückten sich auch in den damaligen sexuellen Verhaltensnormen aus: Sexualität diente ausschliesslich dem Lustgewinn des Mannes durch die passive Partnerin.³ Die hochbewertete Jungfräulichkeit vor und Keuschheit der Frau während der Ehe stand der gesellschaftlichen Nachsicht für sexu-

- 1 Angesichts der negativen Konnotation des Begriffs der Prostitution wird im Folgenden von Sexarbeit gesprochen, sofern die selbstbestimmte und freiwillig ausgeübte Erbringung von sexuellen Dienstleistungen gegen Entgelt gemeint ist. Zur Verwendung der Begrifflichkeiten siehe auch Jannick Koller, Defizite in der öffentlich-rechtlichen Regulierung der Sexarbeit in der Schweiz, ex ante 1/2017, Fn. 1, m.w.H.
- 2 JÜRG KRUMM, Die Zukunft des Prostitutionsstrafrechts, Diss. Universität Zürich 2014, 36 f.; ausführlich Bettina Eva Stumpp, Prostitution in der römischen Antike, Berlin 2001, 22 ff.
- 3 STUMPP (Fn. 2), 212 f.

^{*} Maria Schultheiss, MLaw, wissenschaftliche Assistentin am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern, Vorstandsmitglied Verein XENIA – Fachstelle Sexarbeit.

elle Experimente des Mannes gegenüber.⁴ Prostitution wurde als Notwendigkeit, als gesellschaftlicher Stabilitätsfaktor, angesehen. Das römische Recht pönalisierte die Prostitution zwar nicht, bezeichnete sie aber als ehrlosen Berufsstand, dessen Angehörige verschiedene zivilrechtliche Diskriminierungen zu dulden hatten.⁵ So konnten Ehrlose⁶ beispielsweise keine rechtsgültige Ehe mit freien Personen eingehen und ihre Fähigkeit, Erbschaften zu erhalten, war eingeschränkt.⁷ Dessen ungeachtet eröffnete sich der Staat mit der Einführung der Abgabe auf den Dirnenlohn eine rentable Steuerquelle, deren Bewirtschaftung die Kontrolle und Registrierung der Prostituierten erforderlich machte.⁸

32

Während die Prostitution in der Antike für die männlichen Konsumenten noch kaum als anstössig galt, wurde deren Verrichtung und Inanspruchnahme im Zuge der Christianisierung zwar als Sünde verpönt, aber weiterhin toleriert. Im Verständnis der damaligen Zeit diente die Prostitution dem männlichen Bedürfnis nach vor- und ausserehelichem Geschlechtsverkehr und schützte damit die ehrbaren Frauen vor Belästigungen.9 Dieser Gedanke prägte auch im Mittelalter den gesellschaftlichen Umgang mit Prostitution: Sie wurde geächtet, aber geduldet.¹⁰ Die Prostituierten boten ihre Dienste damals insbesondere in sogenannten Frauenhäusern¹¹ an und mussten sich strengen Registrierungs-, Aufenthalts- und Kleidervorschriften¹² unterwerfen. Diese mochten vordergründig der Erkennung und einer gewissen sanitären Kontrolle dienen, wirkten sich aber auch stark stigmatisierend aus, indem sie die gesellschaftliche Ausgrenzung und die Abgrenzung der «unehrlichen» Dirne gegenüber der ehrbaren Frau ermöglichten. Besonders krassen Ausdruck fand die Pathologisierung von Prostituierten in den Lehren CESARE LAMBROSOS, welcher die «geborenen Dirnen» als «Weiber, die kein Schamgefühl, keine Empfindung für das Schimpfliche des Lasters haben», beschrieb, welche «zu allem Verbotenen durch einen perversen Geschmack sich hingezogen fühlen» und sich prostituierten, «weil es ihnen gestattet, ohne Arbeit sorglos zu leben».¹³

B. Reformation und Aufklärung

Im 16. Jahrhundert schwächten die reformatorische Sexualmoral und die epidemische Ausbreitung von Syphilis das Prostitutionsgewerbe stark. ¹⁴ Strenge Sittengesetze und Gesundheitsvorschriften führten in der Folge zur Schliessung der bisher geduldeten Frauenhäuser ¹⁵ und zum Aufkommen anderer, illegaler und unkontrollierter Prostitutionsformen. ¹⁶ Mit der Reformation und dem aufklärerischen Verständnis, dass Strafrecht nicht Sünde, sondern Brüche der weltlichen Gesetzesordnung zu ahnden habe, trat der Sittlichkeitsgedanke in den Hintergrund und die Regelung der Prostitution fand fortan vordergründig aus dem Blickwinkel des Gesundheitsschutzes und der polizeilichen Kontrolle statt.¹⁷ Während Strassen- und unregistrierte Winkelprostitution streng geahndet wurden, war die einfacher zu kontrollierende Bordellprostitution weithin zulässig oder wurde zumindest toleriert.¹⁸ Gleich wie die mittelalterliche Reglementierung bezweckten die Massnahmen der frühen Neuzeit weiterhin, durch die Duldung des Prostitutionsgewerbes die sittliche Öffentlichkeit, insbesondere die keusche Bürgerin, vor der unkontrollierbaren männlichen Sexualität zu schützen und durch sanitäre Zwangskontrollen der Prostituierten die Ausbreitung von Geschlechtskrankheiten zu verhindern.19 Dass die einschneidenden behördlichen Massnahmen ausschliesslich die Prostituierten und in minderem Mass die Bordellbetreibenden - nicht

- 4 STUMPP (Fn. 2), 215 ff.
- 5 Stumpp (Fn. 2), 250 f.
- 6 Nebst Prostituierten und Zuhälter_innen zählten auch Schauspieler_innen, Gladiatoren oder konkursite Personen zu den Ehrlosen, siehe STUMPP (Fn. 2), 251.
- 7 STUMPP (Fn. 2), 251.
- 8 STUMPP (Fn. 2), 256 ff.
- 9 KATRIN MALKMUS, Prostitution in Recht und Gesellschaft, Diss. Universität Frankfurt a.M. 2005, 24 f.
- 10 Ausführlich zur Prostitution im Mittelalter siehe Jacques Rossiaud, La prostitution médiévale, Paris 1988.
- 11 Malkmus (Fn. 9), 22 f.
- 12 So ordnete zum Beispiel eine züricherische Ratserkenntnis aus dem Jahr 1313 an, «dass ein jegliches Fröwelin, die in offen Hüsern sitzend und die Wirtin die sie behaltend, tragen soln, wenn sie für die Herberge get, ein rotes Käppeli übertwerch auf dem Haupte und soll das Käppeli sin zusammengenäht.», zitiert nach Heinrich Escher, Die Rechtsverhältnisse, der Einfluss und die Sitten der Frauen, in den Gegenden, welche jetzt das Gebiet der schweizerischen Eidgenossenschaft bilden, in der zweiten Hälfte des Mittelalters nach Urkunden, Aarau 1870, 70.
- 13 CESARE LAMBROSO, Das Weib als Verbrecherin und Prostituirte, Hamburg 1894, 550, https://archive.org/details/dasweibalsverbr00kuregoog, abgerufen am 31. März 2017.
- 14 Malkmus (Fn. 9), 31 ff.
- 15 Dazu ausführlich Beate Schuster, Die freien Frauen. Dirnen und Frauenhäuser im 15. und 16. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1995, 358 ff.
- 16 Malkmus (Fn. 9), 33.
- 17 MALKMUS (Fn. 9), 35 ff.
- Z.B. im Strafgesetzbuch des Kantons Zürich vom 1. Februar 1871, welches gemäss § 122 gewisse Formen der Kuppelei als Antragsdelikt lediglich auf Verlangen des Gemeinderats ahndete; Eugen Meier, Die Behandlung der Prostitution im schweizerischen Strafrecht, Diss. Universität Zürich 1948, 31 f.
- 19 DOMINIQUE PUENZIEUX/BRIGITTE RUCKSTUHL, Medizin, Moral und Sexualität, Die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten Syphilis und Gonorrhöe in Zürich 1870–1920, Zürich 1994, 37 f.

aber die Freier trafen, entsprach der damaligen Überzeugung, dass Geschlechtskrankheiten im Milieu der Prostitution besonders leicht übertragen würden und Männer zur risikolosen Inanspruchnahme von Prostitution berechtigt seien.²⁰

Gegen den im Lichte der öffentlichen Gesundheitspflege eingeführten behördlichen Reglementarismus – verstanden als staatliche Billigung der Prostitution – bildete sich bald eine starke Opposition: Ausgehend von England²¹ verbreitete sich die abolitionistische Idee, wonach die diskriminierenden, sich ausschliesslich gegen die (weiblichen) Prostituierten richtenden Gesetze abgeschafft und die betroffenen Frauen von sexueller Ausbeutung befreit

- 20 Siehe ausführlich zur «Hygienisierung der Prostitution» PUENZIEUX/RUCKSTUHL (Fn. 19), 33 ff.
- 21 England vorher ohne jegliche Reglementierung der Prostitution führte 1864 und 1866 die sog. Contagious Diseases Acts ein, welche sanitätspolizeiliche Regelungen für bestimmte Hafen- und Garnisonstädte, wo das Prostitutionsgewerbe besonders stark vertreten war, vorsahen. Eine Kampagne der Ladies National Association führte schliesslich zur Abschaffung der Acts und zur Gründung der Internationalen Föderation zur Bekämpfung der staatlich regulierten Prostitution. Siehe hierzu ausführlich NILS JOHAN RINGDAL, Die neue Weltgeschichte der Prostitution, München 2006, 299 ff.
- 22 BEATRIX MESMER, Ausgeklammert Eingeklammert, Frauen und Frauenorganisationen in der Schweiz des 19. Jahrhunderts, Basel 1988, 158 f.; PUENZIEUX/RUCKSTUHL (Fn. 19), 110 ff.
- 23 Ausführlich Puenzieux/Ruckstuhl (Fn. 19), 57 ff.
- 24 PUENZIEUX/RUCKSTUHL (Fn. 19), 66 ff.
- 25 Mesmer (Fn. 22), 159 f.
- 26 Insbesondere im Kanton Zürich im Jahr 1895 durch die (erfolgreiche) sog. Sittlichkeitsinitiative zur Änderung des Zürcher Strafgesetzbuches; Theodor Weiss, Die Prostitutionsfrage in der Schweiz und das Schweizerische Strafgesetzbuch, Bern 1906, 74 ff. und Meier (Fn. 18), 38 ff.
- 27 Einen historischen Überblick über die kantonalen Regelungen zur Prostitution vor dem eidgenössischen Strafgesetzbuch bietet MEIER (Fn. 18), 29 ff.
- 28 FRIEDRICH SCHMID, Die Prostitution und die venerischen Krankheiten in der Schweiz. Bericht für die internationale Konferenz zur Verhütung der Syphilis und der venerischen Krankheiten in Brüssel, in: Jadassohn/Schmid (Hrsg.), Prostitution und venerische Krankheiten, Bern 1900, 1 ff.
- 29 In den Kantonen Uri, Luzern und Graubünden waren sogenannte Unzuchtsdelikte für Frau und Mann strafbar; Meier (Fn. 18), 60 f.
- 30 MEIER (Fn. 18), 62.
- 31 MEIER (Fn. 18), 64. So gaben namentlich das Comité international des Dames de la Fédération und der Zürcher Frauenbund zur Hebung der Sittlichkeit Eingaben zur Regelung der Unzuchtsdelikte ein; WEISS (Fn. 26), 161.
- 32 CARL STOOSS, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Vorentwurf mit Motiven im Auftrage des schweizerischen Bundesrates, Basel 1894, 192.

werden sollten.²² In der Deutschschweiz nahm eine starke, massgeblich von bürgerlichen Frauen getragene Sittlichkeitsbewegung diesen Gedanken auf.23 Mit einem eher moralischen denn emanzipatorischen Verständnis griffen zahlreiche Ortsvereine «zur Hebung der Sittlichkeit» zwar die herrschende Doppelmoral bezüglich der männlichen und weiblichen Sexualität an, forderten hingegen nicht gleiche Freiheiten für die Frauen oder grösseren Schutz der Prostituierten, sondern ebenso strenge moralische Massstäbe für die Männer.²⁴ Mit christlicher Hilfstätigkeit für «gefährdete Mädchen»²⁵ und mittels Einflussnahme auf die Politik²⁶ wurde darauf hingewirkt, die Prostitution als Sinnbild der moralischen Verschmutzung abzuschaffen. Der bisher medizinisch-technisch geführte Diskurs ist damit zu einer breitenwirksamen Debatte über Sittlichkeit geworden.

C. Im 20. Jahrhundert

1. Das erste eidgenössische Strafgesetzbuch

Während die kantonalen Regelungen zur Prostitution im Laufe der Zeit einem grossen Wechsel unterlagen,²⁷ überwog zum Ende des 19. Jahrhunderts die sogenannt pönalistische Haltung: Im Jahr 1899 ist die Prostitution als gewerbsmässige Unzucht in den Kantonen Bern, Luzern, Obwalden, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt, Schaffhausen, St. Gallen, Graubünden, Tessin, Waadt und Wallis ausdrücklich und unter Strafe verboten.²⁸ Im Gegensatz zur sich prostituierenden Frau ging der Freier als blosser Teilnehmer in den meisten Kantonen straflos aus.²⁹ In grossen Teilen der Romandie blieb die Prostitution straflos; in den meisten Kantonen wurde sie zumindest administrativ bekämpft oder es wurden ihre Begleiterscheinungen, wie beispielsweise der Strichgang oder die Anlockung zur Unzucht, strafrechtlich erfasst.³⁰

Der Einfluss der Sittlichkeitsbewegung blieb auch bei den Vorarbeiten zum ersten eidgenössischen Strafgesetzbuch spürbar. CARL STOOSS, der Redaktor der Vorentwürfe, hat sich massgeblich von den Eingaben verschiedener Sittlichkeitsvereine leiten lassen.³¹ Bezüglich die selbständige Prostitution stellte er in seinen Motiven zum ersten Vorentwurf fest, dass «ein Frauenzimmer, das durch Verführung oder eigenen Leichtsinn sittlich gesunken ist, das auf sich selbst angewiesen ist, dem die Eltern oder Verwandten keine moralische Stütze bieten, das wenig oder nichts gelernt hat und für keinen Beruf tüchtig ist, [...] mit fast unwiderstehlicher Gewalt dem Laster zugeführt und dazu angetrieben [wird], sich durch Unzucht zu erhalten.»³² Eine Bestrafung der sich prostituierenden Frau sei deshalb nicht zielführend, würden doch die Verhältnisse «durch eine Schmälerung der Geldmit-

tel» nur noch schwieriger.³³ Die Prostitution an sich blieb deshalb nach dem neuen allgemeinen Strafgesetzbuch der Schweiz straflos, jedoch wurden ihre der öffentlichen Sittlichkeit zuwiderlaufenden Begleiterscheinungen für strafbar erklärt, da «[d]er Grundsatz, dass die Frauensperson über ihren Körper frei soll verfügen können», keinesfalls bedinge, dass «die anständigen Leute darunter leiden müssen».34 In diesem Sinne wurde die – zunächst missverständlicherweise³⁵ unter dem Titel «Verbrechen gegen die geschlechtliche Sittlichkeit und Freiheit» und dem Randtitel « Gewerbsmässige Unzucht»³⁶ geführte -«Belästigung durch gewerbsmässige Unzucht» als Übertretung gelistet.³⁷ Auch die Werbung um Kunden durch «Anlockung zur Unzucht» 38 und die «Veröffentlichung von Gelegenheiten zur Unzucht»39 wurden mit Haft oder Busse belegt. Als Verbrechen eingeordnet wurden hingegen die Zuhälterei, die Kuppelei, insb. der Bordellbetrieb, und der Frauen- und Kinderhandel zu Unzuchtszwecken.⁴⁰ Die Absicht des Gesetzgebers war damit nicht etwa die von den Pönalist innen verlangte Abschaffung der Prostitution, sondern deren Einschränkung und Zurückdrängung in die Verborgenheit.41

34

Zusammenfassend statuierten die Bestimmungen zur Prostitution im ersten schweizerischen Strafgesetzbuch einerseits das Verbot der Bordellprostitution⁴², andererseits (in bewusstem Schweigen) die Zulässigkeit von Einzelprostitution als Ausfluss der persönlichen Freiheit der Frau, sofern diese Freiheit diskret ausgeübt wurde.⁴³ Die vorwiegend pönalistischen Bestimmungen zeichneten sich dadurch aus, dass sie – trotz grundsätzlicher Legalität der (heterosexuellen)⁴⁴ Prostitution an sich – durch die Sanktionierung der «Begleiterscheinungen der Prostitution» die Prostituierte dennoch kriminalisierten⁴⁵ und eine verstärkt stigmatisierende Wirkung zeitigten. Sie waren primär getragen von Sittlichkeitsüberlegungen, nur am Rande vom Schutzgedanken gegenüber den Sexarbeitenden.

Durch die Strafrechtseinheit auf Bundesebene und die in deren Rahmen getroffenen Regelungen zur Prostitution war es den Kantonen nicht mehr erlaubt, die weibliche Prostitution als Übertretungsstrafbestand zu ahnden. ⁴⁶ Die Kantone wichen zur Bekämpfung der Prostitution fortan auf administrative Massnahmen aus: Die kantonale Praxis kannte zwangsweise ärztliche Untersuchungen sämtlicher aufgegriffener Prostituierter und deren allfällige Zwangshospitalisierung und -behandlung, die Zuführung von Prostituierten zu privaten Fürsorgestellen und kirchlichen Besserungsanstalten oder deren administrative Internierung bei blossem Verstoss gegen das Übertretungsstrafrecht. ⁴⁷

Die Schweiz wies damit Mitte des 20. Jahrhunderts ein Regelungssystem auf, welches sich zwischen dem Neo-Abolitionismus – Verbot der Bordellprostitution und erlaubte, wenn auch als sittenwidrig verstandene Einzelprostitution – und dem Regulationismus – Regulierung der zulässigen Einzelprostitution – positionierte.

2. Die Revision des Sexualstrafrechts 1992

Wider die Stigmatisierung durch religiös-moralische Argumente im Abolitionismus verfestigte sich in den 80er Jahren mit dem Aufkommen von Selbstorganisationen von Sexarbeitenden das Verständnis der sich prostituierenden Person als selbstbestimmte Erwerbstätige. Indem die Erbringung von sexuellen Dienstleistungen als der freien Selbstbestimmung zugänglich betrachtet wird,

- 33 Stooss (Fn. 32), 192.
- 34 MÜLLER und STOOSS in den Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, 2. Bd., Bern 1896, 319.
- 35 Weiss scheint davon auszugehen, dass Stooss ursprünglich die Prostitution als solche kriminalisieren wollte; siehe Weiss (Fn. 26), 176.
- 36 Stooss (Fn. 32), 68.
- 37 Art. 207 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Stand 1942 (fortan aStGB).
- 38 Art. 206 aStGB.
- 39 Art. 210 aStGB.
- 40 Art. 198 u. 199 (Kuppelei), Art. 201 (Zuhälterei), Art. 202 (Frauen- und Kinderhandel) aStGB.
- 41 Stooss (Fn. 32), 192.
- 42 Art. 199 aStGB. In seiner Botschaft legt der Bundesrat dar, Bordelle würden die «niederste Form des Geschlechtsverkehrs» anbieten, «erniedrigend und verderblich besonders auch für die Frau»; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23. Juli 1918, BBI 1918 IV 1, 42.
- 43 Nach Weiss (Fn. 26), 178.
- Die homosexuelle Prostitution wurde hingegen unter Strafe gestellt: Art. 194 Abs. 2, 2. Teil aStGB («[W]er gewerbsmässig mit Personen gleichen Geschlechts unzüchtige Handlungen verübt, wird mit Gefängnis bestraft.»), da die Mann-zu-Mann Prostitution als «Abirrung nicht zum Gegenstand eines hässlichen Erwerbes gemacht werden» soll (Botschaft BR 1918 [Fn. 42], 42 f.), resp. gemäss Meier (Fn. 18), 93 f., die Frau-zu-Frau Prostitution eine «geradezu sadistisch-perverse Gewerbsunzucht» darstelle.
- 45 So richten sich die Übertretungstatbestände «Anlocken zur Unzucht» gem. Art. 206 aStGB und «Belästigung durch gewerbsmässige Unzucht» gem. Art. 207 aStGB primär gegen die Prostituierte. Letzterer Artikel soll gem. Bundesgericht extensiv ausgelegt werden dürfen, indem in der Einzelfallprüfung «die örtlichen Verhältnisse, die Sitten der Bevölkerung und allfällige weitere Umstände» berücksichtigt werden können; BGE 68 IV 40, 43, E. 1b.
- 46 BGE 68 IV 40, 42 ff, E. 1b.
- 47 Zur Situation 1947 ausführlich Meier (Fn. 18), 145 ff.

muss konsequenterweise die vollständig legalisierte Sexarbeit befürwortet werden. Die staatliche Regelung von Sexarbeit soll dem primären Zweck dienen, das Selbstbestimmungsrecht der Sexarbeitenden zu gewährleisten und Situationen von Zwangsprostitution zu erkennen und zu ahnden. Auch in der Schweiz fand dieses Verständnis Ausdruck in der Rechtsordnung: Das vom Sittlichkeitsgedanken geprägte Sexualstrafrecht wurde 1992 aufgrund der geänderten Auffassungen über die Sexualmoral grundlegend revidiert. Strafrechtliche Bestimmungen sollten fortan nicht mehr dazu dienen, moralische Auffassungen

- 48 BSK StGB II-MENG, Vor Art. 195 N 3.
- 49 BSK StGB II-Meng, Art. 195 N 2 f.
- 50 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 1985, BBI 1985 II 1009, 1093.
- 51 BSK StGB II-MENG, Art. 199 N 8. Ausführlich zur Kompetenz zur Regulierung der Sexarbeit in der Schweiz siehe Koller (Fn. 1), 14 f.
- 52 Gesetz über das Prostitutionsgewerbe vom 7. Juni 2012 (ProstGG BE), BSG 935.90; Verordnung über das Prostitutionsgewerbe vom 5. Dezember 2012, BSG 935.901.
- 53 Gesetz vom 17. März 2010 über die Ausübung der Prostitution, SGF 940.2; Verordnung vom 23. November 2010 über die Ausübung der Prostitution, SGF 940.21.
- 54 Loi sur la prostitution du 17 décembre 2009, RSG I 2 49.
- 55 Prostitutionsgewerbeverordnung vom 7. März 2012, LS 551.140.
- 56 Siehe z.B. Art. 1 ProstGG BE.
- Im mitteleuropäischen Kontext unterscheidet die Literatur drei Phasen (oder «Wellen») der Frauenbewegung: Die französische Revolution bildete die Grundlage für die erste Welle, in welcher Frauen grundlegendste Bürger_innenrechte geltend machten. Die zweite Welle der Frauenbewegung lebte in den 1960er-Jahren auf. Vor dem Hintergrund der Jugend- und Student_innenbewegung fanden sich aktivistische Feminist_ innen, um u.a. für das Recht auf Schwangerschaftsabbruch oder Gleichberechtigung am Arbeitsplatz einzustehen. In den 1980ern konnten gewisse feministische Anliegen, z.B. durch die Schaffung von Gleichstellungsbüros, institutionalisiert werden. Die dritte feministische Welle, die in den 1990ern begann und weiterhin andauert, ist geprägt von einer Abkehr vom dogmatischen Feminismus hin zu einer diversen und diskursiven Bewegung, die sich u.a. Themen wie Intersektionalität, der Kritik der Zweigeschlechtlichkeit oder der Vereinbarkeit von Karriere und Familie widmet. Zur Geschichte der Frauenbewegung siehe ausführlich UTE GERHARD, Frauenbewegung und Feminismus - Eine Geschichte seit 1789, 2. Aufl., München 2012.
- 58 Siehe z.B. Gunilla Ekberg, The Swedish Law That Prohibits the Purchase of Sexual Services, Violence Against Women 2004, 1187 ff., 1188 f., oder die Kampagne gegen Prostitution der Zeitschrift EMMA: http://www.emma.de/artikel/prostitution-264551, abgerufen am 31. März 2017.

durchzusetzen, sondern den in der Prostitution tätigen Menschen Schutz vor Ausbeutung bieten.⁴⁸ Die Straftaten der (gewerbsmässigen) Kuppelei und der Zuhälterei wurden im heutigen Art. 195 StGB über die «Förderung der Prostitution» zusammengefasst. Das geschützte Rechtsgut ist nicht mehr die öffentliche Ordnung oder Sittlichkeit, sondern nurmehr die sexuelle Selbstbestimmung der sich prostituierenden Person.⁴⁹ Die Regelung der legalen Prostitution durch die Kantone bleibt weiterhin zulässig: Art. 199 StGB sieht ausdrücklich vor, dass mit Busse bestraft wird, «wer den kantonalen Vorschriften über Ort, Zeit oder Art der Ausübung der Prostitution und über die Verhinderung belästigender Begleiterscheinungen zuwiderhandelt». Der eidgenössische Gesetzgeber verzichtete damit auf eine materielle Regelung, um den (inner-)kantonalen Gegebenheiten gerecht zu werden. 50 Zulässig sind kantonale und kommunale polizeirechtliche Vorschriften, sofern sie die erlaubte Prostitution nicht unverhältnismässig einschränken.⁵¹ Die Schweiz bekennt sich damit zum regulationistischen Regime.

So kennen heute zum Beispiel die Kantone Bern⁵², Freiburg⁵³ und Genf⁵⁴ sowie die Gemeinde der Stadt Zürich⁵⁵ Erlasse zur Regelung der Prostitution. Sie sollen gemäss ihrer Zweckbestimmungen regelmässig dem Schutz der sich prostituierenden Personen vor Ausbeutung und Missbrauch, der Sicherstellung von gesundheitsfördernden Massnahmen und der Vermeidung von mit der Prostitution einhergehenden störenden Begleiterscheinungen dienen.⁵⁶

3. Exkurs: das schwedische Modell

Im Gegensatz zur Situation in der Schweiz hat sich in Schweden eine abweichende Auffassung über die gesellschaftlichen Hintergründe und die sozialen Folgen von Sexarbeit entwickelt, die zu einem grundlegend anderen Regulierungsmodell, einem prohibitiven Regime, geführt hat: Im Zuge der zweiten Welle⁵⁷ der Frauenbewegung formte sich das Verständnis von Prostitution als Verkörperung gesellschaftlicher Machtverhältnisse. Das ursprünglich auf religiös-moralischen Sittlichkeitsgedanken beruhende prohibitive Regelungssystem fand damit einen neuen gedanklichen Unterbau: Prostitution wird stets als Form der Gewalt gegen die betroffene Frau und auf einer gesellschaftlichen Ebene als institutionalisierte Form der Geschlechterdiskriminierung gewertet.⁵⁸ Diese Betrachtungsweise schliesst aus, dass es Situationen freiwillig ausgeübter Sexarbeit gibt. Die Erbringung von sexuellen Dienstleistungen ist dem Selbstbestimmungsrecht entzogen. Dementsprechend wird in Schweden nicht die sexarbeitende Person kriminalisiert, sondern es werden seit 1999 die Freier zu einer Busse oder Freiheitsstrafe verur-

teilt. Das sogenannte schwedische Modell⁵⁹ der Freierbestrafung wird vom Europarat als wirksamstes Instrument im Kampf gegen den Menschenhandel gelobt,⁶⁰ und erst kürzlich ist auch in Frankreich das neue Prostitutionsgesetz in Kraft getreten, welches die Freierbestrafung ebenfalls vorsieht.⁶¹ In solchen prohibitiven Regelungssystemen ist Prostitution verboten. Den nicht kriminalisierten Sexarbeitenden wird indes eine gewisse Solidarität entgegen gebracht, indem einzig der Sexkauf pönalisiert wird.

III. Standortbestimmung

36

Wie dargestellt, bekennt sich die Schweiz zur staatlich geregelten, legalen Sexarbeit und pflegt damit gegenwärtig ein regulationistisches Regime.⁶² Dennoch weist der rechtliche Umgang mit Sexarbeit in den verschiedenen Rechtsgebieten der schweizerischen Rechtsordnung zahlreiche Widersprüche und Ausdrücke überwunden geglaubter Wertungshaltungen auf.

Im Bereich des Privatrechts stellt sich zum einen die Frage der Zulässigkeit des Vertrags zwischen der sexarbeitenden Person und der Kundschaft. Solche vertragliche Vereinbarungen galten lange Zeit als sittenwidrig und damit nach Art. 20 Abs. 1 OR als nichtig.⁶³ Dieser Auffassung kann angesichts der heutigen Wertevorstellungen nicht mehr gefolgt werden. Es ist davon auszugehen, dass die einvernehmliche Einigung über die Erbringung von sexuellen Dienstleistungen zwischen Erwachsenen rechtmässig und das vereinbarte Entgelt einklagbar ist.⁶⁴

Schwierige privatrechtliche Einordnungsfragen stellen sich weiterhin beim vertraglichen Verhältnis zwischen Sexarbeitenden und Etablissementbetreibenden. Mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht der sich prostituierenden Person ist es nach wie vor umstritten, ob Sexarbeit als unselbständige Erwerbstätigkeit überhaupt zulässig sein soll. Der Kanton Bern hat beispielsweise lange keine Erwerbsbewilligungen an unselbständig erwerbende Sexarbeitende ausgestellt, da ein entsprechender Anstellungsvertrag mit der arbeitgebenden Person gegen den Straftatbestand der Förderung der Prostitution gemäss Art. 195 Abs. 3 StGB verstosse. 65 Im neuen kantonalbernischen Prostitutionsgewerbegesetz ist neben der selbständigen nun auch die unselbständige Erwerbstätigkeit explizit vorgesehen.66 Andere Kantone erlauben die unselbständige Sexarbeit und bieten Musterverträge für Sexarbeitende an.67 Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit die sexuelle Dienstleistung als Inhalt eines klassischen Arbeitsverhältnisses aufgrund des Widerspruchs zwischen dem Weisungsrecht der arbeitgebenden und dem Persönlichkeitsrecht der sexarbeitenden Person nach Art. 27 Abs. 2 ZGB ausgeschlossen ist. Während auf der einen Seite argumentiert wird, das weitgehende Weisungsrecht im arbeitsvertraglichen Verhältnis führe zu einem verstärkten Machtgefälle,⁶⁸ wird andererseits dargelegt, dass

- In der Literatur z.T. auch als abolitionistisches System bezeichnet, da es die Abschaffung der Prostitution bezwecke, siehe z.B. Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.4162 Streiff-Feller, 13.3331 Caroni, 13.4033 Feri und 13.4045 Fehr vom 5. Juni 2015, 44 f.
- 60 Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1983 (2014), Ziff. 12.1.1. Das Regulierungssystem werde zudem durch den schwedischen Staat und NGOs hartnäckig international beworben, Susanne Dodillet/Petra Östergren, 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, Den Haag, 3./4. März 2011, 2.
- 61 Loi du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, in Kraft getreten am 14. April 2016, https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032396046&cate gorieLien=id, abgerufen am 31. März 2017.
- 62 So z.B. auch Deutschland, Grossbritannien, die Niederlande und Österreich.
- 63 BGE 111 II 295, 300, E. 2e; BGE 129 III 604, 617, E. 5.3; BGE 101 Ia 473, 476, E. 2b; BGE 91 IV 69.
- Das Bundesgericht hatte bislang keine Gelegenheit, seine veraltete Praxis hierzu zu revidieren. Hingegen hat das Bezirksgericht Horgen in seinem Urteil FV120047 vom 9. Juli 2013 in diesem Sinne entschieden; siehe Frédéric Krauskopf/Jessica Kim Sommer, Sittenwidrig oder nicht? Das Berner Prostitutionsgesetz vom 7. Juni 2012 und die Diskussion um den Prostitutionsvertrag, in: Kunz et al. (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, 57 ff.; ausführlich zur Sittenwidrigkeit auch Brigitte Hürlimann, Prostitution ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Zürich 2004, 219 ff.
- 65 LAURA MARINELLO, Bietet das Freizügigkeitsabkommen taugliche Instrumente zur Regelung der Prostitution in der Schweiz?, in: Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, Bern 2010, 43 ff.
- 66 Art. 2 Abs. 3 ProstGG BE (Fn. 52).
- 67 So z.B. der Kanton St. Gallen, wo allerdings für Personen ohne Niederlassungsbewilligung oder Schweizer Pass ausschliesslich die unselbständige Sexarbeit bewilligt wird und damit die Kritik im Raum steht, diese Zwangsverselbständigung diene der behördlichen Kontrolle anstelle des Arbeitnehmer_innenschutzes: www.sg.ch > Gesundheit > Kantonsärztlicher Dienst > MariaMagdalena > Angebot > Musterarbeitsvertrag, abgerufen am 31. März 2017.
- Bericht der nationalen Expertengruppe «Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe» vom März 2014, 18, https:// www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/berichte/ ber-schutz-erotikgewerbe-d.pdf, abgerufen am 31. März 2017; Bericht BR (Fn. 59), 20.

in einem solchen Arbeitsverhältnis der Kerngehalt der Erbringung der sexuellen Dienstleistung dem Weisungsrecht entzogen sei, wie es z.B. auch bei Rettungsberufen bei besonders risikoreichen Einsätzen der Fall ist.⁶⁹ Denkbar wäre beispielsweise auch ein Innominatvertrag in der Form eines Bordellvertrags mit reiner Präsenzpflicht oder mit beschränktem Weisungsrecht des Arbeitgebers z.B. hinsichtlich Kleidungs- oder Hygienevorschriften.⁷⁰ Während das ehemalige Bundesamt für Migration (BFM) und eine eigens zur Klärung der Frage eingesetzte Exper-

- 69 THOMAS GEISER/THOMAS OECHSLE, Qualifikation von Verträgen mit Frauen im Erotikbereich. Kurzgutachten im Auftrag des Vereins PROKORE, St. Gallen 2016, 9 f.
- 70 Bericht «Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe» (Fn. 68), 17 f.; Bericht BR (Fn. 59), 20 f. Ausführlich zum Vertragsverhältnis zwischen Sexarbeitende_r und Arbeitgeber_in siehe HÜRLIMANN (Fn. 64), 228 ff.
- 71 So empfahl das damalige BFM (heute SEM) in einem 2012 an die kantonalen Zulassungsbehörden verschickten Schreiben nur die Zulassung selbständig erwerbender Sexarbeitender; ANTONIA KERLAND, Gutachten zum Bericht und den Empfehlungen des BFM zur Rotlichtproblematik vom Januar 2012, im Auftrag von Prokore, Stand Dezember 2012, http://www.sexwork.ch/files/201212_PKR_GutachtenKerland.pdf, abgerufen am 31. März 2017; und Bericht «Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe» (Fn. 68), 17 ff. In einem Gutachten des Bundesamts für Justiz wurde hingegen festgestellt, dass grundsätzlich sowohl die selbständige wie auch die unselbständige Erwerbstätigkeit als Sexarbeitende_r rechtlich zulässig sein müssen; Réglementation du marché de la prostitution, VPB 2014.4, 121–135, 123 ff.
- 72 GEISER/OECHSLE (Fn. 69), 11.
- 73 Für Staatsangehörige der EU- resp. EFTA-Staaten gelten die FZA-Bestimmungen, die Aufenthalt und Erwerbstätigkeit grundsätzlich erlauben können. Für Angehörige aus Drittstaaten verunmöglichen die arbeitsmarktrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 18–25 AuG eine Zulassung in der Schweiz zwecks Ausübung der Prostitution; KERLAND (Fn. 71), 16 ff. Siehe auch KOLLER (Fn. 1), 17 ff.
- 74 Siehe hierzu ausführlich Koller (Fn. 1), 19 ff.
- 75 Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) vom 20. Dezember 2001, BGBl. I 2001, S. 3983 ff.
- 76 Gesetz zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution t\u00e4tigen Personen (ProstSchG DE) vom 21. Oktober 2016, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2016 Teil I Nr. 50, https://www.bgbl.de > BGBl. Online > kostenloser B\u00fcrgerzugang > 2016 > Nr. 50 vom 27.10.2016, abgerufen am 31. M\u00e4rz 2017.
- 77 § 3 ProstSchG.
- 78 § 10 ProstSchG.
- 79 § 18 ProstSchG.

tengruppe argumentierten, das Selbstbestimmungsrecht der sich prostituierenden Person könne in einem vertraglichen Abhängigkeitsverhältnis nicht gesichert werden, ⁷¹ setzen sich Fachstellen für Sexarbeitende dafür ein, dass beide Arbeitsformen zulässig sein sollen. Sie argumentieren, dass die unselbständige Erwerbstätigkeit nicht per se Ausdruck fehlender Freiwilligkeit sei. Unter gewissen Umständen könne ein Anstellungsverhältnis für die betreffenden Sexarbeitenden vorteilhafter als die selbständige Sexarbeit sein. ⁷²

Im öffentlichen Recht stellt sich schliesslich ganz grundsätzlich die Frage, inwiefern kantonale und kommunale regulatorische Massnahmen die erlaubte Prostitution als grundrechtlich geschützte Tätigkeit unverhältnismässig einschränken und damit unzulässig sind. Gewisse Zulassungsbestimmungen sind im Lichte der freizügigkeitsrechtlichen Bestimmungen problematisch, führen sie doch zu einer Ungleichbehandlung der ausländischen Sexarbeitenden und zu einer unzulässigen Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit.⁷³ Weiter pflegt auch die behördliche Praxis im Bau- und Raumplanungsrecht, im Falle von sexgewerblich genutzten Grundstücken mit einem gewissen Automatismus von ideellen Immissionen auszugehen, althergebrachte Stigmata gegenüber Sexarbeitenden.⁷⁴

IV. Wertung und Ausblick

Wie vorstehend dargestellt, hat sich der gesellschaftliche Umgang mit Prostitution im Laufe der Zeit verändert, was auch im Recht Niederschlag fand. Während die sich prostituierende Person zeitweise als unsittlich und deviant kriminalisiert wurde, wird sie in den konträren, gegenwärtig in Europa prominenten Regelungsmodellen entweder als Opfer gesellschaftlicher Missstände viktimisiert oder aber als selbstbestimmte Erwerbstätige angesehen.

In den letzten Jahren gewann der politische Diskurs über die Regelung der Prostitution im Lichte der Bekämpfung des Menschenhandels zum Zweck der sexuellen Ausbeutung erneut an Aktualität. So soll z.B. das liberale, erst knapp 15-jährige deutsche Prostitutionsgesetz⁷⁵ durch das neue Prostitutionsschutzgesetz⁷⁶ ersetzt werden, welches insbesondere von Sexarbeitenden und Fachstellen für seine fehlende Schutzwirkung und verschärft regulatorischen Vorschriften kritisiert wird. So sieht es eine Anmeldepflicht für Sexarbeitende vor,⁷⁷ auferlegt den Sexarbeitenden eine obligatorische jährliche Gesundheitsberatung,⁷⁸ fordert gewisse bauliche Anpassungen,⁷⁹ welche angesichts der räumlichen Gegebenheiten gerade von selbständig tätigen Sexarbeitenden in der Wohnungs-

prostitution schwierig zu erfüllen sein werden, und führt eine Kondompflicht⁸⁰ ein. Solche Bestimmungen sind im Lichte der sexuellen und informationellen Selbstbestimmung höchst problematisch, sie wirken als Sonderrecht für Sexarbeitende diskriminierend, entmündigen die sexarbeitende Person, oder sind – im Falle der Kondompflicht – schlicht nicht kontrollier- und durchsetzbar.⁸¹

38

Auch das prohibitive schwedische Modell – obwohl vom Europarat als wirksamstes Instrument im Kampf gegen den Menschenhandel gelobt⁸² - wird sowohl hinsichtlich der ihm zugrundeliegenden Ideologie wie auch seiner praktischen Umsetzung und Auswirkung kritisiert: In seiner Annahme, jegliche Prostitution sei unfreiwillig, viktimisiert das Modell auch diejenigen Sexarbeitenden, welche sich nicht in einer Zwangssituation befinden. Es spricht der sexarbeitenden Person ihr Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich der Ausübung der Prostitution ab und wertet die ihm zugrundeliegende – grundsätzlich begrüssenswerte - Gender Equality Symbolik vor der Lebenswirklichkeit der Sexarbeitenden, indem viele der praktischen Auswirkungen der Bestimmungen deren Situation verschlechtern: Ein sofortiger Ausstieg aus der Prostitution ist aufgrund der ökonomischen Wahllosigkeit vieler bereits vulnerabler Sexarbeitender keine Option. Vielmehr werden sie insbesondere auf dem Strassenstrich in ihrer Verhandlungsposition gegenüber dem Freier geschwächt, z.B. wenn dieser aus Angst vor polizeilichem Eingreifen zum schnellen Einsteigen ins Fahrzeug drängt, ohne dass zuvor die Modalitäten des Geschäfts hätten diskutiert werden können. Sexarbeitende werden gesellschaftlich stigmatisiert, in den Untergrund verdrängt, sie sind schwerer erreichbar für Gesundheitsangebote und den Austausch mit Fachstellen oder anderen Sexarbeitenden. Darüber hinaus ist äusserst umstritten, welche Bilanz dem gut 15-jährigen schwedischen Modell hinsichtlich der Verminderung von Prostitution und der Bekämpfung des Menschenhandels auszustellen ist. Nach einem (heftig kritisierten)83 Bericht der schwedischen Regierung aus dem Jahr 2010 konnte die Strassenprostitution infolge der Freierbestrafung um die Hälfte reduziert werden,84 zudem habe Schweden an Attraktivität als Zielland für Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung verloren.85 Demgegenüber legt eine norwegische Studie dar, dass der Rückgang der Strassenprostitution auch darauf zurückzuführen sei, dass infolge der prohibitiven Regelungen Sexarbeitende nicht mehr sichtbar auf dem Strassenstrich anwerben, sondern per Mobiltelefon oder unter Vermittlung eines Zuhälters.86 Die befragten Sexarbeitenden selber befürworten die Regelung nicht: Die Preise für sexuelle Dienstleistungen auf dem Strassenstrich seien gesunken, die Angst vor Gewalt habe zugenommen.87

Auch in der Schweiz ist Prostitution nach wie vor eine gesellschaftliche Realität,⁸⁸ über deren Regelung kontrovers diskutiert wird. Davon zeugen u.a. zahlreiche parlamentarische Vorstösse.⁸⁹ Während viele davon die Rechte der Sexarbeitenden im gegenwärtigen liberalen Regelungssystem zu stärken suchen, hat zuletzt das Postulat 12.4162 «Stopp dem Menschenhandel zum

- § 32 ProstSchG. In der Schweiz kennt der Kanton Solothurn eine faktische Kondompflicht (§ 31 Abs. 1 Bst. g Wirtschafts- und Arbeitsgesetz [WAG SO], BGS 940.11). Abgesehen von der fehlenden Durchsetzbarkeit wird die Kondompflicht von Fachstellen kritisiert für ihre erschwerende Wirkung auf die niederschwellige Präventionsarbeit, indem die Diskussion mit Sexarbeiter_innen über (nun ja kriminalisierte) Risikopraktiken verhindert wird. Schliesslich ist festzustellen, dass das Kondom nicht für allen Praktiken überhaupt Schutz bietet (z.B. wenn die Frau beim Oralsex in der passiven Rolle ist).
- 81 Für eine ausführliche kritische Würdigung des Prostitutionsschutzgesetzes siehe die Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend eines Gesetzes zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen vom 4. September 2015 des Deutschen Juristinnenbundes, https://www.djb.de/st-pm/st/st15-10/, abgerufen am 31. März 2017.
- 82 Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1983 (2014), Ziff. 12.1.1.
- 83 Der Bericht wurde für seine wenig wissenschaftliche Methode kritisiert, siehe m.w.H. Dodillet/Östergren (Fn. 60), 2 f.
- The Ban against the Purchase of Sexual Services. An evaluation 1999–2008. Selected extracts of the Swedish government report SOU 2010:49, 20, https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/ the_ban_against_the_purchase_of_sexual_services._an_evaluation_199–2008_1.pdf, abgerufen am 31. März 2017.
- 85 Swedish government report SOU 2010:49 (Fn. 84), 29.
- Purchasing Sexual Services in Sweden and the Netherlands. Legal Regulation and Experiences. An abbreviated English version. A Report by a Working Group on the legal regulation of the purchase of sexual services, Final Report Norway, 52, http://www.nswp.org/sites/nswp.org/files/232216-purchas ing_sexual_services_in_sweden_and_the_nederlands.pdf, abgerufen am 31. März 2017.
- 87 Report Norway 2004 (Fn. 86), 49, 53.
- 88 In der Schweiz arbeiten schätzungsweise zwischen 13'000 und 25'000 Personen im Sexarbeitsmarkt; siehe LORENZ BIBERSTEIN/MARTIN KILLIAS, Erotikbetriebe als Einfallstor für Menschenhandel? Eine Studie zu Ausmass und Struktur des Sexarbeitsmarktes in der Schweiz, Untersuchung im Auftrag des Bundesamtes für Polizei fedpol, Lenzburg 2014, 26. Es wird von 8'000 Jahresarbeitsplätzen und einem Jahresumsatz des Sexmarkts von bis zu einer Milliarde Franken ausgegangen; siehe ebenda, 75, 77.
- 89 Siehe bspw. Prostitutionsverbot für Minderjährige; Postulat 10.3381 Flückiger-Bäni vom 8. Juni 2010, Verbot des Strassenstrichs prüfen; Interpellation 10.4113 Schenker vom 17. Dezember 2010, Sexarbeit und Gesundheitsschutz; Interpellation 12.3187 Caroni vom 15. März 2012, Privatrechtliche

Zweck sexueller Ausbeutung» von Nationalrätin Marianne Streiff-Feller eine strengere Regulierung im Sinne des schwedischen Models als einen zumindest interessanten und prüfungswerten Ansatz vorgebracht. ⁹⁰ In seinem ausführlichen Bericht in Erfüllung dieses und zwei weiterer Postulate hat der Bundesrat von einem Sexkaufverbot deutlich Abstand genommen. Er stellte fest, ein Prostitutionsverbot, wenngleich lediglich auf Nachfrageseite, führe primär zur Strafverfolgung von Sexarbeitenden und zu deren Verdrängung in den Untergrund. ⁹¹ Gesetzliche Regelungen sollen vielmehr den Schutz der Sexarbeitenden stärken und «zumindest nicht zu einer Ausweitung der Prostitution führen». ⁹²

Diese Erkenntnis des Bundesrates erscheint angesichts der Schwächen des schwedischen Modells, insbesondere gegenüber den betroffenen Sexarbeitenden, stichhaltig und es ist wünschenswert, wenn am System des Regulationismus festgehalten wird. Die Regulierung von Sexarbeit muss im Bewusstsein um die grosse Heterogenität des Gewerbes hinsichtlich Akteur innen, Arbeitsorte und -bedingungen geschehen. Es ist Rücksicht zu nehmen auf die erhöhte Vulnerabilität der Sexarbeitenden im Berufsumfeld, ohne jedoch gesellschaftliche Stigmata zu pflegen und die Betroffenen zu entmündigen. Die Bekämpfung des Menschenhandels zum Zweck der sexuellen Ausbeutung sollte losgelöst von der Regelung der Sexarbeit durch spezifische Massnahmen verfolgt werden.93 Anstelle von staatlichen Registrierungs- und Beratungspflichten vermögen flächendeckende und niederschwellige Unterstützungs- und Beratungsangebote von spezialisierten Fachstellen sowie aufsuchende Sozialarbeit wirkungsvoller die Rechte der Sexarbeitenden zu stärken und Ausbeutung und Kriminalität im Gewerbe vorzubeugen.

Anerkennung des Prostituiertenlohns; Standesinitiative Kt. Bern 12.317 vom 12. September 2012, Prostitution ist nicht sittenwidrig; Interpellation 12.4143 Feri vom 13. Dezember 2012, Cabaret-Tänzerinnen-Statut. Aufhebung der Aufenthaltsbewilligung L; Postulat 12.4162 Streiff-Feller vom 13. Dezember 2012, Stopp dem Menschenhandel zum Zweck sexueller Ausbeutung; Postulat 13.3332 Caroni vom 17. April 2013, Stärkung der rechtlichen Stellung von Sexarbeitenden; Postulat 13.4033 Feri vom 28. November 2013, Bericht über die Situation der Sexarbeiterinnen und -arbeiter in der Schweiz; Postulat 13.4045 Fehr vom 3. Dezember 2013, Prostitution und Sexarbeit. Länderstudie; Parlamentarische Initiative Sommargua vom 22. März 2013, Der finanziellen Ausbeutung von Prostitution ein Ende setzen; Interpellation 14.3321 Feri vom 7. Mai 2014, Neuregelung der Sexarbeit; Interpellation 15.3677 Tornare vom 18. Juni 2015, Daten über den Konsum von käuflichem Sex in der Schweiz.

- 90 Postulat 12.4162 Streiff-Feller vom 13. Dezember 2012, Stopp dem Menschenhandel zum Zweck sexueller Ausbeutung.
- 91 Bericht BR (Fn. 59), 98.
- 92 Bericht BR (Fn. 59), 98.
- 93 Z.B. durch spezialisierte Strukturermittlung, siehe Bericht BR (Fn. 59), 72 f.