

Universität Bremen

Fachbereich Rechtswissenschaft

Das Spannungsverhältnis zwischen
Prostitutionsgesetz und
Art. 3 II Grundgesetz - eine rechtspolitische
Untersuchung

Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde durch den Promotionsausschuss der Universität
Bremen

vorgelegt von
Rahel Gugel

Berlin, 17. Mai 2010

Gutachter:
Prof. Dr. Felix Herzog
Prof. Dr. Edda Weßlau

Inhaltsverzeichnis

I	Erscheinungsformen und soziale Realität von Prostitution	5
1	Einführung, Begriffsbestimmungen und Eingrenzung des Untersuchungsfelds Prostitution	5
1.1	Prostitution – ein hochgradig vergeschlechtlichtes Phänomen . .	6
1.1.1	Schätzungen über das Ausmaß	6
1.1.2	Prostitution im allgemeinen gesellschaftlichen Bewusstsein	7
1.1.3	Prostitution in der feministischen Debatte	8
1.2	Ursachen für den Eintritt in die Prostitution	10
1.3	Die Heterogenität des prostitutiven Milieus	12
1.3.1	Das Kriterium der Freiwilligkeit	12
1.3.2	Das Kriterium der Legalität	14
1.4	Eingrenzung des Untersuchungsfelds und Begriffsbestimmungen	14
2	Prostitution - „ältestes (weibliches) Gewerbe der Welt“?	15
2.1	Prostitution im Alten Orient	15
2.1.1	Kultische sexuelle Dienste im Alten Orient	15
2.1.2	Kommerzielle Prostitution im Alten Orient	17
2.1.3	Der § 40 des mittellassyrischen Rechts: Staatliche Kontrolle über die weibliche Sexualität	18
2.2	Die griechische und römische Antike	20
2.3	Prostitution in den mittelalterlichen Städten	23
2.4	Prostitution im 16. und 17. Jahrhundert – Bekämpfung der Prostitution	24
2.5	Prostitution im 18. Jahrhundert	25
2.6	Prostitution im 19. und 20. Jahrhundert – Reglementierung, Kaserne und Sittenwidrigkeit	27
2.6.1	Prostitution im 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts	27

	2.6.2	Prostitution im Dritten Reich	30
	2.6.3	Prostitution in der Bundesrepublik	32
	2.7	Zusammenfassung und Bewertung	33
3		Das soziale Geschlecht	34
	3.1	„Soziales Geschlecht“ und Formen von Diskriminierungen	35
	3.1.1	Begriffliche Grundlagen	35
	3.1.2	Die Geschlechterdifferenz als soziokulturelle Konstruktion	36
	3.1.3	Sexismus und Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts	38
	3.1.3.1	Sexismus	38
	3.1.3.2	Formen von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts	39
	3.1.3.2.1	Der Begriff der Diskriminierung	39
	3.1.3.2.2	Unmittelbare Diskriminierung	40
	3.1.3.2.3	Mittelbar-faktische Diskriminierung	41
	3.2	Das Geschlechterverhältnis in der Erwerbsarbeit	42
	3.2.1	Überblick	43
	3.2.2	Geschlechtersegregation auf dem Arbeitsmarkt	45
	3.2.2.1	Horizontale Segregation	45
	3.2.2.2	Vertikale Segregation	47
	3.2.3	Lohnungleichheit (Gender-Gap)	47
	3.2.4	Ursachen für Geschlechtersegregation und Lohnungleichheit auf dem Arbeitsmarkt	48
	3.2.5	Zusammenfassung und Bewertung der Geschlechterverhältnisse in der allgemeinen Erwerbsarbeit	51
	3.3	Das Arbeitsfeld Prostitution	51
	3.3.1	Der „Frauenberuf“ Prostituierte	51
	3.3.2	Die Sexindustrie und Arbeitsorte von Prostituierten	52
	3.3.2.1	Die Sexindustrie	52
	3.3.2.2	Arbeitsorte	53
	3.3.2.3	Neue Entwicklung: Großbordelle und Flatrate-Angebote	54
	3.3.3	Arbeitsbedingungen in der Prostitution	56
	3.3.3.1	Steigender Wettbewerb und allgemeine Entgrenzung	56
	3.3.3.2	Hohe Gewaltprävalenz	57

3.3.3.3	Erfordernis großer Mobilität	58
3.3.3.4	Einkommen	59
3.3.3.5	Burn-out und Ausstieg aus der Prostitution	59
3.3.4	Geschlechtsspezifische und geschlechterhierarchisierende Rollenzuweisungen, Stereotypen und Sexismus in der Prostitution	60
3.3.5	Zusammenfassung Arbeitsfeld Prostitution und Bewertung	66
4	Ergebnis des Kapitel I: Prostitution als strukturelle geschlechtsspezifische und sexuelle Diskriminierung	66

II Das Prostitutionsgesetz, damit zusammenhängende strafrechtliche Änderungen und unmittelbare Auswirkungen auf die Lebenswirklichkeit **69**

1	Das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG)	70
1.1	Gesetzestext	70
1.2	Vorgeschichte	70
1.3	Das ProstG (BT-Drs. 14/5958) und die Beratungen zu dem Gesetzgebungsverfahren	72
1.4	Der Normzweck des ProstG	74
1.5	Die einzelnen Regelungen des ProstG	75
1.5.1	§ 1 ProstG	75
1.5.2	§ 2 ProstG	77
1.5.3	§ 3 ProstG	79
2	Die strafrechtlichen Änderungen im Zuge des ProstG	80
2.1	Überblick	80
2.2	Die strafrechtlichen Änderungen im Einzelnen	81
2.2.1	§ 180a I StGB: Ausbeutung von Prostituierten	81
2.2.2	§ 181a II: Gewerbsmäßig fördernde Zuhälterei	84
3	Die unmittelbaren Auswirkungen des ProstG in der Praxis	85
3.1	Gerichtliche Durchsetzung der Entgeltforderung in der Praxis	87
3.2	Abschluss von Arbeitsverträgen in der Praxis	88
3.3	Kriminalitätsbekämpfung und Auswirkungen der Änderungen der §§ 180a, 181a StGB auf die Praxis	90

3.4	Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Weisungsrecht und der Ausbeutung von Prostituierten / dirigistischer Zuhälterei in der Praxis	95
3.5	Zugang zu den Sozialversicherungen in der Praxis	97
3.5.1	Einführung	97
3.5.2	Die Statistik der Sozialversicherungsträger und empirische Ergebnisse	98
3.5.3	Krankenversicherungen	98
3.5.4	Altersvorsorge	99
3.6	Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Prostitution und Gewaltreduzierung	101
3.7	Ausstieg aus der Prostitution	102
3.8	Bewertung und Akzeptanz des ProstG seitens der Prostituierten	102
4	Bewertung des ProstG, der strafrechtlichen Änderungen und der unmittelbaren Auswirkungen auf die Praxis	104
4.1	Bewertung des ProstG	104
4.2	Bewertung der strafrechtlichen Änderungen	106
4.3	Das Problem der sozialen Absicherung	108
4.4	Das ProstG – ein Antidiskriminierungsgesetz?	109

III Wesentliche rechtspolitische Bewertungsansätze von Prostitution in Deutschland 111

1	Prostitution und die Achtung der Menschenwürde aus Art. 1 I GG . . .	111
1.1	Voruntersuchung für die Sittenwidrigkeit von Prostitution . . .	113
1.2	Prostitution als Verletzung der Menschenwürde in der feministischen Kritik	113
1.3	Inhalt und Schutzzumfang der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG	114
1.4	Die Peepshow-Entscheidung des BVerwG und die Kritik	118
1.4.1	Die Entscheidung des BVerwG	118
1.4.2	Die Kritik an der sog. ersten Peepshow-Entscheidung des BVerwG	119
1.5	Bewertung von Prostitution als Verletzung der Menschenwürde aus Art. 1 I GG	121
2	Prostitution als sittenwidrige Tätigkeit i.S.d. § 138 I BGB	123

2.1	Die eigenständige Bewertung der Sittenwidrigkeit von Prostitution	123
2.2	Ablehnung der Sittenwidrigkeit von Prostitution schon vor Inkrafttreten des ProstG	125
2.2.1	Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin vom 01.12.2000	125
2.2.2	Bewertung und Kritik an der Entscheidung des VG Berlin vom 01.12.2000	128
2.3	Das ProstG und die Sittenwidrigkeit von Prostitution: Darstellung der unterschiedlichen Auffassungen in Schrifttum und Rechtsprechung	129
2.4	Bewertung und Kritik an auch nach Inkrafttreten des ProstG fortbestehender Sittenwidrigkeit von Prostitution	133
3	Prostitution – ein Beruf i.S.d. Art. 12 I GG „wie jeder andere“?	136
3.1	Prostitution als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG	136
3.1.1	Der Schutzbereich des Art. 12 I GG	136
3.1.2	Zwischenergebnis	138
3.2	Stimmen aus Praxis, Wissenschaft und Politik zur Einordnung von Prostitution als Beruf i.S.d. Art. 12 GG	139
3.3	Ergebnis und Bewertung	141
3.3.1	Prostitution als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG	141
3.3.2	Einschränkung des Werbeverbots aus § 120 I Nr. 2 OWiG	142
3.3.3	Weitere Konsequenz: Klagen von Bordellbetreibern auf Vermittlung von Prostituierten	143
4	Abschließende Bewertung der rechtspolitischen Debatte	143

IV Das ProstG und Art. 3 II Grundgesetz **145**

1	Der liberale Gleichheitsbegriff und Klärung von Begrifflichkeiten	146
1.1	Der historische Ursprung des liberalen Gleichheitsbegriffs und die feministische Kritik	146
1.2	Klärung von Begrifflichkeiten	148
1.2.1	Formelle und materielle Gleichheit	148
1.2.2	Chancengleichheit	149
1.2.3	Chancengleichheit versus Ergebnisgleichheit	150
1.2.4	Gleichberechtigung und Gleichstellung	151

	1.2.5	Verwendete Begrifflichkeiten in vorliegender Untersuchung	152
2		Die Aufnahme des Gleichberechtigungsgebots aus Art. 3 II GG in das Grundgesetz	152
3		Die Dogmatik und Auslegung des Art. 3 II GG	153
	3.1	Das Verhältnis des Art. 3 II Satz 1 GG zu Art. 3 I GG und Art. 3 III Satz 1, 1. Alt. GG	153
	3.2	Inhalt und Systematik des Art. 3 II GG nach der herrschenden Meinung	155
		3.2.1 Art. 3 II Satz 1 GG	155
		3.2.2 Art. 3 II Satz 2 GG	156
		3.2.2.1 Objektiv-rechtliche Bedeutung	157
		3.2.2.2 Inhalt und Wirkung des Art. 3 II Satz 2 GG	159
		3.2.2.2.1 Der Förderauftrag	161
		3.2.2.2.2 Die Nachteilbeseitigungsklausel	162
		3.2.2.2.3 Die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers	163
	3.3	Grundrechtsbindung und Grundrechtsträger	164
4		Die Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG zu dem Grundrecht auf Gleichberechtigung bis Ende der 1990er Jahre	165
	4.1	Die 1. Phase: Gleichwertigkeit bei natürlicher Andersartigkeit	166
	4.2	Die 2. Phase: Gleichberechtigung als formale Gleichbehandlung	168
	4.3	Die 3. Phase: Das Versprechen tatsächlicher Gleichheit	171
	4.4	Zusammenfassung und abschließende Bewertung	173
5		Die gruppenorientierte Perspektive auf den Art. 3 II GG aus dem Schrifttum	176
	5.1	Art. 3 II GG als Gruppenrecht	177
		5.1.1 Slupik	177
		5.1.2 Raasch	179
	5.2	Art. 3 II GG als Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbot	180
		5.2.1 Sacksofsky	180
		5.2.2 Baer	184
6		Bewertung der verschiedenen Auslegungen des Art. 3 II GG	187
7		Die verfassungsrechtliche Verankerung des Verbots der mittelbar-faktischen Diskriminierung	189

8	Die neue Rechtsprechung des BVerfG zu dem Grundrecht auf Gleichberechtigung	191
8.1	Die Entscheidung des BVerfG zum Familiendoppelnamen von Kindern	191
8.1.1	Die Entscheidung	191
8.1.2	Bewertung	192
8.2	Die Entscheidung des BVerfG zum Mutterschutzgesetz	193
8.2.1	Die Entscheidung	193
8.2.2	Bewertung	196
8.3	Der Beschluss des BVerfG zu Kindererziehungszeiten in der berufsständischen Anwaltsversorgung	198
8.3.1	Entscheidung	198
8.3.2	Bewertung	199
9	Das ProstG im Spannungsverhältnis zu Art. 3 II GG	200
V	Ergebnisse der Studie und Zusammenfassung	205
	Literaturverzeichnis	215

„Das Spannungsverhältnis zwischen Prostitutionsgesetz und Art. 3 II GG – eine rechtspolitische Untersuchung“

Fragestellung und Gang der Untersuchung

Schätzungen zufolge arbeiten um die 400.000 ganz überwiegend weibliche Prostituierte in Deutschland, deren Dienste täglich deutschlandweit von etwa 1,2 Millionen Männern in Anspruch genommen werden.¹ Die Zahlen machen schon auf den ersten oberflächlichen Blick deutlich, dass es sich bei dem sozialen Phänomen Prostitution sowohl auf der Nachfrage- als auch auf der Angebotsseite um ein geschlechtsspezifisches handelt: In der Prostitution spiegelt sich in besonders deutlicher Weise die Zugehörigkeit zu einem Geschlecht wider und zwar mit all seinen gesellschaftlichen Implikationen.

Das im Jahr 2002 in Kraft getretene Prostitutionsgesetz (ProstG) bezweckte die bestehende rechtliche und soziale Diskriminierung von Prostituierten in Deutschland zu beenden und ihre Situation zu verbessern. Hauptansatzpunkt hierfür war die Legalisierung von der als freiwillig kategorisierten Prostitution und die Entkriminalisierung von Beschäftigungsverhältnissen in der Prostitution.

Die vorliegende Studie untersucht sowohl anhand der Analyse der Konzeption des ProstG als auch anhand von Rechtstatsachen das Spannungsverhältnis zwischen ProstG und dem Gleichberechtigungsgebot von Männern und Frauen aus Art. 3 II GG und dem darin zugleich enthaltenen Verfassungsauftrag des Staates, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken.² Hierfür analysiert die Studie so-

¹BT-Drs. 14/5958, S.1.

²BverfGE 92, 91, 109; 113, 1, 15.

wohl das soziale Phänomen der Prostitution als auch das geltende ProstG mit dem besonderen Augenmerk auf die geschlechtliche Relevanz und die Auswirkungen auf die Geschlechterdifferenz.

Ziel der Untersuchung ist es, zu klären, ob das ProstG erstens von seiner Konzeption her überhaupt ein effizientes Antidiskriminierungsgesetz für Prostituierte sein kann und ob es zweitens in seinen faktischen Auswirkungen dazu beiträgt, die Geschlechterdifferenz und ein hierarchisches Geschlechterverhältnis zwischen Männern und Frauen abzubauen.

Die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Thema der freiwilligen Prostitution zentrierte sich nach Inkrafttreten des ProstG im Jahr 2002 auf die rechtlichen Auswirkungen des ProstG auf andere Rechtsgebiete.³ Keine der Studien hat bislang die Konzeption des ProstG als Antidiskriminierungsgesetz kritisch hinterfragt und das besondere Augenmerk auf seine geschlechtliche Relevanz und seine faktischen Auswirkungen auf das Geschlechterverhältnis zwischen Frauen und Männern untersucht. Diese Lücke möchte die vorliegende Studie schließen.

Die Eingrenzung des Untersuchungsfelds erfolgt aufgrund der Relevanz der weiblichen Geschlechtszugehörigkeit bei der Prostitutionsausübung und den Anwendungsvoraussetzungen des ProstG nach den Kriterien 'erwachsene Frau in der als freiwillig kategorisierten Prostitution'.

Die Untersuchung der Fragestellung setzt zuerst eine vertiefte Auseinandersetzung mit Erscheinungsformen und sozialer Realität von Prostitution voraus. So wird *Kapitel I* ein umfassendes Bild sowohl über Ausmaß und Ursachen für den Eintritt von Frauen in die Prostitution als auch über die sozialgeschichtliche Entwicklung des sozialen Phänomens Prostitution geben. Daran anschließend wird *Kapitel I* die Kategorie des „sozialen Geschlechts“ vorstellen und Formen von Diskriminierungen aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit darstellen. Der Untersuchung der Geschlechterverhältnisse in der allgemeinen Erwerbsarbeit schließt sich eine Analyse des Arbeitsfelds Prostitution an. *Kapitel II* wird sowohl das im Jahr 2002 in Kraft getretene ProstG als auch die damit einhergehenden strafrechtlichen Änderungen vorstellen und dabei das besondere Augenmerk auf Zweck und Zielsetzung des Gesetzgebers legen. Schwerpunkt dieses Kapitels ist die Analyse der unmittelbaren Auswirkungen des ProstG auf die soziale Lebenswirklichkeit der Prostituierten und die Frage, ob Ziel und Zweck des ProstG in der Praxis erreicht wurden. Daneben wird sich *Kapitel II* kritisch mit der Konzeption

³Siehe etwa Budde, M. (2006): Die Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes auf die Sozialversicherung; v. Galen, M. (2004): Rechtsfragen der Prostitution – Das ProstG und seine Auswirkungen; Malkmus, K. (2005): Prostitution in Recht und Gesellschaft.

des ProstG als Antidiskriminierungsgesetz auseinandersetzen.

Kapitel III beschäftigt sich mit den bislang in der deutschen rechtspolitischen Debatte gängigen Bewertungen von Prostitution: Prostitution als Verletzung der Menschenwürde, als sittenwidrig und schließlich Prostitution als „Beruf wie jeder andere“.

Kapitel III wird die verschiedenen Ansätze unter Verwendung exemplarischer Entscheidungen deutscher Gerichte darstellen und kritisch bewerten.

Kapitel IV schließlich setzt sich mit dem grundrechtlich verankerten Gleichberechtigungsgebot von Männern und Frauen aus Art. 3 II GG und dem darin zugleich enthaltenen Verfassungsauftrag, die Durchsetzung der tatsächlichen Gleichberechtigung zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken, auseinander. Neben dem historischen Ursprung des liberalen Gleichheitsbegriffs und der feministischen Kritik daran wird in *Kapitel IV* die Fortentwicklung von Systematik, Inhalt und Ausmaß des Gleichberechtigungsgebots anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erarbeitet und die heute herrschende Dogmatik vorgestellt. Nähere Betrachtung finden die ab den Ende der 1980er Jahre im Schrifttum entwickelten gruppenbezogenen und asymmetrischen Ansätze zu Art. 3 II GG, die beim Blick auf Diskriminierungen real existierende Machtverhältnisse zwischen den Geschlechtern, also die Geschlechterhierarchie und das kollektive Phänomen von Diskriminierung in den Blickpunkt nehmen. Der Frage nach der verfassungsrechtlichen Verankerung des Verbots von mittelbar-faktischer Diskriminierung schließt *Kapitel IV* die Analyse der neusten Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 II GG an. Das Kapitel endet mit der Untersuchung des Spannungsverhältnisses des ProstG mit Art. 3 II GG. Zentraler Bestandteil für die Analyse sind dabei die gewonnenen Ergebnisse der vorherigen Kapitel. Die Untersuchung schließt mit *Kapitel V*, das die Ergebnisse der Studie zusammenfasst.

Kapitel I

Erscheinungsformen und soziale Realität von Prostitution

1 Einführung, Begriffsbestimmungen und Eingrenzung des Untersuchungsfelds Prostitution

Prostitution wird heute allgemein als Form einer geschlechtsbezogenen Erwerbstätigkeit im Sinne einer sexuellen Dienstleistung verstanden, bei der die Prostituierte ihre Körperlichkeit und Sexualität gegen eine monetäre Gegenleistung des Freiers anbietet. Dabei prägt die Spezifik der Körperlichkeit und Sexualität der Dienstleistung, die Wahllosigkeit der Freierauswahl sowie die emotionale Gleichgültigkeit prostitutiver Sexualkontakte den Vertrag zwischen Prostituierter und Freier.¹

Das Untersuchungsfeld Prostitution ist komplex und vielschichtig. Umfassend gilt jedoch, dass Prostitution nie eine ahistorische Konstante war, sondern immer eine soziale Praktik, in der die gesellschaftlichen und sozialen Gegebenheiten der jeweiligen Zeit ihren Niederschlag finden.² So spiegeln sich in der Prostitution seit jeher gesellschaftliche und soziale Aspekte der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht oder einer sozialen Schicht wider. Die gewerbliche Prostitution war durch die Geschichte hindurch gesellschaftlich geächtet und die Frauen in der Prostitution wurden in besonderer Weise diskriminiert und kriminalisiert. Prostituierte wurden als nicht ehrbare oder nicht respektable Frauen klassifiziert, wohingegen die Nachfrageseite von Prostitution, die überwiegend männlichen Freier, weder diskriminiert oder reglementiert wurden noch

¹Malkmus (2005), S. 157 ff. Malkmus gibt in ihrer Studie einen umfassenden Überblick über die verschiedenen Prostitutionsbegriffe.

²Vgl. Müller (2008), S. 6 ff.

in anderer Weise Nachteile erfahren.³ Prostitution wurde in der Geschichte und wird auch heute noch überwiegend von Frauen ausgeführt, die Nachfrageseite war und ist überwiegend männlich.⁴ Die Untersuchung geht deshalb von einer besonderen Relevanz der Geschlechtszugehörigkeit bei dem Phänomen Prostitution aus,⁵ die bislang in der rechtswissenschaftlichen Forschung keine Beachtung gefunden hat.⁶

1.1 Prostitution – ein hochgradig vergeschlechtlichtes Phänomen

1.1.1 Schätzungen über das Ausmaß

Schätzungen seit Ende der 1990er Jahre gehen konstant davon aus, dass etwa 400.000 Menschen in Deutschland als Prostituierte arbeiten, deren Dienste täglich ca. 1,2 Millionen Männer in Deutschland in Anspruch nehmen.⁷ Eine Mitarbeiterin des Gesundheitsamts Nürnberg schätzte im Jahr 2009, dass sich die Anzahl der Prostituierten und der Bordellbetriebe in den letzten 20 Jahren „mindestens verdoppelt, möglicherweise sogar mehr als verdreifacht“ hat.⁸ Offizielle Zahlen oder Schätzungen über die Anzahl und das Geschlecht von Prostituierten in Deutschland existieren jedoch nicht. Die europäische Nichtregierungsorganisation TAMPEP⁹ geht davon aus, dass von den in der Prostitution arbeitenden Personen in Deutschland Frauen einen Anteil von ungefähr

³Siehe *Kapitel I*, 2.

⁴TAMPEP (2007), S. 6. Vgl. auch Müller (2008), S. 8, 9.

⁵„Wenn Sexualität einen wesentlichen Bestandteil unserer (sozialen) Identität ausmacht, dann wird dadurch gleichzeitig gesagt, dass sich in der Sexualität grundlegende Aspekte der Geschlechterbeziehungen zeigen. Dies gilt in der Prostitution zumindest für die Seite der Freier. Diese bringen, wenn sie sich mit ihrer Sexualität identifizieren, eben ihre soziale Position im Rahmen der Geschlechterbeziehung zum Ausdruck.“ Grenz (2007), S. 31.

⁶Vgl. Budde, Miryam (2006): Die Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes auf die Sozialversicherung. Baden-Baden; Malkmus, Katrin (2005): Prostitution in Recht und Gesellschaft. Frankfurt; Zimmermann, Udo (2002): Die öffentlich-rechtliche Behandlung von Prostitution. Tübingen; Ilya Hartmann (2006): Prostitution, Kuppelei und Zuhälterei. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870. Berlin.

⁷BT-Drs. 14/5958 S. 4; Laskowski (1997), S. 80 f.; TAMPEP (2007), S. 6. Das Großbordell 'Pascha' in Köln spricht auf seiner Internetseite von über 800 Kunden pro Tag. Siehe <http://www.pascha.de/mieterinnen.htm>, (gesehen am 21.08.2009). Es ist davon auszugehen, dass etwa 70 % der männlichen Bevölkerung irgendwann in ihrem Leben die sexuelle Dienstleistung einer Prostituierten in Anspruch genommen hat, vgl. BT-Drs. 11/7140, S. 4 ff.; Laskowski (1997), S. 80 f.

⁸Weppert (2009), S. 261.

⁹TAMPEP. European Network for HIV/STI Prevention and Health Promotion among Migrant Sex Workers. National Report on HIV and Sex Work – Germany, Februar 2007.

93 % ausmachen¹⁰, wohingegen der Anteil von Männern bei nur 4 % und der von Transsexuellen bei 3 % liegt.¹¹

1.1.2 Prostitution im allgemeinen gesellschaftlichen Bewusstsein

Während im Brockhaus-Lexikon von 1895 Prostitution als „tiefe Schädigung und Untergrabung der öffentlichen Moral“¹² verurteilt wurde, hat sich in den letzten hundert Jahren in dieser Hinsicht ein deutlicher Wandel in der Beurteilung vollzogen. Spätestens seit der sog. Sexuellen Revolution¹³ der 1970er Jahre hat sich die Einstellung zur Sexualität insgesamt von vorhergehenden Tabuisierungen gelöst und einer freieren Sicht Platz gemacht. So wird heute Prostitution in Literatur und Medien kaum noch als moralisch verwerflich bezeichnet.¹⁴

Dessen ungeachtet wird Prostitution keineswegs als gängige und gesellschaftlich geachtete Tätigkeit verstanden. Dies wird zum Beispiel immer dann sichtbar, wenn die Frage des Standorts von Bordellen die kommunalpolitische Diskussion beschäftigt. In „normalen“ und geschweige denn „gehobenen“ Wohngegenden ist das abwertend so bezeichnete „horizontale Gewerbe“ nicht willkommen oder umgekehrt, das Auftauchen von Terminwohnungen signalisiert den sozialen Abstieg eines Wohnviertels.¹⁵ Dem sog. „Rotlicht-Milieu“ haftet das Etikett des Halbseidenen, wenn nicht gar Kriminellen an. Im Übrigen kann sich kaum ein Elternteil eine Prostitutionslaufbahn als Lebensperspektive für die Tochter vorstellen.¹⁶ Wenn somit das moralische Verdikt über die Prostitution nicht mehr die öffentliche Diskussion bestimmt, so bestehen gleichwohl die sozialen Vorbehalte gegen diese Art von Tätigkeit in hohem Maße fort. Dies gilt auch für junge Leute, wie jüngst eine studentische Demonstration in Bonn gegen den Straßenstrich in Universitätsnähe beweist. „Was kostest du?“, - so möchte bei aller Liberalität eine Studierende im Umkreis ihres Arbeitsortes nicht angesprochen werden.¹⁷

¹⁰Von den 93 % der weiblichen Prostituierten in Deutschland haben 60 % einen Migrationshintergrund. 55 % der Prostituierten mit Migrationshintergrund stammen aus Zentral- und Osteuropa, 20 % aus Asien, 15 % aus Lateinamerika und 10 % aus Afrika. Siehe TAMPEP (2007), S. 6.

¹¹TAMPEP (2007), S. 6.

¹²Brockhaus Konversations-Lexikon (1895), Stichwort „Prostitution“.

¹³Vgl. Kate Millet (1974): *Sexus und Herrschaft*, München, S. 87 ff.

¹⁴Vgl. Brockhaus Enzyklopädie (2006), Stichwort „Prostitution“.

¹⁵Vgl. Badische Zeitung vom 18.12.2009: „Empörung über verfallende Villa“ (Holger Schindler).

¹⁶Siehe etwa Interview mit Verwaltungsrichter Percy MacLean „Ein Gericht soll möglichst richtige Entscheidungen treffen.“ in: *Sexarbeit. Prostitution, Lebenswelten und Mythen*, Bremen 2005, S. 238 ff.

¹⁷Vgl. Die Zeit vom 17.12.2009: „Was kostest du?“ (Philipp Schwenke).

1.1.3 Prostitution in der feministischen Debatte

Die Tatsache, dass es sich bei Prostitution um ein hochgradig vergeschlechtlichtes Phänomen handelt, führte zu einer feministischen Auseinandersetzung mit Prostitution, die sich über die letzten 30 Jahre erstreckt. Führend in der Debatte waren anglo-amerikanische feministische Wissenschaftlerinnen mit dem Schwerpunkt der vorherrschenden heterosexuellen Prostitution mit weiblichen Prostituierten und männlichen Freiern sowie die von Männern dominierte Sex-Industrie.¹⁸

In der feministischen Debatte über Prostitution standen sich seit den 1980er Jahren grundsätzlich zwei Positionen gegenüber, wobei beide Seiten die patriarchale Gesellschaftsstruktur und die sexuelle Doppelmoral kritisieren.¹⁹ Nur ziehen beide Seiten unterschiedliche Schlussfolgerungen daraus. So sieht die eine Position in der Prostitution eine Art sexuelle Befreiung für die Prostituierte. Denn Prostitution ist für die Befürworter Ausdruck sexuellen Andersseins oder auch Ausdruck eines natürlichen Bedürfnisses.²⁰ Die Gegner von Prostitution untersuchen die strukturellen Gegebenheiten in der Prostitution. Sie sehen in der Prostitution die geschlechtshierarchische Gesellschaftsstruktur in besonderem Maße verwirklicht.

Unter den feministischen Gegnern von Prostitution besteht Einigkeit darüber, dass Prostitution Ausdruck und Ergebnis der gesellschaftlichen Diskriminierung von Frauen in ökonomischen, rechtlichen und sozialen Fragen ist. Daneben besteht Konsens darüber, dass Prostitution Resultat einer gesellschaftlichen sexuellen Doppelmoral ist, in der Männern auch in sexueller Hinsicht mehr Freiheiten zugestanden werden als Frauen. In der Prostitution wird danach ein strukturelles Problem in der Gesellschaft sichtbar. Pateman (1988) sieht in der Prostitution den Ausdruck einer patriarchalen Gesellschaftsstruktur. Patriarchat ist dabei die ausbeuterische Beziehung zwischen Männern und Frauen. Die Unterwerfung der Frauen im Patriarchat kommt in der Prostitution in ihrer stärksten Weise zur Geltung, indem sie Männern den uneingeschränkten Zugang zum weiblichen Körper ermöglicht.²¹ Sinnbild des Patriarchats ist die Arbeitsteilung zwischen den Geschlechtern. Während Männer überwiegend im produktiven Bereich tätig sind, arbeiten Frauen immer noch größtenteils im reproduktiven Bereich und verdienen durchschnittlich weniger als Männer.²² Eine radikal feministische Sicht-

¹⁸Grenz/Lücke (2006), S. 12.

¹⁹Auch wenn die neuere feministische Forschung zunehmend gesellschafts- und gendertheoretische Aspekte in die Untersuchung über Prostitution aufnimmt, so sind die beiden sich gegenüberstehenden Positionen weiterhin sichtbar. Siehe Grenz/Lücke (2006), S. 319 ff.

²⁰Rubin (1992), S. 267 ff.

²¹Patemann (1988), S. 189 ff.

²²Vgl. *Kapitel I*, 3.2.

weise sieht die Prostitution von Frauen auch in der Ehe verwirklicht. Danach lebt jede Ehefrau, die von ihrem Ehemann ökonomisch abhängig ist, in einem prostitutiven Verhältnis zu ihm, indem er als Gegenleistung zu seinem wirtschaftlichen Einkommen einen Anspruch auf ihren Körper hat.²³ Jeffreys (1997) bewertet Prostitution als eine spezielle Form männlicher Gewalt, nämlich als kommerzielle sexuelle Gewalt gegenüber Frauen.²⁴ Sie definiert deshalb Prostitution im Gegensatz zu der herkömmlichen Begriffserklärung nicht aus Sicht des Verhaltens der sich prostituierenden Frauen, sondern aus Sicht der Männer, die Sexualkontakte mit Prostituierten suchen. Nach Jeffreys Definition ist Prostitution: „Male sexual behaviour characterised by three elements variously combined: barter, promiscuity, emotional indifference. Any man is a prostitution abuser who, for the purposes of his sexual satisfaction, habitually or intermittently reduces another human being to a sexual object by the use of money or other mercenary considerations.“²⁵ Barry (1995) setzt in der Studie „The prostitution of sexuality“ Prostitution mit Vergewaltigung gleich.²⁶ Sie sieht in dem Unterschied, dass bei einer Vergewaltigung im Gegensatz zur Prostitution kein Geld gezahlt wird, einen für die Frauen unerheblichen Unterschied. Denn indem die Prostituierte ihren Körper als Austauschmittel gegen Geld anbiete, willige sie in ihre unterdrückte Position und in ihre Ausbeutung durch den Mann ein. Dies sieht Barry als vergleichbare Situation einer Vergewaltigung, wenn der Vergewaltiger der sich wehrenden Frau drohe, sie müsse die Vergewaltigung akzeptieren, da ihr sonst noch größeres Leid oder sogar der Tod drohe.²⁷ Hoigard und Finstad (1991) konnten in ihrer Studie nachweisen, dass Frauen in der Prostitution dieselben Gefühle entwickeln, wie vergewaltigte Frauen.²⁸ Der Akt des Eintauschens Körper gegen Geld ist danach für das Gefühl der Prostituierten als Unterscheidungsmerkmal einer Vergewaltigung unerheblich. Die Folgerung Hoigards und Finstads ist, dass Prostitution uneingeschränkt als Gewaltverbrechen anerkannt werden muss.²⁹ O'Connell Davidson (1998) wendet sich in der Untersuchung „Prostitution, Power and Freedom“ gegen die Reduzierung von Prostitution allein auf sexuelle Gewalt gegenüber Frauen. Vielmehr kommt sie aufgrund einer empirischen Studie zu dem Ergebnis, dass Prostituierte sowohl Opfer gesellschaftlicher Strukturen als auch bewusst handelnde Akteurinnen sind.³⁰ O'Connell Davidson wendet sich darüberhinaus gegen

²³Patemann (1988), S. 189; Giesen/Schumann (1980), S. 20.

²⁴Jeffreys (1997), S. 259 ff.

²⁵Ebd. S. 4

²⁶Barry (1995), S. 36 ff.

²⁷Ebd. S. 37.

²⁸Hoigard/Finstad (1992), S. 115 ff.

²⁹Ebd. S. 200.

³⁰O'Connell Davidson (1998), S. 110 ff.

die strikte Interpretation von Prostitution als Vergewaltigung. Sie interpretiert die Freiwilligkeit des Sexualkontakts zwischen Prostituierten und Freier als eine gegenseitige Fiktion.

Die feministischen Befürworter von Prostitution sehen die Diskriminierung von Frauen in der Prostitution in der sexuellen Doppelmoral begründet. Sie kämpfen deshalb für die gesellschaftliche Anerkennung des Berufs der Prostituierten. Die Befürworter bewerten das sexuelle Dienstleistungsverhältnis zwischen Prostituierten und Freiern als einen auf Freiwilligkeit und Gegenseitigkeit beruhenden Vertrag.³¹ Queen (1997) sieht in der Prostitution ein notwendiges Mittel, um männliche sexuelle Frustration in Form von Unbefriedigtsein zu kanalisieren und dadurch Schäden für andere abzuwenden.³² Zwar erkennen die Befürworter von Prostitution in der Sex-Industrie das Spiegelbild der sexistischen Gesellschaft. Sie plädieren deshalb für eine Prostitution ohne Sexismus. Insbesondere müssten Frauen sich von den Mythen über ihre Sexualität befreien, um ihrerseits als weibliche Freier die Dienste von männlichen Prostituierten in Anspruch zu nehmen.³³

1.2 Ursachen für den Eintritt in die Prostitution

Die europäische Transcrime-Studie (2005) nennt als einen Hauptfaktor für den Eintritt von Frauen in die Prostitution Frauenarmut und Frauenarbeitslosigkeit.³⁴ Auch eine Mitarbeiterin der Beratungsstelle für Prostituierte MADONNA e.V. sieht eine Ursache dafür, dass Frauen „vermehrt in die Prostitution“ drängen, in der Tatsache, dass „sie trotz aller Bemühungen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt chancenlos bleiben.“³⁵ Die europäische Nichtregierungsorganisation TAMPEP nennt in Deutschland drei Hauptursachen für den Weg in die Prostitution bei deutschen Frauen: Finanzielle Gründe, Drogenkonsum oder emotionale Bindung an einen Zuhälter. Für Frauen mit Migrationshintergrund sind finanzielle Gründe Hauptursache für den Weg in die Prostitution.³⁶ Viele dieser Frauen wollen nur zeitlich begrenzt in der Prostitution ar-

³¹Rubin, G. (1992), S. 267 ff.

³²Queen (1997), S. 125 f.

³³Siehe Zusammenfassung der Argumente der feministischen Befürworter von Prostitution in Grenz (2007), S. 15 ff.

³⁴Transcrime Study (2005), S. 19 ff., 44.

³⁵Eickel (2009), S. 295. Eickel sieht jedoch „die selbständige und auch mutige Entscheidung der Frauen, ihre wirtschaftliche Perspektivlosigkeit durch Prostitution zu beenden“ dadurch entwertet, dass „die Einladung zum Ausstieg“ damit „stillschweigend als „zu korrigierender Weg“ betrachtet wird. Ebd.

³⁶TAMPEP (2007), S. 9.

beiten, um akute finanzielle Notlagen auszugleichen oder um Geld anzusparen, mit dem sie ihre Familien in den Herkunftsländern unterstützen können.³⁷ Insgesamt sehen nur die wenigsten Prostituierten eine lebenslange Perspektive für sich in der Prostitution. So setzen sich die meisten Frauen in der Prostitution einen bestimmten Zeitraum für die Tätigkeit, wie z.B. Schuldenabbau, Einschulung des Kindes oder das Erreichen eines bestimmten Alters. Jedoch verbleiben nicht wenige letztendlich länger in der Prostitution als sie ursprünglich geplant hatten.³⁸ Auch die EVA-Studie von Leopold/Steffan (1997) sieht ökonomische Gründe für den Eintritt in die Prostitution als vorwiegend ausschlaggebend.³⁹ So gaben von den in der Untersuchung befragten Prostituierten immerhin 10 % an, aufgrund von Schulden keinen anderen Ausweg zu sehen, wobei es sich bei den Schulden vielfach um die des Partners handelte und nicht um die eigenen.⁴⁰ Leopold (2005) kommt daneben zu dem Ergebnis, dass es fraglich ist, ob Frauen ohne Schul- und Berufsausbildung die Entscheidung für die Prostitution auch getroffen hätten, wenn ihnen andere Alternativen offen gestanden hätten. Sie bewertet darüber hinaus die Entscheidungen der Frauen für die Prostitution aus ökonomischen Gründen „eher als ökonomischen Zwang denn als eine wirklich freie Entscheidung“⁴¹, auch wenn sie gleichzeitig unterstreicht, dass auch bei schlechten Rahmenbedingungen die Einzelne in ihrer Entscheidung frei und autonom sei.⁴²

Daneben weisen zahlreiche internationale Studien nach, dass viele Frauen in der Prostitution in der Kindheit oder Jugend sexuelle Gewalt erfahren haben und/oder auch im Erwachsenenalter um ein Vielfaches häufiger als der Durchschnitt der weiblichen Bevölkerung körperlicher, sexueller und psychischer Gewalt seitens ihrer männlichen Beziehungspartner ausgesetzt sind. Die Studien sehen darin eine Ursache für die Entscheidung der Frauen, in die Prostitution einzutreten.⁴³

³⁷Vgl. Eickel (2009), S. 295.

³⁸Leopold (2005), S. 24.

³⁹36 % brauchten das Geld zum Leben, 11 % wollten sich etwas leisten, 10 % brauchten Geld, um Schulden zu bezahlen, 7 % verdienten in ihrem regulären Beruf zu wenig, 4 % waren arbeitslos, 2 % finanzierten sich mit Prostitution ihre Ausbildung. Leopold (2005), S. 24. Zitiert eigene EVA-Studie von Leopold/Steffan (1997).

⁴⁰Leopold (2005), S. 24. Leopold zitiert ihre EVA-Studie von Leopold/Steffan (1997). Nur 1 % sahen in der Prostitution das aufregende Gefühl, begehrt zu werden und immerhin 7 % der befragten Frauen gingen der Prostitutionstätigkeit nach, weil ihr Mann oder Partner es so wollte. 5 % waren in die Prostitution 'hineingeschliddert'. Weitere 6 % suchten in der Prostitution neue Erfahrungen, 4 % schätzten das selbständige Arbeiten. Ebd.

⁴¹Leopold (2005), S. 24.

⁴²Ebd.

⁴³BMFSFJ (2004): Teilpopulation Prostituierte; Hester, Marianne/Westmorland, Nicole (2004): Tackling Street Prostitution. Home Office Research Study 279, London; Zumbeck, Sybille (2001):

Heinz-Trossen (1993) geht von multifaktorellen Prozessen aus, die die Entscheidung für den Einstieg in die Prostitution begleiten. Nach ihm bedarf es „bestimmter Situationen, biographischer Krisen wie defizitärer Sozialisation, Verschuldung, Trennung, Unzufriedenheit, akuter Konsumbedürfnisse, sexuellem Mißbrauch, Widerstand gegen restriktiv empfundene Normen und Institutionen und fehlender Hilfestellung durch Institutionen“, um die Entscheidung für den Einstieg in die Prostitution zu treffen.⁴⁴

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass Gründe und Ursachen für den Eintritt in die Prostitution vielfältig sind. Jedoch sieht sowohl die Praxis als auch die Wissenschaft einen Hauptfaktor für den Eintritt in die Prostitution in Deutschland in der Frauenarbeitslosigkeit und Frauenarmut. Auch wenn nicht davon ausgegangen werden kann, dass alle Frauen in der Prostitution in ihrer Kindheit und/oder Jugend sexuell missbraucht wurden oder auch gegenwärtig sexueller und körperlicher Gewalt seitens ihrer Beziehungspartner ausgesetzt sind, so zeigen die Zahlen aus den Studien doch auf, dass allgemein Frauen in der Prostitution eine erheblich höhere sexuelle, körperliche und psychische Gewaltprävalenz in Kindheit, Jugend und Erwachsenenalter aufweisen als die durchschnittliche weibliche Bevölkerung.

1.3 Die Heterogenität des prostitutiven Milieus

Das Untersuchungsfeld der Prostitution ist komplex und heterogen, weshalb eine Strukturierung und Eingrenzung erforderlich ist. In der deutschen Diskussion über Prostitution wird dabei vorherrschend zwischen dem Kriterium der Motivation zur Prostitutionsausübung und dem Kriterium der Legalität differenziert.⁴⁵

1.3.1 Das Kriterium der Freiwilligkeit

Eine Möglichkeit der Strukturierung des Phänomens der Prostitution ist die Unterteilung in freiwillige Prostitution, Beschaffungsprostitution und Zwangsprostitution.

Die Prävalenz traumatischer Erfahrungen, Posttraumatischer Belastungsstörung und Dissoziation bei Prostituierten – Eine explorative Studie, Hamburg; Phoenix, Joanna (2000): *Prostitute Identities – Men, Money and Violence*. *British Journal of Criminology*, 40, S. 37 – 55; Farley, M./Barkan, H. (1998): *Prostitution, Violence, and Posttraumatic Stress Order*. *Women & Health*, 27 (3), S. 37 – 49; Schenk, Wiltrud (1996): *Prostitution – ein Beruf wie jeder andere oder Folge von sexuellem Mißbrauch?* In: Hentschel, Gitti (Hg.) *Skandal und Alltag. Sexueller Mißbrauch und Gegenstrategien*. Berlin; Leopold, Beate (1997): *Evaluierung unterstützender Maßnahmen beim Ausstieg aus der Prostitution (EVA-Projekt)*, SPI-Forschung gGmbH, Berlin;

⁴⁴Heinz-Trossen (1993), S. 274. Diese Kriterien nennt Heinz-Trossen allgemein für den Einstieg in die Prostitution.

⁴⁵BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 14.

Als freiwillige Prostitutionsausübung wird die reflektierte und aus eigener Motivation stammende Entscheidung zur Prostitution verstanden. Dies beinhaltet sowohl den Entschluss, Prostitution als Beruf, Abenteuer oder als „leichten Weg, an schnelles Geld zu kommen“⁴⁶ auszuüben, als auch den Entschluss zur Prostitution aufgrund von Armut oder Verschuldung. Beschaffungsprostitution, die vorwiegend als Straßenprostitution in Erscheinung tritt, dient als Tätigkeit, um Geld für den eigenen Drogenkonsum oder dem des Partners zu verdienen. Zwangsprostitution liegt vor, wenn die Prostituierte gegen ihren Willen zur Prostitution gezwungen wird oder unter ungewollten Bedingungen in der Prostitution festgehalten wird.⁴⁷

Entscheidend für die Differenzierung nach dem Kriterium der Freiwilligkeit sind der jeweilige Handlungs- und Entscheidungsspielraum und die Arbeitsbedingungen, die dem Entschluss zur Prostitutionsausübung zugrunde liegen.⁴⁸ Im freiwilligen Bereich entsteht der Entschluss zur Prostitutionsausübung in Abwägung mehrfacher realer Optionen an Erwerbs- und Berufsmöglichkeiten. Diese Wahlmöglichkeiten sind im sog. Grauen Bereich stark eingeschränkt, denn der Entschluss zur haupt- oder nebenberuflichen Prostitution wird hier aufgrund von Notsituationen wie z.B. Armut, Schulden, Drogenabhängigkeit, (emotionaler) Abhängigkeit oder fehlender Berufsausbildung getroffen. Zutreffend interpretiert Müller (2008) die EntschlieÙung zur Prostitution in diesem Grauen Bereich nicht als tatsächlich freien, sondern nur als bewusst rationalen Entschluss.⁴⁹ Auch die Bundesregierung erkennt im Jahr 2007 an, dass es „eine soziale Realität [ist], dass viele Prostituierte sich in einer sozialen und psychischen Situation befinden, in der es fraglich ist, ob sie sich wirklich frei und autonom für oder gegen diese Tätigkeit entscheiden können.“⁵⁰ Im unfreiwilligen, von Gewalt und Zwang bestimmten Bereich der Prostitution hat die Prostituierte keinerlei Wahl- und Entscheidungsmöglichkeiten hinsichtlich der Prostitutionsausübung.⁵¹

Das im Jahr 2002 in Kraft getretene ProstG setzt eine Differenzierung zwischen freiwilliger Prostitution und strafrechtlich relevanter Zwangsprostitution voraus. Der sog. Graue Bereich, bei dem die Prostituierte sich zwar rational zur Prostitutionsausübung entscheidet, sie jedoch in ihren tatsächlich vorhandenen Wahlmöglichkeiten stark eingeschränkt ist, wird nach der Konzeption des ProstG der freiwilligen Prostitution zugerechnet.

⁴⁶Ebd. S. 19

⁴⁷Ebd. S. 18.

⁴⁸Vgl. ebd. S. 19.

⁴⁹Müller (2008), S. 8.

⁵⁰BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 9.

⁵¹Ebd. S. 19 f.

1.3.2 Das Kriterium der Legalität

Eine weitere Differenzierung des Untersuchungsfelds Prostitution ist nach dem Kriterium der Legalität⁵² bestimmbar: Zu einem sog. Hellen Bereich zählen genehmigte Bordelle, angemeldete Selbständige in der Prostitution oder auch in einem Beschäftigungsverhältnis mit Arbeitsvertrag arbeitende Prostituierte. Daneben ist ein sog. Grauer Bereich klassifizierbar, in dem Prostitution legal ausgeübt wird, trotzdem aber von Ausbeutung und (latenter) Gewalt durchdrungen ist. Zu diesen Grauen Bereich wird auch die Prostitutionsausübung aus finanzieller Not oder die Beschaffungsprostitution gezählt. Der illegale oder auch sog. Dunkle Bereich ist von Gewalt, Zwang, Gefangenschaft, Menschenhandel und von nicht angemeldeten bzw. nicht lizenzierten Bordellen geprägt.

1.4 Eingrenzung des Untersuchungsfelds und Begriffsbestimmungen

Vorliegende Studie beschränkt das Untersuchungsfeld auf die von erwachsenen Frauen ausgeübte und als freiwillig im Sinne des ProstG kategorisierte legale kommerzielle Prostitutionsausübung in Deutschland. Da in der sozialen Realität in Deutschland von etwa 93 % weiblichen Prostituierten ausgegangen werden muss, werden in vorliegender Untersuchung unter dem Begriff 'Prostituierte'⁵³ ausschließlich erwachsene Frauen, unter dem Begriff 'Freier' ausschließlich Männer und unter den Begriffen 'Bordellbetreiber' und 'Zuhälter' Männer und Frauen verstanden, wobei auch hier eine deutliche Dominanz des männlichen Geschlechts festzustellen ist.⁵⁴

⁵²Ebd. S. 20 f.

⁵³Der Begriff „Sexarbeiterin“ wird nicht verwendet, da er nach den Ergebnissen der Befragung der im Auftrag des BMFSFJ durchgeführten Studie von vielen Frauen in der Prostitution abgelehnt wird. BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 16.

⁵⁴Vgl. Grenz/Lücke (2006), S. 12.

2 Prostitution - „ältestes (weibliches) Gewerbe der Welt“?

Die Auffassung, Prostitution sei das „älteste Gewerbe der Welt“, ist in der öffentlichen Diskussion über Prostitution weit verbreitet.⁵⁵ Prostitution erscheint danach als Jahrtausende alte, quasi naturgegebene soziale Institution und gewerbliches Phänomen, als geschäftliche Beziehung unter gleichberechtigten Vertragspartnern. Doch die sozialgeschichtliche Entwicklung von Prostitution zeigt, dass es soziale und rechtliche Gleichstellung zwischen den sich prostituierenden Frauen und den männlichen Freiern in der gewerblichen Prostitution nie gab und die formale rechtliche Diskriminierung in der Bundesrepublik erst mit Inkrafttreten des ProstG im Jahr 2002 abgeschafft wurde.⁵⁶ Folgender Abschnitt konzentriert sich daher auf die sozialgeschichtliche Entwicklung von Prostitution mit ihren Frauen diskriminierenden Hintergründen⁵⁷ unter besonderer Einbeziehung der Ursprünge der Reglementierung weiblichen Sexualverhaltens als Ursprung der Institutionalisierung von Prostitution.⁵⁸

2.1 Prostitution im Alten Orient

2.1.1 Kultische sexuelle Dienste im Alten Orient

Vielfach wird die Meinung vertreten, die kommerzielle Prostitution im heutigen Sinne habe sich aus der sog. Tempelprostitution in Mesopotamien entwickelt.⁵⁹ Die US-

⁵⁵Vgl. Bassermann (1965), Das älteste Gewerbe, passim; Laskowski (1997), S. 51. In der Literatur findet sich auch Kritik an der Bezeichnung von Prostitution als Gewerbe, denn „sie hat sich nie über den Zustand des Tauschhandels erhoben. Wo hätte es je ein Gewerbe gegeben, in dem Händler und Ware identisch sind, was ja im Falle des Dirnentums zweifelsfrei der Fall ist? Wo gab es je eine Ware, die nicht wie alle anderen von vorneherein bestimmt ist, den Eigentümer zu wechseln?“ , siehe Feustel (1993), S. 9.

⁵⁶Siehe dazu *Kapitel II*, 3.

⁵⁷Tjaden-Steinhauer, Das Argument 2005, S. 184 ff., stellt in ihrem Aufsatz über Ehe und Prostitution die These auf, dass beide Institutionen nicht nur reine gesellschaftliche Gepflogenheiten sind, die sich aus Absprache gleichberechtigter Individuen ergeben. Nach Tjaden-Steinhauer sind es vielmehr „altgediente Institutionen, die aus patriarchalen Verfügungsgewalten hervorgehen und die auf unterschiedliche Weise ein und demselben Zweck dienen: gesellschaftlicher Verfügung über das generative Körpervermögen der Frauen.“

⁵⁸Allgemeine Rechtsgeschichte der Prostitution siehe: Gleß, Sabine (1999): Die Reglementierung von Prostitution; Malkmus, Katrin (2005): Prostitution in Recht und Gesellschaft; Hartmann, Ilya (2006): Prostitution, Kuppelei, Zuhälterei; Allgemeine Geschichte der Prostitution: Ringdal, Nils Johan (2007): Die neue Weltgeschichte der Prostitution.

⁵⁹Siehe Schmitter (2007), S. 17.

amerikanische Historikerin Gerda Lerner hat dies in ihrer Untersuchung „The creation of patriarchy“ aus dem Jahr 1986 widerlegt.⁶⁰ Sie unterscheidet klar zwischen kultischen sexuellen Diensten in Tempeln und gewerblicher Prostitution im Alten Orient.

In den frühen Stadtkulturen des Zweistromlandes (3. Jahrtausend v. Chr.) waren die Fruchtbarkeitskulte der vorhergehenden Ackerbaukulturen noch weit verbreitet, meist in Gestalt der Verehrung einer Muttergottheit oder Himmelskönigin Inanna (später Ishtar).⁶¹ Im Zusammenhang dieser Verehrung stehen auch sexuelle Dienste; die Gruppe der Tempeldienerinnen (Hierodule) entstand.⁶² Die Tempeldienerinnen waren Frauen, die sich nicht nur im Tempel, sondern auch außerhalb dessen den Gläubigen sexuell hingaben. Durch die sexuelle Hingabe sollte der Gläubige zu einer Gotteserfahrung gelangen. Die Hierodule selbst empfand dabei keine sexuelle Lust, sie galt nur als Instrument der Göttin, „als Opfer des Körpers im Dienste der Gottheit.“⁶³ Hervorzuheben ist, dass die Dienste der Tempeldienerinnen in der Gesellschaft als ehrenhaft galten und die Vorstellung vorherrschte, dass „Sexualität zivilisiert und den Göttern wohlgefällig ist“.⁶⁴

Daneben existierte eine weitere Form des Sexualkultes, die „Heilige Hochzeit“.⁶⁵ Jedes Jahr empfing die die Göttin vertretende Priesterin den jeweiligen Herrscher im Tempel. Die Bedeutung dieser „Hochzeit“ für den Herrscher zeigt sich in den dabei dargebrachten großen Opfergaben. Die Vermählung mit der Göttin sollte besonderen Schutz für die Dauer der Herrschaft gewähren.⁶⁶

Schließlich gab es eine dritte Variante des kultischen sexuellen Dienstes von Frauen: der „aotropäische“ sexuelle Dienst.⁶⁷ Dieser wurde in der Geschichtsschreibung regelmäßig als ein Beispiel der „Tempelprostitution“ bewertet.⁶⁸ Die Bewertung geht auf den griechischen Historiker Herodot (5. Jh. v. Chr.) zurück. Dieser sah in der Kultur des assyrischen Babylon, in der jede Frau, die heiraten wollte, sich vor der Ehe im Tempel einem fremden Mann sexuell anbieten musste, eine Art religiöse Prostitution. Als Gegenleistung für den sexuellen Dienst warf – nach Herodot – der Mann der Frau eine Münze in den Schoß. Dieses Ritual gleicht nur in der Weise der kommerziellen Pro-

⁶⁰Deutsche Fassung aus dem Jahr 1991: „Die Entstehung des Patriarchats“.

⁶¹Bornemann (1975), S. 84 f.

⁶²Hierodule, griechisch „Heilige Sklavin“. Lerner (1991), S. 164.

⁶³Bornemann (1975), S. 265.

⁶⁴Lerner (1991), S. 171.

⁶⁵Schmitter (2007), S. 11 f.

⁶⁶Ebd. S. 13 f.

⁶⁷d.h. unheilabwehrender sexueller Dienst.

⁶⁸Siehe Lerner (1991), S. 167 f.

stitution, als hier der Sexualpartner beliebig war und der Mann der Frau einen Obulus entrichtete. Jedoch überwiegen in der Bewertung dieser sexuellen Hingabe die Merkmale eines religiös sexuellen Kultes: Zum einen war der Vorgang einmalig, denn die Frau, die mit einem Fremden vor Eingehung der Ehe Geschlechtsverkehr haben musste, kehrt danach „nach Hause zurück und [war] [...] nie wieder käuflich.“⁶⁹ Zum anderen bezahlte der Mann nicht die Frau, sondern das Geld gehörte dem Tempel. Auch war der Zweck des Rituals religiöser Natur: „[D]ie Frau, die eine Ehe eingehen wollte, verstieß damit gegen das Gebot der Fruchtbarkeitsgöttin, nach dem Sexualität durch kein Gesetz reglementiert werden durfte. Um ihrer Rache, dem „Unheil“ vorzubeugen, brachte ihr die Frau ihre einmalige Hingabe als symbolisches Opfer dar.“⁷⁰ Lerner (1991) vermutet aufgrund der nur spärlichen historischen Fundierung dieses religiös-sexuellen Rituals, dass Herodot die nachweislich vorhandene kommerzielle Prostitution rund um die Tempel fälschlicherweise als Ritual bewertet hat, an dem jede Frau in Babylon vor Eingehung der Ehe teilnahm.⁷¹

2.1.2 Kommerzielle Prostitution im Alten Orient

Neben den kultischen sexuellen Diensten gab es im Alten Orient auch kommerzielle Prostitution. Lerner (1991) sieht diese in der Mitte des 2. Jahrtausends v. Chr. fest etabliert, wobei insbesondere Mädchen und Frauen der armen Bevölkerungsschicht diesem Gewerbe nachgingen.⁷² Die Etablierung der gewerblichen Prostitution ergibt sich zum einen aus einer der frühesten Berufsliste der altbabylonischen Periode um 1800 v. Chr. Darin sind als Berufe neben dem der Ärztin, der schriftkundigen Frau, Kö-

⁶⁹Herodot I.199; zit. Bornemann (1975), S. 267.

⁷⁰Schmitter (2007), S. 17.

⁷¹Lerner (1991), S. 168. Lerner ferner: „Ausgehend von diesen einander widersprechenden Interpretationen der Quellen über Frauen im Tempeldienst ist es schwer, deren gesellschaftliche Rolle genau zu verstehen. Was ehemals eine rein religiös-kultische Aufgabe war, erhielt möglicherweise eine andere Bedeutung, als in der Umgebung des Tempels bereits die gewerbsmäßige Prostitution blühte. Sexueller Verkehr im Tempel zu Ehren der Fruchtbarkeit und sexueller Kraft der Göttin in Anwesenheit von Außenstehenden ist vielleicht, weil es so Brauch war, durch ein Geschenk an den Tempel belohnt worden. Gläubige brachten regelmäßig Speisen, Öl, Wein und wertvolle Geschenke als Opfer zum Tempel, um die Gottheiten zu ehren und im Sinne der eigenen Anliegen günstig zu stimmen. Es ist denkbar, dass diese Praxis einige der Tempeldienerinnen korrumpierten und sie dazu verleitete, diese Gaben ganz oder teilweise für sich zu verwenden. Priester haben möglicherweise dazu ermutigt oder zumindest gebilligt, daß Sklavinnen und die niedrigsten Tempeldienerinnen gewerbsmäßige Prostitution betrieben, um so den Reichtum des Tempels zu mehren.“ S. 168 f.

⁷²Lerner (1991), S. 173.

chin und Barbierin auch die Prostituierte aufgezählt.⁷³ Der Beruf der Prostituierten war demnach nur einer unter anderen, dessen Ausübung gesetzlich geregelt war.⁷⁴ Prostituierte gehörten aber im Gegensatz zu den Frauen, die kultische sexuelle Dienste tätigten, zu den niedrigen Berufsgruppen.⁷⁵ Für Lerner (1991) ist es wahrscheinlich, dass „die Prostitution als Gewerbe eine Folge der Versklavung von Frauen und der Herausbildung und Verfestigung von sozialen Klassen war.“⁷⁶ Denn mit militärischen Eroberungen im 3. Jahrtausend v. Chr. sei es zu einem Anstieg von Versklavung gekommen. Sklavinnen seien im Gegensatz zu Sklaven dabei von Anfang an auch sexuell missbraucht worden. Sklavinnen mussten dabei nicht nur privat ihrem „Herrn“ sexuell zur Verfügung stehen. Sie mussten später auch für ihren „Herrn“ in eingerichteten Bordellen gewerbsmäßig sexuelle Dienste anbieten. Auch die Einrichtung von Harems ist auf die Versklavung von Frauen zurückzuführen: Denn für das Symbol von Macht und Reichtum von Aristokraten, Bürokraten und anderer reicher Männer gehörte immer mehr auch das Zurschaustellen von Sklavinnen und Konkubinen.⁷⁷ Daneben sieht Lerner (1991) eine Ursache der gewerblichen Prostitution in der Pauperisierung der Bauern, die dazu führte, dass zur Sicherung des Überlebens Kinder als Schuldklaven verpfändet wurden, wobei für Mädchen oder Frauen dies oft der Weg in die gewerbliche Prostitution bedeutete.⁷⁸

Der entscheidende Unterschied zwischen den sexuellen kultischen Diensten und der auch damals existierenden kommerziellen Prostitution bestand darin, dass es weder bei den Diensten der Hierodulen noch bei der Heiligen Hochzeit eine Entlohnung für die sexuellen Dienste gab. Diese sexuellen Dienste unterlagen darüber hinaus keiner Beliebigkeit, noch wurden die durchführenden Frauen abgewertet oder diskriminiert.⁷⁹

2.1.3 Der § 40 des mittellassyrischen Rechts: Staatliche Kontrolle über die weibliche Sexualität

Nachdem bereits der babylonische Codex Hammurabi um 1700 v. Chr. patriarchalische Familienstrukturen – korrespondierend mit dem Aufbau zentralstaatlicher Macht

⁷³Ebd. S. 170.

⁷⁴Schmitter (2007), S. 17.

⁷⁵Ebd. S. 18.

⁷⁶Lerner (1991), S. 172.

⁷⁷Ebd.

⁷⁸Ebd. S. 173.

⁷⁹Nach Bornemann (1975) ist der „grundsätzliche Unterschied zwischen dem Fruchtbarkeitskult und der Prostitution [...] der, daß dieser der Gottheit, jene dem Gelderwerb dient“, vgl. Bornemann (1975), S. 264.

– rechtlich fixiert hatte, verschlechterte sich die Stellung der Frau mit der Entfaltung des kriegerisch geprägten mittelassyrischen Reiches um 1200 v. Chr. erneut. Während in den frühen Stadtstaaten Mesopotamiens Frauen noch wichtige und angesehene Berufe wie Ärztinnen und Schriftkundige ausüben konnten, so wurden Frauen nun von diesen Tätigkeiten ausgeschlossen und ihre Unterordnung in Gesellschaft und Familie institutionalisiert und rechtlich verankert. Interessant in diesem Zusammenhang ist, dass der traditionellen Muttergöttin Ishtar zunehmend männlich-kriegerische Attribute zugeordnet wurden, was sinnfällig im Löwen als Symboltier seinen Ausdruck fand.⁸⁰ Gleichzeitig nahm die Zahl der Prostituierten deutlich zu.⁸¹

Ausdruck dieser Entwicklung ist beispielhaft der § 40 des mittelassyrischen Rechts, der zu dieser Zeit kodifiziert wurde.⁸² Er legte die soziale Deklassierung und Stigmatisierung von Prostituierten und Sklavinnen gegenüber freigeborenen Ehefrauen, Witwen und Töchtern fest. Äußerlich sichtbar werden musste dies durch das Verhüllen der als ehrbar eingestuften Frauen in der Öffentlichkeit und durch das Verbot des Sichverhüllens für Prostituierte und Sklavinnen. Die Unterscheidung der Frauen erfolgte also nach ihrer sexuellen Aktivität. Frauen, die als Ehefrauen oder in sonstiger Weise wie etwa die verheiratete Konkubine nur einem Mann sexuell zu Diensten waren, standen unter dessen Schutz und galten als respektabel, was durch die Verschleierung in der Öffentlichkeit äußerlich sichtbar wurde. Prostituierte und Sklavinnen standen dementsprechend nicht unter dem Schutz und der sexuellen Kontrolle eines Mannes und galten daher als nicht respektabel. Sie wurden „als öffentliche Frauen“ gekennzeichnet und standen allen Männern sexuell zur Verfügung.⁸³ Mit § 40 des mittelassyrischen Rechts verloren auch die

⁸⁰vgl. das Ishtar-Tor im Berliner Pergamon-Museum.

⁸¹Schmitter (2007), S. 19.

⁸²In § 40 des mittelassyrischen Rechts heißt es: „Sowohl Gattinnen eines Bürgers als auch (Witwen) oder (assyrische Frauen), die auf die Straße hi(nausgehen), (dürfen) ihre Köpfe (nicht entblößen). Töchter eines Bürgers (...) werden entweder mit einem Kopftuch? Oder mit Kleidern oder (einem Mantel?) verhüllt sein; ihre Köpfe (werden sie nicht entblößen). Entweder (...) oder (...) (od)er (...) (nicht verh)üllt wer(den sie sein, aber) an dem Tage, da sie auf der Straße a(llein) gehen, werden sie (gewiß) verhüllt sein. Die 'Eingesperrte', die mit (ihrer) Herrin auf die Straße geht, wird verhüllt sein. Eine Hierodule, die ein Gatte (zur Ehefrau) genommen hat, wird auf der Straße verhüllt sein. Aber (diejenige, die) ein Gatte nicht genommen hat, (wird) auf der Straße ihren Kopf entblößt (halten), sie wird nicht verhüllt sein. Eine Dirne wird nicht verhüllt sein. Ihr Kopf (bleibt) unverhüllt ...“ zitiert nach Haase (1979), S. 99.

⁸³Wie ernst es dem Staat mit der Durchsetzung des § 40 war, zeigt sich in den Strafen, die eine Übertretung des Verbots nach sich zogen. So beinhaltete die Strafe, die einer Prostituierte, die sich verhüllt in der Öffentlichkeit gezeigt hatte, der Entzug ihrer Kleider, 50 Stockschläge und das Übergießen mit Erdpech über ihren Kopf, so dass sie ihrem Gewerbe lange Zeit nicht mehr nachgehen konnte. All dies geschah in der Öffentlichkeit, was die Stigmatisierung und die Deklassierung der betroffenen

Tempeldienerinnen ihre ursprünglich hohe gesellschaftliche Wertschätzung. Sie wurden nun mit der gewerblichen Prostitution gleichgesetzt und erfuhren damit eine erhebliche gesellschaftliche Deklassierung.⁸⁴ Wie Jahrtausende später auch noch, betraf die Stigmatisierung und Deklassierung nur die Frauen in der Prostitution, nicht jedoch die Männer, die die sexuellen Dienste in Anspruch nahmen.⁸⁵ § 40 des mittelassyrischen Rechts klassifizierte somit die Frauen entsprechend ihrem Sexualverhalten und institutionalisierte diese Unterscheidung.⁸⁶ Männer erlangten ihren sozialen Status und ihre Klassenposition durch Beruf oder Abstammung. Der soziale Status und die Klassenposition von Frauen definierte sich hingegen durch den Schutz eines Mannes und damit letztendlich nach ihrem Sexualverhalten.⁸⁷ Sie konnten auch völlig ohne eigenes Zutun sozial deklassiert werden, indem sie aufgrund von Verschuldung ihres männlichen Familienoberhauptes zur Schuldklavin wurden und damit oft in der Prostitution endeten.

2.2 Die griechische und römische Antike

Prostitution in der griechischen und römischen Antike hatte viele Facetten. Alle Formen der Prostitution vereinigte jedoch, dass sich die Prostituierten für ihre sexuellen Dienste bezahlen ließen. Kultische sexuelle Dienste, wie sie zu Ehren von Göttern und Göttinnen und ohne Entlohnung noch im Alten Orient vorgenommen worden waren,

Frauen noch erhöhte. Auch die Strafen für Männer, die eine verhüllte Prostituierte nicht denunzierten und anzeigten, waren im Vergleich zu andern Straftaten, die das mittelassyrische Recht kodifizierte, sehr hoch. In § 40 des mittelassyrischen Rechts heißt es hierzu: “Wenn ein Bürger eine Dirne verhüllt gesehen hat, sie aber hat gehen lassen, (und) sie nicht zum Tor des Palastes gebracht hat, werden sie diesen Bürger (mit) 50 Stockschläge(n) schlagen... Seine Ohren werden sie durchbohren, mit einer Schnur durchziehen und nach hinten binden; einen Monat wird er die Arbeit des Königs machen.“ zitiert nach Haase (1979), S. 99. Lerner (1991) weist als Beleg für die hohe Strafwürdigkeit der zuwiderhandelnden Frau auf die Tatsache hin, dass auch Männer, die die Straftat der Frau nicht anzeigten, mit drastischen Strafen rechnen mussten. Vgl. S. 176.

⁸⁴Vgl. Schmitter (2007), S. 19 ff.

⁸⁵Der Besuch von Prostituierten wurde vielmehr Männern von Ärzten und Priestern auch nach Kodifizierung des § 40 des mittelassyrischen Rechts weiterhin empfohlen, etwa zu Therapiezwecken oder um ein böses Omen abzuwenden. Vgl. Schmitter (2007), S. 20.

⁸⁶Lerner (1991) sieht darin das Grundmuster „einer erzwungenen wahrnehmbaren Unterscheidung“, die sich in der Geschichte ständig wiederholte, etwa durch die Einrichtung bestimmter Distrikte für „schlechtbeurkundete Frauen“ oder staatliche Registrierungen. Lerner (1991), S. 179.

⁸⁷„...[D]as Sexualverhalten einer verheirateten Frau, etwa Ehebruch, oder der Verlust der Jungfräulichkeit bei einer unverheirateten Frau [konnte] Frauen in einer Weise deklassieren, wie kein Mann jemals durch sein sexuelles Verhalten deklassiert werden konnte.“ Vgl. Lerner (1991), S. 180.

gab es nicht mehr.⁸⁸

Im antiken Griechenland wurde zwischen drei Gruppen von Prostituierten unterschieden: den Hetären, den Auletriden und den Dikteriaden. Die höchste gesellschaftliche Anerkennung genossen die Hetären⁸⁹, ehemalige Sklavinnen, die elegant und gebildet waren und Beziehungen zu den reichsten Männern Griechenlands unterhielten.⁹⁰ Die Auletriden – die Flötenspielerinnen – standen auf der zweiten Ebene gesellschaftlicher Anerkennung. Diese Prostituierten animierten die männlichen Kunden zusätzlich durch künstlerische und musische Darbietungen, insbesondere mit Musik, Tanz oder Artistik.⁹¹ Auf unterster Ebene standen die Dikteriaden. Diese Gruppe von Prostituierten war gesellschaftlich ausgegrenzt und verachtet. Es handelte sich zum größten Teil um mit staatlichen Mitteln erworbene Sklavinnen, häufig aus Kleinasien, die in staatlichen Bordellen arbeiteten mussten. Es gab aber auch ursprünglich freie Griechinnen, die wegen Verelendung ihres Ehemannes als Sklavinnen verkauft worden waren und dann zu Dikteriaden wurden. Die erzielten Einnahmen mussten die Dikteriaden an die Polis abführen. Die gesellschaftliche Verachtung der Dikteriaden beruhte auf dem Umstand, dass sie Sklavinnen und „damit eigentlich kein Mensch“⁹² waren, aber auch auf dem Umstand, dass sie nur die sexuelle Befriedigung der Männer leisten konnten und nicht über eine besondere Bildung oder musische bzw. künstlerische Ausbildung verfügten. Äußerlich sichtbar wurde die Ausgrenzung der Dikteriaden durch eine bestimmte Kleidung, die sie für alle kenntlich machte. Dikteriaden standen jedem männlichen Bürger in Griechenland, auch den Ärmsten, zu einem bestimmten Preis zur Verfügung und wurden sittenpolizeilich kontrolliert.⁹³

Im antiken Rom etablierten sich nach griechischem Vorbild Bordelle (Lupanare), die jedoch in privater Hand standen. Gleich war, dass die Prostituierten in diesen Bordellen

⁸⁸Schmitter (2007), S. 22.

⁸⁹Das Wort Hetäre geht auf das altgriechische Wort „hetaira“ zurück und bedeutet „Gespielin“ bzw. „Gefährtin“.

⁹⁰Bargon (1982), S. 49 f.

⁹¹Schmitter (2007), S. 23.

⁹²Vgl. ebd. S. 29.

⁹³Der zeitgenössische Dichter Philemon (ca. 363 – 264 v. Chr.) schrieb hinsichtlich eines Bordellbesuchs:

„dir stört die Manneskraft die Seelenruh.

Dann zahlst du einen Groschen Eintritt

Und ohn' Ziererei und Ausflucht'

Dass dies und das an dir ihr nicht gefällt

Macht sie's dir prompt

Was du auch willst und wie du's willst.”

Zit. nach Bornemann, (1975) S. 252.

mehrheitlich Sklavinnen waren, die gesellschaftlich auf unterster Ebene standen. Wie im antiken Griechenland mussten sich die Prostituierten aus den römischen Bordellen in der Öffentlichkeit in einer bestimmten Weise kleiden, damit sie für alle erkennbar waren, und wurden staatlich kontrolliert.

Der eigentliche Zweck der staatlichen Reglementierung bestand in der Prostituiertensteuer, die ein Achtel des jeweiligen Lohns der Prostituierten ausmachte und somit eine Art Gewerbesteuer war.⁹⁴

Wie auch schon im Alten Orient und im antiken Griechenland wurde auch im antiken Rom das Aufsuchen von Prostituierten und zwar auch von jenen, die gesellschaftlich geächtet in Bordellen arbeiteten, gesellschaftlich ausdrücklich gutgeheißen und unterstützt. Sexualität wurde als Naturrecht, insbesondere des Mannes gesehen, und das Vorhandensein von Prostituierten, bei denen die Männer ihre Sexualität ausleben konnten, galt weiterhin als Schutz der 'ehrbaren' Frauen vor Vergewaltigungen.

Auch wenn in der Antike bestimmte Prostituierte wie die Hetären oder Auletriden eine gewisse gesellschaftliche Wertschätzung genossen, so hatten sie dennoch nur bestimmte Privilegien gegenüber den verachteten Prostituierten. Denn wie auch diese waren sie letztendlich rechtlos und dienten mehrheitlich nur der Unterhaltung und der sexuellen Befriedigung der Männer, die in Staat und Familie das Sagen hatten.⁹⁵ Die Abhängigkeit von Frauen von dem Schutz eines Mannes und ihre Einordnung in respektabel und nicht respektabel galt in der Antike also weiterhin. Auch wurden Frauen weiterhin nach ihrem Sexualverhalten bewertet und eingeordnet. Die männliche Doppelmoral, die Prostituierte als gesellschaftlich geächtet und minderwertig bewertete, zeigte sich auch in der griechischen und römischen Antike. Denn auch hier nahmen Männer aller sozialer Klassen die Dienste von Prostituierten selbstverständlich in Anspruch ohne gesellschaftlich deklassiert zu werden.⁹⁶

⁹⁴Schmitter (2007), S. 35. Diese Steuer mussten alle Prostituierten zahlen, auch die, die sich an anderen Orten prostituierten. Die Zahl der registrierten Prostituierten lag im kaiserlichen Rom zwischen 32 000 und 36 000. Diese hohe Zahl brachte dem Staat eine beträchtliche Summe an Steuergeldern ein, mit denen u.a. die Errichtung öffentlicher Bauten finanziert wurde. "Das Theater, der Circus, das Amphitheater und das Stadion des kaiserlichen Rom wurden ausschließlich mit dem "Aurum lustrale", dem "Sühnegold" bzw. der Steuerleistung der verachteten Prostituierten finanziert."

⁹⁵Reinsberg (1989), S. 82.

⁹⁶Im Gegenteil. Auch hier galt: „Er hat nichts ausgefressen, er hat nur mit einer Nutte gevögelt. Das geschieht nun einmal.“ Seneca (gest. 65 n. Chr.) zit. Bornemann (1975), S. 417.

2.3 Prostitution in den mittelalterlichen Städten

Auch in den mittelalterlichen Städten war Prostitution eine feste soziale Institution. Zwar sah die christlich und männlich geprägte Weltsicht in der Sexualität allgemein die Inkarnation des Bösen, im Gegensatz zum Alten Orient, wo sie als göttlich oder in der Antike, wo sie als Kraft der Natur gesehen worden war. Dies hinderte die Autoritäten in Staat und Kirche jedoch nicht daran, ihre männliche Sexualität mit Prostituierten frei auszuleben. Denn auch im Mittelalter gehörte „potente Männlichkeit [...] zu den Attributen der Macht“⁹⁷. Hingegen wurde die weibliche Sexualität – wie auch die Frau insgesamt – in der Philosophie und Theologie als minderwertig, ja sogar als gefährlich eingestuft.⁹⁸ Trotzdem duldete man insgesamt auch hier Prostitution nicht nur, sondern förderte sie, speziell in den Städten. Prostitution glied nach Thomas von Aquin „der Kloake des Palastes, wenn sie beseitigt wird, wird der Palast ein unreiner, stinkender Ort.“⁹⁹ Prostituierte waren auch im Mittelalter gesellschaftlich geächtet, was in bestimmten Kleider-, Aufenthalts- und Verhaltensvorschriften zum Ausdruck kam.¹⁰⁰ Nach der Frankfurter Kleiderordnung von 1488 mussten sich Prostituierte so kleiden, dass man ihnen ihren geringen Wert ansehen konnte.¹⁰¹ Vielfach sollten gelbe Zeichen die Prostituierten in die Nähe der jüdischen Einwohner und damit ins gesellschaftliche Abseits drängen.¹⁰² Indes wurden trotz gesellschaftlicher Ächtung Prostituierte in das gesellschaftliche Gefüge der mittelalterlichen Städten integriert. Viele sog. Frauenhausordnungen der mittelalterlichen Städte zeugen von dem Bestreben, „zur Vermeidung größeren Übels gemeine Weiber zu halten.“¹⁰³ Gerechtfertigt wurde dies allgemein mit

⁹⁷Schuster (1995), S. 230 f.

⁹⁸Vgl. etwa Thomas von Aquin, *Summa Theologiae* I, Quaestio 92 (de productione mulieris): „Naturaliter in homine magis abundat discretio rationis.“ (art. 1 ad 2) und „Femina est aliquid deficiens et occasionatum.“ (art. 1 ad 1). (ed. Marietti, Torino 1963, Bd. 1, S. 451.)

⁹⁹Zit. nach Middendorff (1959), S. 137.

¹⁰⁰Schuster, P. (1992), S. 155 ff; Schuster (1995), S. 72 ff., 80ff; Kreuzer (1989), S. 23 f.

¹⁰¹Schuster, P. (1992), S. 146. Schuster spricht von einem „Prozess der Abgrenzung und Marginalisierung der Prostituierten“. S. 210.

¹⁰²Ebd. S. 152. In Regensburg zum Beispiel wurde bereits im 13. Jahrhundert ein gelbes Abzeichen für „jüdinne und die pfeffinne unde die boesen hiute (=Prostituierte)“ gefordert. Ebd.

¹⁰³Zit. Ketsch, (1983), S. 324. Trotz der gesellschaftlichen Ächtung der Prostituierten wurden Schutzvorschriften als Reaktion auf Abhängigkeitsverhältnisse und physischer Gewalt seitens der sog. Frauenwirte erlassen. So setzten sich seit dem Ende des 15. Jahrhunderts Frauenhausordnungen vorwiegend in den süddeutschen Städten durch. Diese Ordnungen beinhalteten Schutzvorschriften für Prostituierte in städtischen Bordellen, die Verschuldungen von Prostituierten vorbeugen sollten, die ihnen ein Recht auf ihren Lohn einräumten und die Regeln für den Krankheitsfall von einer Prostituierten aufstellten. Die Existenz von Frauenhausordnungen lässt jedoch keine Rückschlüsse auf eine Zunftordnung von Prostituierten zu. Denn die Regelungen der Frauenhausordnungen beinhalteten keine Regelungen

der kirchlichen Lehre des „geringeren Übels“. Wie auch schon in der Antike spielten auch für die mittelalterlichen Stadtväter ökonomische Interessen an der Institution Prostitution eine große Rolle. Denn die Frauenhäuser hatten bei Messen und Märkten eine hohe Anziehungskraft für auswärtige Kaufleute und Handwerker und waren deshalb für die Attraktivität einer Stadt und damit auch für ihre wirtschaftliche Entwicklung entscheidend.¹⁰⁴ Auch galt wie schon im Alten Orient und in der Antike Prostitution als gesellschaftliches Ventil zum Schutz ehrbarer Frauen vor Vergewaltigung.¹⁰⁵

2.4 Prostitution im 16. und 17. Jahrhundert – Bekämpfung der Prostitution

Auf die Reformation folgte die Bekämpfung von Prostitution. Martin Luther wandte sich gegen die katholische Lehre vom „kleineren Übel“, wonach Prostitution zwar sündhaft war, jedoch auch ehrbare Frauen vor Vergewaltigung schütze. Seiner Meinung nach förderten Bordelle Ehebruch, Vergewaltigung und weitere sexuelle Verbrechen.¹⁰⁶ Auch vertrat er die Auffassung, es sei widersinnig, die Geschlechtlichkeit der Menschen zu leugnen, wie es die alte kirchliche Sexualethik bis dahin gemacht hatte. Sexualität gehörte nach Luther demnach zur menschlichen Natur, jedoch nur innerhalb der Ehe.¹⁰⁷ Damit entstand ein neues Verständnis von Sexualität und Ehe.

Spätestens im 17. Jahrhunderts vollzog sich schließlich das Ende der städtischen Bordelle, sowohl in den protestantischen Städten und Staaten, als auch in den katholischen.¹⁰⁸ Neben der Reformation brachte auch die Ausbreitung der Syphilis während der Wende vom 15. zum 16. Jahrhundert eine Neubewertung von Prostitution. Es bildete sich das Sprichwort: „im Hurenhaus ein Fuß, im Spital den anderen.“¹⁰⁹ Der Besuch der Bordelle nahm teilweise ab, was in einigen Fällen zu Schließungen führte.¹¹⁰ Mit der Angst vor der „Lustseuche“ setzte die Verfolgung der Prostituierten ein. Auch Luther sah in der Prostitution einen Hauptfaktor der Syphilis und forderte die schärfsten Sanktionen

zu Ausbildung oder Prüfung für den Beruf einer Prostituierten. Trotz gesellschaftlicher Ächtung war die Tätigkeit der Prostituierten gesetzlich geregelt und geschützt. Vgl. Schmitter (2007), S. 48 f.

¹⁰⁴„Wie wichtig das Frauenhaus für sie war, zeigt die bei der Abschaffung der städtischen Bordelle in Basel 1532 laut werdende Befürchtung, die Stadt könne von den Handwerksknechten deshalb gemieden werden.“ Schuster (1995), S. 239.

¹⁰⁵Schuster, P. (1992), S. 210, Borst (1983), S. 404.

¹⁰⁶Luther schrieb, er wisse nicht, wie „der Mann seines Weibs und kinder ere bewaret, so er eine Hure im huse hielte.“ Zit. Schmitter (2007), S. 52.

¹⁰⁷Vgl. Schuster (1995), S. 353.

¹⁰⁸Schmitter (2007), S. 61.

¹⁰⁹Schuster (1995), S. 345.

¹¹⁰Schuster, P. (1992), S. 185 ff.; Kreuzer (1989), S. 28.

gegen Prostituierte.¹¹¹ Mit der Verfolgung der Prostituierten und der Ausgrenzung aus der städtischen Gemeinschaft entstand eine neue Bezeichnung von Prostituierten: Sie wurden nun als „Huren“ beschimpft, was ursprünglich Ehebrecherin bedeutete, später auch alle unverheirateten Frauen betraf, die nicht in einem Haushalt eingebunden waren oder unehelich in freien Beziehungen lebten.¹¹² All diese Frauen mussten nun mit der Verfolgung als Hure rechnen, auch wenn sie keinen Anlass für den Verdacht sich zu prostituieren gegeben hatten.¹¹³ Folge der neuen Bewertung von Prostitution und der Ausbreitung von Syphilis waren strengere Sittengesetze. Stadtrechte führten neue Straftatbestände der „Hurerei“ ein und die Strafe war ähnlich wie die bereits in § 40 des mittellassyrischen Rechts festgelegte: eine öffentliche Stigmatisierung der betroffenen Frauen wie An-den-Pranger-Stellen oder Prügelstrafe.¹¹⁴ Männer, die an der „Hurerei“ beteiligt waren, hatten hingegen regelmäßig mit keiner Strafe zu rechnen.¹¹⁵ Im Gegensatz zu früher, als Prostitution mit der sozialen Verarmung der Frauen erklärt wurde, sah man nun als Grund für die Prostitution von Frauen deren moralische Verkommenheit.¹¹⁶

2.5 Prostitution im 18. Jahrhundert

Trotz der Schließung aller Bordelle bis spätestens Ende des 17. Jahrhunderts und der gesellschaftlichen Ächtung gab es weiterhin Prostitution. Die Gründe hierfür lagen neben der weiterhin bestehenden Nachfrage seitens der männlichen Bevölkerung in der zunehmenden Armut vieler Frauen, die trotz Ächtung und Kriminalisierung auf den Lohn aus der Prostitution angewiesen waren.¹¹⁷ Unter dem Einfluss der Aufklärung im 18. Jahrhundert unterlag die rechtliche Bewertung von Prostitution einem Wandel. Zwar wurden Prostituierte weiterhin gesellschaftlich geächtet, jedoch wurden die Stra-

¹¹¹Schuster (1995), S. 347 f., 396.

¹¹²„Die soziale Situation einer alleinstehenden Frau war nun nicht mehr ein Grund zur Milde, sondern ein Indiz für Unzucht.“ Ebd. S. 399.

¹¹³Für die große Anzahl der Prostituierten bedeutet die Verfolgung die Ausweisung aus den Städten. Dies bedeutete für die meisten von ihnen, dass sie sich Bettler- und Diebesbanden oder Landknechtsheeren anschließen mussten, um zu überleben und auch dort hatten sie den Soldaten sexuell zur Verfügung zu stehen. Vgl. Schmitter (2007), S. 56.

¹¹⁴Aufgrund der immer wieder auftretenden Prostitution von Frauen, wurden die Straffolgen für die „Hurerei“ bis hin zur Exekution verschärft. Im Jahr 1584 wurden in Nürnberg zwei sich prostituierende Frauen erhängt, nachdem sie „bereits mehrere Male wegen Diebstahls und Hurerei vom Scharfrichter bestraft und verstümmelt worden“ waren. Schuster (1995), S. 401.

¹¹⁵Schmitter (2007), S. 58 ff.

¹¹⁶Ebd. S. 61.

¹¹⁷Ebd.

fen für „Hurerei“ wieder abgemildert. Eine Strafe für die Prostituierte erfolgte von nun an nur noch dann, wenn sie trotz Wissens über eine Geschlechtskrankheit, sich weiter prostituierte, damit zu der Ausbreitung der Infektion beitrug und so letztendlich der gesamten Gesellschaft Schaden zufügte. Eine Wiedereröffnung jetzt nicht mehr städtisch, sondern staatlich kontrollierter Bordelle war die Folge. Prostitution war fortan weder verboten noch erlaubt, jedoch unterstand sie der sittenpolizeilichen Kontrolle. Folge war, dass während des 18. Jahrhunderts in vielen deutschen Staaten wieder Bordelle eröffneten.¹¹⁸ So mussten sich seit 1769 Prostituierte in Berlin regelmäßig ärztlichen Untersuchungen unterziehen. Die Institution der Sittenpolizei war geschaffen.¹¹⁹ 1792 folgte die preußische „Verordnung wider die Verführung junger Mädchen zu Bordells und zur Verhütung der Ausbreitung venerischer Übel“ mit grundlegenden gesundheitspolizeilichen Regelungen. Prostitution wurde durch die Verordnung nicht entkriminalisiert, vielmehr erfolgte ihre staatliche und gesundheitliche Überwachung.¹²⁰ Im Königreich Preußen blieben Prostituierte und Bordellinhaber fortan straffrei, solange sie die Reglementierungen beachteten und sich der polizeilichen Kontrolle unterstellten.¹²¹

¹¹⁸Vgl. Brinitzer (1933), S. 69 ff., 73 ff.; Kreuzer (1989), S. 35 f. Vielfach erfolgte diese Wende in der Bordellpolitik auf Druck des Militärs, das sich davon eine Eindämmung der Geschlechtskrankheiten in der Armee versprach.

¹¹⁹Ebd. S. 73; Krafft (1996), S. 23.

¹²⁰Die neue ordnungspolizeiliche Bewertung von Prostitution beruhte auf folgender Feststellung des Berliner Generaldirektoriums aus dem Jahr 1791: „Beim einem Zusammenfluß von Menschen männlichen Geschlechts in einer großen Stadt, wovon ein Theil, und zwar in dem Alter, in welchem der Begattungstrieb am heftigsten wüthet, noch nicht im Stande ist, zu heirathen, ein anderer aber, nach seiner Lage und Bestimmung, niemals dazu in den Stand kommt, sind Hurenanstalten leider ein nothwendiges Übel, um größere durch keine Gesetze und Gewalt zu steuernde Unordnungen, die aus nicht zu beengender Brust entstehen, zu vermeiden.“ (Reskript des Berliner Generaldirektoriums vom 05.02.1791, zit. nach Brinitzer (1933), S. 75 f.

¹²¹Bordellwirte mussten fortan bei der Polizei eine schriftliche Erlaubnis für ihr Gewerbe beantragen (§ 1) und die bei ihnen arbeitende Prostituierte anmelden (§ 2). Auch wurden detaillierte Gesundheitsvorschriften erlassen, wonach sich die Prostituierten regelmäßig auf Geschlechtskrankheiten untersuchen lassen mussten (§ 10). Eine erkrankte Prostituierte durfte danach nicht mehr arbeiten, tat sie es trotzdem riskierte sie eine Zuchthausstrafe (§ 11 Abs. 2). Daneben gab es Regelungen, wonach kein Bordellwirt einer Prostituierten die Aufgabe ihrer Tätigkeit verweigern durfte (§ 4 Abs. 1). Siehe Gleß (1999), S. 58 ff. Ähnliche Gesundheitsvorschriften gab es auch in anderen deutschen Städten, so z.B. in Hamburg. Das „Blaue Buch“ bestimmt in seinem § 23: „Alle acht Tage, oder wenn es nötig erscheint, in noch kürzerem Zeitraum, müssen die öffentlichen Mädchen sich der ärztlichen Untersuchung unnterwerfen, welche, wenn irgendwie möglich in den Morgenstunden vorgenommen werden muss. Kein Mädchen, welches sich an den Geschlechtsteilen krank fühlt oder seine Periode hat, dar einem Manne den Beischlaf verstaaten. Eben so wenig darf derslebe einem venerisch angesteckten oder auch nur solcher Ansteckung verdächtiger Manne erlaubt werden (...)“. Vollständig abgedruckt

Auch mit den Reglementierungen von Prostitution in vielen Staaten und Städten in Deutschland unterlag die gesellschaftlich Wertung über die Frauen in der Prostitution keinem Wandel. Diese wurden weiterhin diskriminiert und stammten größtenteils aus armen Verhältnissen.¹²²

2.6 Prostitution im 19. und 20. Jahrhundert – Reglementierung, Kasernierung und Sittenwidrigkeit

2.6.1 Prostitution im 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts

Infolge der Industrialisierung und der darauf folgenden Herausbildung neuer gesellschaftlicher Schichten, besonders des Proletariats, veränderten sich die sozialen Lebens- und Arbeitsbedingungen für Frauen erheblich.¹²³ So waren vielen Bauernfamilien und Kleingewerbetreibenden die Lebensgrundlage entzogen worden und sie mussten sich in abhängige Lohnarbeit begeben. Frauen arbeiteten zu extrem niedrigen „Frauenlöhnen“ vorwiegend als Fabrikarbeiterinnen, Kellnerinnen oder Verkäuferinnen.¹²⁴ Die schlechte soziale Situation, die Frauen besonders hart betraf, förderte im 19. Jahrhundert die zunehmende Anzahl der sich prostituierenden Frauen insbesondere in den Großstädten: So lebten Schätzungen zufolge Ende des 19. Jahrhunderts zwischen 100.000 und 200.000 Prostituierte in Deutschland, vor dem ersten Weltkrieg soll die Zahl auf etwa 330.000 angestiegen sein.¹²⁵ Die bürgerliche Sexualmoral sah in der Jungfräulichkeit der Frauen die Vorbedingung einer gut bürgerlichen Ehe. Sie unterschied sich insofern nicht von den Moralvorstellungen im Altertum. In der Ehe wurde von der Frau Treue und Monogamie als Selbstverständlichkeit verlangt. Sexuelle Freizügigkeit wurde für bürgerliche Frauen ausgeschlossen, nicht hingegen für die Männer aller sozialen Schichten.¹²⁶ Auch im 19. Jahrhundert waren bürgerliche Frauen in Deutschland noch regelmäßig

in Dufour, Band VI (o.J. [1902]), S. 71 ff.

¹²²Die gesellschaftliche Abwertung der Prostituierten kommt auch in § 999 des Allgemeinen Preussischen Landrechts aus dem Jahr 1794 zum Ausdruck: „Liederliche Weibspersonen, welche mit ihrem Körper ein Gewerbe treiben wollen, müssen sich in die unter der Aufsicht des Staats geduldeten Hurenhäuser begeben.“ zit. nach Brinitzer (1933), S. 77. Es gab indes auch vornehme Etablissements, wie das der Madame Schubitz in Berlin, das nach einem zeitgenössischen Bericht „von den Vornehmen und selbst von Prinzen ohne Inkognito besucht wird.“ Dufour, Band VI (o.J. [1902]), S. 95 f.

¹²³Schmackpfeffer (1989), S. 13.

¹²⁴Pudenz (1977) S. 86 ff.; Nipperdey (1990), S. 76 ff.; Krafft (1996), S. 113 ff.

¹²⁵Nipperdey (1990), S. 101; Schmackpfeffer (1989), S. 13.

¹²⁶Eine bürgerliche Frau musste ihr Sexualverhalten gemäß diesen Wertvorstellungen ausrichten, damit sie nicht als „gefallenes Mädchen“ galt, dem man eine bürgerliche Existenz vollständig absprach. Siehe Nipperdey (1990), S. 99 f.

von ihren Ehemännern oder anderen männlichen Familienoberhäuptern ökonomisch abhängig, so dass die aufgestellten Wertvorstellungen von vielen anerkannt werden mussten.¹²⁷ Weiterhin akzeptiert wurde auch das Bedürfnis von Männern nach außer-ehelichem Geschlechtsverkehr und die daraus folgende Notwendigkeit von Prostitution. Diese wurde mit dem Schutz der ehrbaren Mädchen und Frauen gerechtfertigt. Prostituierte standen auf der untersten Ebene und waren sittlich nicht mehr verletzbar.¹²⁸ Die Reglementierung des weiblichen Sexualverhaltens bestand fort.

Mit Gründung des Deutschen Kaiserreichs im Jahr 1871 erfuhr die Reglementierung der Prostitution eine Vereinheitlichung und Verschärfung. Zwar wurde die Prostitution als solche nicht bestraft, jedoch reglementiert und sittenpolizeilich kontrolliert.¹²⁹ Die verschiedenen Reglementierungssysteme der Länder verfestigten durch ihre sog. „Inskribierlisten“, in denen sich Prostituierte in Städten ab einer Einwohnerzahl von 20.000 eintragen mussten, den Ausschluss der sich prostituierenden Frauen aus der bürgerlichen Gesellschaft.¹³⁰ Die Polizeivorschriften der einzelnen Länder verschärften die Überwachung der Prostituierten. So wurden u.a. die Wohnungswahl reglementiert und Sperrbezirke und -zeiten festgelegt.¹³¹ Hinzu kam der 'Unzuchtsverdacht', den grundsätzlich jeder Mann gegenüber einer Frau aussprechen konnte.¹³² Dafür genügte es schon als Frau nachts alleine auf einer Straße zu gehen oder anderweitig 'undamenhaftes' Verhalten.¹³³ Die Polizei achtete auf der Straße besonders auf Fabrikarbeiterinnen, Dienstmädchen, Näherinnen und Kellnerinnen, da diese aufgrund ihrer extrem niedri-

¹²⁷Schulte (1994), S. 167.

¹²⁸Ebd. S. 170.

¹²⁹Die Kontrollmaßnahmen betrafen nun auch Prostituierte außerhalb von Bordellen, die sich auf der Straße oder in ihren Wohnungen prostituierten. Eine Verschärfung der Reglementierung erfolgte durch die Novellierung des § 361 Nr. 6 RStGB im Jahr 1876: „Mit Haft wird bestraft eine Weibsperson, welche wegen gewerbsmäßiger Unzucht einer polizeilicher Aufsicht unterstellt ist, wenn sie in den in dieser Hinsicht zur Sicherung der Gesundheit, der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes erlassenen polizeilichen Vorschriften zuwiderhandelt oder welche, ohne einer solchen Aufsicht unterstellt zu sein, gewerbsmäßig Unzucht betreibt.“ Siehe Schmitter (2007), S. 63; Krafft (1996), S. 30 ff.; Brinitzer (1933), S. 111.

¹³⁰Gleß (1999), S. 59 ff.

¹³¹Krafft (1996), S. 240 ff. Nach den „Sittenpolizeilichen Vorschriften“ der Königlichen Polizeidirektion in München von 1887 mussten sich Prostituierte nicht nur Gesundheitskontrollen unterziehen, sondern sich auch polizeilich an- und abmelden und Zeit- und Ortsangaben bei Reisen angeben.

¹³²Vor Reichsgründung musste der Nachweis des „fleischlichen Gebrauchs gegen Bezahlung“ für eine Verhaftung erbracht werden. Vgl. Krafft (1996), S. 31.

¹³³Als undamenhaft galt, wenn eine Frau sich auf der Straße seit- oder rückwärts drehte und ein zu schneller oder auch zu langsamer Schritt, da Männer dies als Aufforderung zur Annäherung verstehen konnten. Vgl. Schmitter (2007), S. 67.

gen Löhne in besonderem Verdacht standen, zusätzlich auf den Verdienst als Prostituierte angewiesen zu sein.¹³⁴ Um Prostituierte räumlich von der übrigen Bevölkerung zu trennen, wurde in einigen Städten sog. Kasernierungen eingeführt. Prostituierte sollten dort nicht nur arbeiten, sondern auch wohnen.¹³⁵ Die Kasernierungen erwiesen sich als Vorteil für die Vermieter der Wohnräume in den jeweiligen Straßen, die sie zu überhöhten Mietpreisen an die Prostituierten vermieteten, und für die Freier, deren Anonymität besser gewahrt blieb und weniger für die selbständig arbeitenden Prostituierten, die durch die hohen Mieten eine bestimmte Zahl von Freiern bedienen mussten, um sich finanzieren zu können.¹³⁶ Die gesellschaftliche Ächtung der Frauen in der Prostitution blieb weiter bestehen. Die Prostitution von Frauen wurde weiterhin als unmoralisch, gleichzeitig aber auch als unverzichtbare soziale Institution bewertet.¹³⁷ Prostitution galt seit dem deutschen Kaiserreich als sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB, da es dem Anstandsgefühl „aller billig und gerecht Denkenden“¹³⁸ widersprach. Als Folge ergab sich, dass das Rechtsgeschäft zwischen Prostituierte und Freier nichtig war.

Mit dem Wachstum der Großstädte gegen Ende des Jahrhunderts und der damit gegebenen vermehrten Prostitution wandte sich auch die öffentliche Aufmerksamkeit verstärkt diesem Thema zu, zumal sich die sittenpolizeiliche Reglementierung als immer weniger effektiv erwies und sich die Prostitution aus den Bordellen zunehmend auf die Straße verlagerte. Die gesellschaftliche Diskussion konzentrierte sich auf die Frage nach der Ursache dieses als bedrohlich empfundenen Massenphänomens. Von sozialdemokratischer Seite¹³⁹ wurde auf die „Fäulnis“ der kapitalistischen Gesellschaft und damit auf die sozialen und wirtschaftlichen Wurzeln der Prostitution hingewiesen. Konkret forderte man die Abschaffung der nur die Frau betreffenden sittenpolizeilichen Kontrolle. Bürgerliche sog. Abolitionistinnen, die mit der Frauenbewegung verbunden waren, griffen diese Forderung auf, prangerten die „Entwürdigung“ der Frau an und kritisierten die bürgerlichen Doppelmoral in der Hoffnung, damit die Prostitution insgesamt

¹³⁴Ebd. S. 67.

¹³⁵Ein Polizeibeamter aus Hamburg führte dazu 1909 im Reichstag aus: „Wir haben also Straßen in Hamburg, welche dazu bestimmt sind, den unter polizeilicher Kontrolle stehenden Frauenspersonen als Wohnstätten zu dienen, und es ist natürlich, daß, wenn ... die Prostituierten in diese Straße hineinziehen, die anständige Bevölkerung ... mehr und mehr verschwindet. Das ist es ja gerade, meine Herren, was mit Hilfe jenes Systems erreicht werden soll: Die Scheidung zwischen der Prostitution und dem anständigen Teil der Bevölkerung.“ zit. in Krafft (1996), S. 34.

¹³⁶Schmitter (2007), S. 71 f.

¹³⁷Krafft (1996), S. 129 ff.; 234 f.

¹³⁸RGZ 43, 124.

¹³⁹August Bebel, Die Frau in der Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, 1883.

bekämpfen zu können.¹⁴⁰ Tatsächlich führte eine Gesetzesänderung der Weimarer Republik 1927 zu einer Lockerung der polizeilichen Reglementierung der Prostitution, die indes nur von kurzer Dauer war.¹⁴¹

2.6.2 Prostitution im Dritten Reich

Im Dritten Reich wurden Prostituierte in besonderem Maße verfolgt. Nach nationalsozialistischem Gedankengut war eine Prostituierte minderwertig, asozial¹⁴², schwachsinzig, gefühllos und nicht bereit zu ehrlicher Arbeit. Prostituierte wurden massiv verfolgt und kriminalisiert. § 361 Nr. 6 RStGB wurde verschärft. Strafbar war nun „wer öffentlich in auffälliger Weise oder in einer Weise, die geeignet ist, einzelne oder die Allgemeinheit zu belästigen, zur Unzucht auffordert oder sich dazu anbietet.“¹⁴³ Zur Strafbarkeit genügte ein zur Belästigung geeignetes Verhalten, so dass der nationalsozialistischen Sittenpolizei weitgehende Eingriffsbefugnisse zugestanden wurden. Von Verhaftungen bedroht waren nicht nur Prostituierte, sondern auch alleinstehende Frauen, die ohne männlichen Begleiter in Gaststätten angetroffen wurden.¹⁴⁴ Zahlreiche Prostituierte wurden im Laufe der Zeit inhaftiert oder in Konzentrationslager deportiert.¹⁴⁵ Die Verfolgung und Kriminalisierung der Prostituierten im Dritten Reich bezweckte jedoch nicht ihre Abschaffung, Prostitution sollte erhalten bleiben, jedoch

¹⁴⁰Krafft (1996), S. 84 ff.

¹⁴¹Im „Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten“ (GeschlKrG) von 1927 wurde das polizeiliche Reglementierungssystem abgeschafft. Die neue Regulierung intendierte, dass Prostituierte sich freiwillig einer Gesundheitskontrolle unterwarfen, die nun von den Gesundheitsbehörden übernommen wurde. Somit mussten sich die Prostituierten nicht mehr unter polizeiliche Kontrolle begeben, um straffrei zu bleiben. Nach § 361 Nr. 6 RStGB war nur noch strafbar, „wer öffentlich in eine Sitte oder Anstand verletzenden oder andere belästigenden Weise zur Unzucht auffordert oder sich dazu anbietet.“ Prostitution galt jedoch trotz der Novellierung weiterhin als sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB. Die gesellschaftliche Stigmatisierung und Diskriminierung von Prostituierten blieb weiter bestehen. Kreuzer (1989), S. 48 ff.

¹⁴²Die amtliche Definition für den Begriff „asozial“ lautete im Jahr 1941: „Gemeinschaftsunfähig ist (...), wer besonders unwirtschaftlich und hemmungslos ist und aus Mangel an eigenem Verantwortungsbewusstsein weder einen geordneten Haushalt zu führen noch Kinder zu brauchbaren Volksgenossen zu erziehen vermag (...) schließlich Personen, die durch unsittlichen Lebenswandel aus der Volksgemeinschaft herausfallen bzw. ihren Lebensunterhalt dadurch verdienen.“ zit. in Bock (1986) S. 82.

¹⁴³Vgl. OLG Dresden (JW 1934, S. 501)

¹⁴⁴Paul (1994), S. 11.

¹⁴⁵Kreuzer (1989), S. 51 f. Das Gesetz zur Sterilisation Minderwertiger ermächtigte die Gesundheitsbehörden zu überprüfen, ob eine Prostituierte die Voraussetzungen für eine Zwangssterilisation erfüllte und das Gewohnheitsverbrechergesetz aus dem Jahr 1933 ermöglichte die Einweisung von Prostituierten, die gegen § 361 Nr. 6 RStGB verstoßen hatten, in ein Arbeitshaus, in dem die Betroffenen zu einem geordneten Leben erzogen werden sollten. Bock (1986), S. 417 f.

äußerlich möglichst unsichtbar.¹⁴⁶ Denn die Nationalsozialisten befürchteten ansonsten einen Anstieg der Homosexualität unter der männlichen Bevölkerung.¹⁴⁷ Auch ließ der Kriegsausbruch 1939 die Nachfrage nach Prostituierten unter den Wehrmachtsangehörigen steigen. Die Nationalsozialisten errichteten daraufhin staatliche Bordelle unter polizeilicher Kontrolle, um das Risiko von Geschlechtskrankheiten für Wehrmachtsangehörige möglichst gering zu halten.¹⁴⁸ Auch wurden zunehmend an der Front Wehrmachtsbordelle eingerichtet, in denen Zwangsprostituierte arbeiten mussten. Noch schlimmer und traumatisierender für die beteiligten Frauen gestaltete sich die Situation in den KZ-Bordellen für die SS-Wachmannschaften. Ihre Insassinnen waren Tag und Nacht den erniedrigsten Praktiken ihrer Bewacher ausgeliefert und sahen sich quasi einer permanenten organisierten Vergewaltigung ausgesetzt.¹⁴⁹ Wie auch unter den vorherigen politischen Regimes, war Ziel der Reglementierung und der spezifisch nationalsozialistischen Verfolgung der Prostituierten, die männlichen Bevölkerung vor Krankheitsgefahren aus der Prostitution zu schützen. Die Ursachen für die Prostitution der Frauen und die Bedingungen, unter denen Frauen sich prostituieren mussten, waren nicht von Interesse. Prostituierte galten unter den Nationalsozialisten in besondere Weise als minderwertig und nicht gleichberechtigt, nicht nur gegenüber den ehrbaren deutschen Müttern und Hausfrauen, sondern insbesondere gegenüber den Männern. Die geschlechtshierarchische Gesellschaftsstruktur, in der die Männer in Beruf und Familie deutlich den Frauen übergeordnet waren, wurde im Dritten Reich in besonderer Weise proklamiert und durchgesetzt.¹⁵⁰ Dabei kam hinsichtlich der nationalsozialistischen Bewertung von Prostitution und der praktische Umgang mit dieser die heuchlerische

¹⁴⁶Paul (1994), S. 12.

¹⁴⁷Himmler 1937 vor SS-Gruppenführer: „Wir werden auf dem Gebiet [der Prostitution] großzügig sein bis zum Gehnichtmehr, denn man kann nicht einesteils verhindern wollen, dass die ganze Jugend zur Homosexualität abwandert und andererseits jeden Ausweg sperren.“ zit. in Paul (1994), S. 12.

¹⁴⁸Paul (1994), S. 101. „Der Geschlechtsverkehr mit nicht kontrollierten weiblichen Personen muss daher unterbunden werden, soweit dies irgend möglich ist. Nachdem eine Kontrolle der Prostituierten nur bei den Insassen der Bordelle möglich ist, erscheint es vom hygienischen und disziplinären Standpunkt zweckmäßiger, geeignete, unter ärztlicher Kontrolle stehende Bordelle für deutsche Soldaten freizugeben, als der Möglichkeit Vorschub zu leisten, dass ein deutscher Soldat der wilden Prostitution zum Opfer fällt.“ Bauchtisch, Oberbefehlshaber der Wehrmacht, zit. in Paul (1994), S. 101.

¹⁴⁹Paul (1994), S. 23 ff., 101ff; Kreuzer (1989), S. 52.

¹⁵⁰Göbbels im März 1933 anlässlich einer Ausstellung „Die Frau“ in Berlin: „Auf die Gefahr hin, als reaktionär zu gelten, spreche ich klar aus: Den ersten, besten und ihr gemäßeften Platz hat die Frau in der Familie und die wunderbarste Aufgabe, die sie erfüllen kann, ist die, ihrem Land und Volk Kinder zu schenken.“ Hitler auf dem Frauenkongress in Nürnberg am 08.09.1934: „Das Wort von der Frauen-Emanzipation ist nur ein von jüdischen Intellektuellen erfundenes Wort, und der Inhalt ist von demselben Geist geprägt.“ zit. nach Schmidt/Dietz (Hg.) (1985), S. 58 und 59.

Doppelmoral in besonders perverser Weise zum Ausdruck.

2.6.3 Prostitution in der Bundesrepublik

In der Bundesrepublik war Prostitution bis zum Inkrafttreten des ProstG im Jahr 2002 zwar erlaubt, galt aber als sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB und somit als rechtlich nicht schützenswerte Tätigkeit, die Gesundheitskontrollen unterworfen war. In den ersten Nachkriegsjahren, in denen das soziale Leben in Deutschland von Armut und massiven Versorgungsengpässen geprägt war, stieg die Zahl der sich prostituierenden Frauen stark an.¹⁵¹ Neben der Überlebensprostitution war auch die sog. Besatzungsprostitution eine charakteristische Erscheinungsform im Nachkriegsdeutschland, bei der Arbeit suchende Frauen bei Besatzungssoldaten entgeltlich den Haushalt führten und ihnen auch sexuell zur Verfügung standen.¹⁵² In den 50er-Jahren nahm auch die gewerbliche Prostitution in Form von Bordell-, Straßen- und Lokalprostitution zu. Wirtschaftlicher Aufschwung, zunehmendes Konsumverhalten in der Gesellschaft, eine sich langsame liberalisierende Sexualmoral und die „Anti-Baby-Pille“ in den folgenden Jahrzehnten gelten als Faktoren, die die gewerbliche Prostitution förderten.¹⁵³ Trotz der rechtlichen Bewertung von Prostitution als sittenwidrig, unterlagen die Einkünfte einer Prostituierten als „sonstige Einkünfte“ nach § 40 Abgabenordnung der Einkommenssteuerpflicht.¹⁵⁴ Auch die Bundesrepublik wollte sich die Steuereinkünfte aus der Prostitution nicht entgehen lassen. Prostituierten wurde hinsichtlich ihrer

¹⁵¹Schätzungen zufolge sollen im Jahr 1949 zwischen 100.000 und 150.000 Frauen in der Prostitution gearbeitet haben. Vgl. Laskowski (1997), S. 69.

¹⁵²Häufig rutschten die Frauen die zuvor noch ein „Amiliebchen“ gewesen waren in die gewerbliche Prostitution ab. Vgl. Laskowski (1997), S. 69.

¹⁵³Ebd. S. 72 Die gesundheitsrechtliche Kontrolle der Prostituierten blieb auf der Grundlage des reformierten Gesetzes zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten aus dem Jahr 1927 und des Bundesseuchengesetzes (BSeuchenG) erhalten. Die Gesundheitskontrollen reglementierten die Prostituierten, die behördlich registriert waren, sich regelmäßig auf Geschlechtskrankheiten untersuchen lassen und ein Gesundheitszeugnis bei sich führen musste. (§ 4 GeschlKrG beinhaltete: „Geschlechtskranke, sowie solche Personen, die dringend verdächtig sind, geschlechtskrank zu sein und Geschlechtskrankheiten weiterzuverbreiten, haben dem Gesundheitsamt auf Verlangen, gegebenenfalls wiederholt, ein Zeugnis eines in Deutschland bestellten oder zugelassenen Arztes über ihren Gesundheitszustand vorzulegen.“). Auch in der Bundesrepublik waren die Freier, die in gleicher Weise mit Geschlechtskrankheiten infiziert sein konnten, von solchen Gesundheitskontrollen ausgenommen. Prostituierte, die sich der Gesundheitskontrolle widersetzen, konnten zwangsweise vorgeführt werden (§§ 18, 19 GeschlKrG). Die Polizei kontrollierte häufig auch ohne entsprechende Ermächtigungsgrundlage die Gesundheitszeugnisse der Prostituierten, die erhebliche Schikanen riskierten, wenn sie sich dagegen wehrten Laskowski (1997), S. 112.

¹⁵⁴BFHE 80, 73; Leopold/Steffan/Paul (1994), S. 53 f.

Lohnforderung nicht nur der zivilrechtliche sondern auch der strafrechtliche Rechtsschutz verweigert. Der BGH argumentierte in ständiger Rechtsprechung, dass Freier, die einer Prostituierten ihre Zahlungsbereitschaft vortäuschten und anschließend die sexuelle Dienstleistung der Prostituierten ohne Vorkasse empfangen, sich nicht wegen Betrugs i.S.d. § 263 StGB strafbar gemacht hätten, da der Prostituierten kein Vermögensschaden entstanden sei.¹⁵⁵ Anders hingegen bewertete die Rechtsprechung den Fall, in dem eine Prostituierte nach Vorkasse die zwischen ihr und Freier vereinbarte sexuelle Dienstleistung verweigerte. Hier lag nach der Rechtsprechung eine Betrugsstrafbarkeit der Prostituierten i.S.d. § 263 StGB vor.¹⁵⁶ Ein Freier konnte demnach um seine sexuelle Dienstleistung betrogen werden, eine Prostituierte jedoch nicht um ihren Lohn aus einer als sittenwidrig bewertete Tätigkeit. In der Rechtsprechung spiegelt sich damit exemplarisch die fortbestehende ausgeprägte Diskriminierung von Frauen in der Prostitution wider: Frauen in der Prostitution wurden rechtlich schutzlos gestellt, indem ihre Tätigkeit als moralisch und rechtlich inakzeptabel bewertet wurde. Das Verhalten der Freier aller sozialer Schichten, die sexuellen Dienstleistungen von Prostituierten selbstverständlich in Anspruch nahmen, wurde hingegen weder rechtlich noch moralisch als problematisch oder gar inakzeptabel bewertet. Die zwiespältige und von Doppelmoral, Diskriminierung und geschlechtshierarchischer Gesellschaftsstruktur geprägte gesellschaftliche und rechtliche Bewertung von Prostitution setzte sich auch in der Bundesrepublik weiter fort.

2.7 Zusammenfassung und Bewertung

Der kursorische Überblick über Erscheinungsformen der Prostitution im Verlauf der europäischen und später deutschen Kulturgeschichte macht deutlich, dass zwar die Geschlechtlichkeit eine Naturkonstante darstellt, deren konkrete Erscheinungsform indes von der jeweiligen Gesellschaftsform bestimmt ist. Dies gilt in gleicher Weise für die Prostitution. Für die vorliegende Studie ist von Relevanz, dass mit dem Zurücktreten der Fruchtbarkeitskulte und der Entfaltung des Patriarchats seit dem Altertum fortan eine Unterordnung der Frau in Gesellschaft und Familie einher geht. Im Extremfall entkleidet diese Unterordnung die Frau ihrer Subjektivität und macht sie zum reinen Besitzobjekt des Mannes. Immer aber kann er der Frau gegenüber Ansprüche erheben, die dieser in umgekehrter Weise verwehrt sind; sie ist im Grundsatz die Gehorchende.

¹⁵⁵BGH StV 1987, 484; BGHSt 4, 373: "Dem Geschlechtsverkehr" zwischen Prostituierte und Freier kam nach Auffassung des BGH "kein in Geld zu veranschlagender Wert" zu. "Die Hingabe der Dirne" war "daher weder für sie eine Vermögensverfügung noch für den Freier ein Vermögensvorteil."

¹⁵⁶BGHSt 4, 373; BGH, NStZ 1987, 407.

Dies schließt die Dominanz des Mannes über die Geschlechtlichkeit der Frau und die Kontrolle ihres Sexualverhaltens ein. Männliche Sexualität erhält so im Hinblick auf die Frau einen gewissen Unterwerfungscharakter, der sich in unterschiedlichen Ausprägungen zeigt und sich sogar bei gegebenen Umständen - selbst in neuster Zeit - zum Phänomen der organisierten Vergewaltigung steigern kann.

Impliziert dies schon für die verheiratete Frau ein klares Abhängigkeitsverhältnis, so galt dies ungleich stärker für die Prostituierte, die – gewissermaßen frei schwebend - nicht in soziale Schutzmechanismen wie Familie, gesellschaftliches Ansehen, Respektabilität der Hausfrau, Mutterschaft, religiöse Tradition etc. eingebunden war. Sie war in ihrem rein geschlechtsspezifischen Verhältnis zum „Freier“ der hierarchischen Struktur dieses Verhältnisses in besonderer Weise ausgesetzt: Nicht nur erfuhr sie keine Wertschätzung und rangierte am Rande der Gesellschaft, sie war darüber hinaus Gewalt und Herabsetzungen mehr oder weniger schutzlos ausgeliefert und blieb somit in aller Regel jenem Armutsmilieu verhaftet, dem sie mit Hilfe der Prostitution zu entfliehen hoffte. Die moderneren Versprechungen von Freiheit und Gleichheit der Menschen seit der Aufklärung und ihre Umsetzungen im 19. und 20. Jahrhundert gehen an dem Phänomen der Prostitution insofern vorbei, als die bürgerliche Doppelmoral den Freier schützt und die Prostituierte kriminalisiert oder zumindest herabwürdigt, was die tiefe soziale Verwurzelung des geschlechtshierarchischen Denkens beweist.

3 Das soziale Geschlecht

Der Gang der Untersuchung zeigt bislang, dass es sich bei der kommerziellen Prostitution nicht nur um ein hochgradig geschlechtsspezifisches, sondern darüber hinaus in der Geschichte immer auch diskriminierendes und zugleich geschlechterhierarchisches Phänomen handelte, das von seinen Ursprüngen und die gesamte Geschichte hindurch geprägt ist von der Reglementierung weiblicher Sexualität und von nicht vorhandener Gleichstellung der Geschlechter in den jeweiligen Gesellschaften. Diese Befunde sind Ausgangspunkt für folgenden Abschnitt, der untersucht, ob und inwiefern auch heute noch in der Bundesrepublik in der Prostitution eine Geschlechterdifferenz und ein diskriminierendes geschlechterhierarchisches Geschlechterverhältnis zum Ausdruck kommt.

Die Untersuchung der Geschlechterdifferenz in der Prostitution erfordert zuerst die Darstellung der begrifflichen Grundlagen, die in diesem Kontext Bedeutung erlangen. Danach wird der Fokus auf die geschlechtsspezifischen Ungleichheiten des allgemeinen Arbeitsmarktes gerichtet und zuletzt auf das Geschlechterverhältnis in der Prostitution

als eine besondere Form der Erwerbstätigkeit.

3.1 „Soziales Geschlecht“ und Formen von Diskriminierungen

3.1.1 Begriffliche Grundlagen

Die Tatsache dem männlichen oder weiblichen Geschlecht anzugehören, stellt innerhalb der Gesellschaft ein zentrales Unterscheidungsmerkmal dar.¹⁵⁷ Die Geschlechterdifferenz ist Bestandteil im tagtäglichen gesellschaftlichen Zusammenleben und findet ihren Ausdruck in allen gesellschaftlichen Bereichen, insbesondere auf dem Arbeitsmarkt.¹⁵⁸ Die Geschlechterforschung knüpft an diese Tatsache an, wobei der Begriff Geschlecht in Hinblick auf Auswirkungen sozialstruktureller und ökonomischer Gegebenheiten analysiert wird.¹⁵⁹ Dabei wird das Augenmerk besonders auf die Mechanismen der kulturellen Konstruktion von Geschlechterdifferenz in der Geschichte und deren Aufrechterhaltung in der Gegenwart gerichtet.¹⁶⁰ Vorreiter der Geschlechterforschung kamen in den 80er-Jahren größtenteils aus dem angelsächsischen Raum. Schon damals wurde die bis heute diskutierte Unterscheidung der Begriffe „sex“ und „gender“ eingeführt.¹⁶¹ Der Begriff "sex" bezieht sich dabei auf biologische Merkmale des Geschlechts, das anhand von anatomischen (z.B. Geschlechtsorgane) bzw. physiologischen Kriterien (z.B. Chromosomenzusammensetzung) festgelegt wird.¹⁶² Im alltäglichen gesellschaftlichen Zusammenleben wird von der Selbstverständlichkeit der Existenz zweier Geschlechter ausgegangen und nach ihnen kategorisiert. Eine Person wird also immer anhand der sichtbaren biologischen Merkmalen dem männlichen oder dem weiblichen Geschlecht zugeordnet. Dies geschieht auch in den Fällen, in denen das biologische Geschlecht nicht eindeutig sichtbar ist.¹⁶³

¹⁵⁷Vgl. <http://www.gender-mainstreaming.net/>; vgl. auch <http://www.mainstreaming.net/gm/frauen-und-maenner-im-alltag.html>.

¹⁵⁸Vgl. Corell/Ehnis/Janczyk/Richter (2008), S. 20 ff; Niechoj/Tullney (2006), S. 13 ff.

¹⁵⁹Vgl. Braun/Stephan (2000), S. 9.

¹⁶⁰Vgl. Bauer/Neissl (2002), S. 7.

¹⁶¹Vgl. Braun/Stephan (2000), S. 10.

¹⁶²Vgl. West/Zimmermann (1991), S. 13.

¹⁶³Kessler/McKenna (1978), S.76ff; vgl. auch Gildemeister/Wetterer (1992), S.20f. Vgl auch West/-Zimmermann (1991), S. 14. Danach wird die Kategorisierung in männlich und weiblich mit dem Begriff "sex category" umschrieben. Es sei lediglich angemerkt, dass diese "Neufassung" der "sex-gender"-Relation unter Berücksichtigung der sozialen Zuordnung zu einem Geschlecht insofern von Bedeutung ist, als die soziale Konstruktion von Geschlecht damit nicht mehr lediglich aus biologischen Merkmalen abgeleitet werden kann. Weiterhin wird die Annahme einer reflexiven Beziehung dahingehend, dass auch die Natur als kulturell gedeutet an der Konstruktion von Geschlecht beteiligt ist, möglich. Geschlecht muss demzufolge nicht mehr nur als Merkmal/Eigenschaft, das/die lediglich im Alltagshan-

"Gender" ist von dem lateinischen Verb "generare" = „erzeugen“ abgeleitet, wodurch das Erzeugen von Eingruppierungen und Bedeutungen der Geschlechterzugehörigkeit deutlich gemacht wird.¹⁶⁴

Der Begriff „gender“ in der Geschlechterforschung wurde seit den 1990er Jahren auch in Deutschland übernommen.¹⁶⁵ „Gender“ umfasst dabei die sozialen, kulturellen und psychologischen Aspekte von Männlichkeit und Weiblichkeit.¹⁶⁶ Inhalt ist damit das „soziale Geschlecht“¹⁶⁷, das in der Gesellschaft bestimmte Eigenschaftszuschreibungen und Verhaltenserwartungen zugeordnet bekommt.¹⁶⁸ Gender drückt damit zugleich die kulturelle und soziale Konstruktion von Geschlecht und Geschlechtszugehörigkeit aus.

3.1.2 Die Geschlechterdifferenz als soziokulturelle Konstruktion

Die historische und soziologische Forschung hat umfänglich die Entfaltung der bürgerlichen Familie im 19. und 20. Jahrhundert aufgearbeitet und die damit gegebenen und vielfach früher schon geprägten männlichen und weiblichen Rollen beschrieben.¹⁶⁹ Wenngleich natürlich im Einzelfall und speziell in jüngerer Zeit Abweichungen von den Stereotypen festzustellen sind, ergibt sich immer noch folgendes Grundschema geschlechtsspezifischer Verhaltensmuster:¹⁷⁰ Die Eigenschaften weich, emotional und passiv gelten eher als weiblich, die Eigenschaften hart, rational und aktiv hingegen als männlich. Frau und Mann sind demnach ein oppositionelles und exklusives Kategorienpaar¹⁷¹, denen spezifische polare Eigenschaften und Verhaltensmuster zugeschrieben werden.¹⁷² Die Wertungen der männlichen Kategorie sind hinsichtlich der Geschlech-

deln ihren Ausdruck findet gesehen werden, sondern kann als soziokulturelle Konstruktion betrachtet werden (vgl. dazu genauer Gildemeister/Wetterer (1992), S.213).

Die als selbstverständlich erachtete Übereinstimmung zwischen "sex" als biologischem Geschlecht und "sex category" als Zuordnung zu den Kategorien weiblich oder männlich wurde schon von Kessler/McKenna mittels Analysen zur Transsexualität in Frage gestellt (vgl. Kessler/McKenna (1978), S.112 ff.).

¹⁶⁴Braun/Stephan (2000), S. 9.

¹⁶⁵Dass der Begriff "Gender" auch in deutschen Geschlechterforschung übernommen wurde, ergibt sich aus dem Problem der Übersetzung. "Gender" findet in keine adäquate deutsche Entsprechung, denn das deutsche Wort "Geschlecht" wird regelmäßig auf das biologische Geschlecht bezogen.

¹⁶⁶Vgl. Kessler/McKenna (1978), S. 7.

¹⁶⁷Die Begrifflichkeiten "gender" und "soziales Geschlecht" werden im Folgenden synonym verwendet. Die Begriffe stehen für das soziokulturell erworbene Geschlecht.

¹⁶⁸West/Zimmermann (1991), S. 14.

¹⁶⁹Vgl. Nipperdey (1990), S. 43 ff. und 73 ff; Herrad Schenk (1981), S. 118 ff.

¹⁷⁰Vgl. Eckes (2004), S. 165 ff.; Gildemeister (1992), S. 231.

¹⁷¹Tyrell (1986), S. 465.

¹⁷²Knapp (1990), S. 25.

terdifferenz regelmäßig überlegen und gelten als Norm, die der weiblichen Kategorie sind regelmäßig unterlegen oder defizitär und gelten als Abweichung.¹⁷³ Entscheidend in diesem Zusammenhang ist, dass nicht konkretes Verhalten die Zuordnung zu einem Geschlecht nach sich ziehen, sondern dass die Beurteilung des Handelns oder Verhaltens infolge der Zuordnung zu einem Geschlecht erfolgt.¹⁷⁴ Neben einem relationalen Bezugsrahmen, der das Verhältnis der Geschlechter untereinander anspricht, kommt der geschlechtsimmanente Bezugsrahmen hinzu, wobei über beide Bezugsrahmen Unterschiedlichkeit zum Ausdruck gebracht wird.¹⁷⁵ Der geschlechtsimmanente Bezugsrahmen beinhaltet die binäre Eigenschaftsverteilung innerhalb eines Geschlechts, wie z.B. Heilige – Hure oder naiv – berechnend. Diese geschlechtsimmanente Polarisierung dient zum einen der Unterstützung des normativen Ideals von Weiblichkeit. Daneben dient sie der Legitimation männlicher Dominanz über die Definition eines abweichenden, negativ besetzten "anderen".¹⁷⁶ Machtverhältnisse, vorrangig im Hinblick auf Definitionsmacht, sowie Aspekte der Interessenverfolgung unter Ausnutzung der kulturellen Konstruktion von Geschlecht sind demnach von großer Bedeutung im Geschlechterverhältnis.¹⁷⁷

Die Trennung zwischen Norm und Abweichung kann zwar auch innerhalb des männlichen Geschlechts erfolgen („hegemoniale Männlichkeit“), beispielsweise bei männlicher Homosexualität.¹⁷⁸ Jedoch sind die binären Eigenschaftszuschreibungen von Weiblichkeit stärker.

Das Defizit an geschlechtsimmanenten Unterschieden auf Seiten von Männlichkeit kann als "normativer Freiheitsgrad" angesehen werden: Der normative Typus des Männlichen zieht Freiheiten und Vorteile nach sich, während der Spielraum beim normativen Typus des Weiblichen eingeschränkt ist.¹⁷⁹ Ein anderer Ansatzpunkt sieht in der fehlenden Definition von Abweichungen vom Männlichkeitsideal die Angst, dass der Zusammenhalt des „Männerbundes“ im Sinne von „homosozialen Bindungskräften“ gefährdet ist.¹⁸⁰ Hinzu kommt, dass seitens des männlichen Geschlechts die Differenz zum Weiblichen als wichtiger erachtet wird, damit die (Re-)Produktion der Geschlechterdifferenz nicht gefährdet wird.¹⁸¹ Denn mit der Geschlechterdifferenz wird zugleich

¹⁷³Vgl. Gildemeister (1992), S. 227, 231.

¹⁷⁴Ebd. S. 231.

¹⁷⁵Knapp (1993), S. 35.

¹⁷⁶Ebd. S. 35.

¹⁷⁷Vgl. Knapp (1993), S. 33; vgl. auch Cockburn (1988), S. 229.

¹⁷⁸Connell (1987), S. 183.

¹⁷⁹Vgl. schon Mayreder (1905), S. 90.

¹⁸⁰Vgl. Knapp (1993), S. 36.

¹⁸¹Vgl. Tyrell (1989), S. 68.

die Aufrechterhaltung der Geschlechterhierarchie, in der das Männliche als überlegen, das Weibliche als unterlegen gilt, gewährleistet.¹⁸² Nach Cockburn (1988) sind die Inhalte, die die Geschlechterdifferenz ausmachen, letztendlich variabel¹⁸³, wohingegen sich die hierarchische Struktur zwischen den Geschlechtern als stabil erweist.¹⁸⁴ Zum einen erfolgt durch einen ständigen Prozess der Rekonstruktion die Ausdifferenzierung der Geschlechterdifferenz und damit die Geschlechterhierarchie. Zum anderen wird die Ausgestaltung des als typisch männlich und überlegen Geltenden und des als typisch weiblich und unterlegen Geltenden legitimiert und kulturell repräsentiert.¹⁸⁵ Frauen finden sich in der Gesellschaft mit der ständigen Fortschreibung geschlechtsspezifischer Normen, Stereotypisierungen und Wertungen konfrontiert, die ihnen als typisch weiblich geltende zugeschrieben werden. Diese finden sich u.a. in der häuslichen Arbeitsteilung und Kindererziehung, jedoch auch und im besonderen Maße in der Prostitution und ihrem Umfeld wider. Daneben treten aber auch partielle Veränderungen in der Geschlechterhierarchie auf. So finden sich heute Frauen in ursprünglich männlich dominierten Bereichen, insbesondere in Bereichen des Erwerbsleben. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass Frauen auch dort und insbesondere im Erwerbsleben immer noch geschlechtsbezogenen Stereotypisierungen in Verbindung mit Macht- und Interessenkonstellationen ausgesetzt sind.¹⁸⁶

3.1.3 Sexismus und Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts

3.1.3.1 Sexismus Es ergibt sich aus der soziokulturellen Konstruktion des weiblichen Geschlechts, dass es Diskriminierungen ausgesetzt ist. Im Kontext politischer und gesellschaftlicher Dispute spricht man in diesem Zusammenhang von Sexismus. Sexistische Vorstellungen beruhen auf der Annahme, dass die durch die Natur gegebenen unterschiedlichen Geschlechtseigenschaften soziale Wertunterschiede beinhalten, die eine Zweitrangigkeit des weiblichen gegenüber dem männlichen Geschlechts zur Folge hat. Sexismus kommt strukturell in Vorurteilen, Weltanschauungen, in sozialen, rechtlichen und wirtschaftlichen Regelungen, aber auch individuell-persönlich in Form faktischer Gewalttätigkeit oder Ausgrenzung vor.¹⁸⁷

Aktuelle Erscheinungsformen von Sexismus sind auf drei Ebenen zu lokalisieren: Die erste Ebene ist die der Einstellungen, Vorurteilen und psychisch-emotionalen Befind-

¹⁸²Vgl. Wetterer (1993), S. 99.

¹⁸³Cockburn (1988), S. 191.

¹⁸⁴Teubner (1992), S. 49.

¹⁸⁵Vgl. Gildemeister/Wetterer (1992), S. 223.

¹⁸⁶Knapp (1995), S. 184.

¹⁸⁷Vgl. Glick/Fiske (1998), S. 193 ff.

lichkeiten, in denen eine männlich sozialisierte Angst vor der Gleichstellung der Frau mit Abwehr entgegengetreten wird, das wie bei ähnlichen psychischen Reaktionsbildungen rationaler Argumentation schwer zugänglich ist. Auf der zweiten Ebene befinden sich vielfältige diskriminierende Formen eines im Alltag zumeist durch Verachtung und Gewaltbereitschaft geprägten Umgangs mit Frauen. Und auf der dritten Ebene finden sich Formen strukturellen Sexismus. Darunter fallen organisierte von gesellschaftlichen Institutionen (Wirtschaft, Verwaltung, Justiz, Bildungsbereich, Politik und soziale Organisationen) wahrgenommene oder ausgeführte Benachteiligung von Frauen. Deutlich wird dies an dem Festhalten traditioneller Rollenzuschreibungen von Frauen im Erwerbsleben und in der Aufteilung von Kindererziehung, Haushalt, in der Unterrepräsentanz von Frauen in Führungspositionen und in dem Festhalten an typischen 'Frauenberufen', in denen vermeintlich typisch weibliche Eigenschaften wie Empathie, Emotionalität, Passivität und Pflegeverhalten gefragt sind.¹⁸⁸

3.1.3.2 Formen von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts Im Zuge des sozialstaatlichen Ausbaus der Rechtsordnung der Bundesrepublik, später auch der Europäischen Gemeinschaft bzw. Union, wurde die Benachteiligung von Frauen in Gesellschaft und Wirtschaft als gegen das Gleichheitsgebot gerichtete Diskriminierung anerkannt. Folge war eine vermehrte juristische Auseinandersetzung mit dem Phänomen. Höchststrichterliche Urteile und gesetzliche Regelungen markieren eine klar erkennbare Tendenz, Diskriminierungen von Frauen gegenzusteuern.

3.1.3.2.1 Der Begriff der Diskriminierung Allgemein ist Diskriminierung¹⁸⁹ die herabsetzende Verhaltensweise und ungleiche Behandlung von Menschen aufgrund ihres Geschlechts, sexueller Orientierung, ethnischer Zugehörigkeit, religiöser oder politisch-weltanschaulicher Überzeugungen, Alter, Behinderung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe.¹⁹⁰ Diskriminierungen werden in modernen Gesellschaften als strukturelle und interaktive Alltagserfahrungen begriffen, die in der Erfahrung sozialer Ausgrenzung, behinderten Zugangs, begrenzter Teilhabe und eingeschränkter Entfaltungsmöglichkeiten sowie materiellen und kulturellen Verlusten ihren Ausdruck finden.¹⁹¹

Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist eine Diskriminie-

¹⁸⁸Siehe Lerner (1991); Bovenschen (2003); Schwarzer (2004); vgl. auch *Kapitel I*, 3.2.

¹⁸⁹Vorliegende Untersuchung verwendet die Begriffe 'Diskriminierung' und 'Benachteiligung' synonym.

¹⁹⁰Brockhaus (2006), Band 7, Stichwort 'Diskriminierung'.

¹⁹¹Vgl. Baer, ZRP (2001), S. 500 f.

rung gegeben, wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte angewendet werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte angewandt wird.¹⁹²

3.1.3.2.2 Unmittelbare Diskriminierung Das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts untersagt Ungleichbehandlungen, bei denen das Merkmal Geschlecht unmittelbar als Differenzierungskriterium verwendet wird.¹⁹³ Unmittelbare Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts erfolgen intentional oder werden als Folge in Kauf genommen. Kennzeichen des Verbots ist, dass Ungleichbehandlungen außerhalb eines historischen, sozialen und wirtschaftlichen Kontext gesehen werden.¹⁹⁴ Erfasst werden dabei nur individuelle Benachteiligungen im konkreten Einzelfall, nicht jedoch Diskriminierungen, die Angehörige der Gruppe eines Geschlechts aufgrund gesellschaftlicher Gegebenheiten und unterschiedlicher Faktoren erfahren.¹⁹⁵ Regelungen, die unmittelbar an das Geschlecht als Differenzierungskriterium anknüpfen, finden sich heute nur noch in Bereichen, in denen sie aufgrund biologischer Unterschiede zwingend erforderlich sind, so z.B. im Bereich von Schwangerschaft, Geburt und Stillzeit.¹⁹⁶

Sog. verdeckte Diskriminierungen gehören zu den unmittelbaren Diskriminierungen. Besonderes Merkmal ist jedoch, dass der Nachweis einer unmittelbaren Diskriminierung erschwert ist: Denn bei einer verdeckten Diskriminierung ist zwar das Geschlecht Differenzierungskriterium, es wird aber ein anderes Kriterium vorgeschoben. Eine verdeckte Diskriminierung liegt dann vor, wenn für eine Ungleichbehandlung zwar nicht ausdrücklich geschlechtsspezifische Differenzierungskriterien verwendet werden, jedoch diese Kriterien tatsächlich nur ein Geschlecht ganz oder überwiegend betreffen.¹⁹⁷ Die Abgrenzung zwischen verdeckter und mittelbar-faktischer Diskriminierung (s.u.) gestaltet sich als oftmals schwierig.

¹⁹²EuGH Rs. C-342/93, Slg. 1996, Band I, S. 475, Rn. 16; EuGH Rs. C-411/96, Slg. 1998, Band I, S. 6401, Rn. 39.

¹⁹³Jarass/Pieroth-Jarass (2009), Art. 3, Rn. 85 f.

¹⁹⁴Fredman (1997) 113 LQR 575, 577.

¹⁹⁵Engler (2005), S. 2.

¹⁹⁶Eckertz-Höfer in: AK-GG (2001), Art. 3 II, III, Rn. 56 m.w.N.; Sacksofsky in: Umbach/Clemens (2002), Art. 3 II, III 1, Rn. 348.

¹⁹⁷Vgl. Pfarr/Bertelsmann (1985), Rn 45 ff.

Pfarr/Bertelsmann geben ein Beispiel einer verdeckten Diskriminierung: Für eine leitende Position in einem Lebensmittelunternehmen werden intensive Kenntnisse von Fußballtheorie und -praxis verlangt. Da solche Kenntnisse keinen Bezug zu der leitenden Position des Unternehmens haben, wird eine verdeckte Diskriminierung angenommen. (Anmerkung der Verfasserin: Im Jahr 2010 wären solche Kenntnisse wohl nicht mehr zwingend nur einem Geschlecht zuzuschreiben.)

3.1.3.2.3 Mittelbar-faktische Diskriminierung Eine mittelbar-faktische Diskriminierung liegt vor, wenn eine als solche geschlechtsneutrale Regelung in ihren Auswirkungen Angehörige eines Geschlechts aufgrund der sozialtypischen Rollenzuweisung in wesentlich größeren Umfang unverhältnismäßig benachteiligt.¹⁹⁸

Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung geht auf die Rechtsprechung des EuGH zurück, die insbesondere das deutsche Arbeitsrecht geprägt hat. So stellte der EuGH erstmals im Jahr 1981 in der Rechtssache Jenkins¹⁹⁹ eine mittelbare Diskriminierung in Form eines Verstoßes gegen den gemeinschaftsrechtlichen Lohnleichheitsgrundsatz des damals geltenden Art. 119 EGV fest. Eine geschlechtsspezifische Benachteiligung von Frauen sah der EuGH in den nachteiligen Auswirkungen von Teilzeitbeschäftigung, in der mehrheitlich Frauen arbeiteten, gegenüber Vollzeitbeschäftigung, in der mehrheitlich Männer arbeiteten.

Geschlechtsneutral formulierte Regelungen, die Frauen mittelbar-faktisch diskriminieren, finden sich häufig im Erwerbsleben.²⁰⁰ Unerheblich ist dabei, ob der Diskriminierer die Benachteiligung intendierte oder nicht. Vielmehr ist bei einer mittelbar-faktischen Diskriminierung zentral, dass eine diskriminierende Behandlung in Wechselwirkung mit einem schon diskriminierenden Zustand steht und jener nicht zwingend durch die Regelung beibehalten werden soll.²⁰¹ Daneben gibt es mittelbar-faktische Diskriminierungen aufgrund unterschiedlicher sozialer Ausgangschancen, die sich in ungleichen Ergebnissen widerspiegeln. Diese oftmals nicht auf den ersten Blick erkennbaren ungleichen sozialen Ausgangsbedingungen werden unter struktureller Diskriminierung verstanden (s.u.). Auch bei der strukturellen Diskriminierung muss eine Intention einer Benachteiligung nicht vorhanden sein. Anknüpfungspunkt für das Verbot ist auch hier ein neutrales Kriterium, welches erst durch das Zusammenwirken verschiedener gesellschaftlicher Faktoren Frauen faktisch diskriminiert. Die Geschlechtszugehörigkeit allein ist dabei nicht die einzige Ursache der Diskriminierung, so dass das Verbot nicht von einer *conditio-sine-qua-non* Formel abhängig gemacht werden darf. Eine unverhältnismäßig stärkere Betroffenheit eines Geschlechts für einen sozialen Tatbestand indiziert jedoch das Vorliegen einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung, d.h. den Zusammenhang

¹⁹⁸Schweizer (1998), S. 69; Eckertz-Höfer in: AK-GG (2002), Art. 3 II, III Rn. 59, Vgl. auch EuGHE 1981, 911 – C-96/80 – Jenkins, 1986, 1607 – C-170/84 – Bilka.

¹⁹⁹EuGH Urteil v. 31.3.1981, Rs. 96/80 (Jenkins), Slg. 1981, 911.

²⁰⁰Zum Beispiel im Verhältnis Teilzeitbeschäftigter und Vollzeitbeschäftigter. So sind Teilzeitbeschäftigte überwiegend Frauen aufgrund von familiären Rollenzuweisung. Es bestehen aber immer noch Normen, die Arbeitnehmer von bestimmten Leistungen ausschließen, wenn sie eine gewisse Zahl von Wochenarbeitsstunden nicht erfüllen. Siehe Engler (2005), S. 3.

²⁰¹Ausführlich dazu: Dix (1984), S. 11 f.

von Geschlechtszugehörigkeit und strukturellen gesellschaftlichen Faktoren.²⁰² Kennzeichnend für eine strukturelle Diskriminierung ist, dass sich objektive gesellschaftliche Gegebenheiten, die Frauen in der Lebensrealität benachteiligen, mit traditionellen Rollenzuschreibungen von Frauen und Männern verbinden.²⁰³ Strukturelle Diskriminierung umfasst danach gesellschaftliche Gegebenheiten aber auch geschlechtsspezifische Sozialisation. Einzelne Faktoren für eine strukturelle Diskriminierung können demnach geschlechtsspezifische Chancen auf dem Arbeitsmarkt, geschlechtsspezifische Arbeitsteilung in Partnerschaft und Beruf, individuelle Erwartungen an Personen, die geschlechtsspezifische Lebensbilder widerspiegeln und die durch soziale oder rechtliche Regeln beeinflusst werden, oder auch sozialstrukturelle Gegebenheiten in Institutionen, in denen männliche lebensweltliche Deutungen dominieren, sein.²⁰⁴ Strukturelle Diskriminierung offenbart sich in faktischen Benachteiligungen in der Lebenswirklichkeit von Frauen, wie sie in Einkommensunterschieden, horizontaler und vertikaler Segregation des Arbeitsmarktes, schlechterer sozialer Sicherung, größerer Betroffenheit von Arbeitslosigkeit und Armut und weniger Einfluss in Wirtschaft, Politik oder Kultur zum Ausdruck kommt. Bei der immer noch ausstehenden tatsächlichen Gleichberechtigung von Männern und Frauen sind neben der ungleichen Verteilung von Arbeit und Einfluss geschlechtsspezifische Rollenzuschreibungen entscheidend. Nach Schweizer (1998) geht es bei dabei um die „Verteidigung von Macht und Einfluß in der Gesellschaft“²⁰⁵ und die „Verteidigung von Besitzständen“²⁰⁶. Strukturelle Diskriminierung wird daher nur sichtbar, wenn soziale Tatbestände anerkannt und auch interpretiert werden.

3.2 Das Geschlechterverhältnis in der Erwerbsarbeit

Berufstätigkeit gilt als Voraussetzung sowohl für finanzielle Unabhängigkeit, eigenständige Existenzsicherheit als auch als Ort von Anerkennung, beruflicher Qualifikation und Möglichkeit von Selbstverwirklichung. So bewerteten viele Frauenrechtlerinnen die Berufstätigkeit von Frauen und die damit verbundene ökonomische Unabhängigkeit und berufliche Anerkennung als zentrale Voraussetzung für die Emanzipation der Frau aus der rein häuslichen Sphäre und ihre aktive und gleichberechtigte Partizipation in Wirtschaft, Kultur, Politik und Verwaltung.

Dieses Ideal kontrastiert jedoch mit der sozialen und gesellschaftlichen Realität in

²⁰²Vgl. Engler (2005), S. 123.

²⁰³Francke/Sokol/Gurlit (1991), S. 19.

²⁰⁴Vgl. ebd. S. 17 f.

²⁰⁵Schweizer (1998), S. 71.

²⁰⁶Ebd.

Deutschland. Vielmehr stellt die Erwerbsarbeit einen zentralen Bereich geschlechtsspezifischer Diskriminierung dar. Denn die soziale Zuordnung zu dem Geschlecht Frau oder Mann beinhaltet immer noch besondere Risiken oder auch Chancen auf dem Arbeitsmarkt und spielt eine ungleichheitsfördernde Rolle. Das Geschlecht bestimmt weiterhin maßgeblich die Wahrnehmung einer Person und die Einschätzung von (beruflichen) Fähigkeiten durch andere Personen aber auch Selbstzuschreibungen.²⁰⁷

3.2.1 Überblick

Noch in den 1950er Jahren wurde die berufliche Leistung von Frauen von den Arbeitsgerichten als eine „Minderleistung“ – im Vergleich zu der „Normalleistung“ von Männern bewertet. Dabei wurde die niedrigere Bezahlung von Frauen damit begründet, dass Frauen weniger physisch und psychisch belastbar wären.²⁰⁸ Dank bessere Bildungsmöglichkeiten von Mädchen und Frauen sowie ein von Emanzipation, Frauenbewegung und Gleichstellungspolitik angestoßener Einstellungswandel in den Rollenzuweisungen der Geschlechter, ist die gerichtliche Bewertung der beruflichen Leistung von Frauen aus den 1950er Jahren heute überholt und wird, zumindest in der Theorie, nicht mehr gesellschaftlich akzeptiert.²⁰⁹ Allgemein unterliegt die Erwerbsarbeit seit mehreren Jahren einem beträchtlichen Wandel. Sowohl bisherige Standards wie die Verteilung und Bewertung von Arbeit als auch das Normalarbeitsverhältnis als zeitlich unbefristete, vollzeitige und abhängige Beschäftigung werden durch den Strukturwandel und der damit einhergehenden Ausdifferenzierung, Flexibilisierung und Prekarisierung der Arbeits- und Lebensverhältnisse in Frage gestellt. Dabei weist der Wandel der Erwerbsarbeit in hohem Maße geschlechtsspezifische Auswirkungen auf.²¹⁰

Zwar verringerte sich in den Jahren 1991 bis 2004 die Differenz zwischen der Zahl der beschäftigten Frauen und der der beschäftigten Männer. So vergrößerte sich die Anzahl der weiblichen Erwerbstätigen um knapp 400.000, während sich die Zahl der männlichen Beschäftigten verringerte.²¹¹ Die Entwicklung auf dem Arbeitsmarkt mit

²⁰⁷Vgl. Kurz-Scherf/Lepperhoff/Scheele (2006).

²⁰⁸Landesarbeitsgericht Hamm, Entscheidung vom 15. Juni 1951; Aktenzeichen 2 Sa 84/51.

²⁰⁹Vgl. BMFSFJ (2008): Entgeltungleichheit, S. 6. So zeigen die Ergebnisse der Studie, dass in „allen sozialen Schichten, Alters- und Bildungsgruppen (...) Entgeltungleichheit als eine der großen noch bestehenden Ungerechtigkeiten in der Gesellschaft wahrgenommen (wird). Mehr als zwei Drittel der Bevölkerung sind überzeugt davon, dass Frauen bei gleicher Qualifikation und Ausbildung deutlich weniger verdienen als Männer. Und mehr als 90 % sind der Meinung, dass Frauen und Männer selbstverständlich gleich bezahlt werden sollen.“

²¹⁰Vgl. Kurz-Scherf/Lepperhoff/Scheele (2006).

²¹¹Der Rückgang der männlichen Erwerbstätigen ist auf die ab Mitte der 1990-er Jahre stark an-

einer relativ hohen Erwerbslosigkeit unter den Männern führte insgesamt zu einer Angleichung der Erwerbstätigen- und der Erwerbslosenquoten von Frauen und Männern. Nichtsdestotrotz waren im Jahr 2006 durchschnittlich mehr Frauen in Deutschland von Arbeitslosigkeit betroffen als Männer²¹² und trotz einer allgemein wachsenden Erwerbstätigenquote von Frauen waren sie insgesamt im Jahr 2006 mit 62,2 % in deutlich geringerem Umfang erwerbstätig als Männer, deren Erwerbstätigenquote 72,8 % betrug.²¹³ Dabei zeigt die Entwicklung von Frauenerwerbsarbeit in Deutschland ein widersprüchliches Bild. Denn trotz erkennbar steigender Bildungsbeteiligung von Frauen im Schul-, Ausbildungs- und Hochschulbereich in den letzten 30 Jahren, ist kein stabiler Trend zu mehr Gleichberechtigung und Teilhabe von Frauen auf dem Arbeitsmarkt zu erkennen. So haben Frauen immer noch schlechtere Berufschancen auf dem Arbeitsmarkt. Der gute und oftmals bessere Schul-, Hochschul- oder Ausbildungsabschluss der Frauen gegenüber Männern lässt sich in der Erwerbsbiografie kaum wiederfinden.²¹⁴ Auch ist das deutsche Arbeitsrecht weiterhin von dem Leitbild des Normalarbeitsverhältnisses geprägt, dessen Kriterien einer typisch männlichen Erwerbsbiographie entsprechen. Das Normalarbeitsverhältnis wurde deshalb in der Frauenforschung „als ein Instrument zur Exklusion von Frauen aus der Berufsarbeit und/oder zur Aufrechterhaltung der beruflichen Segregation“²¹⁵ benannt.

Flexiblere, deregulierte und prekäre Formen der Erwerbsarbeit moderner Arbeitsmärkte betreffen mehr Frauen als Männer.²¹⁶ So findet sich die Zunahme der weiblichen

steigende Arbeitslosigkeit zurückzuführen. So vergrößerte sich die Zahl der arbeitslosen Männer von 1991 bis 2004 um 1,6 Millionen, die der Frauen nahm nur um 0,7 Millionen zu. Die Arbeitslosenquote der Frauen hielt sich noch im Jahr 2004 unter der Arbeitslosenquote der Männer. Vgl. Dressel (2005), S. 105.

²¹²Bundesagentur für Arbeit: Analyse des Arbeitsmarktes für Frauen und Männer, Juni 2007, zitiert in: BMFSFJ, 3. Bilanz Chancengleichheit – Europa im Blick, 2008, S. 24. Frauen wiesen eine Arbeitslosenquote von 11,0 % auf, Männer eine Arbeitslosenquote von 10,5 %.

²¹³Eurostat 2007, zitiert in: BMFSFJ, 3. Bilanz Chancengleichheit – Europa im Blick, 2008, S. 23.

²¹⁴Niechoj/Tullney (2006), S. 22.

²¹⁵Teubner (2008), S. 494 f. Das Normalarbeitsverhältnis setzt mit seinen normativen Vorgaben zur zeitlichen Arbeitsorganisation die primäre oder auch alleinige Zuständigkeit der Frauen für Hausarbeit und Kindererziehung voraus und dient damit als zentrales Bindeglied zwischen Berufsorganisation und den Geschlechterverhältnissen.

²¹⁶Vgl. Kurz-Scherff/Lepperhoff/Scheele (2006): „Die Steigerung der Frauenerwerbsquote vollzog sich in Deutschland gerade vor dem Hintergrund einer Ausweitung von geringfügiger und prekärer Beschäftigung. Insofern spielen auch klassische Ansätze zur Gestaltung von Arbeit, wie sie durch Mitbestimmung, innerbetriebliche Partizipation oder gewerkschaftliche Organisation von Interessen historisch als männerdominierte und an das so genannte Normalarbeitsverhältnis geknüpfte Partizipationsformen begründet worden sind, für Frauen eine eher untergeordnete Rolle.“, S. 10.

Erwerbstätigen allzu häufig in dem Bereich von atypischen Beschäftigungsverhältnissen wieder.²¹⁷ Für erwerbstätige Frauen sind sie keineswegs immer atypisch.²¹⁸ Zu den atypischen Arbeitsformen gehört auch die Teilzeitarbeit. Teilzeitbeschäftigung ist die zentrale Barriere für eine berufliche Entwicklung und ist häufig nicht existenzsichernd. Jedoch erleichtert oder ermöglicht sie erst die Vereinbarkeit von Familie und Beruf für Frauen. So sind rund 82 % aller in Teilzeit Beschäftigten Frauen und 46 % aller abhängig beschäftigten Frauen gehen einer Teilzeitbeschäftigung nach.²¹⁹ Daneben befinden sich Frauen häufiger außerhalb des Kündigungsschutzes, indem sie in Klein- und Familienbetrieben arbeiten.²²⁰ Insgesamt muss von einer Akkumulation von Diskriminierungseffekten im Verlauf weiblicher Berufsbiographien ausgegangen werden.

3.2.2 Geschlechtersegregation auf dem Arbeitsmarkt

Geschlechtersegregation des Arbeitsmarktes ist „die unterschiedliche Konzentration von Männern und Frauen in Berufen, Wirtschaftsbereichen, Tätigkeitsgruppen und hierarchischen Positionen.“²²¹

Geschlechtliche Segregation auf dem Arbeitsmarkt zulasten von Frauen ist damit zugleich Ausdruck sozialer Ungleichheit zwischen den Geschlechtern. Allgemein wird zwischen horizontaler und vertikaler Segregation des Arbeitsmarktes unterschieden. Horizontale Segregation beinhaltet die ungleiche Verteilung von Frauen und Männern in unterschiedlichen Berufen, Tätigkeiten und Branchen, die vertikale Segregation ist die unterschiedliche Verteilung der Geschlechter auf Hierarchieebenen und Führungspositionen.²²² Beide Segregationsebenen sind dabei faktisch nicht voneinander trennbar, horizontale und vertikale Aspekte überlagern sich vielmehr. So implizieren typische „Frauenberufe“ im sozialen Bereich wie Krankenschwester oder Erzieherin (horizontale Segregation) regelmäßig auch geringere Verdienst- und Aufstiegschancen (vertikale Segregation).²²³

3.2.2.1 Horizontale Segregation In Deutschland besteht weiterhin eine Trennung von Tätigkeitsfeldern in regelmäßig schlechter bezahlte „Frauenberufe“ und besser

²¹⁷Atypische Beschäftigungsverhältnisse besitzen nicht alle Kriterien des (männlichen) Normalarbeitsverhältnisses mit kontinuierlicher Vollzeitarbeit ohne Befristung.

²¹⁸Dressel (2005), S. 121.

²¹⁹Destatis 2007, zitiert in: BMFSFJ, 3. Bilanz Chancengleichheit – Europa im Blick, 2008, S. 24.

²²⁰Dressel (2005), S. 198.

²²¹Allmendinger/Podsiadlowski (2001), S. 278.

²²²Ebd.

²²³Vgl. Wetterer (1992).

dotierte und gesellschaftliche höher angesehene „Männerberufe“.²²⁴ Im europäischen Vergleich findet Deutschland sich hinsichtlich dieser Segregation im Mittelfeld wieder.²²⁵ Erwähnenswert ist dabei, dass das Geschlechts-Label eines Berufes historisch und kulturell variabel ist.²²⁶ So ist der Geschlechtswechsel von Berufen oftmals verbunden mit einer Änderung der Positionierung des jeweiligen Berufes im Statusgefüge der übrigen Berufe. Ändert sich also die Dominanz eines Geschlechts in einem Beruf, wird aus einem „Männerberuf“ ein „Frauenberuf“ oder umgekehrt, dann ändert sich auch das gesellschaftliche Ansehen des Berufes.²²⁷ So folgt einer Feminisierung eines Berufes regelmäßig ein Status- und Ansehensverlust und Männer ziehen sich aus diesen Berufen zurück.²²⁸ „Frauenberufen“ werden vermeintlich typisch weibliche Interessen und Fähigkeiten zugeschrieben wie z.B. ein besonderes Empfinden und Empathie, Ästhetik oder besondere Fähigkeiten im Umgang mit Kindern und Kranken.²²⁹ Typische „Frauenberufe“ bieten regelmäßig geringe Verdienstmöglichkeiten ohne ausreichendes Laufbahnmuster, haben häufig explizite Altersgrenzen und setzen oftmals eine besondere Belastbarkeit voraus.²³⁰

Das Gewicht des Dienstleistungssektor hat sich im Verhältnis zu den übrigen Sektoren Landwirtschaft und produzierendes Gewerbe seit 1990 kontinuierlich verstärkt. So waren im Jahr 2004 nahezu 67 % aller Erwerbstätigen im Dienstleistungssektor beschäftigt.²³¹ Dabei ist der Anteil von weiblichen Erwerbstätigen im Dienstleistungssektor mit fast 82 % besonders hoch.²³² Das Beschäftigungsfeld im Dienstleistungssektor ist jedoch sehr heterogen: Neben (hoch)qualifizierten Tätigkeiten findet sich eine Konzentration von Frauen im Niedriglohnbereich bei den sog. „einfachen“ Tätigkeiten.²³³ Diese weibliche konnotierten Tätigkeiten finden sich vor allem in haushalts- und personen- gebundenen Dienstleitungen im Niedriglohnsektor, wohingegen männlich konnotierte

²²⁴Statistisches Bundesamt, STATmagazin (2008): Verdienstabstand zwischen Frauen und Männern, S. 1. <http://www.donne-lavoro.bz.it/download/297dextm1soSr.pdf> (gesichtet am 24.01.2010).

²²⁵Vgl. Dressel (2005).

²²⁶Teubner (2008), S. 495.

²²⁷Cockburn, Cynthia (1988): Die Herrschaftsmaschine. Geschlechterverhältnisse und technisches know-how. Hamburg und Reskin, Barbara/Ross, Patricia (1990): Job Queues, Gender Queues: Explaining Women's Inroads into Male Occupations, Philadelphia. Zitiert in: Teubner (2008), S. 495.

²²⁸So waren in Deutschland beispielsweise die Berufe des Grundschullehrers und des Friseurs lange Zeit eher Männerberufe und zählen heute zu den typischen „Frauenberufen“.

²²⁹Teubner (2008), S. 495.

²³⁰Ebd. S. 494.

²³¹Vgl. Statistische Bundesamt (2005): „Im öffentlichen Dienst stellen Frauen 52 % des Personals.“ Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes. Nr. 93, 03.03.2005.

²³²Statistisches Bundesamt (2006): Frauen in Deutschland. S. 28 f.

²³³Vgl. Stolz-Willig (2005). S. 644 ff.

Tätigkeiten in informations- und wissensbasierten Bereichen der New Economy zu finden sind. Der Dienstleistungssektor erscheint danach als zweigeteilt und als Ort, an dem Geschlechterstereotypen und Geschlechterhierarchien reproduziert und zementiert werden.²³⁴

3.2.2.2 Vertikale Segregation Die vertikale Segregation des Arbeitsmarktes bezeichnet die Unterrepräsentanz von Frauen in Führungspositionen. Das Phänomen der „Gläsernen Decke“, das dadurch gekennzeichnet ist, dass oberhalb einer bestimmten Hierarchieebene keine oder nur sehr wenige Frauen anzutreffen sind, ist in Deutschland besonders stark ausgeprägt.²³⁵ So werden in der Privatwirtschaft nahezu drei Viertel aller Führungspositionen von Männern besetzt, wobei der Anteil von Frauen in Führungspositionen mit der Größe des Unternehmens als auch mit der Hierarchieebene im Unternehmen abnimmt.²³⁶ Unabhängig von der beruflichen Ausbildung verdienen Frauen weniger als Männer, werden später befördert und besitzen auch in einer Führungsposition weniger Personalverantwortung als Männer. Dagegen verdienen Männer auch in typischen „Frauenberufen“ mehr als ihre weiblichen Kolleginnen und besetzen häufiger Führungspositionen.²³⁷

Im Öffentlichen Dienst liegt der Frauenanteil in den Führungspositionen dagegen deutlich höher. Dies ist Ergebnis der aktiven Gleichstellungspolitik der öffentlichen Verwaltung, in der sich der Frauenanteil in den letzten Jahrzehnten von 36 % auf nun 52 % erhöht hat.²³⁸

3.2.3 Lohnungleichheit (Gender-Gap)

Trotz allgemeiner gesellschaftlicher Akzeptanz, dass die Arbeit von Frauen und Männern als gleichwertig anzusehen und damit auch gleich zu entlohnen ist²³⁹, verdienen Frauen noch immer deutlich weniger als Männer. So kommt es bei Frauen im Gegensatz

²³⁴Vgl. Scheel (2002), S. 250 ff.

²³⁵Vgl. Dressel (2005).

²³⁶BMFSFJ (2008): Chancengleichheit, S. 27.

²³⁷Teubner (2008), S. 494.

²³⁸Vgl. Statistische Bundesamt (2005): „Im öffentlichen Dienst stellen Frauen 52 % des Personals.“ Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes. Nr. 93, 03.03.2005.

²³⁹BMFSFJ (2008): Entgeltungleichheit, S. 6. So zeigen die Ergebnisse der Studie, dass in „allen sozialen Schichten, Alters- und Bildungsgruppen (...) Entgeltungleichheit als eine der großen noch bestehenden Ungerechtigkeiten in der Gesellschaft wahrgenommen (wird). Mehr als zwei Drittel der Bevölkerung sind überzeugt davon, dass Frauen bei gleicher Qualifikation und Ausbildung deutlich weniger verdienen als Männer. Und mehr als 90 % sind der Meinung, dass Frauen und Männer selbstverständlich gleich bezahlt werden sollen.“

zu Männern im Laufe ihrer Erwerbsarbeit häufig zu einem Auseinanderfallen von Qualifikationen einerseits und Berufsaussichten, tatsächlichen beruflichen Positionen und Einkommen andererseits. Der Bruttostundenverdienst von Frauen lag nach den Ergebnissen der Verdienststrukturerhebung im Jahr 2006 um 23 % unter dem der Männer.²⁴⁰ Deutschland schneidet im internationalen Vergleich bei der Lohnungleichheit („gender pay gap“) zwischen Frauen und Männern insgesamt schlecht ab und zwar unabhängig von der zugrunde gelegten Berechnungsgröße – Brutto-, Nettostundenlöhne oder Lebenseinkommen.²⁴¹

Der Verdienstabstand zwischen Männern und Frauen mit gleicher Qualifikation ist beim Einstieg in das allgemeine Berufsleben noch vergleichsweise gering: Bei den 25- bis 29-Jährigen betrug er im Jahr 2006 8 %, bei den 35- bis 39-Jährigen (der Phase, in der häufig eine Familie gegründet wird) betrug er mit 21 % mehr als das 2,5-fache. Am größten ist das Lohngefälle zwischen Männern und Frauen bei den 60-Jährigen und Älteren. Es beträgt dort 30 %.²⁴² Auch bei den höheren Einkommen verdienen vollzeitbeschäftigte Männer im Monat durchschnittlich 27 % mehr als vollzeitbeschäftigte Frauen.²⁴³

3.2.4 Ursachen für Geschlechtersegregation und Lohnungleichheit auf dem Arbeitsmarkt

Die Umsetzung der Forderung nach gleicher Bezahlung von Frauen und Männern ist in vielen Bereichen noch nicht erreicht. Ursächlich für die Lohnungleichheit sind sowohl

²⁴⁰STATmagazin, des Statistischen Bundesamtes (2008), <http://www.donne-lavoro.bz.it/download/297dextm1soSr.pdf> (gesichtet am 24.01.2010).

²⁴¹BMFSFJ (2008): Entgeltungleichheit, S. 5.

²⁴²STATmagazin, des Statistischen Bundesamtes (2008), S. 2.

Frauen waren im Jahr 2006 bei der Geburt ihres ersten Kindes durchschnittlich um die 30 Jahre alt. Laut Befund der Studie zeigt sich hier, „dass Frauen während und nach schwangerschafts- und mutterschutzbedingten Erwerbsunterbrechungen sowie den damit verbundenen Erziehungszeiten den Anschluss an die Verdienstentwicklung der Männer verpassen.kehrten Frauen nach ihren kinderbedingten Erwerbsunterbrechungen in den Beruf zurück, bedeutete dies für viele den Wechsel von der Vollzeit in die Teilzeitbeschäftigung. Der Anteil der vollzeitbeschäftigten Frauen nahm mit dem Alter deutlich ab. Im Alter zwischen 25 und 29 Jahren waren 65 % aller erwerbstätigen Frauen vollzeitbeschäftigt. Bei den 30- bis 34-Jährigen waren es 57 %, bei den 35- bis 39-Jährigen nur noch 46 %. Der Anteil der Frauen, die einer Teilzeitbeschäftigung nachgingen, nahm im Gegenzug zu. Bei den 25- bis 29-jährigen Frauen waren 20 % teilzeitbeschäftigt. Bei den 35- bis 39-Jährigen hatte sich dieser Anteil bereits mehr als verdoppelt (41 %).“ (S. 2) <http://www.donne-lavoro.bz.it/download/297dextm1soSr.pdf> (gesichtet am 24.01.2010).

²⁴³Wochenbericht des DIW Nr. 25/2006, zitiert in: BMFSFJ, 3. Bilanz Chancengleichheit – Europa im Blick, 2008.

strukturelle als auch kulturelle Faktoren, die sich gegenseitig verstärken. Zentral bei den kulturellen Faktoren sind fortwirkende, tradierte Rollenzuschreibungen zwischen Männern und Frauen, die Frauen in der Erwerbsarbeit benachteiligen. Zu den strukturellen Faktoren gehören geschlechtsspezifische Trennlinien auf dem Arbeitsmarkt. Insbesondere die Wahl des Berufes und Ausbildung oder Studium entscheiden letztendlich auch über das zukünftige Entgelt und Aufstiegschancen.²⁴⁴ Der Nachweis von Lohndiskriminierung erweist sich oftmals als schwierig, da es fundierte Begründungen für ungleiche Bezahlung, wie beispielsweise bei geringerer Leistungsfähigkeit oder geringerer Produktivität, geben kann. So sind „Frauenberufe“ im Gegensatz zu „Männerberufen“ typischerweise Berufe mit geringerer Produktivität oder sie erfordern nur eine geringe Qualifikation.²⁴⁵

Entgeltungleichheit bedeutet dabei weit mehr als nur eine monetäre Ungleichheit. Denn ungleiche Bezahlung von Frauen und Männern hat darüber hinaus eine gesellschaftliche und kulturelle Dimension. So vermittelt Entgeltungleichheit, dass die Arbeit von Frauen immer noch als eine Art „Minderleistung“ – im Vergleich zu der „Normalleistung“ von Männern bewertet wird.²⁴⁶ Entgeltungleichheit bestimmt daher auch die Wahrnehmung einer Person durch andere und wirkt daneben negativ auf die Selbstzuschreibungen und die Einschätzung eigener Fähigkeiten im Erwerbsleben der Frauen. Die Ursachen für die Geschlechtersegregation des Arbeitsmarktes sind komplex. Neoklassische Arbeitsmarkttheorien legen den Schwerpunkt ihrer Argumentation auf die rational individuelle Entscheidung jeder einzelnen Frau, einen typischen „Frauenberuf“ zu ergreifen. Die Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern führe dazu, dass Frauen eher familien- als erwerbsorientiert seien. Frauen investierten deshalb weniger in ihre berufliche Aus- und Weiterbildung. Familienbedingte Unterbrechungen der Erwerbsarbeit seitens Frauen hätten weniger Berufserfahrung und damit auch eine partielle Entwertung zuvor erworbener Fähigkeiten zur Folge. Die Entscheidung einer Frau, einen „Frauenberuf“ mit geringeren Anforderungen zu ergreifen sei deshalb rational, da familienbedingte Unterbrechungen dann eher möglich seien. Das Interesse von Frauen an der Vereinbarkeit von Familie und Beruf führe dazu, dass sie sich auf solche Tätigkeitsfelder konzentrierten, in denen flexible Arbeitsbedingungen und Teilzeit möglich sei. Diese Vorteile würden durch geringere Einkommen kompensiert.²⁴⁷

Andere, soziologisch geprägte Ansätze legen den Schwerpunkt der Ursachenerklärung

²⁴⁴BMFSFJ (2008): Chancengleichheit, S. 33.

²⁴⁵Niechoj/Tullney (2006), S. 20 f.

²⁴⁶BMFSFJ (2008): Entgeltungleichheit, S. 5.

²⁴⁷Vgl. Trappe/Rosenfeld (2001), S. 160.

der Arbeitsmarktsegregation nicht nur auf die individuelle Entscheidung der Person, sondern beziehen strukturelle Rahmenbedingungen der Gesellschaft mit ein. Diese strukturellen Rahmenbedingungen hätten großen Einfluss auf die Wahl des Berufes, des Arbeitsfeldes und auch auf die konkreten Bedingungen von Arbeit, die wiederum in hohem Maße von gesellschaftlichen Rollen- und Sphärenzuschreibungen abhängen. So tragen zur Geschlechtersegregation Untersuchungen zufolge zwei entscheidende Phasen im Lebenslauf bei: Die Phase des Berufseinstiegs und die Phase der Familiengründung. Für die Wahl einer Ausbildung oder eines Berufs spielen Geschlechtsstereotypen und ihre Zuordnung zu bestimmten Berufsfeldern eine entscheidende Rolle. Die Basis der Entscheidung für einen Beruf ist dabei schon in Kindheit und Jugend erheblich durch Sozialisationsinstanzen geprägt und orientiert sich an der bestehenden, vermeintlich normalen Geschlechtersegregation.²⁴⁸ Prägend wirken daher zum einen gesellschaftliche aber auch im nahen sozialen Umfeld festgelegte Zuschreibungen adäquater Berufe für Frauen, zum anderen aber auch die immer noch hauptsächlich Frauen betreffende Frage nach der Vereinbarkeit von Beruf und Familie, welche eher in den niedrig bezahlten und mit weniger Aufstiegschancen versehenen Berufen gegeben ist.²⁴⁹ So sehen Männer sich weiterhin eher als „Familienernährer“, Frauen hingegen eher als „Hinzuverdienerin“ für die Familie.²⁵⁰

Zu den strukturellen Faktoren von Lohnungleichheit und Arbeitsmarktsegregation gehört auch die mangelhafte Infrastruktur in der frühen Kinderversorgung in Deutschland, die dazu führt, dass die häufig immer noch vorhandene geschlechtsspezifische Zuteilung der Kindererziehung und -versorgung den Frauen zufällt.²⁵¹ Dies führt oft zu einer familienbedingten Reduzierung der Erwerbstätigkeit bei den Frauen (Teilzeitarbeit), wohingegen Männer in dieser Zeit oft ihre Erwerbstätigkeit noch steigern. So liegt in den meisten Fällen in dem Zeitraum von Familiengründung die Ursache für den Vorsprung der Männer in Entgelt und Karriere.²⁵² Eine familienbedingte Erwerbsunterbrechung oder auch eine Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit in Teilzeit haben zur Folge, dass Frauen deutlich weniger verdienen als Männer. Die Erwerbstätigkeit von Frauen verläuft also in vielen Fällen diskontinuierlich und entspricht damit nicht dem sog. Normalarbeitsverhältnis der Männer. Dies hat zur Folge, dass Aufstiegschancen

²⁴⁸Vgl. Granato/Schittenhelm (2004), S. 38.

²⁴⁹Niechoj/Tullney (2006), S. 21.

²⁵⁰BMFSFJ (2008): Entgeltungleichheit, S. 21.

²⁵¹BMFSFJ (2008): Chancengleichheit, S. 33.

²⁵²BMFSFJ (2008): Entgeltungleichheit, S. 8. „Unterschiede in Dauer und Häufigkeit familienbedingter Erwerbsunterbrechungen sind daher Kernursache der fortbestehenden Entgeltungleichheit von Frauen und Männern bei gleicher Qualifikation und gleichem Arbeitsstundenumfang. (S. 4).

auch bei gleicher Qualifikation mit einem Mann geringer sind. Rollenverteilungen in der Partnerschaft und unzureichende Rahmenbedingungen für eine tatsächliche Vereinbarkeit von Beruf und Familie bleiben somit erhalten.

Zu den strukturellen Faktoren kommen die kulturellen hinzu. Diese finden sich sowohl auf der Seite der Arbeitgeber, wo tradierte Mechanismen der Entgeltzahlung und Vorstellungen von „Männer- und Frauenarbeit“ weiter wirken, als auch auf Seite der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Entgeltungleichheit und Geschlechtersegregation des Arbeitsmarktes sind somit Folge und zugleich Zementierung tradierter geschlechtshierarischer Rollenzuweisungen im Erwerbs- aber auch im Familienleben.²⁵³

3.2.5 Zusammenfassung und Bewertung der Geschlechterverhältnisse in der allgemeinen Erwerbsarbeit

Die moderne Arbeitswelt ist immer noch durch erhebliche Defizite und Ambivalenzen an Gleichstellung zwischen Männern und Frauen geprägt. Auch wenn der Anteil von Frauen mit Ausbildungs- oder Hochschulabschluss steigt und insgesamt eine steigende Erwerbstätigkeit von Frauen verzeichnet werden kann, ist die weibliche Geschlechtszugehörigkeit weiterhin eher ein Nachteil auf dem Arbeitsmarkt. Deutlich wird dies an der Geschlechtersegregation des Arbeitsmarkts, der außerordentlich großen Beharrlichkeit der Geschlechtstypik von Berufen, der Unterrepräsentanz von Frauen in Führungspositionen, der Lohnungleichheit sowie der weiterhin bestehenden Hauptverantwortlichkeit von Frauen für Hausarbeit und Kindererziehung.²⁵⁴ Das Berufssystem erscheint danach als ein wesentlicher Ort der Produktion und Erhaltung von Geschlechterhierarchie.

3.3 Das Arbeitsfeld Prostitution

3.3.1 Der „Frauenberuf“ Prostituierte

Die Strukturelle Diskriminierung von Frauen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt erfährt in der Prostitutionstätigkeit ihre radikale Ausprägung. Dabei ist besonderes Kenn-

²⁵³BMFSFJ (2008): Entgeltungleichheit, S. 7. Dies ist ein zentraler Befund der vom BMFSFJ in Auftrag gegebenen Studie. „In vielen Partnerschaften wird die Frage, wer nach der Geburt eines Kindes zunächst zu Hause bleibt, auch aufgrund finanzieller Aspekte entschieden. So bleibt eine Elternschaft in aller Regel ohne Konsequenzen für die Erwerbstätigkeit des besser verdienenden Mannes, hat aber massive Auswirkungen auf die Erwerbstätigkeit der Frau.“

²⁵⁴So erscheinen die Fragen aus dem Song „Wer wird Millionär?“ der Berliner Band Britta „*Wer lebt prima und wer eher prekär? Wer geht putzen? Und wer wird Millionär?*“ weiterhin mehrheitlich zuungunsten von Frauen auszufallen. Berliner Band Britta: „Wer wird Millionär?“ Auf der CD: Das schöne Leben. Flittchen Records, 2006.

zeichen der Prostitution, dass Hauptanbieter von sexuellen Dienstleistungen Frauen sind, Prostitution also ein typischer „Frauenberuf“, die Nachfrage hingegen mehrheitlich männlich ist.²⁵⁵ Der „Frauenberuf“ Prostitution unterscheidet sich jedoch insoweit von anderen typischen Frauenberufen wie Sekretärin, Friseurin oder Grundschullehrerin, als keine berufliche Qualifizierung für die Ausübung erforderlich ist und es darüber hinaus um eine sexuelle Dienstleistung geht, die das sexuelle Selbstbestimmungsrecht erheblich tangiert. Weitere Besonderheit besteht in der hohen Gewaltprävalenz, der Prostituierte im Arbeitskontext seitens Männern ausgesetzt sind.²⁵⁶ In der Prostitution zeigt sich deshalb das asymmetrische Geschlechterverhältnis in besonders deutlicher Ausprägung. Daneben werden in der Prostitution geschlechtsspezifischen Rollenzuweisungen und Stereotypen in besonderem Maße sichtbar.

Die Mehrheit der Prostituierten in Deutschland sind als Selbständige tätig.²⁵⁷ So arbeiten um die 70 % der deutschen Prostituierten und 60 % der Prostituierten mit Migrationshintergrund als Selbständige. Formen der selbständigen Arbeit finden sich neben der Wohnungs-, Straßenprostitution oder Escortservice auch in Bordellen, wo Prostituierte als freie Mitarbeiterinnen oder in anderer Weise etwa mit „Nutzungsvertrag“ für die Räumlichkeiten tätig sind.²⁵⁸

3.3.2 Die Sexindustrie und Arbeitsorte von Prostituierten

3.3.2.1 Die Sexindustrie Es fehlen offizielle bundesdeutsche Zahlen über das Ausmaß und die Gewinne der Sexindustrie in Deutschland. Auch finden sich nur schwer Definitionen der Sexindustrie. Ganz und gar fehlen genaue Informationen über Unternehmer und Profiteure in der Sexindustrie.

Der Bericht des Ausschusses für die Rechte der Frau und Chancengleichheit des Europäischen Parlaments über die Konsequenzen der Sexindustrie in der Europäischen Union aus dem Jahr 2004²⁵⁹ definiert die Sexindustrie als alle „Tätigkeiten, die darauf abzielen auf legale oder illegale Weise sexuelle Dienste/Produkte in organisierter Form zu vermarkten und/oder zu verkaufen und Menschen - ob Kinder, Frauen oder Männer – zu Profitzwecken sexuell auszubeuten.“²⁶⁰ Der Bericht bezieht dabei die organisierte Prostitution wie das Betreiben von Bordellen, Eskortservice, Straßenprostitution,

²⁵⁵TAMPEP (2007), S. 6.

²⁵⁶Vgl. BMFSFJ (2004): Teilpopulation Prostituierte, S. 85 ff.

²⁵⁷Siehe zur rechtlichen Abgrenzung Arbeitnehmerin/Selbständige v. Galen (2004), S. 50.

²⁵⁸Vgl. hierzu ausführlich v. Galen (2004), S. 70.

²⁵⁹Europäisches Parlament A5-0274/2004.

²⁶⁰Ebd. S. 15.

Massageinstitute, Stripklubs, Erotikmessen, und Pornographie ausdrücklich mit ein.²⁶¹ Der eigentliche Sexmarkt besteht laut Bericht aus den zwei Hauptakteuren der sich anbietenden Frau und des gewöhnlich anonym bleibenden männlichen Kunden. Profiteure des Sexmarktes sind die Sexindustrie, also alle Personen, die u.a. die Lokalitäten zur Verfügung stellen, den Kontakt zwischen den Hauptakteuren ermöglichen oder illegal Drogen an Prostituierte verkaufen und dadurch zu deren Verbleib in der Prostitution beitragen.²⁶²

Der Umsatz allein in der Prostitution, d.h. ohne Einbeziehung anderer Gebiete der Sexindustrie, wurde im Jahr 2003 für Deutschland auf jährlich ca. € 14,5, Mrd. geschätzt.²⁶³ Die gesamte Sexindustrie verbuchte in den letzten Jahren laut Bericht des Ausschusses für die Rechte der Frau und Chancengleichheit des Europäischen Parlaments ein enormes Wachstum im Vergleich zu anderen Industriezweigen: So stellt die Sexindustrie jährlich einen Gegenwert von 5-7 Mrd. US-Dollar dar, was höher liegt als die weltweiten Rüstungsausgaben.²⁶⁴

3.3.2.2 Arbeitsorte Für die Qualität der Arbeitsbedingungen in der Prostitution ist regelmäßig der Ort der Prostitutionsausübung ausschlaggebend. Denn dieser entscheidet erheblich über Preise, Arbeitsbedingungen, Sicherheit oder Gewaltrisiken für die Prostituierten. Die geläufigsten Orte, an denen Prostitution ausgeübt wird, sind Bordelle, der Straßenstrich, sog. Wellness- oder Saunacclubs als Großbordelle, Massagesalons oder Wohnungen/Appartements.²⁶⁵ Die Entscheidung einer Prostituierten über den Ort der Prostitutionsausübung wird jedoch häufig von äußeren Faktoren maßgeb-

²⁶¹Ebd. S. 17. In pornographischen Darstellungen werde in sexistischer und häufig rassistischer Weise stereotype Geschlechterrollen mit falschen Betrachtungsweisen der weiblichen und männlichen Sexualität verbreitet. Die Verknüpfung von Macht und Unterdrückung mit Sexualität zeige auf anschauliche Weise, wer die Macht inne habe. Im Bericht heißt es weiter, dass 70 % von 252 Millionen britische Pfund, die europäische Internetbenutzer im Jahr 2001 im Netz ausgegeben haben, an Seiten mit pornographischen Inhalt gehen. Das Internet diene auch als Medium, um an Darstellungen zu gelangen, deren Verbreitung in den meisten Ländern verboten sei. Es lässt sich auch ein starker Anstieg an Pornographie mit Gewaltbezug beobachten wie das sog. 'fistfucking', Folterbilder, Vergewaltigungen.

²⁶²Genannt werden u.a. Zuhälter, Bordellbetreiber, Besitzer von Sexclubs, Portalbetreiber, Besitzer von Sexseiten, sog. Netzzuhälter, die gesamte Pornobranche, sowie Hersteller und Verkäufer von Zeitschriften, Filmen, Bücher, in denen Gedankengut und Vorstellungen verbreitet werden, die unmittelbar fördernd für den Sexmarkt sind.

²⁶³Vgl. Reichel/Topper (2003).

²⁶⁴Europäisches Parlament A5-0274/2004, S. 10, 16.

²⁶⁵Siehe ausführlich zu den verschiedenen Orten der Prostitutionsausübung Malkmus (2005), S. 188 ff.

lich beeinflusst.²⁶⁶ So bestimmen oftmals die allgemeine wirtschaftliche Situation und folglich die Nachfrageseite über den Ort und die Form der Ausübung: In ökonomisch schlechten Zeiten prostituieren sich mehr Frauen auf dem als unsicherer und gefährlicher geltenden Straßenstrich, da sie dort wegen der geringeren Preise die größere Chance haben, Freier zu finden. Sicherheitsaspekte treten dann für sie zurück.²⁶⁷ Schätzungen der Nichtregierungsorganisation TAMPEP (2007) zufolge arbeiten in Deutschland jedoch 80 % der Prostituierten „indoor-based“ und nicht auf dem Straßenstrich. Insgesamt verteilen sich die Orte der „indoor-based“ Prostitution auf ungefähr 40 % in Appartements, 23 % auf Bordellbetrieben, 16 % auf Bars und Clubs und wenige Prozent auf den Escortservice.²⁶⁸

3.3.2.3 Neue Entwicklung: Großbordelle und Flatrate-Angebote Seit Inkrafttreten des ProstG im Jahr 2002 und der damit einhergehenden Legalisierung von Prostitution und Bordellbetrieben haben sich in den letzten Jahren vermehrt sog. Großbordelle in Deutschland etabliert, die häufig miteinander vernetzt sind und nach einem einheitlichen System funktionieren. So sind viele Großbordelle durch Gründungen von Gesellschaften und GmbHs stark miteinander verschachtelt, so dass es für Außenstehende kaum nachvollziehbar ist, wer tatsächlich hinter dem Unternehmen steht.²⁶⁹ Klaus Bayerl, Leiter der Kriminalpolizei Augsburg, beschreibt Großbordelle als Einrichtungen, in denen als offizielle Geschäftsführer unbescholtene Strohpersonen eingesetzt werden, während die tatsächlich und im Hintergrund agierenden Verantwortlichen „direkt aus dem Zuhälter- oder Schwerekriminellen Milieu stammen und fast durchgängig enge Beziehungen zur Organisierten Kriminalität haben.“²⁷⁰

Der äußerliche Charakter der Großbordelle²⁷¹ ähnelt dem eines Wellnessbetriebs mit Sauna, Schwimmbad, Whirlpool u.a. Sie werden mit hohen Investitionen aufwendig, oftmals luxuriös eingerichtet und dienen der Gewinnmaximierung zugunsten der Betreiber. Die Neuausrichtung dieser Bordelle bezweckt, den Einrichtungen den Charakter des klassischen Bordells zu nehmen und so neue Kundenschichten zu erschließen. So wirbt beispielsweise das Pascha in Köln mit seinem Pascha-Hotel und einer Wellness-Oase mit 'sämtlichen Annehmlichkeiten all inclusive'. Der Internetauftritt spricht dabei

²⁶⁶Hoigard/Finstad (1992), S. 177 ff. Der Ort und die Art der Prostitutionsausübung können sich im Laufe der Zeit für die einzelne Prostituierte ändern.

²⁶⁷Leopold/Steffan/Paul (1994), S. 14 ff.

²⁶⁸TAMPEP (2007), S. 6.

²⁶⁹Vgl. Bayerl (2008), Vortrag in Donezk.

²⁷⁰Ebd.

²⁷¹Colosseum in Augsburg, Pascha in Köln, Artemis in Berlin u.a.

ausdrücklich sowohl den Messegast, den Köln-Tourist als auch den 'Partybegeisterten' als Kunden an. Für Geschäftsleute stellt das Pascha Räumlichkeiten für Konferenzen und Tagungen zur Verfügung.²⁷² Großbordelle werben auf ihren Homepages mit einer 'Geld-zurück-Garantie' und mit 'tabulosem Verwöhnen' der Freier.²⁷³ Die Betreiber vermieten dabei Zimmer zu einem Preis zwischen 80 € und 100 € pro Tag an Prostituierte, die in den Bordellen regelmäßig als Selbständige arbeiten.²⁷⁴ Der monatliche Reingewinn der Betreiber der Großbordelle liegt bei kleineren Häusern bei mindestens 100.000 €, bei größeren ist er deutlich höher.²⁷⁵

Aufsehen erregte im Sommer 2009 eine neue Geschäftsidee von Bordellbetreibern. Der bundesweit ansässige Pussy-Club warb bei der Neueröffnung einer Filiale in der Nähe von Stuttgart mit einer sog. „Sex-Flatrate“. Prostituierte des Pussy-Clubs sollten den Freier zu einem Pauschalpreis zwischen 70 € und 100 € mit sexuellen Dienstleistungen zur Verfügung stehen, so oft und so lange die Freier wollten.²⁷⁶ Laut Polizei nutzten um die 1.700 Freier dieses Angebot am ersten Wochenende der Neueröffnung. Das Fellbacher „Aktionsbündnis gegen Sex-Flatrate“, weitere Bürgerinitiativen gegen Großbordelle²⁷⁷, Frauenrechtsorganisationen wie Terre des Femme oder SOLWODI Deutschland e.V. und Politikerinnen protestierten gegen diese neue Form der Geschäftsidee von Bordellbetreibern.

²⁷²Siehe <http://www.pascha-hotel.de/> gesichtet am 21.08.2009. In einer Art Sonderaktion des Paschas können Senioren ab 66 Jahren kostenlos und Golfspieler mit entsprechender Golf-Club-Mitgliedskarte für die Hälfte des regulären Eintrittspreises das Pascha besuchen. <http://www.pascha.de/aktuelles.htm> (gesichtet am 21.08.2009).

²⁷³Siehe z.B. das Pascha in Köln, <http://www.11te-etage.com/specials.htm>, gesichtet am 21.08.2009.

²⁷⁴Vgl. Falck (2005), S. 34. Falck nennt die Großbordelle „Sex-Legebatterien“. Das Pascha in Köln bietet interessierten „Mieterinnen“ der Zimmer die Möglichkeit, sich online ein Zimmer zu reservieren, wobei es offensichtlich Fälle gibt, in denen sich Personen nicht ernsthaft für ein Zimmer interessieren, denn das Pascha droht auf seiner Seite: „Spaßanmelder werden strafrechtlich verfolgt.“ <http://www.pascha.de/reser.htm> (gesichtet am 21.08.2009).

²⁷⁵Bayerl (2008), Vortrag in Donezk.

²⁷⁶Ein Flyer des Pussy-Clubs warb mit „Sex mit allen Frauen so lange du willst, so oft du willst und wie du willst! Sex, Analsex, Oralsex natur (also ohne Kondom, Anmerkung der Verfasserin), 3er, Gruppensex, Gangbang (früher als Gruppenvergewaltigung bekannt, Anmerkung der Verfasserin)... Alles ist möglich!“ und weiter: „Stiftung Bumstest: Absolut abspritzwürdig.“, siehe Emma 5/2009, S. 18f: „Menschenwürde: „Bumstest: Absolut abspritzwürdig.“ - Flatrate-Bordelle: In Deutschland werden Frauen verschachert wie Vieh. Polizei und Justiz sehen ohnmächtig zu – ein Gesetz gegen Freier von Zwangsprostituierten lässt auf sich warten.“

²⁷⁷In den letzten Jahren haben sich vermehrt Bürgerinitiativen gegen Großbordelle gegründet, u.a. in Marburg, <http://www.bi-gegen-bordell.de/>, Schorndorf, <http://www.kein-bordell-fuer-schorndorf.de/index.htm> (gesichtet am 16.12.2009).

3.3.3 Arbeitsbedingungen in der Prostitution

3.3.3.1 Steigender Wettbewerb und allgemeine Entgrenzung Die Arbeitsbedingungen für Prostituierte haben sich in den letzten Jahren verschlechtert. Der Anstieg von Bordellen und damit auch von Prostituierten auf dem deutschen Markt hat dazu geführt, dass die Konkurrenz und damit auch der Druck auf das Preis-Leistungsverhältnis massiv gestiegen ist. Insgesamt muss von einer zunehmenden Entgrenzung im Prostitutionsgewerbe ausgegangen werden.²⁷⁸ So funktionieren aufgrund von Ausdifferenzierungen von Leistungsorten, -nachfragen und -angeboten und sinkender Preise²⁷⁹ die ehemaligen Normen und Kontrollmechanismen nicht mehr, insbesondere allgemeine Regeln individuellen Aushandelns von Grenzen wie z.B. Benutzen von Kondomen, begrenzte Leistungskataloge u.a.. Folge ist, dass der Druck auf die psychische, physische und sexuelle Integrität der Prostituierten größer wird.²⁸⁰ Profiteure sind die Freier. Denn „in der Prostitution wird heute für weniger Geld wesentlich mehr Leistung unter riskanteren Arbeitsbedingen erbracht als noch vor 10 Jahren.“²⁸¹ Dazu gehört, dass männliche Kunden immer häufiger ungeschützten Geschlechtsverkehr verlangen, so dass sich Prostituierte gezwungen sehen, diesen aufgrund des Wettbewerbs und des finanziellen Drucks anzubieten.²⁸² Folge ist, dass sich die Arbeitsbedingungen im Bereich des Gesundheitsschutz massiv verschlechtert haben. Viele Bordellbetreiber beschäftigen gezielt nur noch Prostituierte, die bereit sind, ungeschützte Praktiken anzubieten. Nach Weppert (2009) inserieren vermehrt Bordellbetreiber Anzeigen über Angebote ihrer angestellten Prostituierten mit der Folge, dass sog. Terminfrauen häufig gar nicht wissen, welche Leistungen ihr Arbeitgeber angepriesen hat. Insbesondere unerfahrene Prostituierte wissen dann oft nicht, was die in der Werbung benutzten Kürzel²⁸³ für bestimmte Leistungen bedeuten. Folge ist, dass sie unter Druck geraten und immer häufiger auch Gewalt seitens der Freier ausgesetzt sind.²⁸⁴ Weppert (2009) kommt zu dem Ergebnis, dass der Konkurrenzdruck und die Macht des freien Marktes und der Bordellbetreiber die sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten stark

²⁷⁸Brückner/Oppenheimer (2006), S. 350.

²⁷⁹u.a. durch Billigangebote seitens Beschaffungsprostituierter oder Zwangsprostituierter. a.a.O. S. 351.

²⁸⁰Brückner/Oppenheimer (2006), S. 160 f., 351.

²⁸¹Weppert (2009), S. 262.

²⁸²TAMPEP (2007), S. 7.

²⁸³FO/Französisch+ bedeutet z.B. Oralverkehr ohne Kondom. FT/Französisch ++ bedeutet Oralverkehr total, d.h. inklusive Spermaschlucken, siehe Weppert (2009).

²⁸⁴Weppert (2009), S. 262; Vgl. auch TAMPEP (2007), S. 7. TAMPEP verzeichnet einen Anstieg körperlicher Gewalt gegenüber Prostituierten, insbesondere seitens Freier, wenn Prostituierte bestimmte Forderungen wie ungeschützten Geschlechtsverkehr ablehnen.

einschränken und sie zu massiven Gesundheitsgefährdungen zwingen.²⁸⁵

3.3.3.2 Hohe Gewaltprävalenz Der Arbeitskontext in der Prostitution ist von einer hohen Gewaltprävalenz geprägt. So sind Prostituierte im Arbeitskontext in erhöhten Maße und um ein Vielfaches häufiger als die durchschnittliche weibliche Bevölkerung körperlicher, sexueller und psychischer Gewalt ausgesetzt.²⁸⁶ Nach den Ergebnissen der von der Bundesregierung in Auftrag gegebenen empirischen Studie „Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. II. Teilpopulationen – Erhebung bei Prostituierten.“ (2004)²⁸⁷ stehen als Täter sexueller Gewalt im Arbeitskontext an erster Stelle männliche Freier, wobei besonders gefährdet Prostituierte in der Straßen- oder Wohnungsprostitution sind.²⁸⁸ An zweiter Stelle der Tätergruppe bei sexueller und körperlicher Gewalt im Arbeitskontext finden sich Zuhälter mit einem Anteil von 15 % von allen befragten Prostituierten.²⁸⁹ Die Befunde hierzu sind jedoch laut Studie nur eingeschränkt aussagekräftig, da der Begriff des Zuhälters sich im Wandel befindet und nicht mehr eindeutig verwendet wird. So verbergen sich hinter den Begriffen wie Schutzpersonen, Beziehungspartner oder auch Manager Eigenschaften von Personen, mit denen früher Zuhälter klassifiziert wurden.²⁹⁰ Von den 15 Frauen, die in der Studie nach eigenen Angaben aussagten, mit einem Zuhälter zusammenzuarbeiten, gaben 13 (86 %) an, durch diesen körperliche oder sexuelle Gewalt erlebt zu haben; bei fast der Hälfte der Frauen war der Zuhälter zugleich auch der aktuelle Beziehungspartner.²⁹¹ Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass die Zusammenarbeit

²⁸⁵Weppert (2009), S. 262.

²⁸⁶Siehe Studie BMFSFJ (2004) Teilpopulation Prostituierte.

²⁸⁷Untersuchungsgruppe waren 110 Frauen in der Prostitution, überwiegend aus dem Club-, Appartement- und Bordellbereich. Die Altersgruppe der befragten Prostituierten lag zwischen 14 und 62 Jahren, wobei die Altersgruppe von 25 bis 44 Jahren am meisten vertreten war. 51 % der Befragten war jünger als 34 Jahre alt, 32 % der Befragten war zwischen 35 und 44 Jahre alt, 15 % war zwischen 45 und 56 und nur drei Befragte waren über 57 Jahren. Das rechnerische Durchschnittsalter lag bei 35 Jahren. Die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen 77 % der Befragten, die hierzu eine Angabe machten. Diese Prozentzahl kann jedoch nicht als repräsentativ für die in Deutschland arbeitenden Prostituierten angesehen werden. Die Anzahl der Prostituierten mit ausländischer Staatsangehörigkeit liegt nach Auskünften von Fachberatungsstellen und Hilfeeinrichtungen weitaus höher. Für die Studie war jedoch die Gruppe der ausländischen Prostituierten nur schwer erreichbar, da viele die Frauen Angst vor Aufdeckung ihres illegalen Aufenthaltsstatus in Deutschland hatten und deshalb die Mitwirkung ablehnten oder schlicht Übersetzungsmöglichkeiten fehlten. (a.a.O. S. 17).

²⁸⁸BMFSFJ (2004) Teilpopulation Prostituierte, S. 72.

²⁸⁹Ebd. S. 72.

²⁹⁰Ebd. S. 60.

²⁹¹Ebd. S. 72.

mit einem Zuhälter durch ein hohes Maß an körperlicher und sexueller Gewalt geprägt ist. Neben einer großen Frequenz der Gewalt ist die Intensität der Übergriffe häufig mit Verletzungsfolgen verbunden. Darüber hinaus zeigen die Befunde der Studie, dass von den Zuhältern in hohem Maße auch psychische Gewalt gegenüber den Prostituierten ausgeübt wird, sei es in Form von Dominanz- und Kontrollverhalten wie ökonomischer, sozialer und sexueller Kontrolle oder auch in Form von Drohungen, Einschüchterung, Demütigung und verbaler Gewalt.²⁹² Trotz der hohen Gewalterfahrung seitens der Zuhälter konnten sich die befragten Prostituierten nicht oder nur schwer von ihnen trennen. Als Gründe wurden neben sozialer und finanzieller Abhängigkeit eine Liebesbeziehung zu dem Zuhälter oder auch die Hoffnung auf Änderung des Verhaltens genannt.²⁹³

3.3.3.3 Erfordernis großer Mobilität Die Arbeitsbedingungen von Prostituierten sind auch von dem Erfordernis großer Mobilität geprägt. So haben ca. 80 % der Prostituierten schon einmal in einer anderen deutschen Stadt oder Region als Prostituierte gearbeitet.²⁹⁴ Insbesondere Vertreter der neuen Generation von „Großbordellen“ arbeiten nach einem einheitlichen Prinzip und sind untereinander vernetzt. Denn zum einen verlangen Freier immer neue Prostituierte in den Bordellbetrieben („a constant re-introduction of new faces“²⁹⁵), was dazu führt, dass Prostituierte ständig auf andere Bordellbetriebe verteilt werden. Zum anderen spielen spezifische Faktoren der Sexindustrie eine Rolle, wie interne oder persönliche Konflikte, aber auch öffentliche Veranstaltungen oder große Tagungen, die die Nachfrage nach Prostituierten in der jeweiligen Region steigern.²⁹⁶

Trotz oder gerade wegen der vielfach extrem schlechten Arbeitsbedingungen und einem prekär, sehr vergeschlechtlichen und ethniserten Umfeld fehlt es auch Jahre nach Inkrafttreten des ProstG an einer eigenständigen Interessenvertretung von Prostituierten, die als Verhandlungspartner auftreten könnte.²⁹⁷ So befinden sich Prostituierte weiterhin in der Lebenswirklichkeit und bei der Durchsetzung ihrer Rechte in der schwächsten Verhandlungsposition gegenüber Bordellbetreibern und Freiern.²⁹⁸

²⁹²Ebd. S. 73.

²⁹³Ebd.

²⁹⁴TAMPEP (2007), S. 9.

²⁹⁵Ebd. S. 10.

²⁹⁶Ebd.

²⁹⁷Zimowska (2008), S. 180 f., siehe auch Kavemann/Rabe (2009) Resümee, S. 303 f.; „Wie eine Interessensvertretung entstehen und vor allem, wie sie autorisiert werden könnte, ist eine offene Frage.“

²⁹⁸Siehe auch Kavemann/Rabe (2009) Resümee, S. 303 f.

3.3.3.4 Einkommen Nach den Ergebnissen der Studie „Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. Teilpopulationen – Erhebung bei Prostituierten“ (2004)²⁹⁹ lag die Höhe des Nettoeinkommens bei 30 % der befragten Prostituierten im untersten Einkommensbereich von unter 700 € monatlich. 25 % hatten ein Nettoeinkommen von 700 – 1200 € und 18 % bezogen ein Einkommen von 1.200 – 2.300 €. Weitere 18 % hatten ein Nettoeinkommen von über 2.300 € monatlich. 8 % der Befragten gaben an, über kein eigenes Einkommen zu verfügen. Das durchschnittliche Nettoeinkommen von Prostituierten lag damit höher als das der in der Hauptstudie befragten Frauen in Deutschland.³⁰⁰ 58 % der befragten Prostituierten bezogen ihr Haushaltseinkommen aus der Tätigkeit in der Prostitution und 33 % der Befragten lebten von Leistungen des Sozialamts.³⁰¹

3.3.3.5 Burn-out und Ausstieg aus der Prostitution Die vermehrt von Konkurrenz, Gewalt und Gesundheitsgefährdung aber auch von Nachtarbeit und Alkoholzwang in Animierbars und Clubs geprägten Arbeitsbedingungen in der Prostitution führen bei vielen Prostituierten zu körperlichem und psychischem Ausbrennen.³⁰² Schuster (2005) spricht von Burn-out Symptomen der Prostituierten. Viele versuchten mit der Einnahme von Alkohol und Medikamenten wie Aufputschmitteln oder Schlafmitteln mit den schlechten Arbeitsbedingungen umzugehen. Mitunter käme es zu schweren Depressionen und zum Verlust des Selbstwertgefühls.³⁰³ Auch die Studie von Brückner/Oppenheimer (2006) kommt zu dem Ergebnis, dass sich „bei den körperlichen und psychischen Beschwerden [...] eine Tendenz zu berufsbedingten Beschwerden, bzw. Auswirkungen abzubilden [scheint].“³⁰⁴

Leopold (2005) sieht in den belastenden Arbeitsbedingungen einen Grund für den Wunsch nach einem Ausstieg aus der Prostitution. „Der Ausstiegswunsch scheint in

²⁹⁹BMFSFJ (2004): „Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. Teilpopulationen – Erhebung bei Prostituierten“.

³⁰⁰Ebd. S. 14.

³⁰¹Ebd. S. 24.

³⁰²Schuster (2005), S. 80.

³⁰³Ebd. S. 80 f.: „Prostituierte arbeiten unter besonders belastenden Bedingungen, Gesundheitliche Schäden sind Folge von langen Arbeitszeiten, Nachtarbeit und Alkoholzwang in Animierbars und Clubs. Einige Frauen leiden unter den psychischen Belastungen, die der Beruf mit sich bringt.“ Schuster sieht die Ursache von Burn-outs zum einen in den Arbeitsbedingungen zum anderen aber auch in der fehlenden gesellschaftlichen Akzeptanz, die u.a. dazu führe, dass Prostituierte ein Doppelleben führten. (ebd.) Auch die von der Bundesregierung in Auftrag gegebene Studie Teilpopulation Prostitution (2004) kommt zu dem Ergebnis, dass überdurchschnittlich viele Prostituierte eine Alkohol- oder Medikamentenabhängigkeit aufweisen. Siehe BMFSFJ (2004) Teilpopulation Prostitution, S. 65 ff.

³⁰⁴Brückner/Oppenheimer (2006), S. 222.

erster Linie Resultat eines psychischen, gesundheitlichen und zum Teil ökonomischen Entkräftungsprozesses zu sein, der das Gefühl vermittelt, dem Prostitutionsalltag nicht mehr gewachsen zu sein.“³⁰⁵ So kamen die Befragungen aus der EVA-Studie zu dem Ergebnis, dass fast die Hälfte der Prostituierten, die einen Ausstieg aus der Prostitution anstrebten, einen wachsenden Ekel vor Freiern empfinden und den Wunsch nach beruflicher Veränderung haben (jeweils 48 %).³⁰⁶ Schlechte Verdienstmöglichkeiten gaben 44 % der Befragten an, 43 % hatten einen steigenden Hass auf Freier und 41 % das Gefühl, die Arbeit nicht mehr aushalten zu können. Auch die Angst vor einer Infektion mit HIV/AIDS war Grund für den Ausstiegswunsch aus der Prostitution (30 %). Daneben spielte die Forderung der Freier nach ungeschützten Verkehr (33 %), die verlangten Sexualpraktiken (25 %) sowie die große Konkurrenz (24 %) eine erhebliche Rolle.³⁰⁷ Der Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des ProstG (2007) sieht Prostituierte, die den Ausstieg aus der Prostitution wünschen, häufig in einer Lage, die von multiplen Problemen bestimmt ist und die die Ausgangssituation für einen erfolgreichen Ausstieg erheblich erschwert.³⁰⁸ So befänden sich die Prostituierten häufig in finanziellen und persönlichen Schwierigkeiten, hinzu kämen gesundheitliche Belastungen durch die Prostitution und auch Gewalterfahrungen, die teilweise schon in frühen Jahren erlebt wurden. Fast die Hälfte der ausstiegswilligen Prostituierten hätte darüber hinaus Defizite in der schulischen Ausbildung oder Berufsausbildung.³⁰⁹

3.3.4 Geschlechtsspezifische und geschlechterhierarchisierende Rollenzuweisungen, Stereotypen und Sexismus in der Prostitution

Traditionelle und sexistische Vorstellungen geschlechtsspezifischer Rollenzuweisungen und Stereotypen werden in der Prostitution aufrecht erhalten, reproduziert und mit Ausbreitung und Normalisierung von Prostitution in der Gesellschaft zementiert. Dies zeigt sich zum einen im allgemeinen Frauenbild, das von Sexindustrie und Werbung

³⁰⁵ Leopold (2005), S. 25.

³⁰⁶ Weppert (2009), S. 260: „Die meisten Prostituierten haben das Bedürfnis, sich nach jedem Kundenkontakt gründlich im Intimbereich zu waschen und benutzen dabei häufig große Mengen Waschlotion oder Seife. So zerstören sie ungewollt ihre natürliche Intimflora und werden empfänglicher für Infektionen.“ Die Mitarbeiterin vom Gesundheitsamt verteilt deshalb Faltblätter mit praktischen Tipps für eine unterstützende Scheidenpflege und dem Rat, „nur kleine Mengen ph-neutraler Waschlotion zu verwenden – oder gleich nur warmes Wasser.“ (ebd.) Offen bleibt hingegen die Frage, warum die meisten Prostituierten eine Art Waschzwang im Intimbereich entwickeln.

³⁰⁷ Leopold (2005), S. 24 f. Leopold zitiert die EVA-Studie von Leopold/Steffan (1997).

³⁰⁸ „Ihre Ausgangssituation, den Ausstieg zu schaffen, ist schlecht.“ Der Bericht der Bundesregierung (2007), S. 32.

³⁰⁹ BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 32.

verbreitet wird, zum andern auch in Kommentaren und Bewertungen, die sich in Freierforen über die sexuellen Dienste von Prostituierten finden. Auch die hohe Gewaltprävalenz in der Prostitution lässt auf ein geschlechterhierarchisches Rollenverständnis schließen. Nicht zuletzt zeigt sich die Zementierung geschlechtsspezifischer Rollenzuweisungen in der Praxis, dass in bestimmten Branchen geschäftliche Verträge in Bordellen abgeschlossen und/oder gefeiert werden, wobei dies impliziert, dass Frauen als Geschäftspartnerinnen ausgeschlossen sind. Hierdurch festigt sich die allgemeine Segregation auf dem Arbeitsmarkt.

Eintragungen aus frei zugänglichen Freierforen im Internet³¹⁰, auf denen sich Freier über die verschiedenen Arten von Bordellen und über die Dienste der dort tätigen Prostituierten austauschen, belegen exemplarisch ihre sexuelle Doppelmoral, abwertende Stereotypen von Frauen und weiblicher Sexualität und den allgemeinen Sexismus im Prostitutionsgewerbe und in der Sexindustrie in anschaulicher Weise. Das Bild einer Geschlechterhierarchie, in der Männer als (sexuell) dominant und Frauen als (sexuell) unterlegen angesehen werden, ist überall präsent.

Die Beiträge auf den Foren sind geprägt von sexistischen und abwertenden Bezeichnungen von Frauen, weiblicher Sexualität und Prostituierten.³¹¹ Dass dabei Frauen auch allgemein nicht als gleichberechtigt oder gleichwertig betrachtet werden, machen folgende Zitate eines Beitrags deutlich: „Diesmal kontaktierte ich ein deutsches Mädels und ahnte schon was auf mich zukommt. Sie war so emanzipiert, wie ich es von ihrer Gattung gewohnt bin, [...]“ „Nun wäre ne Lüge ihrerseits sinnlos gewesen, denn die deutschen Tussen standen zum Zimmergang Gewehr bei Fuß [...]“.³¹²

Insbesondere Großbordelle pflegen professionelle Internetauftritte und bieten auf internen „Chat-Foren“ Freiern die Möglichkeit, sich offen mit andern Freiern über ihre Erfahrungen mit den dort arbeitenden Prostituierten und deren Dienste auszutauschen,

³¹⁰z.B. <http://www.freiermagazin.de>; oder 'The World Sex guide', mit weltweiten „Reiseberichten“ von Freiern und Informationen für Freier über Bordelle und dort tätige Prostituierte, vgl. <http://www.worldsexguide.org/>

³¹¹Siehe Zitate aus Freierforen gesichtet am 19.08.2009: „Der Doggystyle blieb mir versagt, weil die Tüte einmal gefüllt war und es muß dort wohl so üblich sein, dass dies das Ende der Nummer bedeutet.“ „Die zog sich natürlich seelenruhig an und wusch sich artig die Pussy im Waschbecken, wobei der Hingucker dabei die Spreizung der Beine war. Erinnerste zwar etwas an `nen Köter beim pipi machen, aber trotzdem hätte ich zu gerne gleich nochmal von hinten versenkt.“ „[...] Sowas macht keinen Spaß, entgegnete sie- meine Wünsche seien pervers. Nun gut dachte ich, wenn sie pro Extraleistung 30 Euro verlangt, dann muß es doch irgendetwas geben was sie macht, was nicht auf dem normalen Speiseplan steht. Sie würde sich in den Popo ficken lassen, anpullern wäre `ne Option und die Muschi darf man lecken.“ <http://www.freiermagazin.de/bb/showthread.php?t=12723> (gesichtet am 19.08.2009).

³¹²Siehe <http://freiermagazin.x-check.de/bb/showthread.php?p=80723> (gesichtet am 16.12.2009).

wobei auf die Intimsphäre der Prostituierten keine Rücksicht genommen wird. Die Prostituierten können dabei von den Freiern in einer Art Punktesystem bewertet werden. Die höchsten Punkte erreichen dabei regelmäßig die Prostituierten, die bereit sind, bestimmte oder auch ungeschützte Sexualpraktiken durchzuführen, bei den anderen verringert sich die Chance auf Kundschaft. Mit Hilfe dieser internen Freier-Chat-Foren kontrollieren Bordellbetreiber Verhaltensweisen oder auch das Verweigern bestimmter Sexualpraktiken einzelner Prostituierter und üben gegebenenfalls Druck auf sie aus.³¹³

Prostituierte werden in allen Freierforen nahezu durchgehend als Huren³¹⁴ bezeichnet, ein Begriff, der nach der Definition im Brockhaus (2001) eine abwertende Bezeichnung für Prostituierte ist oder in der Umgangssprache auch als Schimpfwort für eine Frau verwendet wird, die moralisch als leichtfertig angesehen wird, weil sie außerehelich oder (vermeintlich) wahllos mit Männern sexuell verkehrt. Die sexuelle Doppelmoral, durch die das Bild erhalten bleibt, dass es Männern seit jeher erlaubt ist, auch außerehelichen Geschlechtsverkehr z.B. mit Prostituierten zu haben, und die dies verheirateten Frauen nicht zugesteht, ihnen vielmehr eine Art Asexualität bescheinigt, wird durch den Sprachgebrauch im Sexgewerbe weiter gefestigt.

Der Sexismus, der in vielen Beiträgen auf den Freierforen zum Ausdruck kommt, paart sich häufig mit Rassismus: „Schon immer wollte ich mal von `ner Blacklady die Möse lecken, doch nahm ich bisher immer davon Abstand, da die mir einfach zu unkultiviert erschienen. Sie jedoch sprach gut deutsch, roch nicht wie gerade vom Feld gekommen und machte insgesamt so einen edlen Eindruck, dass ich der Versuchung letztendlich nicht widerstehen konnte.“³¹⁵

Grenz (2007) stellt in ihrer empirischen Studie über den Konsum sexueller Dienstleistungen eine Doktrin des Freier-Diskurs auf, die da lautet: Sex ist männlich, wichtig, hat mit Liebe nichts zu tun und kann von Männern konsumiert werden.³¹⁶ Dass Freier sich als Konsumenten betrachten, die sich für die Befriedigung ihres Triebs ihre Ware in einem Bordell auswählen, machen folgende Zitate aus ihrer Studie deutlich: „Also für mich ist das, war das so, als wenn die eine Ware ist, als wenn ich in in einen Laden

³¹³Vgl. Bayerl, (2008) Vortrag in Donezk.

³¹⁴Als Beispiel Zitat aus Freierforum vom 09.08.07: „Ausgemalt hatte ich mir so um 30 Euro die halbe Stunde, da der Schuppen einem Laufhaus ähnelte und die Preise dort so üblich sind. Denkste, 50 Euro verlangten die Huren für's ficken und 30 Euro fürs blasen.“ <http://www.freiermagazin.de/bb/showthread.php?t=12723> (gesichtet am 19.08.2009).

³¹⁵Zitat aus Freierforum vom 09.08.07, <http://www.freiermagazin.de/bb/showthread.php?t=12723> (gesichtet am 19.08.2009).

³¹⁶Grenz (2007), S. 241.

gehe und mit eine neue Tür oder irgendwas kaufe. So ist das auch (...).“³¹⁷ oder „die auswahl der mädels mehr als eingeschränkt..wenn man nicht auf schmutzelige rumäninnen steht.“³¹⁸ Grenz (2007) sieht in Freiern spezielle Konsumtypen, für die Freizeit, Konsum, Luxus und Sex mit schönen Frauen zusammengehören. Darin spiegele sich der Sexismus in der Gesellschaft wider.³¹⁹

Grenz (2007) konnte in ihrer Studie nachweisen, dass die überwiegende Mehrheit der Freier männliche Sexualität und die Verbindung von Männlichkeit mit einem starken Trieb im Gegensatz zu einer weiblichen Sexualität mit einer Triebschwäche oder Trieblosigkeit sehen. Die Studie belegt darüber hinaus, dass sich hinter der Rede der Andersartigkeit von Frauen immer noch die sexuelle Doppelmoral³²⁰ seitens der Freier verbirgt, die Frauen in Heilige und Huren aufteilt.³²¹ Frauen sind in diesem Bild als Objekte sexuell anziehend, als Subjekte aber völlig asexuell. Bei der Aufteilung von Frauen in Heilige und Huren geht es nicht darum, in bestimmte Berufsgruppen zu unterteilen, sondern allein darum, weibliche Sexualität und Lust zu verdrängen. Bei der Inanspruchnahme der Dienste einer Prostituierten ist für die Freier die Situation berechenbar, da die Frau in einem gewissen Sinne passiv bleibt und es ausschließlich um die Befriedigung der sexuellen Lust des Freiers geht. Jedoch zeigt die Tatsache, dass

³¹⁷Zitiert nach Grenz (2007), S. 161.

³¹⁸Zitat aus Freierforum vom 05.08.2009. Ein weiteres Zitat, in dem ein Freier anderen Freiern eine Art Wegweiser durch ein Haus mit verschiedenen Appartement-Prostituierten gibt: „Vom Fahrstuhl den Gang gradeaus, letztes Zimmer links ist Poi, Mitte 30, schlanke Thai, B Cup, sieht etwas verbraucht aus, Macht für 50 alles AO, habe bisher nur FO und GV mit genossen. Ok aber nix besonderes, die AO fans werden sich freuen. [...] Im vorletzten Zimmer links ist Ini, Mitte bis Ende 20, schlank, knappen B-Cup mit riesigen Nippeln, die auch schön fest werden. macht FO, lässt sich tief fingern und lecken. Sehr angenehmes Wesen. [...] im letzten links werkelt Betta: Mitte bis Ende 30, schlank, knappen B-Cup etwas hängend, hervorragende Bläserin, immer ohne, beim ficken etwas zurückhaltend, beim Blasen zu höchstformen [...] in der vorletzten links werkelt Filou nur für spezielle geniesser. Ist ca 160 gross und mindestens 90 Kilo, alles noch recht fest, aber die ansicht ist sehr gewöhnungsbedürftig. Dafür gibt es hier für 30 einen zeitlich so gut wie unbegrenzten Spass, mit FO, ZA, AV und GV mit, Dildospiele, ablecken, ich denke hier kriegt man alles versdaute was man sich vorstellen kann [...]“. Eintrag vom 15.08.06, <http://www.freiermagazin.de/bb/showthread.php?t=6397> (gesichtet am 19.08.2009).

³¹⁹Grenz (2007), S. 243.

³²⁰Siehe Historisches zur sexuellen Doppelmoral in *Kapitel I, 2*.

³²¹Die sexuelle Doppelmoral, die es Männern erlaubt, ihre sexuelle Lust frei auszuleben, dies aber Frauen nicht zugesteht, zeigt sich sehr deutlich, wenn Freier sich darüber erschrecken, dass sie sich eventuell in eine Prostituierte verliebt haben. Das hauptsächliche Problem sahen die Männer in der Gefahr, von der Prostituierten dann ausgenommen zu werden und in der Vermutung, dass die Prostituierte ihre Tätigkeit sicher nicht aufgeben würde, wenn sie sich auf eine Partnerschaft einließe. („Mit einer Hure zusammenleben, ich erschrecke selbst bei dem Gedanken.“) Grenz (2007), S. 122, 231.

viele Freier sich nichtsdestotrotz der Illusion hingeben, auch die Prostituierte hätte sexuelle Lust durch ihre männlichen sexuellen Fertigkeiten erlebt, und unzufrieden sind, wenn die Prostituierte äußerlich lustlos ihre Dienste verrichtet³²², in grotesker Weise die Widersprüchlichkeit, die der Prostitution inhärent ist. Denn dies bedeutet nicht, „dass die Männer sich ernsthaft eine begehrende Frau wünschen, denn diese würde ja Anforderungen an sie stellen, die nicht mehr berechenbar sein würden. Im Gegenteil, die Lust der Frau dient ihnen als Selbstbestätigung (selbst wenn diese nur gespielt wird).“³²³

Die Aufrechterhaltung dieser Doppelmoral liegt dabei im Interesse der Männer, da sie davon profitieren, selbst wenn sie ihr nicht selbst anhängen. Denn die Doppelmoral legitimiert allgemein die Inanspruchnahme der sexuellen Dienste von Prostituierten und sorgt für einen großen Markt. Grenz (2007) zieht den Schluss, dass Freier zwar überwiegend in 'Huren' ganz 'normale Frauen' sehen, die ihren Job machen 'ganz Weib zu sein', dies impliziere jedoch nicht, dass sie Frauen außerhalb der Prostitution als ihnen sexuell gleichwertig oder gleichberechtigt ansehen oder dass sie eine Prostituierte als Partnerin für sich akzeptierten.³²⁴ Grenz (2007) spricht in diesem Sinne von der „Illusion der sexuellen Gleichberechtigung.“³²⁵

Die Studie kommt darüber hinaus zu dem Ergebnis, dass die Stereotype der 'lügenden Hure' immer noch unter den befragten Freiern vorhanden war: Prostituierte machten demnach falsche Versprechungen und versuchten, die Freier möglichst schnell zum Samenerguss zu bringen, um das Geschäft möglichst zügig zum Abschluss zu bringen. Dies stört manche Freier, da sie darin die Geschäftsmäßigkeit der Prostituierten erkennen. Grenz (2007) bewertet dieses Misstrauen der Freier den Prostituierten gegenüber als die „Ambivalenz des Geldes, die ähnlich den zwei Seiten einer Münze beständig in Erscheinung tritt.“³²⁶

Der Konsumgedanke, den Grenz (2007) in der Prostitution seitens der Freier sieht, darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass dieser in vielen Fällen mit einem hohen Maß an sexueller und körperlicher Gewalt gegenüber den Prostituierten verbunden

³²²Vgl. Grenz (2007), S. 160 f., 235.

³²³Grenz (2007), S. 133. Vgl. auch den Beitrag aus einem Freierforum vom 09.08.07: „Nun wünscht man sich den Sex zwar gratis, doch geht man unter diesen Vorrausetzungen auch in gewisser Weise eine Verpflichtung ein. Wenn ich zahle, interessiert mich kaum was sie von meiner Performance hält, denn es geht dann in erster Linie um meine Bedürfnisse. Nur waren hier die Vorzeichen etwas anders, denn ohne Orgasmus ihrerseits hätte ich mich kaum schleichen brauchen.“ <http://www.freiermagazin.de/bb/showthread.php?t=12723> (gesichtet am 19.08.2009).

³²⁴Ebd. S. 133.

³²⁵Ebd. S. 134.

³²⁶Grenz (2007), S. 161.

ist.³²⁷ In dieser Hinsicht unterscheidet sich das Konsumverhalten in der Prostitution vom Konsumverhalten in andern Bereichen entscheidend. So zeigt sich in der erhöhten Betroffenheit sexueller, körperlicher und psychischer Gewalt seitens Männern auch ein lang tradiertes geschlechtsspezifisches und -hierarchisches Verhalten.

Daneben zeigen sich Auswirkungen der Ausbreitung von Großbordellen auf das Geschlechterverhältnis im allgemeinen Berufsleben. So werden in bestimmten Branchen Geschäftsabschlüsse regelmäßig in Bordellen gefeiert.³²⁸ Auch nach Geschäftsessen, die ohne Ehefrauen stattfinden, ist es in diesen Branchen im Rahmen des Üblichen, dass die beteiligten Männer anschließend zusammen in ein Bordell gehen. Das gleiche gilt für Bewerber in Vorstellungsgesprächen z.B. für eine Stelle im gehobenen Management, bei denen getestet wird, ob sie mit Bordellbesuchen vertraut sind, und ob sie grundsätzlich damit umgehen können, dass Bordelle besucht werden.³²⁹ Dass Frauen in diesen Branchen für Vorstellungsgespräche erst gar nicht eingeladen werden und sie auch sonst von bestimmten höheren Positionen von vornherein ausgeschlossen sind, entspricht der vertikalen Segregation des allgemeinen Arbeitsmarktes in Deutschland.³³⁰ Mit der Praxis, Geschäftliches mit Bordellbesuchen zu kombinieren, wird Frauen der Zugang zu bestimmten Arbeitsfeldern verweigert. Gleichzeitig impliziert dies sowohl die Zementierung der Aufteilung in besser bezahlte männliche Berufe und Führungspositionen als auch der Ausschluss von Frauen in diesen sowie die Beibehaltung niedriger bezahlter Frauenberufe. So geht auch Grenz (2007) davon aus, dass „diese Geschäftsrituale Ausschlusskriterien für Frauen darstellen.“³³¹

³²⁷Vgl. *Kapitel I*, 3.3.

³²⁸Budde (2006), S. 151. Budde zitiert die Autorin Tamara Domentat aus ihrem Buch „Laß dich verwöhnen. Prostitution in Deutschland“ (2003), „Weltweit würden von Unternehmen gezielt Prostitutionsbesuche organisiert und bezahlt, um das Betriebsklima zu verbessern.“ Diese Praxis der Kundenaquise und Belohnung der Mitarbeiter findet sich unter dem Begriff „male-bonding“ wieder.

³²⁹Grenz (2007), S. 158 f.: „Einer (Ralf) war als Ingenieur im Außendienst tätig. Er erzählte mir, dass bei manchen Kunden bereits eine Sex-Arbeiterin für ihn bestellt ist bzw. bereits auf ihn wartet, wenn er im Hotel ankommt. Ein anderer (Paul), der eine Maklerfirma besitzt, erzählte mir davon, dass Bauabschlüsse regelmäßig im Bordell gefeiert würden. Der dritte (Stephan) war Personalentwickler in einer großen Firma und für die Einstellung von Managern fürs gehobene Management zuständig. Er sprach davon, dass es zwei Arten von Geschäftsessen gäbe, mit und ohne Gattin. Nach dem Geschäftsessen, die ohne Gattin stattfinden, sei es durchaus im Rahmen, anschließend ins Bordell zu gehen. Aus diesem Grund kann auch ein Vorstellungsgespräch den Bordellbesuch einschließen, um auszuprobieren, wie sich der Kandidat in dieser Umgebung bewegt und ob er in die Firma passt. Die entscheidende Frage dabei ist nicht, ob er mit einer Sex-Arbeiterin aufs Zimmer geht oder nicht, sondern ob er grundsätzlich damit umgehen kann, dass Bordelle besucht werden.“

³³⁰Siehe *Kapitel I*, 3.2.

³³¹Grenz (2007), S. 159.

3.3.5 Zusammenfassung Arbeitsfeld Prostitution und Bewertung

Prostitution ist der „Frauenberuf“, der am längsten und konsequentesten die tradierte Geschlechterhierarchie widerspiegelt. Die strukturellen Diskriminierungen des Arbeitsmarktes, der in horizontaler und vertikaler Segregation Frauen im Allgemeinen die inferioren Positionen zuweist, treten hier besonders krass in Erscheinung. Im ganz überwiegend von männlichen Zuhältern und männlichen Freiern jeder sozialen Provenienz beherrschten „Gewerbe“ führen die Prostituierten eine perkäre, sozial nicht abgesicherte und deklassierte Existenz. Die wenigen Beispiele sog. Edel-Prostituierten, die sich ihre Freier und Arbeitsbedingungen aussuchen, können diesen Befund nicht entkräften. Konsequenterweise ist die Prostitution für Frauen auch nicht das Ergebnis einer langfristig und bewusst angesteuerten beruflichen Lebensplanung, sondern sie wird ganz überwiegend aus einer akuten Not- bzw. Armutssituation heraus gewählt.

Dadurch dass Prostituierte nicht einen erlernten und qualifizierten Beruf ausüben, sondern sich primär in ihrer weiblichen Geschlechtseigenschaft darbieten, hat die Prostitution und die darauf abzielende Sexindustrie auch Auswirkungen auf die übrige Gesellschaft: Ein ohnehin verbreitetes Frauenbild, das die Frau auf den Status eines seiner Subjektivität entkleideten Sexualobjekts reduziert und das Frauen auf die Tauglichkeit hierzu bewertet, wird gestützt und in Millionen von männlichen Kunden täglich befestigt. Männer erscheinen in diesem Kontext als die Aktiven, Fordernden, die sich – wie einige Wirtschaftsführer und Staatsmänner öffentlich demonstrieren – Frauen wie Statusobjekte „leisten“. Durch sexualisierte Werbestrategien werden indes auch Frauen dahin beeinflusst, sich diesem Bild entsprechend zu verhalten, um gesellschaftlich zu reüssieren. Deutlich erkennbare Bemühungen in Politik und Gesellschaft, dieses hierarchische Geschlechterverhältnis aufzubrechen, werden so konterkariert.

4 Ergebnis des Kapitel I: Prostitution als strukturelle geschlechtsspezifische und sexuelle Diskriminierung

Die bisherigen Untersuchungen zur Prostitution und ihrer sozialen Realität lassen sich wie folgt zusammenfassen: Die Prostitution ist ein hochgradig geschlechtsspezifisches Phänomen in dem Sinne, dass die Anbieter prostitutiver „Dienste“ zu über 90 % Frauen, die Nachfragenden ganz überwiegend Männer sind. Die Prostitution genießt an sich keine hohe gesellschaftliche Reputation, sie ist so gesehen ein soziales Randphänomen. Entsprechend gering geschätzt werden im Allgemeinen Frauen („Nutten“), die sich prostituieren. In bezeichnendem Gegensatz hierzu steht, dass Männer, die Prostituierten

te aufsuchen, sich keineswegs im selben Maße sozial ausgrenzen; vielmehr gehört der Besuch eines Bordells bzw. eines entsprechenden Wellness-Clubs bis ins gehobene gesellschaftliche Milieu hinein in den Bereich der Normalität. Der tägliche millionenfache Besuch von Männern in entsprechenden Einrichtungen belegt, dass das „Randphänomen“ Prostitution durchaus einen zentralen Platz inmitten der Gesellschaft hat.

Die ganz überwiegende Zahl der Prostituierten lebt mit prekären Arbeitsbedingungen, häufig in Scheinselbstständigkeit, in faktischer Abhängigkeit von Zuhältern und (Groß-)Bordellbesitzern, ohne ausreichender sozialer Absicherung und in einem Milieu hoher Gewaltprävalenz. Frauenarmut steht in der Regel am Anfang des Wegs in die Prostitution. Im Gegensatz hierzu kommen die Freier aus allen gesellschaftlichen Schichten. Das in aller Regel gegebene soziale Gefälle eines „oben“ und „unten“ setzt sich fort in der Art des sexuellen „Dienstes“, das allein der Befriedigung des Freiers dient, indem die Frau lediglich die „Dienst“-Leistende ist. Durch zunehmende Konkurrenz, Verbreitung und Propagierung entsprechender Praktiken in Internet und Medien müssen Prostituierte mehr und mehr ungeschützt und in erniedrigender Weise sexuelle Wünsche von Freiern erfüllen. Nicht zufällig ist die Zahl der Prostituierten, die unter schweren Depressionen, Verlust des Selbstwertgefühls und Alkohol- oder Medikamentenabhängigkeit leiden, auffallend hoch – wiederum im Gegensatz zur männlichen Kundschaft. Insofern zeigt sich in der Prostitution nicht nur eine Frauen diskriminierende, sondern auch eine extrem geschlechtshierarchische von Sexismus geprägte Grundstruktur.

Die kommerzielle Prostitution ist, obwohl lange in die Geschichte zurückreichend, keine Naturkonstante. Sie ist Ausdruck eines aus dem Patriarchat kommenden Geschlechterverhältnisses, das dem Mann die dominierende Stellung zuweist, und zwar auch in der sexuellen Beziehung. Im soziokulturellen Konstrukt des „Sozialen Geschlechts“ wie es sich zuletzt aus der Rollenverteilung der bürgerlichen Familie der Neuzeit heraus entwickelt hat, werden dem Geschlechtsspezifikum „männlich“ Eigenschaften wie produktiv, aktiv, überlegen, rational, nüchtern, entscheidungsstark, hart zugeschrieben, während das „Weibliche“ eher mit Epitheta rezeptiv, anpassungsfähig, intrigierend, schwankend, einfühlsam, emotional, weich konnotiert wird. Die wesentlichen Führungseigenschaften liegen klar auf der männlichen Seite.

Dieses Konstrukt hat Auswirkungen auf das allgemeine Erwerbsleben. In horizontaler und vertikaler Segregation haben Frauen bis in die Gegenwart die weniger attraktiven Positionen inne, trotz eines steigenden Anteils von qualifizierenden Ausbildungs- bzw. Hochschulabschlüssen. Die hierin zum Ausdruck kommenden Benachteiligungen sind weniger unmittelbare als vielmehr mittelbar-faktische Diskriminierungen: Dem Gleich-

berechtigungsgebot aus Art. 3 GG wird durch geschlechtsneutral formulierte Regelungen scheinbar genüge getan, während die Lebensrealität der Frau es ihr häufig unmöglich macht, ihre Chancen tatsächlich zu bekommen und sie auch wahrzunehmen. Trotz gegenläufiger Entwicklungen, z.B. im öffentlichen Dienst, und trotz einer Rechtsprechung, die zunehmend auf das Gleichheitsgebot als einer zu erfüllenden Staatsaufgabe abhebt, muss noch immer von einer strukturellen Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben gesprochen werden. Sowohl Baer (1995) als auch Sacksofsky (1996) sehen in Diskriminierung „nicht die schlichte Differenzierung als unterschiedliche Behandlung, sondern eine soziale Hierarchisierung.“³³² Strukturelle Diskriminierung ist keine im Ausnahmefall vorkommende individuelle, sondern vielmehr eine kollektive, gruppenbezogene Diskriminierung.³³³ Im Falle des Geschlechts werden bei der strukturellen Diskriminierung nicht Frauen als einzelne Personen diskriminiert, sondern die Gruppe 'Frau'. Kennzeichen einer Diskriminierung ist danach die die einzelne Person willkürliche Benachteiligung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer sozialen Kategorie, die weder an persönliche Fähigkeiten oder Verdienste noch an ein bestimmtes zurechenbares Verhalten des betroffenen Individuums anknüpfen.³³⁴

Das Prostitutionsgewerbe ist in besonderem Maße ein Ort der Diskriminierung der Frau, da hier, sowohl was äußere Organisation und Hierarchie des Arbeitsfelds betrifft, als auch was die konkrete Dienstleistung angeht, geschlechtshierarchische Stereotypen und Rollenzuweisungen besonders ausgeprägt in Erscheinung treten. Angesichts des massenhaften und zunehmenden Ausmaßes der Prostitution sah und sieht die Politik hierin einen Regelungsbedarf. Inwieweit das Prostitutionsgesetz (ProstG) aus dem Jahre 2002 dabei einen Fortschritt im Sinne des Art. 3 II Grundgesetz darstellt, soll im Weiteren untersucht werden.

³³²Baer (1995), S. 48. Sacksofsky (1996) verwendet anstelle des Begriffs Hierarchisierung Dominierung. Baer (1995) stützt sich in ihrer Untersuchung zur sexueller Belästigung am Arbeitsplatz insbesondere auf die US-amerikanische Rechtsprofessorin Catherine MacKinnon, die die Tatsache, dass Frauen Opfer und Männer Täter sexueller Gewalt sind, als weder zufällig noch unwichtig ansieht, da darin die Definition dessen, was Männer und was Frauen sind, aufrecht erhalten wird. (Baer (1995), S. 49).

³³³Schweizer (1998), S. 144.

³³⁴Vgl. Reh binder (1995), S. 11 ff.

Kapitel II

Das Prostitutionsgesetz, damit zusammenhängende strafrechtliche Änderungen und unmittelbare Auswirkungen auf die Lebenswirklichkeit

Kapitel II beschäftigt sich mit der gesetzgeberischen Antwort aus dem Jahr 2002 auf die rechtliche und soziale Diskriminierung von Prostituierten: Im Jahr 2002 trat das sog. Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) in Kraft. Damit einher ging eine Entkriminalisierung von Beschäftigungsverhältnissen in der Prostitution mit der Folge strafrechtlicher Änderungen. Das *Kapitel II* stellt zuerst kurz die Vorgeschichte und die Beratungen zu dem Gesetzgebungsverfahren des ProstG vor und geht dann auf den Normzweck des ProstG laut Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/5958 ein. Danach werden die einzelnen Regelungen des Gesetzes vorgestellt. Nach einem Überblick auf die im Zuge des ProstG erlassenen strafrechtlichen Änderungen wird der Schwerpunkt des *Kapitel II* auf der Analyse der unmittelbaren Auswirkungen des ProstG und der strafrechtlichen Änderungen auf die tatsächliche rechtliche und soziale Lebenswirklichkeit von Prostituierten liegen. Wichtiges Kriterium wird dabei sein, ob Ziel und Zweck der gesetzlichen Änderungen, wie sie in der Gesetzesbegründung deutlich werden, in der Lebensrealität greifen. Das *Kapitel II* schließt mit einer umfassenden Bewertung sowohl des ProstG und der strafrechtlichen Änderungen als auch der unmittelbaren tatsächlichen Auswirkungen auf die soziale Lebenswirklichkeit.

1 Das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG)

1.1 Gesetzestext

Folgender Gesetzestext ist am 01.01.2002 in Kraft getreten:

§ 1 Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung. Das Gleiche gilt, wenn sich eine Person, insbesondere im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses, für die Erbringung derartiger Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt für eine bestimmte Zeitdauer bereithält.

§ 2 Die Forderung kann nicht abgetreten und nur im eigenen Namen geltend gemacht werden. Gegen eine Forderung gemäß § 1 Satz 1 kann nur die vollständige, gegen eine Forderung nach § 1 Satz 2 auch die teilweise Nichterfüllung, soweit sie die vereinbarte Zeitdauer betrifft, eingewendet werden. Mit Ausnahme des Erfüllungseinwandes gemäß des § 362 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Einrede der Verjährung sind weitere Einwendungen und Einreden ausgeschlossen.

§ 3 Bei Prostituierten steht das eingeschränkte Weisungsrecht im Rahmen einer abhängigen Tätigkeit der Annahme einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts nicht entgegen.

1.2 Vorgeschichte

Der Verabschiedung des Gesetzes vorausgegangen waren langjährige Reformbemühungen.¹ Das Gesetz ist ein parteipolitischer Kompromiss, da die Vorstellungen der verschiedenen Parteien hinsichtlich des Inhalts der Regelung von Prostitution sehr unterschiedlich waren. Das heutige ProstG wurde letztendlich am 17.10.2001 mit den Stimmen der Fraktionen SPD, Bündnis 90/Die Grünen, FDP und einer Stimme der PDS gegen die Stimmen der Fraktion CDU/CSU im Bundestag angenommen.

Zuvor war der Gesetzentwurf der PDS² „Entwurf eines Gesetzes zur beruflichen Gleich-

¹Siehe Vorgängerentwurf von Bündnis 90/Die Grünen aus dem Jahr 1996 „Entwurf eines Gesetzes zur Beseitigung der rechtlichen Diskriminierung von Prostituierten“ gem. BT-Drs. 13/6327, der u.a. vorsah, Prostitution als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG wie jeden anderen zu bewerten und in dem Prostitution als persönliche Dienstleistung i.S.d. Dienstvertragsrechts angesehen werden sollte. Der Vorgängerentwurf der SPD aus dem Jahr 1997 „Entwurf eines Gesetzes zur Beseitigung der Benachteiligung der Prostituierten“ gem. BT-Drs. 13/8049 sah Regelungen ähnlich die dem heutigen ProstG vor.

²Gesetzentwurf gem. Drs. 14/4456 (Entwurf der PDS vom 01. November 2001).

stellung von Prostituierten und anderer sexuell Dienstleistender“ mit den Stimmen der Fraktionen SPD, Bündnis 90/Die Grünen, CDU/CSU und FDP gegen die Stimmen der Fraktion der PDS abgelehnt worden. Der Entwurf der PDS hatte vorgesehen, Prostitution im Dienstleistungsrecht zu verorten, indem Regelung der Prostitution als § 618a bis § 618d BGB eingefügt werden sollten. Der Entwurf der PDS sah auch vor, den § 120 OWiG, der das Verbot der Werbung für Prostitution beinhaltet, zu streichen, wie auch den § 43 Nr. 3 AuslG a.F. (heute § 55 II Nr. 3 AufenthG), wonach der Verstoß gegen eine die Prostitution regelnde Vorschrift ein Ausweisungsgrund ist. Daneben sollte die Sperrgebietsverordnung aufgehoben werden. Prostitution sollte, wie auch schon der Name des Entwurfs aussagt, als Beruf in vollem Umfang anerkannt werden. Der PDS ging es nicht nur um die Besserstellung von Prostituierten, sondern um die umfängliche Gleichstellung von Prostitution mit anderen Berufen.³

Die CDU/CSU Fraktion wollte an der Menschenwürdeverletzung von Prostitution und damit auch an ihrer Sittenwidrigkeit festhalten.⁴ Um Prostituierten den Schutz der Sozialversicherung, die der Wertneutralität des Sozialrechts entspricht, ausdrücklich zukommen zu lassen, schlug die CDU/CSU-Fraktion vor, den § 7 IV SGB IV zu ändern. Vorschlag war der Zusatz: „Die Sittenwidrigkeit einer Beschäftigung steht der Sozialversicherungspflicht nicht entgegen.“⁵ Ziel sollte nach Auffassung der CDU/CSU-Fraktion sein, die Ausübung von Prostitution als Sicherung der Lebensgrundlage überflüssig zu machen. Als eigentliches Problem an der Prostitution wurde nicht die mehrheitlich in der Prostitution arbeitenden Frauen betrachtet, sondern die gesellschaftlichen Strukturen, welche die Prostitution als gesellschaftliches Phänomen hervorbringen und stützen.⁶ Die im Zuge der Reform vorgenommenen strafrechtlichen Änderungen u.a.

³Schwierigkeiten bereitete der Entwurf der PDS insofern, als der Dienstvertrag zwischen Prostituiertem und Kunde, der dem Kunden einen Rechtsanspruch auf Vornahme der sexuellen Handlung gegeben hätte, möglicherweise gegen die Menschenwürde aus Art. 1 GG verstoßen hätte. Befürchtungen gingen dahin, dass dem Staat dann hätte vorgeworfen werden können, er begünstige Prostitution. Andererseits war der Entwurf der PDS in dem Sinne konsequent, dass er mit der Bewertung Prostitution als Beruf wie jeden anderen auch dem Kunden ein Recht auf Leistung gegeben hätte.

⁴Norbert Geis, rechtspolitischer Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion sagte hierzu, dass die Koalitionspläne der Rechtsordnung nicht stand halten. Vgl. Berliner Zeitung, 30.01.2001, Sigrid Aversch: „Käufliche Liebe ist sittenwidrig.“ <http://www.berlinonline.de/berlinerzeitung/archiv/.bin/dump.fcgi/2001/0130/politik/0092/index.html> (gesichtet am 17.12.2009).

⁵Vgl. BT-Drs. 14/7174, S. 11 (Ausschussdrucksache, Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuss) 14/7174.) Die CDU/CSU reihte sich nach Meinung in der Literatur damit in die „Tradition der Hilfe für die gefallenen Mädchen“ ein. Vgl. Rautenberg, NJW 2002, S. 650, 651.

⁶So auch Gonzales Gamarra (2001), S. 85 ff. Gonzales Gamarra ist der Auffassung, dass die Nachfrage und die von ihr erzeugten ökonomisch-gesellschaftlichen Bedingungen aus Frauen Prostituierte

der gewerbsmäßig fördernden Zuhälterei in § 181a II StGB, brachte nach Auffassung der CDU/CSU- Fraktion lediglich eine Aufteilung zwischen „guten“ und „schlechten“ Zuhältern, die es in der Realität aber nicht gebe.⁷

1.3 Das ProstG (BT-Drs. 14/5958) und die Beratungen zu dem Gesetzgebungsverfahren

Das ProstG führte weder zur Abschaffung des Werbeverbots für Prostitution nach §§ 119, 120 OWiG, noch zur Streichung des § 46 Nr. 3 AuslG a.F. (heute inhaltsgleich mit § 55 II Nr. 3 AufenthG), des Art. 297 EStGB, der den Erlass von Sperrgebietsverordnungen erlaubt, noch des § 184 d StGB, der Prostitution in einem Sperrgebiet unter Strafe stellt. Die rechtswissenschaftliche Literatur kritisiert deshalb eine teils widersprüchliche Aufrechterhaltung oder Reform von Regelungen von Prostitution in anderen Rechtsgebieten. So spricht Fischer (2009) davon, dass „der Wille des Gesetzgebers, soweit er in Materialien erkennbar ist, [...] unschlüssig zwischen der Vorstellung von selbstbestimmter Arbeitnehmer-Tätigkeit und sozialpädagogischen Anregungen zu „Selbstbefreiung“ und „Umschulungs- (!)Maßnahmen für Ausstiegswillige“ [pendelt]“.⁸ Auch von Galen (2004) analysiert in ihrer Untersuchung zu dem ProstG und dessen Auswirkungen eine Vielzahl von Widersprüchlichkeiten bestehender oder auch reformierter Regelungen hinsichtlich der neuen Bewertung von Prostitution im Sinne des ProstG.⁹

Der Entwurf von SPD und Bündnis 90/Die Grünen gem. BT-Drs. 14/5958 war im Bundestag als „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten“ durchgesetzt worden.¹⁰ Nach Budde (2006) spielte in den Beratungen zu dem Gesetzgebungsverfahren die sog. Hurenbewegung „Aktion Pro Prostitution“¹¹, die von Bordellbetreiber finanziert wurde, eine entscheidende Rolle

machten. „Prostitution ist nicht eine Frauen-, sondern ein Männerproblem, das Frauen (wieder) einmal zu lösen versuchen.“ S. 92. Gonzales Gamarra hat für ihre Studie in verschiedenen Ländern Zahlen und soziologische Daten verglichen.

⁷Vgl. BT-Drs. 14/7174, S. 8 ff.

⁸Fischer (2009), § 180a, Rn. 13.

⁹Vgl. v. Galen (2004): Rechtsfragen der Prostitution. Das ProstG und seine Auswirkungen.

¹⁰Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuss) vom 17.11.2001 auf BT-Drs. 14/7174.

¹¹Die „Aktion Pro Prostitution“ zählte bundesweit neun Mitglieder und kann hinsichtlich ihrer Struktur als Arbeitgeberverband angesehen werden. Mitglieder waren u.a. der Berliner Verein Hydra und die Bordellbetreiberin Felicitas Weigmann mit ihrem „Cafe Psst!“ (vgl. Filter in: Emma Januar/Februar 2002, S. 42, 44.). Felicitas Weigmann hatte vor dem Berliner Verwaltungsgericht im Jahr

mit erheblichen Einfluss auf das Gesetzgebungsverfahren. Budde (2006) äußert deshalb Zweifel hinsichtlich des tatsächlichen Zwecks und der Absicht, die hinter dem Gesetz stehen.¹² Denn Schätzungen zufolge waren in dieser sog. Hurenorganisation maximal 0,01 % der sich prostituierenden Frauen in Deutschland organisiert, was bei einer geschätzten Zahl von 400.000 Prostituierten lediglich 40 Prostituierte gewesen wären.¹³ Budde (2006) stellt aufgrund dieses Einflusses in den Beratungen des Gesetzgebungsverfahrens die Frage, ob wirklich die Bedürfnisse von Prostituierten in dem ProstG aufgegriffen und geregelt wurden oder ob vielmehr die Interessen der Bordellbetreiber also Arbeitgeberinteressen hinter dem Gesetz standen.¹⁴ Denn eine unmittelbare Folge des ProstG ist unzweifelhaft, dass sich Bordellbetreiber nicht mehr der Förderung der Prostitution strafbar machen (vgl. § 180 I Nr. 2 StGB a.F.) und sie legal unter dem Schutz der Rechtsordnung wirtschaftlich mit hohem Profit verbundene Großbordelle, sog. Sauna- und Wellnessclubs sowie sog. „Flatrate-Bordelle“ betreiben können.¹⁵ „Prostitution ist nunmehr als Wirtschaftsfaktor anerkannt. Damit kann auch die eigensüchtige Nutzung dieser Tätigkeit als Erwerbsquelle nicht mehr mit einem grundsätzlichen Unwerturteil bedacht werden.“¹⁶

2000 ein als wegweisend bewertetes Urteil hinsichtlich der rechtlichen Bewertung von Prostitution als nicht mehr sittenwidrig erstritten. (vgl. VG Berlin vom 01.12.2000 in NJW 2001, S. 983 ff. Ausführlich zu dem Urteil in *Kapitel III*)

¹²Vgl. Budde (2006), S. 54 f.

¹³Bei den Beratungen zu dem Gesetzgebungsverfahren wurde als Sachverständige für die Belange der Prostituierten Stephanie Klee angehört, die früher als Sozialarbeiterin und dann als Prostituierte tätig war. Klee soll hingegen schon während des Gesetzgebungsverfahrens nicht mehr als Prostituierte gearbeitet haben, sondern als Vertreterin von Kondomen und Gleitmitteln tätig gewesen sein. (Siehe Filter in: Emma, Heft Januar/Februar 2002, S. 42, 44.) Für Klee gilt es „Prostitution salonfähig zu machen“. (siehe Filter in: Emma, Heft Januar/Februar 2002, S. 42, 46.). Heute ist sie Vorsitzende im Bundesverband Sexueller Dienstleistungen e.V., der im Zuge des ProstG von Bordellbetreibern und selbständigen Prostituierten im Jahr 2002 gegründet wurde. Entsprechend des § 2 der Satzung ist u.a. Ziel des Vereins der Erhalt und die Weiterentwicklung der eigenständigen, qualifizierten Ausübung der Prostitution und sonstiger sexueller Dienstleistungen als integraler Bestandteil des Dienstleistungssystems in der Bundesrepublik Deutschland, die Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen in der Prostitution und den sonstigen sexuellen Dienstleistungen und die Anwendung marktwirtschaftlicher Prinzipien in der Prostitution und den sonstigen sexuellen Dienstleistungen mit offenem Wettbewerb unter den Leistungserbringern und der notwendigen Gestaltungsfreiheit für das private Unternehmertum. (Vgl. Satzung des Vereins, <http://www.busd.de/index.php?id=60>, gesichtet am 16.12.2009).

¹⁴Vgl. Budde (2006), S. 54 f.

¹⁵Siehe *Kapitel I*, 3.3.

¹⁶V. Galen (2004), S. 120.

1.4 Der Normzweck des ProstG

Ziel und Zweck des ProstG ist laut Gesetzesbegründung, die rechtliche und soziale Diskriminierung Prostituierten zu beseitigen und zugleich ihr Arbeitsumfeld zu verbessern.¹⁷ Das Gesetz bezweckt daher ein Antidiskriminierungsgesetz zu sein.¹⁸ Dabei soll das ProstG ausschließlich der Verbesserung der rechtlichen und sozialen Lage der Prostituierten dienen und nicht in irgendeiner Form Freier, Bordellbetreiber oder Dritte schützen oder rechtlich stärken.¹⁹

Der Anwendungsbereich des ProstG umfasst mit seinen geschlechtsneutralen Regelungen weibliche und männliche Prostituierte. Gleichwohl betrifft die praktische Anwendung des ProstG vor allem weibliche Prostituierte aufgrund ihrer zahlenmäßigen Dominanz in der sozialen Lebenswirklichkeit.²⁰ Das ProstG regelt nur einen relativ kleinen Teilaspekt des gesellschaftlichen Phänomens der Prostitution und zwar die legale und als freiwillig bewertete Ausübung von Prostitution. Nicht erfasst sind Prostituierte, die ohne gültigen Aufenthaltstitel illegal ihren Lebensunterhalt durch Prostitution bestreiten, Minderjährige in der Prostitution oder Prostituierte, die unfreiwillig in der Prostitution arbeiten (Zwangsprostitution). Der Gesetzgeber intendierte mit der Ausklammerung der nun legalen und freiwillig ausgeübten Prostitution aus diesen strafrechtlich relevanten Sachverhalten, eine Konzentration der Strafverfolgung auf die als wirklich strafwürdig bewerteten Tatbestände.²¹

Daneben bezweckte der Gesetzgeber mit Hilfe der rechtlichen und sozialen Besserstellung der legal und freiwillig arbeitenden Prostituierten, die kriminellen Begleiterscheinungen im Milieu, die größtenteils der organisierten Kriminalität zuzurechnen sind, zu reduzieren. So waren die geschäftlichen und logistischen Strukturen der Prostitution wegen der hohen Gewinnchancen und der strukturell schutzlosen Situation vieler Prostituierten seit jeher Anreiz für organisierte Kriminalität, insbesondere im Bereich des Menschenhandels zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung und der Zuhälterei mit hoher Begleitkriminalität wie Sexualdelikte, Gewaltkriminalität, Waffen- und Betäubungsmittelhandel. Die organisierte Kriminalität reicht dabei von der „klassischen“ randständigen Zuhälterszene im Rotlichtmilieu über international vernetzte Banden

¹⁷Vgl. BT-Drs. 14/5958, S. 4 ff.

¹⁸Vgl. auch Baer (2009): Rechtsgrundlagen zum Antidiskriminierungsrecht/Gleichstellungsrecht. Stand 2/2009, S. 46. Internetlink zum pdf-Dokument: http://baer.rewi.hu-berlin.de/wissen/antidiskriminierungsrecht/materialien_adr/ (gesichtet am 17.12.2009).

¹⁹BT-Drs. 14/5958, S. 4.

²⁰Vgl. *Kapitel I* und auch BT-Drs. 14/5958, S. 4.

²¹Vgl. BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 7.

zum Handel von Frauen bis in Bereiche allgemeiner Wirtschaftskriminalität.²² Die Reduzierung der kriminellen Begleiterscheinungen versprach der Gesetzgeber sich aus der Stärkung der Rechtsposition von Prostituierten, die von nun an unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen und somit nicht mehr auf den „Schutz“ im Umfeld der Prostitution angewiesen sein müssen.²³ Daneben sollte der Ausstieg aus der Prostitution erleichtert werden, etwa durch vermehrte Möglichkeiten von Umschulungsmaßnahmen. Schließlich bezweckte das ProstG die Verbesserung der Arbeitsbedingungen und des Arbeitsumfeldes von Prostituierten sowohl im Bereich des Gesundheitsschutzes als auch im Bereich des Arbeitsrechts.²⁴

1.5 Die einzelnen Regelungen des ProstG

Entgegen der Bezeichnung Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten, bezieht sich das ProstG nicht nur auf die Prostitution als solche, sondern auf alle Verträge, deren Gegenstand sexuelle Handlungen bilden.²⁵ Das Gesetz regelt dabei die Rechtsbeziehungen zwischen Prostituierten und Freiern bzw. Prostituierten und Bordellbetreibern. Dabei bezwecken die zivilrechtlichen Regelungen des Gesetzes, positive Auswirkungen insbesondere auf das Zivil-, Arbeits- und Sozialrecht.²⁶

1.5.1 § 1 ProstG

Das ProstG normiert in seiner zentralen Regelung des § 1 sowohl einen durchsetzbaren Anspruch der Prostituierten auf Bezahlung von vorgenommenen entgeltlichen sexuellen Handlungen gegenüber dem Freier (Satz 1) als auch einen durchsetzbaren Anspruch auf Bezahlung des Arbeitslohns gegenüber Bordellbetreibern, wenn sie als Beschäftigte dort angestellt sind (Satz 2).²⁷ Damit ist das Verdikt der Sittenwidrigkeit von Prostitution jedenfalls hinsichtlich des Anspruchs auf Zahlung ausdrücklich weggefallen.²⁸

Sexuelle Handlungen werden dabei in § 1 ProstG ebenso wenig definiert wie im Straf-

²²Siehe Fischer (2009), § 180a, Rn. 3a.

²³BT-Drs. 14/5958, S. 4.

²⁴BT-Drs. 14/5958, S. 5 f.

²⁵Armbrüster in: MüKo (2006), § 1 ProstG, Rn. 5. So fallen unter das Gesetz auch Telefonsex, Darbietungen mit sexuellem Inhalt wie Peepshows, sowie das Zeigen von Geschlechtsverkehr in einer Nachtbar oder auch im Internet.

²⁶Siehe ausführlich zur rechtlichen Bewertung des ProstG: v. Galen (2004): Rechtsfragen der Prostitution; Malkmus (2005): Prostitution in Recht und Gesellschaft.

²⁷Vgl. BT-Drs. 14/5958, S. 4. Siehe ausführlich zu Rechtsverhältnissen der Beteiligten: Malkmus (2005), S. 77 ff.; v. Galen (2004), S. 14 ff., 45 ff.

²⁸Siehe Diskussion fortbestehende Sittenwidrigkeit von Prostitution in *Kapitel II*.

recht. So verlangt § 184 f Nr. 1 StGB lediglich „einige Erheblichkeit“ der Handlung. Nach Wortlaut und Sinn der Vorschrift im StGB werden unter sexuellen Handlungen solche gefasst, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild einen Sexualbezug aufweisen, insbesondere die Ausübung von Geschlechtsverkehr.²⁹ Unter sexuellen Handlungen i.S.d. § 1 ProstG sind nach herrschender Meinung entgegen der engen strafrechtlichen Definition auch solche Handlungen erfasst, die erst durch die Absicht der geschlechtlichen Erregung oder Befriedigung zu sexuellen Handlungen werden. Ein körperlicher Kontakt zu einer anderen Person ist dabei nicht erforderlich. Jedoch muss es sich auch hier um sexuelle Handlungen mit einer gewissen Erheblichkeit handeln. Begründet wird dies mit der Zielrichtung des ProstG, der Beseitigung von Diskriminierung von Prostituierten. Verträge über unerhebliche sexuelle Handlungen sollen demnach keiner Sonderbehandlung unterworfen werden, sondern rechtlich noch als unterhalb der Eingriffsgrenze des ProstG bewertet werden.³⁰

Das Rechtsverhältnis zwischen Prostituiertem und Freier ist nach herrschender Meinung als einseitig verpflichtender Vertrag ausgestaltet.³¹ Mit dem einseitig verpflichtenden Vertrag soll der Besonderheit der sexuellen Handlung gegen Entgelt als besondere Form der Dienstleistung Rechnung getragen werden: Dem Entgeltanspruch der Prostituierten steht kein Anspruch des Freiers auf Vornahme der sexuellen Handlung gegenüber.³² Dies ist ein gravierender Unterschied zu den Regelungen im Dienstleistungsrecht i.S.d. §§ 611 ff. BGB. Denn dort werden die Vertragsparteien gleichermaßen verpflichtet, in der Prostitution wäre demnach auch die Prostituierte zur Vornahme der sexuellen Handlung aus dem Vertrag verpflichtet.

Für die Ausgestaltung der Verträge in der Prostitution als einseitig verpflichtende Verträge spricht zum einen der Wille des Gesetzgebers. So heißt es in der Gesetzesbegründung: „Das Rechtsverhältnis zwischen Prostituiertem und Kunden ist als einseitig verpflichtender Vertrag geregelt: Die Kunden können aus diesem Vertrag keine Ansprüche auf sexuelle Leistungen gegenüber der Prostituierten herleiten.“³³ Daneben lässt auch der Wortlaut des § 1 ProstG diesen Schluss zu. Denn die Regelung verwendet den Singular „eine rechtswirksame Forderung“ und nicht den Plural oder die Formulierung „gegenseitige Forderungen“. Für diese Auslegung des Wortlauts spricht

²⁹Armbrüster in: MüKo (2006) § 1 ProstG, Rn 3.

³⁰Armbrüster in: MüKo (2006) § 1 ProstG, Rn 4.

³¹BT-Drs. 14/5958, S. 4,6; Rautenberg NJW 2002, S. 650, 651. Armbrüster in: MüKo (2006) § 1 ProstG, Rn 7; Malkmus (2005), S. 77 f. a.A.: Sack in: Staudinger (2003), § 138, Rn 455; Ellenberger in: Palandt (2010), Anh. zu § 138, Rn 2; Bergmann, JR 2003, S. 270, 272 (Realkontrakt).

³²Armbrüster, NJW 2002, S. 2763; Malkmus (2005), S. 77; v. Galen (2004), S. 18.

³³BT-Drs. 14/5958, S. 6.

auch der Gesetzeszweck, der ausschließlich die rechtliche Stellung der Prostituierten verbessern wollte und nicht die der Freier.³⁴

1.5.2 § 2 ProstG

§ 2 ProstG beinhaltet in Satz 1 ein Abtretungsverbot der Entgeltforderung der Prostituierten. Denn nach der Wertung des Prostitutionsgesetzes ist die Vornahme einer sexuellen Handlung und der daraus resultierende Entgeltanspruch eine höchstpersönliche Forderung, die deshalb nicht abgetreten und nur im eigenen Namen geltend gemacht werden kann. Die Regelung verkörpert die Intention des Gesetzgebers, rechtliche Verbesserungen für die Ausübung der Prostitution ausschließlich zu Gunsten der Prostituierten zu schaffen. Freier oder Zuhälter sollen dagegen möglichst keine Vorteile aus der Stärkung der rechtlichen Lage der Prostituierten ziehen. So sollen insbesondere Druckmittel von Zuhältern gegenüber Prostituierten ausgeschlossen sein, etwa wenn diese Prostituierte in Schulden verstricken und sich dann die Lohnforderungen der Prostituierten abtreten lassen, um ihre Ansprüche daraus zu begleichen.³⁵ Das Abtretungsverbot aus Satz 1 betrifft jedoch nicht die Gestaltung von Verträgen zwischen Prostituierten und Bordellbetreiber, bei der die Prostituierte von dem Bordellbetreiber als ihren Arbeitgeber einen pauschalen und festen Lohn erhält und der Freier nur mit dem Bordellbetreiber kontrahiert. In diesen Fällen steht das Entgelt für die sexuelle Handlung von vornherein dem Bordellbetreiber und nicht der Prostituierten zu.³⁶

Neben dem Abtretungsverbot normiert § 2 ProstG auch einen Einwendungsausschluss. So sind nach § 2 Satz 2 und 3 ProstG Einwendungen und Einreden gegen die Entgeltforderung weitgehend ausgeschlossen. Der Freier einer Prostituierten kann sich damit nicht auf Schlechtleistung der Prostituierten berufen, sondern lediglich die vollständige Nichtleistung gegen die Entgeltforderung der Prostituierten einwenden, vgl. § 2 S. 2 Halbsatz 1 ProstG.³⁷ Eine vollständige Nichtleistung der Prostituierten ist jedoch

³⁴Ebd.

³⁵Ebd.

³⁶Ebd.

³⁷Vgl. v. Galen (2004), S. 26 f.; Armbrüster in: MüKo (2006), § 2 ProstG, Rn. 2. Im Gesetzgebungsverfahren wurde von den Sachverständigen darauf hingewiesen, dass die Grenze zwischen Schlechtleistung und Nichtleistung fließend sei und deshalb die Güte und Korrektheit einer Leistung Gegenstand eines Verfahrens sein könne. Die Kritiker der Regelung betonen, dass § 2 ProstG gegen sämtliche, im Zivilrecht geschützten Interessen verstoße. Auch die Konstruktion des einseitig verpflichtenden Vertrages könne die faktische Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts als Austauschverhältnis, welches Grundprinzip des Vertragsrechts ist, nicht aufheben (vgl. Eichenhofer, Stellungnahme, Protokoll 69. Sitzung vom 20.06.2001, S. 3 (11)). Wird demnach von einem Austauschgeschäft ausgegangen, ist es möglich, dass

nur dann gegeben, wenn die Prostituierte keinerlei sexuelle Handlungen vorgenommen hat. Eine Prostituierte kann damit immer eine bereits begonnene sexuelle Handlung abbrechen und hat dennoch einen vollen Zahlungsanspruch.³⁸

§ 2 ProstG schließt auch eine Aufrechnung nach § 387 BGB mit der Entgeltforderung der Prostituierten aus. Zweck dieser Regelung ist ebenso wie das Abtretungsverbot der Schutz der Prostituierten vor Druck seitens Zuhälter oder Bordellbetreiber. So soll, wie oben bereits ausgeführt, verhindert werden, dass sich Prostituierte bei Zuhältern oder Bordellbetreibern verschulden und im Anschluss daran Rückzahlungsforderungen gegen Lohnforderungen der Prostituierten aufgerechnet werden.³⁹ Daneben soll die Regelung die Möglichkeit des jederzeitigen Ausstiegs aus der Prostitution gewährleisten.

Strittig ist, ob eine Aufrechnung auch dann i.S.d. § 2 ProstG ausgeschlossen sein soll, wenn sie die Prostituierte selbst und nicht ein Zuhälter oder Bordellbetreiber erklärt. Denn dann würde die Prostituierte aufgrund einer autonomen Entscheidung freiwillig gegen den besonderen Schutz des ProstG verzichten.⁴⁰ Gleichwohl wird in der juristischen Literatur vorwiegend von einem gänzlichen Ausschluss des Einwandes der Aufrechnung in § 2 ProstG, unabhängig von der Person des Erklärenden, ausgegangen.⁴¹ Denn nur so könne gewährleistet werden, dass eine Prostituierte nicht doch aufgrund faktischer Zwänge seitens Zuhälter oder Bordellbetreiber eine Aufrechnung erklärt. Dies gilt auch für den Stundungs- und Erlasseinwand.⁴² Die Regelung des § 2 ProstG

die Frage nach Güte und Richtigkeit der Vorleistung, wie z.B. die Vereinbarung besonderer Sexualtechniken, in einem Verfahren auf Durchsetzung des Entgelts diskutiert wird. Seit der Schuldrechtsreform im Jahr 2001 ist jedoch die Unterscheidung zwischen Nicht- und Schlechterfüllung nicht mehr gegeben, da einheitlich in § 280 BGB von einer Pflichtverletzung ausgegangen wird und der § 281 BGB von einer „nicht“ und „nicht wie geschuldet“ erbrachter Leistung ausgeht. Pfeiffer sieht daher eine Wiedereinführung des 'Systemfehlers', indem eine fehlerhafte Schlechterfüllung unterschiedlich von der Nichterfüllung behandelt wird. Vgl. Stellungnahme, Protokoll 69. Sitzung vom 20.06.2001, S. 16 (77). V. Galen (2004), S. 16 ff., 8. behebt diese systematische Ungereimtheit mit der historischen Auslegung. Mit dem ProstG sei ein besonderes Vertragsverhältnis gewollt, auf welches das allgemeine Zivilrecht nicht ohne weitere anwendbar sei. Die Prostituierte solle jedenfalls nicht einem Anspruch auf Vornahme einer sexuellen Handlung ausgesetzt sein.

³⁸v. Galen (2004), S. 27; Armbrüster, NJW 2002, S. 2763, 2764.

³⁹BT-Drs. 14/5958, S. 6.; Armbrüster in: MüKo (2006), § 2 ProstG, Rn. 3.

⁴⁰So v. Galen (2004). S. 37: Sie sieht in einem Ausschluss der Möglichkeit einer Aufrechnung seitens der Prostituierten eine weitere Bevormundung, die mit dem ProstG gerade abgeschafft werden sollte. „Die Verbesserung der Stellung der Prostituierten wäre halbherzig, würde man ihnen eine wirkliche Entgeltforderung verschaffen und ihnen gleichzeitig verbieten, damit wie mit einer wirksamen Forderung umzugehen.“ S. 37.

⁴¹Malkmus (2005), S. 88; Armbrüster in: MüKo (2006), § 2 ProstG, Rn. 3.

⁴²Armbrüster in: MüKo (2006), § 2 ProstG, Rn. 3.

überzeugt jedoch rechtsdogmatisch nicht. So richtet sich die Kritik im Schrifttum gegen den umfassenden Ausschluss des Rechtsschutzes für den Vertragspartner der Prostituierten.⁴³ Die gesamte Systematik des Zivilrechts, wie der Minderjährigenschutz (§§ 104 ff. BGB), das Anfechtungsrecht (§§ 142, 119, 123 BGB), die Unwirksamkeit wegen Willensmängeln (§§ 116 S. 2, 117 I, 118 BGB) oder auch die Verbraucherschutzvorschriften (§§ 312 ff. BGB) und die Möglichkeit der Aufrechnung mit einer eigenen Forderung gälten nicht.⁴⁴ Ziel und Zweck des ProstG, nämlich der Schutz Prostituerter vor den typischen rechtlichen Diskriminierungen, die insbesondere auf das Verdikt der Sittenwidrigkeit zurückzuführen waren, rechtfertigten nicht, die Wirksamkeit ihrer Lohnforderungen absolut zu schützen und sie über sämtliche im Zivilrecht geschützten Interessen zu stellen. Mit Hilfe einer teleologischen Reduktion müsse deshalb das Gesetz so ausgelegt werden, dass Einwendungen, die sich gegen den zugrunde liegenden Vertrag und nicht gegen den Entgeltanspruch der Prostituierten richteten, möglich seien.⁴⁵ Danach könne beispielsweise ein minderjähriger Freier entgegen § 2 Satz 3 ProstG gegen die Lohnforderung der Prostituierten einwenden, seine Eltern hätten dem Vertragsschluss nicht nach § 107 BGB zugestimmt.⁴⁶

1.5.3 § 3 ProstG

§ 3 ProstG stellt ausdrücklich klar, dass Prostituierte, die in einer abhängigen Beschäftigung stehen, trotz eingeschränkten Weisungsrechts des Arbeitgebers, Beschäftigte i.S.d. Sozialversicherungsrechts sind.⁴⁷ Prostituierte haben in ihrer Eigenschaft als Beschäftigte somit ausdrücklich einen Anspruch auf Pflichtversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung, der Arbeitslosenversicherung und der Rentenversicherung.

⁴³Vgl. Schroeder, JR 2002, S. 408; v. Galen (2004), S. 29 ff.; Ellenberger, in: Palandt (2010), Anh zu § 138, § 2, Rn. 1; Armbrüster, NJW 2002, S. 2764; Bergmann, JR 2003, S. 274.

⁴⁴V. Galen (2004), S. 29 f

⁴⁵Armbrüster in: MüKo (2006), § 2 ProstG, Rn. 4; Kohler, JZ 2002, 345, 346; Bergmann, JR 2003, S. 270, 274.

⁴⁶v. Galen (2004), S. 31; Malkmus (2005), S. 88 f.

⁴⁷BT-Drs. 14/5958, S. 7.

2 Die strafrechtlichen Änderungen im Zuge des ProstG

2.1 Überblick

Mit Erlass des ProstG hat sich der Gesetzgeber zugleich für die Entkriminalisierung der freiwillig ausgeübten Prostitution entschieden und mit Hilfe strafrechtlicher Änderungen einen Paradigmenwechsel eingeleitet vom „Schutz vor der Prostitution“ hin zum „Schutz in der Prostitution“.⁴⁸ Ziele der Reform waren neben der rechtlichen und sozialen Besserstellung der Prostituierten, die Verbesserung der allgemeinen Arbeitsbedingungen in Bordellen sowie die Möglichkeit Beschäftigungsverhältnisse in der Prostitution einzugehen, was nach alter Rechtslage als Förderung von Prostitution i.S.d. § 181a I Nr. 2 StGB galt und damit strafbar war.⁴⁹ Durch den Art. 2 des ProstG wurde der § 180a I (Ausbeutung von Prostituierten) und der § 181a II StGB (gewerbsmäßig fördernde Zuhälterei) geändert bzw. eingefügt. So wurde § 180a I Nr. 2 StGB (Förderung der Prostitution) ersatzlos gestrichen⁵⁰, wohingegen am Straftatbestand der dirigistischen Zuhälterei i.S.d. § 181a I Nr. 2 StGB festgehalten wurde. Hier zeigen sich nun in der Praxis Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen eingeschränktem Direktionsrecht des Arbeitgebers (§ 3 ProstG) und dem Straftatbestand der dirigistischen Zuhälterei, da es sich bei den Tatbestandsmerkmalen des § 181a I Nr. 2 StGB wie das Überwachen bei der Ausübung der Prostitution und Bestimmen von Ort, Zeit und Ausmaß der Prostitutionsausübung auch um Verhaltensweisen handeln kann, die einem Arbeitgeber rechtmäßig zustehen und in einem Beschäftigungsverhältnis üblich sind. Die Gesetzesbegründung zum ProstG sagt hierzu lediglich, dass ein „eilvernehmlich begründetes rechtlich wirksames Beschäftigungsverhältnis“ nicht unter den Tatbestand

⁴⁸Siehe Fischer (2009) § 180a Rn. 4. V. Galen (2004) kritisiert, dass der Gesetzgeber im Zuge des ProstG im Strafrecht weniger reformiert habe, als notwendig gewesen wäre. So beschreibe der Straftatbestand des § 181a I Nr. 2 StGB (dirigistische Zuhälterei) Handlungen, die in anderen Arbeitsbereichen als sozialübliche Handlungen von Arbeitgebern bewertet würden, was der Intention des ProstG, Beschäftigungsverhältnisse in der Prostitution zu schaffen, widersprechen würde. S. 103.

⁴⁹Nach der alten Rechtslage waren alle Maßnahmen strafbar, „welche über das bloße Gewähren von Wohnung, Unterkunft oder Aufenthalt und die damit üblicherweise verbundenen Nebenleistungen hinausgehen“. Siehe BT-Drs. 14/5958. S. 4, 6.

⁵⁰§ 181a I Nr. 2 StGB (a.F.) lautete: Wer gewerbsmäßig einen Betrieb unterhält oder leitet, in dem Personen der Prostitution nachgehen und in dem die Prostitutionsausübung durch Maßnahmen gefördert wird, welche über das bloße Gewähren von Wohnung, Unterkunft oder Aufenthalt und die damit üblicherweise verbundenen Nebenleistungen hinausgehen wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

der dirigistischen Zuhälterei fallen soll.⁵¹ § 181a I Nr. 2 StGB soll deshalb restriktiv im Hinblick auf den Schutz der persönlichen Freiheit der Prostituierten ausgelegt werden.⁵²

Im Zuge des Erlasses des ProstG wurde auch die strafbare gewerbsmäßige Vermittlung in die Prostitution gem. § 181a II StGB eingeschränkt: Eine Vermittlung, die lediglich den Anreiz zur Fortführung einer freiwillig ausgeübten Prostitution schafft, ist nicht mehr strafbar. Eine Strafbarkeit liegt erst dann vor, wenn durch die Vermittlung die Unabhängigkeit der Prostituierten eingeschränkt wird.⁵³ Schutzgut der Norm ist ausschließlich die sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten.⁵⁴

Auch die Rechtsprechung hat die restriktive Anwendung der §§ 180a I, 181a II StGB übernommen. So ist weder das Festsetzen von Arbeitszeiten, Einsatzorten und Preisen seitens Zuhälter und Bordellbetreiber strafbar, noch kann allein aus der Verletzung steuer-, sozialversicherungs- und ausländerrechtlicher Vorschriften eine strafbare Abhängigkeit der Prostituierten von ihrem Zuhälter oder Bordellbetreiber geschlossen werden. Für eine Strafbarkeit ist nun erforderlich, dass in jedem Einzelfall nachgewiesen wird, dass der Prostituierten vorgeschrieben wird, mit welchem Freier sie zu verkehren hat und welche sexuellen Leistungen sie erbringen muss. Daneben ist erforderlich, dass sich die Prostituierte diesen Anweisungen ihres Arbeitgebers nicht ohne weiteres entziehen kann.⁵⁵

2.2 Die strafrechtlichen Änderungen im Einzelnen

2.2.1 § 180a I StGB: Ausbeutung von Prostituierten

Die Neuregelung des § 180a I StGB muss im Regelungszusammenhang des ProstG gesehen und interpretiert werden. Rechtsgut ist die umfassende Autonomie der Prostituierten, so die persönliche Freiheit und die wirtschaftliche Unabhängigkeit gegen-

⁵¹Vgl. BT-Drs. 14/5958, S. 5.

⁵²Ebd.

⁵³Begründet wird diese neue „Zurückhaltung des Strafrechts“ mit dem Ausdruck eines freiheitlichen Rechtsverständnisses. Es sei nicht Aufgabe des Strafrechts, moralische Verhaltensweisen durchzusetzen oder Menschen vor einer Lebensentscheidung zu bewahren, die in freier Selbstverantwortung getroffen wurde. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass bei Vorliegen einer strukturellen Diskriminierung diese freie Lebensentscheidung nicht in der tatsächlichen Möglichkeit, unter verschiedener Handlungsoptionen zu wählen, getroffen wurde.

⁵⁴Renzikowski in: MüKo (2005), § 181a, Rn. 1 m.w.N.

⁵⁵Vgl. BGHSt 48, S. 319f; StV 2003, S. 617; OLG Düsseldorf StV 2003, S. 165 f.; BayOIG StV 2004, S. 210 ff.

über den Gefahren, die typischerweise mit der Prostitutionsausübung verbunden sind.⁵⁶ § 180a I StGB erfasst das Betreiben eines Bordells oder bordellartigen Betriebs, in dem Personen der Prostitution nachgehen und in dem diese in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit gehalten werden. Betrieb i.S.d. Abs. 1 ist ein auf Gewinnerzielung gerichtetes auf eine gewisse Dauer angelegtes Unternehmen, in das mindestens zwei Prostituierte organisatorisch und räumlich eingegliedert sind.⁵⁷ Unter Prostitution i.S.d. § 180a I StGB wird nach herrschender Meinung eine zu Erwerbszwecken ausgeübte, wiederholte entgeltliche Vornahme sexueller Handlungen mit zumeist wechselnden Partnern verstanden. Es handelt sich daher um eine Dienstleistungsbeziehung, in der sexuelle Handlungen der Prostituierten als entgeltliche Leistung angeboten werden.⁵⁸ Erforderlich ist dabei ein direkter Kontakt zwischen Prostituierte und Freier, der nicht unbedingt körperlich sein muss. Nicht unter Prostitution in diesem Sinne fallen das entgeltliche Vorführen sexueller Handlungen vor einem unbestimmten Kreis von Personen (z.B. Striptease), das Anbieten von Telefonsex oder die Darstellung in einem pornographischen Film.⁵⁹

Voraussetzung für das Vorliegen des § 180a I StGB ist, dass die der Prostitution nachgehende Person in dem Betrieb in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit gehalten wird. Der Begriff der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit muss dabei im Regelungszusammenhang des ProstG und dem Ziel der Reform der Straftatbestände interpretiert werden. Denn § 3 ProstG gesteht dem Arbeitgeber einer Prostituierten ein

⁵⁶Lenckner/Perron/Eisele in: Schönke/Schröder (2006), § 180a, Rn. 1a; Renzikowski, ZRP 2005, S. 216 m.w.N.; a.A. von Galen (2004), die die sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten als Schutzgut des § 180a StGB ansieht, vgl. S. 103 f. Nach von Galen muss mit dem durch das ProstG verbundenen Paradigmenwechsel jedoch von einem gewandelten Verständnis der Gefahren für das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung ausgegangen werden. Nach dem rechtlichen Verständnis von Prostitution vor dem ProstG war eine Verfestigung einer „prostitutiven Lebensweise“ bereits eine Gefahr für die sexuelle Selbstbestimmung (Vgl. OLG Köln, NJW 1974, S. 1830, BGH, NJW 1995, S. 1687, KG, NJW 1976, S. 813). Dieses Verständnis über Prostitution ist nach von Galen (2004) nicht mehr haltbar, da das ProstG sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse in der Prostitution fördern will, es nun also um die legale Ausübung des Berufs der Prostituierten und des Bordellbetreibers geht.

⁵⁷Vgl. BGH, NStZ 1995, S. 179; Lenckner/Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder (2006), § 180a, Rn. 4, von Galen (2004), S. 105 f. a.A. Fischer (2009), § 180a, Rn. 7, wonach auch einzelne Formen von Straßenprostitution unter den Begriff 'Betrieb' fallen, wenn diese über die übliche „Schutz“-Gewährung hinausgeht und einen räumlich-organisatorischen Zusammenhang unter einheitlicher Leitung schafft, wie z.B. die Zuweisung von Stellplätzen, Vermietung von Wohnwagen, Organisation von Sicherheitsdiensten.

⁵⁸Vgl. EuGH, NVwZ 2002, S. 326, 329; vgl. dazu Lenze, EuGRZ 2002, S. 106 ff.

⁵⁹v. Galen (2004), S. 104 f.; Lenckner/Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder (2006), § 180a, Rn. 5; Fischer (2009), § 180a, Rn. 3 m.w.N.

eingeschränktes Direktionsrecht zu, so dass nicht mehr jedwede Abhängigkeit einer Prostituierten eine Strafbarkeit des Bordellbetreibers begründen kann. Abhängigkeit i.S.d. § 180a I StGB ist dabei als Pendant zu dem Begriff der Unabhängigkeit im neu gefassten § 181a II StGB zu verstehen. Die Abhängigkeit des § 180a I StGB kann sich deshalb nur auf das Selbstbestimmungsrecht der Prostituierten über die Prostitutionsausübung beziehen.⁶⁰ Erforderlich für das Vorliegen des Straftatbestands des § 180a I StGB sind somit gezielte und fortdauernde Einwirkungen, durch die der Zustand der Abhängigkeit einseitig gegen den Willen der Prostituierten herbeigeführt oder aufrecht erhalten wird.⁶¹ Dies kann beispielsweise in der Beschneidung der Dispositionsfreiheit über das Ob und Wie der Prostitutionsausübung (persönliche Abhängigkeit) geschehen oder durch das Vorenthalten oder das Beschränken der Verfügungsgewalt über das Entgelt (wirtschaftliche Abhängigkeit).⁶²

Sog. disziplinarische Maßnahmen von Bordellbetreibern gegenüber Prostituierten wie Strafgeelder, Hausarrest oder Gewaltanwendungen, die diese bei Arbeitsverweigerung, zu geringem Verdienst oder auch Streitigkeiten mit Kunden und Verhalten, das behördliches Einschreiten oder Ermittlungen nach sich zieht, verhängen, werden nicht zwingend als „Halten in Abhängigkeit“ i.S.d. § 180a I StGB bewertet, auch wenn sie die Verstrickung der Prostituierten in die Prostitution tatsächlich fördern und einer Beendigung des Beschäftigungsverhältnis tatsächlich entgegenwirken.⁶³ Denn ein Halten in Abhängigkeit wird nach h.M. nicht schon bei gezielter Verstrickung einer Person in die „frei vereinbarte“ Prostitutionsausübung angenommen.⁶⁴ Mit dem ProstG und der damit einhergehenden Entscheidung, legale sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnisse zwischen Prostituierten und Bordellbetreibern zu fördern, kann ein Halten in Abhängigkeit von Prostituierten nur noch dann vorliegen, wenn sie „an einer Selbstbefreiung bzw. Loslösung aus dem Abhängigkeitsverhältnis gehindert werden“. Dies wird nicht angenommen in einem legalen Beschäftigungsverhältnis, „das Prosti-

⁶⁰Vgl. Heger, StV 2003, S. 350, 351, Fischer (2009), § 180a, Rn. 10.

⁶¹Düsseldorf, StV 2003, S. 165; BT-Drs. 14/5958, S. 6; Lenckner/Perron/Eisele in: Schönke/Schröder (2006), § 180a, Rn. 8; Laufhütte/Roggenbuck in: LK (2010), § 180a, Rn. 9.

⁶²Laufhütte/Roggenbuck in: LK (2010), § 180a, Rn. 9. Handlungen, die als Nötigung i.S.d. § 240 StGB gelten, reichen regelmäßig als Halten in Abhängigkeit aus. Dies gilt auch für im Grenzbereich der Nötigung liegende Einwirkungen auf die Prostituierte wie beispielsweise Sanktionsdrohungen gegenüber der Prostituierten, wenn sie nicht eine Mindestzahl an Kunden bedient, das Festlegen von der Dauer der sexuellen Dienstleistung, das Vorschreiben von Art und Umfang der sexuellen Handlungen, das Vorenthalten des Entgelts oder die Verrechnung mit überhöhten Forderungen. Vgl. Fischer (2009), § 180a, Rn. 11.

⁶³Fischer (2009), § 180a, Rn. 14.

⁶⁴Ebd. § 180a, Rn. 11.

tuieren eine jederzeitige Selbstbefreiung bzw. Loslösung aus dieser vertraglichen Beziehung ermöglicht.“⁶⁵ Für das Vorliegen des Straftatbestands des § 180a I StGB ist demnach einzig entscheidend, ob die Prostituierte die Möglichkeit hat, jederzeit das Beschäftigungsverhältnis zu beenden, wesentlich einzuschränken oder inhaltlich wesentlich zu verändern.⁶⁶

2.2.2 § 181a II: Gewerbsmäßig fördernde Zuhälterei

Die Änderung des § 181a II StGB a.F. erfolgte aufgrund der Befürchtung des Gesetzgebers, dass die Regelung der Begründung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse in der Prostitution entgegenstehen könnte.⁶⁷ Denn nach § 181a II StGB a.F. war auch die reine Vermittlung freiwilligen sexuellen Verkehrs strafbar. Die Reform des § 181a II StGB beinhaltet nun, dass die gewerbsmäßige Vermittlung sexuellen Verkehrs nur noch dann strafbar ist, wenn damit eine Einschränkung der persönlichen oder wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Prostituierten einhergeht.⁶⁸ Tathandlung ist, dass der Täter die Prostitution einer anderen Person durch Vermittlung sexuellen Verkehrs gewerbsmäßig fördert, indem er durch aktive Tätigkeit den entgeltlichen sexuellen Verkehr vermittelt und auf diese Weise die Prostitutionsausübung erfolgreich unterstützt.⁶⁹ Unabhängigkeit i.S.d. Absatz 2 bedeutet die Möglichkeit, sich frei von gravierenden Zwängen persönlicher oder wirtschaftlicher Art für oder gegen die Aufnahme oder Fortsetzung einer Tätigkeit in der Prostitution zu entscheiden und diese Entscheidung auch umsetzen zu können.⁷⁰ Problematisch erscheint die Regelung hinsichtlich der durch § 1 Satz 2 ProstG erfolgten Anerkennung verpflichtender Beschäftigungsverhältnisse in der Prostitution. Denn jedes Beschäftigungsverhältnis weist Einschränkungen der persönlichen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit auf. Auch die Auslegung des § 181a II StGB muss deshalb den Regelungszusammenhang und die Zielrichtung der Reform beachten. So können unter § 181a II StGB nicht die notwendigen Folgen einer legal vermittelten Tätigkeit fallen, sondern es muss sich um gravierende Einschränkungen handeln, die über die üblichen Bindungen und Einschränkungen aus einem legalem Beschäftigungs-

⁶⁵Siehe BT-Drs. 14/5958, S. 5; vgl. auch BGH, StV 2003, S. 617 f.

⁶⁶V. Galen (2004), S. 107 f.

⁶⁷BT-Drs. 14/7174, S. 8.

⁶⁸Die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass durch die Reform des § 180a II StGB verdeutlicht werde, dass eine gewerbsmäßige Vermittlung sexuellen Verkehrs, die lediglich den Anreiz zur Fortführung einer freiwillig ausgeübten sexuellen Handlung schafft mangels einer Gefährdung des geschützten Rechtsguts nicht tatbestandsmäßig sei. Vgl. BT-Drs. 14/7174, S. 11.

⁶⁹Kühl in: Lackner/Kühl (2004), § 181a, Rn. 6; Fischer (2009), § 181a, Rn. 17.

⁷⁰Fischer (2009), § 181a, Rn. 18.

verhältnis hinausgehen.⁷¹ Dies ist nur dann der Fall, wenn die objektive und subjektive Entscheidungsmöglichkeit der Prostituierten über die Ausübung der Prostitution durch die vom Täter bestimmten Bedingungen der Vermittlung unter den konkreten Umständen verhindert wird.⁷² Die Regelung des § 181a II StGB überschneidet sich weitgehend mit dem Absatz 1 der Norm (ausbeuterische und dirigistische Zuhälterei) und mit § 180a I StGB (Ausbeutung von Prostituierten seitens Bordellbetreiber). Von Galen (2004) spricht in diesem Zusammenhang von der Strafbarkeit des „Managements im Bereich der Prostitution“.⁷³ Zweifelhaft ist deshalb, ob der Regelung des § 181a II StGB überhaupt ein eigenständiger praktischer Gehalt zukommt.⁷⁴

3 Die unmittelbaren Auswirkungen des ProstG in der Praxis

Der Bundestag hatte anlässlich der Verabschiedung des ProstG durch Entschließung am 19.10.2001 die Bundesregierung aufgefordert, über die Auswirkungen der neuen Rechtslage nach dem ProstG nach Ablauf von drei Jahren zu berichten.⁷⁵ Im Januar 2007 legte die Bundesregierung schließlich einen Bericht⁷⁶ vor, der die unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen des ProstG in der Praxis darstellt und prüft, ob und inwiefern sich die rechtliche und soziale Situation von Prostituierten tatsächlich verbessert hat. Neben den von der Bundesregierung in Auftrag gegebenen Studien⁷⁷, hat auch die Gewerkschaft der Dienstleistungen ver.di eine im Jahr 2004 erschienene Studie zu den Auswirkungen des ProstG in Auftrag gegeben.⁷⁸ Für die Einschätzung und Be-

⁷¹Vgl. v. Galen (2004), S. 122. Von Galen geht davon aus, dass angesichts des fehlenden Anwendungsbereichs des § 181a II StGB dem Gesetzgeber „offenbar der Mut zur vollständigen Streichung“ der Regelung fehlte.

⁷²Fischer (2009), § 181a, Rn. 19. Fischer weiter: „Objektiv unerhebliche oder auf offenkundig unvernünftiger Beurteilung beruhende, subjektiv empfundene Beeinträchtigungen scheiden aus.“

⁷³v. Galen (2004) S. 122.

⁷⁴Siehe ebd.

⁷⁵Siehe BT-Plenarprotokoll 14/196 S. 19204C, Wortlaut siehe BT-Drs. 14/7174 – Beschlussempfehlung, S. 3.

⁷⁶BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG).

⁷⁷Grundlagen für den Bericht der Bundesregierung sind dabei drei wissenschaftliche Gutachten. Zwei des Sozialwissenschaftlichen Frauenforschungsinstituts SoFFi K., der Kontaktstelle praxisorientierte Forschung e.V. der Evangelischen Fachhochschule Freiburg und ein rechtliches Gutachten von Prof. Dr. Joachim Renzikowski.

⁷⁸Mitrović (2007).

wertung der unmittelbaren Auswirkungen des ProstG für Prostituierte sind die Ergebnisse dieser zum Teil empirischen Studien besonders aufschlussreich. Daneben werden mittlerweile in verschiedenen rechtswissenschaftlichen Aufsätzen und Monographien die mittelbaren Auswirkungen des ProstG auf andere Rechtsgebiete, insbesondere auf das Sozialversicherungsrecht, das Baurecht, das Gewerbe- und Gaststättenrecht geprüft.⁷⁹

Von besonderem Interesse für vorliegende Untersuchung und Schwerpunkt dieses Abschnitts sind die unmittelbaren Auswirkungen des ProstG und der Änderungen der §§ 180a, 181a StGB auf die tatsächliche rechtliche und soziale Situation der Prostituierten.⁸⁰

⁷⁹Vgl. Kavemann/Rabe (2009); Budde (2006); Malkmus (2005); von Galen (2004).

⁸⁰Ausgelassen werden hingegen die mittelbaren Auswirkungen des ProstG auf andere Rechtsgebiete wie das Bau-, Gaststätten- und Gewerberecht. Denn diese Rechtsgebiete sind vorwiegend von unmittelbarem Interesse für Bordellbetreiber, die die Ausbreitung ihres profitablen Wirtschaftssektors mit Neueröffnungen nun auch in Mischgebieten und allgemeinen Wohngebieten anstreben. Auch wenn sich bislang in der bauplanungsrechtlichen Bewertung von Bordellbetrieben in der Verwaltungspraxis und in der Rechtsprechung nur wenig geändert hat, so laufen doch in den letzten Jahren vermehrt Verfahren seitens Bordellbetreiber auf Zulässigkeit von Bordellen vor den Verwaltungsgerichten (vgl. Berliner Verwaltungsgericht, VG 35 A 570.99; VG Stuttgart Az.: 3 K 747/03; VG Wiesbaden, Beschluss vom 13.05.2002, Az.: 3 G 546/02 (02); VGH Baden-Württemberg Az.: 8 S. 606/02; Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 14.10.2002, Az.: 4 TG 2028/02. Häufig werden in den Entscheidungen der Gerichte Leitsätze höchstrichterlicher Rechtsprechung aus der Zeit vor Inkrafttreten des ProstG zitiert. Verneint wird überwiegend, dass das ProstG maßgebende Auswirkungen auf das Bauplanungsrecht habe. Die Verneinung von mittelbaren Auswirkungen auf andere Rechtsgebiete, insbesondere des Öffentlichen Rechts ignoriert jedoch die Gesetzesmotive (der Gesetzgeber hielt eine Änderung des GastG für entbehrlich, BT-Drs. 14/5958, S. 6.) und widerspricht dem Gebot der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und ist deshalb sehr problematisch. (Vgl. v. Galen (2004), S. 163 f.; Rabe (2009), S. 117 ff; Renzikowski, GewArch 2008/11, S. 432 ff.). Die Rechtsprechung zum Gaststättenrecht und zu Sperrbezirksregelungen geht mittlerweile davon aus, dass die eigenverantwortliche Prostitutionsausübung nicht mehr sittenwidrig ist, sondern als rechtlich erlaubte Betätigung anerkannt werden muss. (vgl. Seit BVerwG, NVwZ 2003, S. 603 ff; OVG Rheinland-Pfalz, GewArch 2006, S. 262 ff.; VG Stuttgart, GewArch 2005, S. 431 ff. VG Weimar, ThürVBl 2006, S. 190 f.). Trotzdem ist danach die Ausweisung von Sperrgebieten vereinbar, da es sich nur um einen nach Art. 12 I GG zulässigen Eingriff in die Berufsausübung handelt. (vgl. Thür OLG, GewArch 2006, S. 216; OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 2006, S. 519 ff.; abl. Gurlitt, GewArch 2006, S. 361 ff.). Die Bewertung von Prostitution als nicht mehr sittenwidrig muss jedoch beim Erlass von Prostitutionsverboten Berücksichtigung finden. (Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, GewArch 2006, S. 262 ff.)

3.1 Gerichtliche Durchsetzung der Entgeltforderung in der Praxis

Das ProstG normiert in § 1 Satz 2 ProstG, dass Prostituierte eine rechtswirksame Entgeltforderung erhalten, die folglich gerichtlich durchsetzbar ist. Der Bericht der Bundesregierung (2007) kommt aufgrund der in Auftrag gegebenen empirischen Untersuchung des Sozialwissenschaftlichen Frauenforschungsinstituts Freiburg⁸¹ jedoch zu dem Ergebnis, dass in der Praxis die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung der Entgeltforderung seitens der Prostituierten „nur in verschwindend geringem Ausmaß genutzt wurde.“⁸² So hatte keines der befragten Zivilgerichte eine Klage auf Entgeltzahlung seitens Prostituerter gegen Freier oder Bordellbetreiber zu verzeichnen und keine der persönlich befragten Prostituierten hatte weder von der zivilrechtlichen Klagemöglichkeit Gebrauch gemacht noch war ihr ein solcher Fall bekannt.⁸³ Von den 305 schriftliche befragten Prostituierten gaben nur vier (1,3 %) an, von einem Freier ihr Entgelt eingeklagt zu haben.⁸⁴

Ursachen für die kaum vorhandene Nutzung der Klagemöglichkeit liegen nach Auffassung der Bundesregierung (2007) in der schon vor Inkrafttreten des ProstG in der Prostitution vorherrschenden Praxis der Vorkasse.⁸⁵ Daneben sieht die Studie des Frauenforschungsinstituts die fehlende Kenntnis der Prostituierten über die zivilrechtliche Klagemöglichkeiten als Ursache. So wussten nur 46,9 % aller Befragten und drei Fünftel derjenigen, die das ProstG allgemein kannten, dass das ProstG die Möglichkeit bietet, zahlungsunwillige Freier auf Zahlung des Entgelts zu verklagen.⁸⁶ Zuletzt wird als Ur-

⁸¹BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 191 ff. Für die Einschätzung des ProstG aus Sicht der Prostituierten wurden aktive und ehemalige weibliche und männliche Prostituierte befragt, wobei weibliche Prostituierte mit 90,5 % die große Mehrheit bildeten. So waren 90,5 % weiblich, 6,9 % männlich und 2,8 % transsexuell, (vgl. S. 192). Von den insgesamt 305 schriftliche befragten Prostituierten, waren 90,2 % aktuell als Prostituierte tätig und 9,8 % waren innerhalb des letzten halben Jahres aus der Prostitution ausgestiegen. Von den 90,2 % der in der Prostitution aktuell Tätigen, war die Prostitution für 56,1 % Haupterwerbsquelle, für 46,6 % Nebenerwerb. Alle 18 persönlich befragten Prostituierten arbeiteten zum Zeitpunkt der Befragung in der Prostitution, davon war die Prostitution für 10 Befragte die Haupterwerbsquelle, 8 arbeiteten in der Prostitution als Nebenerwerb.

⁸²BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 12.

⁸³BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 65 f.

⁸⁴Ebd.

⁸⁵BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 12. „Erst Geld, dann Service. Mehr Service: erst Geld, dann mehr Service.“ BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 67.

⁸⁶BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 66.

sache für die Fehlende Nutzung der gerichtlichen Durchsetzung der Entgeltforderung die weitgehende Anonymität der Kundenkontakte und die möglichen Sorge von Prostituierten, ihre eigene Anonymität in einem Gerichtsverfahren aufzugeben, genannt.⁸⁷

3.2 Abschluss von Arbeitsverträgen in der Praxis

Seit Inkrafttreten des ProstG im Jahr 2002 können Prostituierte Arbeitsverträge mit Bordellbetreibern oder auch Arbeitgebern bordellartiger Betriebe wie sog. Wellness- und Saunacubs abschließen. Mit der Möglichkeit eines Arbeitsvertrages zielte das ProstG auf die Verbesserung der Arbeitsbedingungen und der sozialen Situation von Prostituierten.⁸⁸ Durch sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse in der Prostitution sollte Prostituierten der Zugang zu den Sozialversicherungen erleichtert werden. Ein Beschäftigungsverhältnis in der Prostitution unterscheidet sich von anderen typischen dienst- oder arbeitsrechtlichen Verhältnissen insbesondere aufgrund der Ausgestaltung eines einseitig verpflichtenden Vertrags (§ 1 Satz 2 ProstG), des Einwendungsausschluss (§ 2 Satz 2 ProstG) und der strafrechtlichen Vorschrift des § 181a I Nr. 2 StGB, der das Weisungsrecht des Arbeitgebers einschränkt. Ein dienst- oder arbeitsrechtliches Verhältnis in der Prostitution liegt danach dann vor, wenn ein eingeschränktes Weisungsrecht des Arbeitgebers besteht, die Prostituierte in gewissem Maße in den Betrieb eingegliedert ist und wenn die Prostituierte die Tätigkeit freiwillig ausübt.⁸⁹ § 3 ProstG stellt aufgrund des eingeschränkten Weisungsrechts der Arbeitgebers in der Prostitution klar, dass dies der Annahme eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegensteht.

Die empirische Untersuchung des Sozialwissenschaftlichen Frauenforschungsinstituts kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass Prostituierte die Möglichkeit eines Arbeitsvertrages in der Prostitution in nur sehr geringem Ausmaß tatsächlich nutzen. So gaben von den 305 schriftlich befragten Prostituierten nur 1 % an, einen Arbeitsvertrag als Prostituierte abgeschlossen zu haben. 2,6 % der Befragten hatten einen Arbeitsvertrag in einem anderen Beschäftigungsfeld wie Hostess, Barfrau, Wirtschaftlerin oder Telefonistin. Die große Mehrheit der befragten Prostituierten (72,8 %) gab an, als Selbständige

⁸⁷BMFSFJ (2007) Bericht der Bundesregierung, S. 12; BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 68: „Du musst von dem Kunden die Daten wissen und das hast du höchstens beim Hausbesuch. Und wenn einer kommt und nicht zahlt und das Haus verlässt, ja, wie soll ich das machen, das ist schon schwierig. Außerdem sind alle Prozesse so, dass du erstmal dem Anwalt Vorkasse geben musst und das schreckt natürlich ab.“ Zitat von P w 9/13.

⁸⁸BT-Drs. 14/5958, S. 5.

⁸⁹Vgl. v. Galen (2004), S. 45 ff.; vgl. auch BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 14, 15.

oder auf Provisionsbasis zu arbeiten.⁹⁰ Keine von den in der Studie persönlich befragten Prostituierten hatte einen Arbeitsvertrag. Die Mehrheit aller Befragten gab an, keinen Arbeitsvertrag zu wünschen oder sich dies nur schwer vorstellen zu können.⁹¹ Eine der befragten Prostituierte sagte dazu: „Ich denke, richtig hilfreich wäre ein Arbeitsvertrag für gar keine Prostituierte. Man muss sehr vorsichtig sein mit Arbeitsverträgen, weil durch diese auch eine Ausbeutung der Frauen auf eine ganz andere Art und Weise entstehen kann. Okay, du kriegst einen Arbeitsvertrag, aber dafür musst du dann Französisch total machen oder musst einen Service bieten den der Kunde haben will. Wenn Frauen das zum Preis der sozialen Absicherung angeboten wird, dann würde ich jeder Frau raten, das nicht zu tun.“⁹²

Auch seitens der Betreiber von Bordellen und Massagesalons stand die überwiegende Mehrheit Arbeitsverträgen mit Prostituierten ablehnend gegenüber.⁹³ Als Grund hierfür gaben die meisten das eingeschränkte Weisungsrecht an. Sie könnten Prostituierten nicht vorschreiben, wie sie die Kunden zu bedienen hätten, andererseits müssten sie den Prostituierten einen Lohn zahlen. Sie sahen darin eine beträchtliche Einschränkung und ein Risiko ihrer betriebswirtschaftlichen Kalkulation.⁹⁴

Der Bericht der Bundesregierung (2007) kommt hinsichtlich von Arbeitsverträgen in der Prostitution zu dem Ergebnis, dass Bordellbetreiber auch weiterhin nach außen nur als Vermieter der Räume auftreten und die Prostituierten dort pro forma als Selbstständige arbeiten, auch wenn die Bordellbetreiber nach innen die Arbeitsbedingungen den Prostituierten detailliert vorgeben und damit de facto ein Beschäftigungsverhältnis zwischen Bordellbetreiber und Prostituierten gegeben ist.⁹⁵ Der Bericht zieht daraus den Schluss, dass die „Fortsetzung dieser Praxis [...] den Bordellbetreiberinnen und Betreibern auch weiterhin eine maximale Gewinnabschöpfung ohne Arbeitgeberpflichten“⁹⁶ ermöglicht. Auch aus dem prostitutiven Umfeld wird hinsichtlich der in der

⁹⁰BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 15.

⁹¹Ebd. S. 15: „Von 292 schriftlich befragten Prostituierten wünschte nur ein sehr kleiner Teil (17) auf jeden Fall einen Arbeitsvertrag als Prostituierte. Für etliche käme es auf die Bedingungen an (85). Über 60 % (178) standen einem Arbeitsvertrag jedoch mehr oder weniger ablehnend gegenüber. Von ihnen wollten 93 Befragte auf keinen Fall einen entsprechenden Arbeitsvertrag und 85 konnten sich dies nur schwer vorstellen.“

⁹²BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 55, (P w 9/15).

⁹³BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 15: Von den insgesamt 22 befragten Bordellbetreibern gaben 17 an, dass die bei ihnen arbeitenden Prostituierte als Selbstständige arbeiten würden. Nur eine Bordellbetreiberin gab an, Prostituierte im Angestelltenverhältnis mit Arbeitsvertrag zu beschäftigen.

⁹⁴BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 56.

⁹⁵BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 16.

⁹⁶Ebd. S. 16, 17.

Praxis kaum vorhandenen Arbeitsverträge zwischen Prostituierten und Bordellbetreibern angemerkt, dass Bordellbetreiber „natürlich nicht darauf gewartet [haben], endlich Sozialversicherungsbeiträge zahlen zu dürfen. Oder darauf, sich endlich an Arbeitszeitordnung, Arbeitsstättenverordnung, Regelungen zum Gesundheits- und Mutterschutz oder Unfallverhütungsmaßnahmen etc. zu halten.“⁹⁷

Auch die von ver.di in Auftrag gegeben empirische Studie über die Auswirkungen des ProstG (2004) kommt zu dem Ergebnis, dass bis zu diesem Zeitpunkt keine Arbeitsverträge in der Prostitution abgeschlossen worden waren. Die Entwicklung von Musterverträgen von ver.di für Beschäftigungsverhältnisse in der Prostitution wurde in der Praxis nicht angenommen.⁹⁸ Hinsichtlich der subjektiven Wahrnehmung von sozialen und rechtlichen Verbesserungen nach Inkrafttreten des ProstG kommt die Studie zu dem Ergebnis, dass für kaum eine befragte Prostituierte eine solche eingetreten ist.⁹⁹ Mitrović (2007) zieht anhand der Befunde der Studie die Schlussfolgerung, dass durch das ProstG keine wirkliche Veränderung in der Arbeitsrealität der Prostituierten stattgefunden hat.

3.3 Kriminalitätsbekämpfung und Auswirkungen der Änderungen der §§ 180a, 181a StGB auf die Praxis

Der Gesetzgeber verfolgte mit Erlass des ProstG und der gleichzeitigen Änderung der §§ 180a, 181a StGB das Ziel, einvernehmlich begründete Beschäftigungsverhältnisse zwischen Prostituierten und Bordellbetreibern zu ermöglichen, diese zu entkriminalisieren und damit die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine soziale Absicherung zu schaffen.¹⁰⁰ Durch einen hohen Organisationsgrad und der verbesserten Rechtsstellung der Prostituierten intendierte der Gesetzgeber den kriminellen Begleiterscheinungen von Prostitution die Grundlage zu entziehen. Daneben sollten Prostituierte nicht mehr Schutz im Milieu wie den Schutz eines Zuhälters suchen müssen.¹⁰¹ § 180a StGB dient nun dem Schutz der Prostituierten vor ausbeuterischen Strukturen in einem Bordellbetrieb. Neu gefasst wurde daneben der § 181a II StGB, wonach die gewerbsmäßige Förderung der Prostitution durch die Vermittlung sexuellen Verkehrs nur noch dann strafbar ist, wenn dadurch die persönliche oder wirtschaftliche Unabhängigkeit der Prostituierten eingeschränkt wird. Im Geiste der Neubewertung von Prostitution i.S.d.

⁹⁷Winter (2009), S. 222.

⁹⁸Mitrović (2007), S. 115.

⁹⁹Ebd. S. 105.

¹⁰⁰Vgl. BT-Drs. 14/5958, S. 4.

¹⁰¹Ebd.

ProstG ist konsequenterweise die reine Vermittlung freiwillig ausgeübter Prostitution nicht mehr strafbar.

Kritik an den strafrechtlichen Änderungen im Zuge des ProstG wird sowohl seitens einiger Praktiker als auch in der juristischen Fachliteratur laut. Hauptvorwurf der Praktiker ist, dass die Ermittlungen im Milieu erschwert worden sind. Insbesondere würde der Wegfall der objektiven Kriterien der §§ 180a, 181a II StGB (a.F.) dazu führen, dass es zu erheblichen Beweisschwierigkeiten von milieuspezifischen Straftaten käme. So konnte nach der alten Rechtslage sowohl die reine Organisation und Unterstützung von Prostitution als auch das Festsetzen von Preisen oder Arbeitszeiten als Grundlage für den Straftatbestand der Zuhälterei dienen und waren teilweise unabhängig von den Aussagen der Opfer nachweisbar.¹⁰² Kritiker sehen durch die Gesetzesänderungen das Machtgefüge im Milieu nicht zugunsten der Prostituierten, sondern zugunsten der Zuhälter und Bordellbetreiber verschoben. In der Realität habe das ProstG und die einhergehenden Änderungen der Straftatbestände die Machtstellung der Zuhälter, aus der heraus sie eine Prostituierte gegen deren Willen zur Prostitution zwingen könnten, zementiert und sogar vergrößert.¹⁰³ Auch wenn die Ausbeutung von Prostituierten (§ 180a I StGB) und die dirigistische Zuhälterei (§ 181a I Nr. 2 StGB) weiterhin strafbar seien, habe die Rechtsprechung auf der gesetzlichen Grundlage des ProstG die Anforderungen an die Erfüllung des jeweiligen Straftatbestands derartig verschärft, dass sich für die Strafverfolgungsbehörden für den Nachweis erhebliche Beweisschwierigkeiten ergäben. So verlangt eine Ausbeutung von Prostituierten gem. § 180a I StGB zwingend das Halten von Prostituierten in einer einseitigen wirtschaftlichen oder persönlichen Abhängigkeit, was den polizeilichen Beweis voraussetzt, dass die Abhängigkeit gegen den freien Willen der Prostituierten durch Druck oder sonstige gezielte Einwirkung herbeigeführt wird oder die Prostituierte an einer Selbstbefreiung gehindert wird.¹⁰⁴ Daneben ist der polizeiliche Beweis für das Vorliegen einer dirigistischen Zuhälterei gem. § 181a I Nr. 2 StGB nicht mehr bereits dann erfüllt, wenn der Zuhälter die Prostituierte in die Organisationsstruktur eines Bordellbetriebs mit festgelegten Arbeitszeiten und -orten und Preisen eingliedert hat, da dies entsprechend der Intention des ProstG noch unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers einer Prostituierten fällt. Auch eine tatsächlich überlegene Stellung des Zuhälters oder Bordellbetreibers über eine Prostituierte ergibt sich nach der neuen Rechtslage noch nicht aus der Tatsache, dass die Prostituierte sich illegal in der Bundesrepublik aufhält oder über keine Arbeits-

¹⁰²BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 49.

¹⁰³Siehe Budde (2006), Schmidbauer, NJW 2005, S. 871 ff.

¹⁰⁴BGH-NStZ-RR 2003, S. 361.

erlaubnis verfügt. Entscheidend ist nur noch, dass die Prostituierte nicht freiwillig und damit unter Einschränkung ihres Selbstbestimmungsrechts tätig ist.¹⁰⁵ Ausbeutung einer Prostituierten im Rahmen einer Zuhälterei i.S.d. § 181a I Nr. 1 StGB wird rein wirtschaftlich definiert und liegt dann vor, wenn die Prostituierte einen großen Anteil ihrer Einnahmen an den Zuhälter abgeben muss. Voraussetzung für das Vorliegen einer Ausbeutung ist die spürbare Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Opfers als Folge planmäßig hierauf gerichtete Handlungen des Täters.¹⁰⁶ Entscheidend ist nicht so sehr, die Angabe von Prozentanteilen am Erlös¹⁰⁷, diese können nur ein Hinweis auf das Vorliegen einer Ausbeutung sein, sondern die wirtschaftliche Gesamtlage des Opfers.¹⁰⁸ Daher setzt der Nachweis einer Ausbeutung i.S.d. § 181a I Nr. 1 StGB regelmäßig die Feststellung zur Höhe der Einnahmen und Abgaben der Prostituierte aufgrund einer genauen Buchführung voraus. Eine solche ist aber bislang in der Realität sehr selten bis gar nicht gegeben, so dass zu befürchten ist, dass § 181a I Nr. 1 StGB ins Leere läuft. Für das Vorliegen einer Ausbeutung reicht des Weiteren nicht aus, wenn der Partner einer Prostituierten am Prostitutionserlös passiv partizipiert oder ein allein auf Täuschung beruhendes Erlangen von Geld, wie etwa das Vorspiegeln gemeinsamen Sparens. Denn das „Ausgehalten-Werden“ oder eine „parasitäre Lebensweise“ ist nicht strafbar.¹⁰⁹ Eine Ausbeutung i.S.d. § 181a I Nr. 1 StGB liegt erst dann vor, wenn es bei der Prostituierten durch das Handeln des Partners tatsächlich zu einer spürbaren Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage gekommen ist und der Täter sich planmäßig gerade die Prostitutionsausübung seiner Partnerin zunutze macht. Bei einer gemeinsamen Wirtschaftsführung muss der Täter eine bestehende Macht- und Überordnungsposition gegenüber der Prostituierten in eigensüchtiger und rücksichtsloser Weise für sich ausgenutzt haben.¹¹⁰ Dieser Beweis ist in der Praxis jedoch nur sehr schwer zu führen.

¹⁰⁵Vgl. BayObLG, StV 2004, S. 210; BGH NJW 2004, S. 81, 82; Wolters in: SK (2008), § 181a, Rn. 12.

¹⁰⁶Laufhütte/Roggenbuck in: LK (2010), § 181a, Rn. 3 f.; Renzikowski in: MüKo (2005), § 181a, Rn. 25; Lenckner/Perron/ Eisele in: Schönke/Schröder (2006), § 181a, Rn. 4; Wolters in: SK (2008), § 181a, Rn. 4.

¹⁰⁷Eine Ausbeutung i.S.d. § 181a I Nr. 1 StGB wurde jedenfalls dann anerkannt, wenn das Tatopfer von den Einnahmen 60 % an den Bordellbetreiber und 20 % an den Zuhälter abgeben und von den verbleibenden 20 % noch die Mietkosten bestreiten sowie hohe Strafgeelder für Fehlverhalten abführen muss. Siehe NStZ-RR/P (2005), S. 367, Nr. 31.

¹⁰⁸NstZ 1989, S. 67 f; StV 1984, S. 334; Lenckner/Perron/ Eisele in: Schönke/Schröder (2006), § 181a, Rn. 4.

¹⁰⁹Vgl. Renzikowski in: MüKo (2005), § 181a, Rn. 1, 21 ff.; Wolters in: SK (2008), § 181a, Rn. 4; StV 1984, S. 334.

¹¹⁰Siehe Fischer (2009), § 181a, Rn. 9. Von Galen (2004) plädiert dafür, dass das Merkmal der Ausbeutung in den Straftatbeständen § 180a II Nr. 2 und § 181a I Nr. 1 StGB ganz entfallen könnte,

Mit der Legalisierung von Prostitution und der Ermöglichung von Beschäftigungsverhältnissen in der Prostitution kann auch das Gewinnstreben von Zuhältern und Bordellbetreibern nicht mehr beanstandet werden, da sie legale Marktteilnehmer der Sexindustrie sind und ihnen daher ihr Interesse an Profit und einer Steigerung von Prostituierten-Freier-Kontakten nicht abgesprochen werden kann. Unter dieser Prämisse werden die benachteiligenden und diskriminierenden Strukturen im Prostitutionsgewerbe, in dem nach wie vor Prostituierte in einer strukturell schwächeren Position gegenüber Bordellbetreibern und Zuhältern stehen¹¹¹, nicht nur beibehalten sondern sogar verstärkt und zementiert. Ob sich der faktische Schutz der Mehrheit der Prostituierten durch die Neuregelungen im Strafrecht verbessert hat, ist danach zumindest zweifelhaft. Vielmehr dürfte „die Chance der Verwirklichung von Vorstellungen selbstbestimmter Sexualdienstleistungen [...] auf eine Minderheit beschränkt bleiben, die auch bislang eher nicht zu den Opfern des Prostitutionsmarktes gehörte.“¹¹²

Auch der Bericht der Bundesregierung (2007) zieht aufgrund der Ergebnisse der empirischen Studie die Schlussfolgerung, dass es bislang keine „belastbaren Belege“¹¹³ für die erhoffte weitreichende Aufhellung des Milieus durch Abschaffung des alten Straftatbestands der Förderung der Prostitution (§ 181a I Nr. 2 StGB a.F.) und gleichzeitiger Lockerung der Vorschriften gibt.¹¹⁴ Andererseits sei aber auch nicht davon auszugehen, dass es pauschal durch die Änderungen im StGB, insbesondere durch die Abschaffung des Straftatbestands der Förderung von Prostitution, zu Schwierigkeiten der Strafverfolgungsbehörden in der Ermittlungstätigkeit im Milieu gekommen sei. So sähen 60 % der befragten Vertreter von Staatsanwaltschaften keinen Zusammenhang zwischen dem ProstG und ihren rechtlichen Möglichkeiten der Strafverfolgung. Jedoch bewerteten immerhin 34,5 % der befragten Vertreter von Staatsanwaltschaften den Wegfall des Straftatbestands der Förderung der Prostitution als eine Erschwernis für ihre Arbeit im Bereich der Strafverfolgung von Menschenhandel und Zuhälterei. Eine Rückkehr zu der alten Rechtslage der Förderung der Prostitution (§ 180a I Nr.2 StGB a.F.) wurde trotzdem mehrheitlich abgelehnt. So hätte der Straftatbestand eher eine Vehikelfunktion für den Einstieg in Ermittlungen gehabt und legitimierte die Anordnung weiterführender Maßnahmen.¹¹⁵

da die negative Zielrichtung seitens des Täters nicht gegeben sei, wenn die wirtschaftliche Beziehung zwischen Zuhälter oder Bordellbetreiber einvernehmlich sei. Siehe S. 121.

¹¹¹Vgl. Renzikowski (2009), S. 140.

¹¹²Fischer (2009), § 180a, Rn. 5.

¹¹³BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 51.

¹¹⁴Ebd.

¹¹⁵Vgl. ebd. S. 46.

Der Bericht der Bundesregierung (2007) kommt deshalb zu dem Ergebnis, dass die Ergebnisse der empirischen Studie ein bekanntes und auch schon vor Inkrafttreten des ProstG bestehendes Problem im Bereich der Strafverfolgung von Ausbeutung von Prostituierten, Zuhälterei und Menschenhandel sichtbar machen. „Die Fragilität des Zeuginnenbeweises und die Instabilität der Zeuginnen in Kombination mit mangelnden alternativen Beweismöglichkeiten sind Kernprobleme der Strafverfolgung in diesem Deliktsfeld nicht erst seit Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes.“¹¹⁶ Auch Renzikowski (2009) spricht sich aus rechtssystematischen Gründen gegen eine Rückkehr zur alten Rechtslage aus. So sei Regelungsziel der alten Fassung des § 180a I Nr.2 StGB (a.F.) gewesen, Frauen vor der Prostitutionsausübung zu bewahren, indem positive Anreize hierzu wie besonders gute Arbeitsbedingungen oder Saunen zur Erleichterung der Kontaktaufnahme unter Strafe gestellt wurden.¹¹⁷ Regelungsziel sei es hingegen nicht gewesen, Frauen in der Prostitutionsausübung zu schützen.¹¹⁸ Eine Rückkehr zur alten Rechtslage verfehle den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. Die Entkriminalisierung sei die konsequente Folge der rechtlichen Anerkennung der freiwillig ausgeübten Prostitution. Der Vorwurf, dass der Nachweis von Zuhälterei i.S.d. § 181a StGB oder Menschenhandel i.S.d. § 232 StGB deshalb erschwert sei, weil sich aussagewillige Prostituierte zuvor aus der unfreiwilligen Abhängigkeit ihres Zuhälters lösen müssten, rechtfertige keine Rückkehr zur alten Rechtslage. Vielmehr müssten Fachberatungsstellen, die Opfer von Menschenhandel begleiteten, finanziell besser abgesichert werden, um ihre Arbeit effektiv durchführen zu können. Nach Renzikowski (2009) haben sich die Ermittlungsansätze mit Inkrafttreten des ProstG und Änderung der Straftatbestände nur verlagert. Weniger das klassische Strafrecht, sondern vielmehr Arbeits-, Sozial- oder Steuerrecht sei der Ansatzpunkt für Kontrollbefugnisse im Regelungssystem der öffentlichen Gefahrenabwehr.¹¹⁹

¹¹⁶Vgl. ebd. S. 48.

¹¹⁷Vgl. BGH, NJW 1986, S. 596: „Es liegt auf der Hand, dass gerade besonders angenehme 'Arbeits'bedingungen für die Dirnen noch vorhandene Hemmungen gegenüber der Ausübung der Prostitution abbauen und einen Anreiz zur Fortsetzung dieser Tätigkeit bilden können.“

¹¹⁸Renzikowski (2009), S. 140 f.

¹¹⁹Renzikowski (2009), S. 140 ff.

3.4 Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Weisungsrecht und der Ausbeutung von Prostituierten / dirigistischer Zuhälterei in der Praxis

Hinsichtlich der strafrechtlichen Änderungen im Zuge des ProstG zeigen sich Schwierigkeiten in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden bei der Durchsetzung des § 180a I StGB (Ausbeutung von Prostituierten) in Abgrenzung von dem Direktionsrecht des Arbeitgebers. So verlangt § 180a I StGB, dass die Prostituierte in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit gehalten wird. Dies gilt jedoch im bestimmten Umfang für fast jeden abhängig Beschäftigten von seinem Arbeitgeber. Bordellbetreiber tragen immer Gemeinkosten, wie Heizung, Miete, Reinigung, eventuell Sicherheitservice, Unterhalt von Pool und Sauna. Deshalb ist eine Umsatzbeteiligung am Verdienst der Prostituierten nach der Rechtslage nach Inkrafttreten des ProstG legitim.

Die Abhängigkeit der Prostituierten muss deshalb für das Vorliegen des § 180a I StGB von derjenigen Abhängigkeit, wie sie jeder abhängig Beschäftigte hat, abgrenzbar sein. Nach der Rechtsprechung muss eine Abhängigkeit i.S.d. § 180a I StGB nun so ausgestaltet sein, dass die Prostituierte an der selbstbestimmten Entscheidung, den Beruf oder zumindest die Tätigkeit in diesem Betrieb aufzugeben, gehindert wird.¹²⁰ Dies ist in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden jedoch kaum nachweisbar, wenn nicht Bordellbetreiber oder Zuhälter mit Gewalt und Drohungen Prostituierte in ihrem Betrieb festhalten, was dann auch einen Rückgriff auf Menschenhandels- oder Nötigungsstraf tatbestände ermöglicht.¹²¹ § 180a I StGB, der das reine Ausbeuten der Prostituierten unter Strafe stellt, läuft damit in der Praxis ins Leere.

Das eingeschränkte Weisungsrecht in einem Beschäftigungsverhältnis in der Prostitution führt auch zu Abgrenzungsschwierigkeiten zu der strafrechtlichen Regelung der dirigistischen Zuhälterei (§ 181a I Nr. 2 StGB). Unsicherheiten hinsichtlich der rechtlichen Abgrenzung werden nicht nur im prostitutiven Umfeld sichtbar, sondern auch auf Seiten der Justiz. So ist häufig nicht klar, wann es sich bei Anweisungen des Bordellbetreibers um eine spezifisch sexualbezogene Komponente der Prostitutionsausübung handelt und damit dirigistische Zuhälterei vorliegt und wann nicht. Die Staatsanwaltschaft München ging auch im Jahr 2003 weiterhin davon aus, dass „das einseitige Festsetzen der Arbeitszeiten durch den Bordellbetreiber als so genannte dirigistische Zuhälterei [...]

¹²⁰So BGH StV 2005, S. 617.

¹²¹Siehe Holznagel (2009), S. 232.

zu werten und zu verfolgen ist.“¹²² Eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2003¹²³ sollte zur rechtlichen Klärung des Umfangs des eingeschränkten Weisungsrechts in der Prostitution beitragen. Nach dieser Entscheidung darf ein Bordellbetreiber Art und Ausmaß der Prostitutionsausübung nicht vorschreiben. Vorgegeben werden darf jedoch die Eingliederung in die Organisationsstruktur wie feste Arbeitszeiten, Einsatzorte und Preise, wenn die Prostituierte freiwillig in dem Bordell tätig ist.¹²⁴ Das Landgericht Augsburg lehnte daraufhin im Jahr 2006 die Eröffnung der Hauptverhandlung gegen die Betreiber des Wellness- und Saunacclubs „Colosseum“ wegen dirigistischer Zuhälterei (§ 181a I Nr. 2 StGB) ab. Hintergrund des Strafverfahrens war eine sehr strenge Reglementierung der im Bordell ganz überwiegend selbständig arbeitenden Prostituierten. So galt ein striktes „Nacktgebot“ für die Prostituierten und es war ihnen verboten, in Gruppen zusammen zu stehen oder zu telefonieren. Daneben vermutete die Polizei, dass die Betreiber die Taschen der Prostituierten durchsuchen ließen und zu niedrige Preise für die sexuellen Dienste der Prostituierten anboten. Das Gericht stützte den Nichteröffnungsbeschluss der Hauptverhandlung auf das seit Inkrafttreten des ProstG geltende eingeschränkte Weisungsrecht der Betreiber. Die betreffenden Prostituierten wären nicht in ihrem sexuellen Selbstbestimmungsrecht beschränkt gewesen, da sie ihre Tätigkeit im „Colosseum“ jederzeit hätten beenden können.¹²⁵

¹²²Zitiert in BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 57. (Antwort des Kreisverwaltungsreferats München, vertreten durch Herrn Dr. Blume-Beyerle, auf die Anfrage der Grünen Stadtratsfraktion/rosa Liste, vertreten durch Lydia Dietrich und Thomas Niederbühl, vom 21.08.2003 zur Handhabung von Arbeitsverträgen und Gewerbebeanmeldungen aufgrund des neuen ProstG.

¹²³BGHSt 48, 314; BGHSt NJW 2004, 81 ff.

¹²⁴„Arbeitet eine Prostituierte freiwillig in einem Bordell oder bordellähnlichen Betrieb, liegt allein in der Eingliederung in eine Organisationsstruktur durch Vorgabe von festen Arbeitszeiten, Einsatzorten und Preisen noch kein „Bestimmen“ im Sinne von § 181a Abs. 1 Nr. 2, 2.Alt. StGB. Dies gilt nicht nur bei legalen Beschäftigungsverhältnissen im Sinne von § 1 Prostitutionsgesetz, sonder auch dann, wenn dabei gegen sonstige Rechtsvorschriften etwa ausländerrechtlicher, steuerrechtlicher oder sozialversicherungsrechtlicher Art verstoßen wird [...] der Bordellbetreiber darf Art und Ausmaß der Prostitutionsausübung nicht vorgeben. Die prostituierte muss das Recht haben, jederzeit zu kündigen, sie muss berechtigt sein, sexuelle Handlungen abzulehnen und darf auch keinem Direktionsrecht in der Weise unterliegen, dass sie bestimmte Kunden annehmen muss.“ BGHSt, NJW 2004, S. 81 ff.

¹²⁵Vgl. Renzikowski (2009), S. 139: siehe auch Szymanski, Mike in: Süddeutsche Zeitung vom 03.04.2008 <http://www.sueddeutsche.de/bayern/199/435945/text/> (gesichtet am 18.09.2009) Dass es im „Colosseum“ dennoch Straftaten wie Zuhälterei und Menschenhandel gab, brachten weitere Ermittlungen der Polizei zu Tage. Im April 2008 verurteilte das Landgericht Augsburg die Betreiber rechtskräftig wegen schweren Menschenhandels zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung (§ 232 StGB) und wegen Zuhälterei (§ 181a StGB). Siehe Augsburger Allgemeine vom 10.04.2008: „Prozess in Augsburg. Menschenhandel: Zuhälter müssen hinter Gitter.“ <http://www.augsburger->

3.5 Zugang zu den Sozialversicherungen in der Praxis

3.5.1 Einführung

Das Sozialversicherungssystem mit den gesetzlichen Kranken-, Renten-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung bezweckt, alle abhängig Beschäftigten kraft Gesetz in die Sozialversicherungen einzubeziehen. Sinn und Zweck ist der Schutz des Einzelnen vor den Notfällen des Lebens, die aus privater Vorsorge nicht ausreichend abgedeckt werden können.¹²⁶ Der steuerfinanzierten Sozialhilfe soll durch das Sozialversicherungssystem vorgebeugt werden, indem der Einzelne bei Wegfall seiner Einnahmen aus einer Erwerbsarbeit einen Anspruch aus dem Sozialversicherungssystem hat.¹²⁷

Die Rechtswirklichkeit im Sozialversicherungssystem von Prostituierten vor Inkrafttreten des ProstG war geprägt von der Einordnung der Sitten- und der Sozialwidrigkeit von Prostitution, auch wenn Prostituierte schon vor Inkrafttreten des ProstG sozialversicherungsrechtlich nicht rechtlos waren. Sowohl die Wertneutralität des Sozialversicherungssystems, als auch das Fehlen von Vorschriften in den Sozialgesetzbüchern, die einen Ausschluss einer Versicherungspflicht aufgrund der Einordnung einer Tätigkeit als sittenwidrig i.S.d. §§ 138 I, 134 BGB vorsehen, und schließlich die vor Inkrafttreten des ProstG bestehende Möglichkeit des Zugangs für Prostituierte zu dem Sozialversicherungssystem über ein sog. faktisches Beschäftigungsverhältnis¹²⁸, ermöglichten grundsätzlich eine sozialversicherungsrechtliche Absicherung. Jedoch wurde eine Versicherungspflicht von Prostituierten in der Rechtswirklichkeit tatsächlich ausgeschlossen.¹²⁹ Hinzu kam, dass Bordellbetreiber, die Prostituierte in Beschäftigungsverhältnissen arbeiten ließen, die zu einer Sozialversicherungspflicht geführt hätten, sich gem. § 180a I Nr. 2 StGB (a. F.) (Förderung der Prostitution) strafbar machten. Auch aus diesem Grund scheiterte regelmäßig die Sozialversicherungspflicht von Prostituierten im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses.¹³⁰

Anders stellte sich schon vor Inkrafttreten des ProstG im Jahr 2002 die Situation von

allgemeine.de/Home/Nachrichten/Bayern/Artikel,-Menschenhandel-Zuhaelter-muessen-hinter-Gitter-_arid,1205255_regid,2_puid,2_pageid,4289.html (gesichtet am 18.09.2009).

¹²⁶Budde (2006), S. 74.

¹²⁷Ebd.

¹²⁸Vgl. Bundessozialgericht 12. Senat, Urteil 10.08.2000 (Az.: B12 KR 21/98 R). In dem Fall ging es um die Beitrags- und Sozialversicherungspflicht eines Mitarbeiters eines Unternehmens, das Online-Dialoge mit sexuellem Inhalt im Bildschirmtextsystem anbietet. Nach dem Urteil unterfallen auch sittenwidrige Beschäftigungsverhältnisse dem Sozialversicherungssystem. Vgl. auch BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 19.

¹²⁹Budde (2006), S. 24.

¹³⁰BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 19.

Frauen dar, die selbständig in der Prostitution tätig waren. Diese konnten grundsätzlich freiwillig oder auf Antrag Pflichtbeiträge in die gesetzliche Rentenversicherung einzahlen. Denn für sie galten die sozialversicherungsrechtlichen Regelungen, die für alle Selbständigen gelten.¹³¹

Nach Inkrafttreten des ProstG hat sich die rechtliche Einordnung der Prostitutionsausübung grundlegend verändert. Die Annahme einer Sitten- und Sozialwidrigkeit von Prostitution wurde von der herrschenden Meinung aufgegeben.¹³² Der Zugang zu den Sozialversicherungen von Prostituierten ist nun bei Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses in einem Bordell oder einem anderen Prostitutionsbetrieb gewährleistet. Das ProstG regelt darüber hinaus in § 3 ausdrücklich, dass bei Prostituierten das eingeschränkte Weisungsrecht im Rahmen einer abhängigen Tätigkeit der Annahme einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts nicht entgegensteht.

3.5.2 Die Statistik der Sozialversicherungsträger und empirische Ergebnisse

Die Statistik der Sozialversicherungsträger lässt die genaue Zahl der Prostituierten in den Sozialversicherungen nicht deutlich werden. Grund hierfür ist das Meldeverfahren, das unter dem Schlüssel „913“ neben der Prostitution auch weitere Tätigkeitsfelder umfasst. So werden insgesamt 101 Berufe mehrheitlich aus dem Hotel- und Gaststättenbereich unter demselben Schlüssel aufgenommen.¹³³ Die Statistik aus den Jahren 2001 bis 2003 ergaben keinen Anstieg der Beschäftigten unter dem Schlüssel „913“, im Jahr 2003 wurde sogar ein leichter Rückgang verzeichnet.¹³⁴ Die von der Bundesregierung in Auftrag gegebene empirische Studie zu den Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes¹³⁵ kommt hinsichtlich der Meldungen zu den Sozialversicherungen von Prostituierten zu dem Ergebnis, dass nach Inkrafttreten des ProstG kaum ein Anstieg zu verzeichnen ist.¹³⁶

3.5.3 Krankenversicherungen

Hinsichtlich der gesundheitlichen Absicherung von Prostituierten kommt die Studie des Sozialwissenschaftlichen Frauenforschungsinstituts Freiburg zu dem Ergebnis, dass

¹³¹Ebd. S. 20 f.

¹³²Siehe zu der Diskussion über eine fortbestehende Sittenwidrigkeit *Kapitel III*, 2.

¹³³BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 21.

¹³⁴Ebd.

¹³⁵BMFSFJ (2007): Untersuchung zu den Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes. Abschlussbericht. Sozialwissenschaftliches Frauenforschungsinstitut, Freiburg.

¹³⁶Siehe BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 22.

die befragten Prostituierten mehrheitlich in irgendeiner Form krankenversichert waren (86,9 %), diese jedoch zu 92,6 % nicht unter der Bezeichnung Prostituierte.¹³⁷ Als Gründe hierfür wurden der Wunsch nach Anonymität und die Sorge, mit ihrer wahren Berufsbezeichnung nicht in die Krankenkasse aufgenommen zu werden, genannt.¹³⁸ Von den krankenversicherten Befragten waren fast drei Viertel in gesetzlichen Krankenkassen versichert und etwas mehr als ein Viertel privat krankenversichert.¹³⁹ Der etwas höhere Krankenversicherungsstand bei nebenberuflich in der Prostitution arbeitenden Befragten¹⁴⁰ ergibt sich laut Studie daraus, dass jene durch ihre Haupttätigkeit oder aufgrund des Bezugs sozialer Leistungen krankenversichert waren. Von den befragten Prostituierten, die Mitglied einer Krankenkasse waren, waren mehr als zwei Drittel selbst versichert und etwas weniger als ein Drittel als Familienangehörige kostenlos nach § 9 SGB V mitversichert, wobei der Versicherungsstatus als Familienangehörige in den meisten Fällen unrechtmäßig war, da ihr Einkommen aus der Prostitutionstätigkeit regelmäßig über dem Einkommenskriterium für eine kostenlose Mitversicherung lag.¹⁴¹ Bei Aufdeckung, beispielsweise bei einem Unfall in einem Bordell, drohen ihnen damit Regressforderungen seitens der Krankenkassen.

Das schleswig-holsteinische Ministerium für Soziales, Gesundheit, Familie, Jugend und Senioren berichtet im Gegensatz zu den Ergebnissen der Studie von einem rückläufigen Trend von Krankenversicherungen von Prostituierten. So wären von den 191 Klientinnen der Beratungsstelle für Sexuelle Gesundheit und AIDS des Gesundheitsamts Lübeck nur 59 % krankenversichert.¹⁴²

3.5.4 Altersvorsorge

Während die Mehrheit der Prostituierten krankenversichert sind, stellt sich die Altersvorsorge in Form von gesetzlicher Rentenversicherung oder privater Altersvorsorge als problematisch dar. So hatten die in der Studie des Sozialwissenschaftlichen Frauenforschungsinstituts Freiburg befragten Prostituierten etwa zur Hälfte keine Alters-

¹³⁷Ebd. S. 22 f. Von den Befragten, die Auskunft darüber machten, unter welcher Bezeichnung sie krankenversichert sind (175 Befragte), waren nur 7,4 % unter der Bezeichnung als Prostituierte versichert und 92,6 % unter einer anderen Berufsbezeichnung. S. 25.

¹³⁸BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 45.

¹³⁹Ebd. S. 24. Wobei mehr als zwei Drittel der krankenversicherten Befragten selbst versichert waren (68,2 %) und fast ein Drittel (31,8 %) als Familienangehörige versichert war.

¹⁴⁰Laut Studie waren 89,5 % der Befragten, die nebenberuflich in der Prostitution arbeiten krankenversichert, im Gegensatz zu 84,8 % der hauptberuflich in der Prostitution tätigen Befragten. Siehe BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 42 f.

¹⁴¹Zitiert in BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 44.

¹⁴²Zitiert in ebd. S. 43.

sicherung, so dass diese im Alter mit großer Wahrscheinlichkeit auf staatliche Unterstützung angewiesen sein werden.¹⁴³ Nebenberuflich in der Prostitution Tätige hatten deutlich öfter eine Alterssicherung als Hauptberufliche.¹⁴⁴ Unter den nebenberuflich in der Prostitution tätigen Befragten, die über keine Alterssicherung verfügten, waren Bezieherinnen von Sozialhilfe, Hausfrauen und Schülerinnen oder Auszubildende.¹⁴⁵ Die Befragten ohne Alterssicherung waren in allen Einkommensbereichen der Prostitution zu finden. Auch spielte für das Vorhandensein einer Alterssicherung nicht die Einstellung zu Prostitution „als Beruf wie jeder andere“ eine Rolle.¹⁴⁶

Eine private Alterssicherung wie private Lebens- und Rentenversicherungen oder anderweitige Geldanlagen hatten größtenteils hauptberuflich in der Prostitution tätige Befragte abgeschlossen. Die Studie stellt jedoch in Frage, ob diese Alterssicherungen die tatsächlichen Lebenshaltungskosten im Alter decken. Es ist danach nicht ausgeschlossen, „dass auch diejenigen, die entsprechende Vorsorge getroffen haben, im Alter oder im Falles des Ausstiegs aus der Prostitution trotzdem auf staatliche Unterstützung angewiesen sind.“¹⁴⁷ Die Studie kommt des Weiteren zu dem Ergebnis, dass die noch beabsichtigte Dauer, in der Prostitution zu verbleiben, einen erheblichen Einfluss auf das Vorhandensein einer Alterssicherung hat. So hatten mehrheitlich die Befragten eine Alterssicherung, die eine längere Perspektive für sich in der Prostitution sahen. Die Studie stellt die These auf, dass eine vorhandene Alterssicherung zu einer längerfristigen Perspektive in der Prostitution führt, wohingegen Prostituierte ohne Alterssicherung einen baldigen Ausstieg aus der Prostitution planen.¹⁴⁸ Danach würde die große Mehrheit von 56,7 % der in der Prostitution hauptberuflich tätigen ohne Alterssicherung und 38,9 % der nebenberuflichen ohne Alterssicherung den Ausstieg aus der Prostitution anstreben.

¹⁴³Ebd. S. 26. 46,9 % der Befragten hatten eine Alterssicherung und 45,5 % hatten keine Alterssicherung, 7,5 % machten hierzu keine Angaben.

¹⁴⁴So hatten 61,1 % der Nebenberuflichen und nur 43,3 % der Hauptberuflichen eine Alterssicherung. Vgl. BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 48.

¹⁴⁵Ebd. S. 48.

¹⁴⁶Ebd. „Die Annahme, dass Befragte, die Prostitution als Beruf wie jeden anderen sehen und somit vielleicht eine größere Berufsidentität als Prostituierte haben, eher für das Alter vorsorgen als andere, bewahrheitete sich nicht.“

¹⁴⁷Ebd. S. 51.

¹⁴⁸Ebd. S. 27.

3.6 Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Prostitution und Gewaltreduzierung

Ziel des ProstG war es, die Arbeitsbedingungen in der Prostitution zu verbessern. Das ProstG selbst enthält keine positive Regelung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen. Jedoch versprach sich der Gesetzgeber durch den Abbau strafrechtlicher Hürden wie die Abschaffung des Straftatbestands der Förderung der Prostitution, § 181a I StGB (a.F.), und der Abschaffung des Verdikts der Sittenwidrigkeit mittelbar die Arbeitsbedingungen in der Prostitution zu verbessern. Der Bericht der Bundesregierung (2007) kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass die empirischen Befunde insgesamt nur sehr wenig Aktivitäten der Bordellbetreiber für die Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Prostituierten festgestellt haben, auch wenn es insbesondere im Bereich der legalen Prostitution in Bordellen einzelne Verbesserungen wie Renovierungen und Ausbau von Sanitäreinrichtungen zur Schaffung besserer hygienischer Bedingungen gegeben habe.¹⁴⁹ Die Arbeitsbedingungen werden nichtsdestotrotz immer noch in vielen Bordellen als mangelhaft bezeichnet, Investitionen in Verbesserungen von Arbeitsbedingungen sind in Bordellbetrieben demnach nicht sehr verbreitet.¹⁵⁰ Die Studie des Frauenforschungsinstituts nennt Schwierigkeiten bei der Erhebung von möglichen Verbesserungen, da es keine einheitlichen Kriterien und Standards für gute und schlechte Arbeitsbedingungen in der Prostitution gäbe. So wären beispielsweise das Arbeiten und Schlafen im gleichen Bett oder fehlendes Tageslicht in den Räumen von Fachleuten eindeutig als schlechte Arbeitsbedingungen eingestuft worden, von Prostituierten, die diese Bedingungen gewöhnt sind, wurden sie jedoch nicht ausdrücklich kritisiert.¹⁵¹

Die Ergebnisse der von der Bundesregierung in Auftrag gegebene Studie „Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. Teilpopulationen Prostituierte“ aus dem Jahr 2004 belegt, dass die sehr hohe sexuelle, körperliche und psychische Gewaltbetroffenheit von Prostituierten sowohl im Arbeitskontext als auch im persönlichen Bereich auch nach Inkrafttreten des ProstG im Jahr 2002 weiterhin besteht und keine rückläufige Tendenz sichtbar wird.¹⁵² Daneben hat sich weder der allgemeine gesundheitliche und psychische Zustand von Prostituierten verbessert noch konnte der hohe Anteil von Prostituierten, die Drogen oder Psychopharmaka zu sich

¹⁴⁹BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 63; BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 269.

¹⁵⁰Vgl. BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 282.

¹⁵¹Ebd. S. 281.

¹⁵²Vgl. BMFSFJ (2004): Teilpopulationen Prostituierte.

nehmen, reduziert werden.¹⁵³

3.7 Ausstieg aus der Prostitution

Der Erlass des ProstG zielte auch auf eine Erleichterung des Ausstiegs aus der Prostitution. Mit der Möglichkeit eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses in der Prostitution wurden im Anschluss an diese Tätigkeit Voraussetzungen für Ansprüche auf Qualifizierungsmaßnahmen geschaffen.¹⁵⁴ So sieht die Bundesagentur für Arbeit nun ihre Aufgabe darin, Vermittlungsmöglichkeiten zugunsten eines Ausstiegs aus der Prostitution zur Verfügung zu stellen. Jedoch wurden in den letzten Jahren nur sehr wenig Ausstiegsprojekte im Sinne einer Qualifizierungsmaßnahme finanziert.¹⁵⁵ Vielmehr beklagen Fachberatungsstellen, die in Deutschland ganz überwiegend Anbieter von Ausstiegsprojekten sind, seit mehreren Jahren Kürzungen oder vollständige Streichung öffentlicher Mittel¹⁵⁶ und eine allgemeine Verschlechterung von Ausstiegsmöglichkeiten aufgrund der wirtschaftlichen Gesamtsituation und der Reform des SGB II und XII („Hartz IV-Reform“).¹⁵⁷ Die vom ProstG bezweckte Ausstiegserleichterung aus der Prostitution nach abhängigen Beschäftigungsverhältnissen in der Prostitution und den damit geschaffenen Voraussetzungen für Qualifizierungsmaßnahmen oder Umschulungen der Arbeitsagenturen, hat in der Praxis nicht gegriffen. Denn es sind bislang kaum Arbeitsverträge in der Prostitution abgeschlossen worden. Insgesamt muss deshalb davon ausgegangen werden, dass das ProstG auch im Bereich der Ausstiegserleichterung aus der Prostitution keine praktische Relevanz erreicht hat.

3.8 Bewertung und Akzeptanz des ProstG seitens der Prostituierten

Hinsichtlich der Akzeptanz des ProstG kommt die empirische Studie von Brückner/Oppermann (2006) zu dem Ergebnis, dass von den 40 befragten Prostituierten¹⁵⁸ nur 10 Frauen das Gesetz ausdrücklich kannten. Hinsichtlich der intendierten Verbesserungen des ProstG wie der Abschluss von Arbeitsverträgen, der Zugang zu den Sozialver-

¹⁵³Siehe Kapitel I, 3.3.

¹⁵⁴Siehe Kavemann (2009), S. 167.

¹⁵⁵Vgl. BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 32 f.

¹⁵⁶Ebd. S. 36.

¹⁵⁷Siehe Kavemann (2009), S. 179 f.

¹⁵⁸Zu der Akzeptanz des ProstG konnten nur 40 der insgesamt 72 Prostituierten befragt werden, da ein zu diesem Themengebiet ein neuer Fragebogen hinzukam, der daher von den 32 Befragten aus dem Jahr 2004 nicht beantwortet werden konnte. Vgl. Brückner/Oppheimer (2006), S. 223.

sicherungen und der allgemeinen Verbesserung der Arbeitsbedingungen gaben nur sehr wenige Frauen überhaupt Auskunft und diese fiel in den überwiegenden Fällen negativ aus.¹⁵⁹ So antworteten auf die Frage, ob das ProstG ihre Lebenslage beeinflusst habe, nur noch insgesamt 22 Befragte, von denen die Mehrheit (19 Befragte) angab, dass sich die Arbeitsbedingungen nicht verbessert hätten. Keine der befragten Prostituierten gab an, dass sich irgendetwas verbessert hätte.¹⁶⁰

Die empirische Untersuchung des Sozialwissenschaftlichen Frauenforschungsinstituts Freiburg¹⁶¹ untersuchte die Auswirkungen des ProstG, auch im Hinblick auf die Einschätzung des ProstG aus Sicht der Prostituierten. Die Studie analysierte hingegen nicht, die tatsächliche Lebenssituation von Prostituierten nach Inkrafttreten des ProstG. Für die Einschätzung des ProstG aus Sicht der Prostituierten wurden aktive und ehemalige weibliche und männliche Prostituierte befragt, wobei weibliche Prostituierten mit 90,5 % die große Mehrheit bildeten.¹⁶² Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass das allgemeine Wissen über die Existenz des ProstG unter den Prostituierten hoch war (79,0 %)¹⁶³, weniger jedoch Kenntnisse über konkrete rechtliche Veränderungen.¹⁶⁴ Ein Teil der befragten Prostituierten sah durch das ProstG Verbesserungen hinsichtlich ihrer zukünftigen Tätigkeit in der Prostitution, auch wenn die Mehrheit noch keine Auswirkungen des Gesetzes auf ihre Lebens- und Arbeitssituation

¹⁵⁹So hatten von 25 Befragten, die darauf antworteten eine Frau einen Arbeitsvertrag abgeschlossen, die Übrigen hatten keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen oder gaben an, dass es nicht für sie zuträfe. Als Prostituierte waren von den 25 Befragten, die auf die Frage nach einer Krankenversicherung als Prostituierte antworteten, 8 als Prostituierte krankenversichert, 16 nicht und eine gab an, dass es nicht auf sie zuträfe. Als Prostituierte rentenversichert waren von 24 Befragten 2 als Prostituierte, 21 waren nicht rentenversichert und eine gab an, dass es nicht auf sie zuträfe. Vgl. Brückner/Oppenheimer (2006), S. 224 f.

¹⁶⁰Brückner/Oppenheimer (2006), S. 225.

¹⁶¹BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“

¹⁶²BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 191 ff. Von den Befragten waren 90,5 % weiblich, 6,9 % männlich und 2,8 % transsexuell, (vgl. S. 192). Von den insgesamt 305 schriftliche befragten Prostituierten, waren 90,2 % aktuell als Prostituierte tätig und 9,8 % waren innerhalb des letzten halben Jahres aus der Prostitution ausgestiegen. Von den 90,2 % der in der Prostitution aktuell Tätigen, war die Prostitution für 56,1 % Haupterwerbsquelle, für 46,6 % Nebenerwerb. Alle 18 persönlich befragten Prostituierten arbeiteten zum Zeitpunkt der Befragung in der Prostitution, davon war die Prostitution für 10 Befragte die Haupterwerbsquelle, 8 arbeiteten in der Prostitution als Nebenerwerb. Die Kontakte zu den Prostituierten waren über Fachberatungsstellen oder Selbsthilfegruppen zustande gekommen, (S. 191). Die Studie unterstreicht, dass die Befunde aus der Untersuchung aufgrund der letztendlich unbekannten Zahl von in der Prostitution Tätigen, nicht als repräsentativ gelten können, S. 192.

¹⁶³BMFSFJ (2007): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“, S. 193.

¹⁶⁴Ebd. S. 203.

festgestellt hatte oder das ProstG sogar als an der Realität vorbeigehend einschätzte. Die Chancen aus der Prostitution auszusteigen oder einen beruflichen Wechsel mit Hilfe von Qualifizierungsmaßnahmen oder Umschulungen zu schaffen, wurde skeptisch beurteilt.¹⁶⁵

4 Bewertung des ProstG, der strafrechtlichen Änderungen und der unmittelbaren Auswirkungen auf die Praxis

4.1 Bewertung des ProstG

Dem ProstG liegen zwei Ansatzpunkte für die Aufhebung der rechtlichen und sozialen Diskriminierung von Prostituierten zugrunde: Es legalisiert zum einen das Rechtsverhältnis zwischen Prostituierten und Freier und zum anderen das Rechtsverhältnis zwischen Prostituierten und Bordellbetreiber. Folgerichtig reformierte der Gesetzgeber einzelne Regelungen im Strafgesetzbuch, die die Strafbarkeit von Bordellbetreibern und Zuhältern einschränkt. Das ProstG an sich weist nur eine geringe Regelungsdichte auf, indem es sich auf die Regelung einzelner zivil-, straf- und sozialrechtlicher Aspekte beschränkt. Geltungsbereich findet das ProstG nur im Bereich der freiwillig ausgeübten Prostitution seitens erwachsener Personen mit legalem Aufenthalt, bzw. gültiger Arbeitserlaubnis.

Die rechtliche Besserstellung von Prostituierten durch das ProstG besteht vor allem darin, dass § 1 ProstG Prostituierten eine einklagbare Lohnforderung gegenüber Freier und Bordellbetreiber ausdrücklich zuerkennt. Dass dieser Regelung eher eine Symbolwirkung zukommt als dass sie praktische Relevanz beanspruchen könnte, zeigt die weiterhin im Milieu bestehende Praxis der Vorkasse, die auch nach Inkrafttreten des ProstG beibehalten wurde, und die folglich kaum vorhandenen Klagen seitens Prostituierten auf Entgeltforderungen.¹⁶⁶ Dass allein die zivilrechtliche Klagemöglichkeit des § 1 ProstG auf Entgeltforderung „als Element der Gleichstellung und Entdiskriminierung von Prostituierten“¹⁶⁷ gesehen wird, überzeugt nicht und kann nicht als ausreichend für eine ernsthafte und auf tatsächlichen Erfolg ausgerichtete Antidiskriminierungsgesetzgebung bewertet werden.

¹⁶⁵Ebd. S. 198, 200, 204.

¹⁶⁶BMFSFJ (2007), Bericht der Bundesregierung, S. 12; Kavemann/Rabe, Resümee (2009), S. 307.

¹⁶⁷So Kavemann/Rabe, Resümee (2009), S. 307.

Hinsichtlich der Verbesserung der sozialen Absicherung und der Arbeitsbedingungen von Prostituierten war Ansatzpunkt des Gesetzgebers, Prostituierte über ein legales abhängiges Beschäftigungsverhältnis sozialzuversichern. Der Besonderheit der sexuellen Dienstleistung in der Prostitutionsausübung und der damit verbundenen Gefahr der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung der Prostituierten, wollte der Gesetzgeber durch das in § 3 ProstG normierte eingeschränkte Weisungsrecht des Arbeitgebers der Prostituierten gewährleisten. Eine soziale Absicherung von Prostituierten war jedoch auch schon vor Inkrafttreten des ProstG über das sog. faktische Arbeitsverhältnis möglich.¹⁶⁸ Auch das Bundessozialgericht hat schon vor Inkrafttreten des ProstG in einer Entscheidung aus dem Jahr 2000 ausdrücklich festgehalten, dass eine etwaige Sittenwidrigkeit eines Vertrages nichts an der Sozialversicherungs- und Beitragspflicht ändert.¹⁶⁹ Die Regelung des § 3 ProstG hat insofern nur deklaratorische und keine konstitutive Bedeutung.

Die Regelung des § 3 ProstG geht darüber hinaus offensichtlich an den mehrheitlichen Bedürfnissen der Prostituierten in der Lebenswirklichkeit vorbei. Denn als Ergebnis der empirischen Studien ist festzuhalten, dass die Mehrheit der Prostituierten keine abhängige Beschäftigung in der Prostitution wünscht, sondern lieber als Selbständige arbeitet und damit die Kopplung der sozialen Absicherung an einen Arbeitsvertrag ablehnt.¹⁷⁰ Offensichtlich scheuen Prostituierte davor zurück, sich im Rahmen eines Arbeitsvertrages in ein legales Abhängigkeitsverhältnis zu einem Bordellbetreiber zu begeben. Das in § 3 ProstG normierte eingeschränkte Weisungsrecht, das die sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten in einem Beschäftigungsverhältnis schützen soll, wird in der Praxis als kein ausreichender Schutz vor Eingriffen in die sexuelle Selbstbestimmung bewertet. Die soziale Absicherung tritt dahinter zurück. Das ProstG hat damit entgegen seiner Zielsetzung nicht erreicht, die soziale Absicherung von Prostituierten tatsächlich zu verbessern.

¹⁶⁸Siehe Budde (2006), S. 241; Heine, Stellungnahme, Protokoll 69. Sitzung vom 20.06.2001, S. 5 (36).

¹⁶⁹BSG v. 10.08.2000 – B 12 KR 21/98 R = AuR 2001, S. 152. Im zu entscheidenden Fall ging es um einen Mitarbeiter eines Unternehmens, das Online-Dialoge sexuellen Inhalts im Bildschirmtext anbot. Das Gericht bejahte seine Sozialversicherungs- und Beitragspflicht und stellt klar, dass daran nicht eine eventuelle Sittenwidrigkeit der Tätigkeit etwas ändere.

¹⁷⁰Auch die Bundesregierung erkennt an, dass diese Koppelung nicht den Interessen der Prostituierten zu entsprechen scheint, da etwa 60 % der Befragten einen Arbeitsvertrag mit Bordellbetreibern nicht wollten BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 17.

4.2 Bewertung der strafrechtlichen Änderungen

Der Gesetzgeber wollte mit Erlass des ProstG ausdrücklich nur die Prostituierten sozial und rechtlich stärken und nicht in irgendeiner Weise Freier, Zuhälter oder Bordellbetreiber besser stellen. Dies ist ihm nicht gelungen, wie die Auswertungen der Erfahrungen aus der Praxis zeigen. Mit der Legalisierung von Prostitution wurden gleichzeitig auch die Unternehmer in der Prostitution und die gesamte Sexindustrie legalisiert und damit gestärkt. Diese versuchen nun, wie jeder andere legale Industriezweig auch, größtmöglichen Profit auf dem freien Markt zu erlangen. Das Rotlichtmilieu war jedoch immer schon eines der zentralen Geschäftsfelder der organisierten Kriminalität.¹⁷¹ Laut Klaus Bayerl (2008), Leiter der Kriminalpolizei Augsburg, ist das Milieu seit Jahren bestrebt, sein Image in der Gesellschaft aufzubessern. Dies sei mit Inkrafttreten des ProstG im Jahr 2002 in besonderem Maße erleichtert worden, da Wirkung des Gesetzes auch sei, dass Bordellbetriebe nun als legale Geschäftsbetriebe gelten. Laut Bayerl (2008) werden die Bordellbetriebe jedoch weiterhin von Personen mit einschlägigen kriminellen Hintergrund beherrscht.¹⁷² Auch Budde (2006) kommt in ihrer Untersuchung zu dem Ergebnis, das ProstG hätte bewirkt, dass der Nachweis der Erfüllung der Straftatbestände der Ausbeutung von Prostituierten (§ 180a I StGB) und der Zuhälterei (§ 181a StGB) nun erschwert sei: „Insofern sind die Bordellbetreiber/innen, welche die Gesetzgebung beeinflusst haben, auf ihre Kosten gekommen.“¹⁷³

Dass das eingeschränkte Weisungsrecht der Bordellbetreiber als Arbeitgeber gegenüber Prostituierten in der Realität des Arbeitsfelds Prostitution häufig keine Beachtung findet, wurde bereits in *Kapitel I* aufgezeigt und ist auch den Strafverfolgungsbehörden bekannt.¹⁷⁴ Das in § 3 ProstG vorgeschriebene eingeschränkte Direktionsrecht des Arbeitgebers zeigt sich in der Praxis als zu schwach und nicht durchsetzbar. So zieht Holznagel¹⁷⁵ (2009) das Fazit, dass "im Ergebnis [...] nicht zu bestreiten [ist], dass unter der Geltung des Prostitutionsgesetzes eine Grauzone im Rotlichtmilieu fortbesteht, in der sich unter dem Deckmantel legitimer Abgrenzung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerrechten Ausbeutung, Gewalt und Menschenrechtsverletzungen verbergen.“¹⁷⁶

In der Praxis der Strafverfolgungsbehörden zeigen sich nach den Änderungen im Zuge des ProstG Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Straftatbestände der Ausbeutung von Prostituierten (§ 180a I StGB) und der dirigistischen Zuhälterei (§ 181a I

¹⁷¹Vgl. Holznagel (2009), S. 233.

¹⁷²Bayerl (2008), Vortrag in Donezk.

¹⁷³Budde (2006), S. 240.

¹⁷⁴Vgl. Holznagel (2009), S. 231 ff.; Bayerl (2008), Vortrag in Donezk.

¹⁷⁵Dr. Ina Holznagel ist Oberstaatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft Dortmund.

¹⁷⁶Holznagel (2009), S. 233.

Nr. 2 StGB) in Abgrenzung zu dem eingeschränkten Weisungsrecht des Arbeitgebers einer Prostituierten. So sind den Strafverfolgungsbehörden spezifische Beweisnöte entstanden. Die häufig nur schwer zu beantwortende Frage hinsichtlich einer möglichen Ausbeutung einer Prostituierten ist, „wo die legale Umsatzbeteiligung endet und die Ausbeutung beginnt [...]“.¹⁷⁷ Die Rechtsprechung begnügt sich derzeit regelmäßig mit einer Aufteilung des Erlöses von 50:50.¹⁷⁸ In diesem Verhältnis ist danach von keiner Ausbeutung der Prostituierten i.S.d. § 180a StGB auszugehen. Jedoch gelingt es den Strafverfolgungsbehörden in der Praxis nur sehr selten durch Beschlagnahme von Abrechnungsunterlagen nachzuweisen, dass eine Prostituierte weniger als 50 % ihres Umsatzes von ihrem Arbeitgeber erhält.¹⁷⁹

Nach der Rechtsprechung bildet der harte Kern, in dem Bordellbetreiber oder Zuhälter keinen Gebrauch ihres Direktionsrechts machen dürfen, nur noch die spezifisch sexualbezogene Komponente der Prostitutionstätigkeit. Dazu zählen insbesondere das Recht, einen Kunden abzulehnen und das Recht, Art und Umfang der sexuellen Handlungen zu bestimmen.¹⁸⁰ Allein die Vorgabe von Arbeitszeiten, Einsatzorten, Preisen und die Eingliederung in die Organisationsstruktur eines Bordells begründen keine Strafbarkeit mehr. Den Nachweis, dass eine Prostituierte gegen ihren Willen festgehalten, sie vielmehr tatsächlich daran gehindert wird zu kündigen oder Kunden in einem bestimmten Umfang und in einer bestimmten Art und Weise zu bedienen, müssen nun die Strafverfolgungsbehörden erbringen. Die Tatsache, dass nach herrschender Meinung aus der Verletzung steuer-, sozialversicherungs- und insbesondere ausländerrechtlicher Regelungen noch keine Abhängigkeit der Prostituierten von Zuhälter oder Bordellbetreiber geschlossen werden kann, erschwert es zusätzlich, ein Abhängigkeitsverhältnis der Prostituierten nachzuweisen. Dies trifft in besonderen Maße ausländische Prostituierte, die unter Umständen Opfer von Menschenhandel i.S.d. § 232 StGB sind. Auch Budde (2006) kommt in ihrer Bewertung der Auswirkungen des ProstG zu dem Ergebnis: „Das ProstG hat es unter Praktikabilitätsgesichtspunkten nicht geschafft, einerseits die rechtliche Stellung der Prostituierten zu verbessern, andererseits aber mindestens in der gleichen Intensität für ihren Schutz, namentlich auch im Rahmen des Menschenhandels, zu sorgen.“¹⁸¹

Die Lebenswirklichkeit von Prostituierten zeigt, dass die Mehrzahl der Frauen in der Prostitution nicht im strafrechtlich fassbaren Sinn in persönlicher oder wirtschaftli-

¹⁷⁷Ebd.

¹⁷⁸OLG Düsseldorf, StV 2003, S. 165.

¹⁷⁹Vgl. Holznagel (2009), S. 233.

¹⁸⁰Ebd.

¹⁸¹Budde (2006), S. 240.

cher Abhängigkeit gehalten werden, sie also strafrechtlich nicht „unfreiwillig“ in der Prostitution tätig sind. Gleichwohl sind sie Betroffene von struktureller und sexueller Diskriminierung und einer geschlechtshierarchischen Prostitutionswirklichkeit, die mit den gegenwärtigen strafrechtlichen Regelungen nicht fassbar sind. So ist ihr Leben regelmäßig geprägt von mangelnder sozialer Absicherung, vielschichtigen Abhängigkeiten, Reglementierungen und sonstigen Einwirkungen wie eigene Schulden oder die des Partners, hoher Gewaltbetroffenheit sowohl im Arbeitsumfeld als auch im Privaten und Alkohol- oder Drogenabhängigkeit.¹⁸²

4.3 Das Problem der sozialen Absicherung

Das ProstG hat in der Lebenswirklichkeit keine Verbesserung der sozialen Absicherung der Prostituierten nach sich gezogen. Weder die Statistik der Sozialversicherungsträger noch die von der Bundesregierung in Auftrag gegebene empirische Studie zeigt einen Anstieg der Meldungen von Prostituierten bei Sozialversicherungen. Auch wenn nach den Ergebnissen der Studie des Sozialwissenschaftlichen Frauenforschungsinstituts Freiburg Prostituierte mehrheitlich über eine andere Beschäftigung oder als Familienangehörige krankenversichert sind, so wurde das Ziel des Gesetzgebers, dass Prostituierte sich über ihren Arbeitgeber in der Prostitution versichern lassen, nicht erreicht.

Besonders kritisch muss die weiterhin mehrheitlich fehlende oder ungenügende Altersvorsorge von Prostituierten bewertet werden. Denn unmittelbare Folge ist, dass viele Prostituierte mit großer Wahrscheinlichkeit im Alter in Armut leben und auf staatliche Unterstützung zurückgreifen müssen. Auch an dieser Stelle hat das ProstG in der Praxis keinerlei Erfolg nach sich gezogen. Die Studie des Frauenforschungsinstituts konnte darüber hinaus nachweisen, dass von den wenigen Prostituierten mit Altersvorsorge mehrheitlich diejenigen über eine verfügen, die ihre berufliche Zukunft in der Prostitution sehen. Dieses Ergebnis ist deswegen interessant, da es im Umkehrschluss bedeutet, dass die überwiegende Mehrheit der Frauen in der Prostitution, die Prostitutionsausübung nicht als eine Tätigkeit begreifen, die sie länger als nötig ausüben wollen, sie ihre berufliche Zukunft nicht in der Prostitution sehen.

Durch das ProstG sind die Arbeitsbedingungen für Prostituierte in den Bordellen nicht wesentlich besser geworden, die Aktivitäten seitens Bordellbetreiber in diese Richtung blieben sehr beschränkt. Daneben ist weder im Arbeitskontext noch im privaten Bereich eine reduzierte Gewaltbetroffenheit von Prostituierten zu vermerken. Auch hat sich der gesundheitliche und psychische Zustand von Prostituierten nicht verbessert, es muss

¹⁸²Siehe *Kapitel I*.

vielmehr von einer Verschlechterung ausgegangen werden.¹⁸³

Das ProstG hat auf dem Gebiet der sozialen Sicherung, der Gewaltreduzierung, der Verbesserung der Arbeitsbedingungen und des Gesundheitszustandes von Prostituierten in der Lebenswirklichkeit nicht gegriffen, ein faktischer Schutz ist nicht eingetreten.

4.4 Das ProstG – ein Antidiskriminierungsgesetz?

Das ProstG geht von der Prämisse eines liberalen Gesellschaftsmodells aus, in dem sich in der Prostitution zwei gleich starke Vertragspartner gegenüber stehen, sei es Prostituierte und Bordellbetreiber oder Prostituierte und Freier. Es geht damit zugleich in abstrakter Weise von in ihren Entscheidungen freien und gleichberechtigten Individuen in der Gesellschaft aus. Prostitution ist danach außerhalb von Zwangsprostitution eine unteren anderen Erwerbstätigkeiten, die autonom und frei, daher freiwillig, gewählt wurde. Diese Prämisse ignoriert jedoch die strukturelle und sexuelle Diskriminierung und die geschlechtshierarchische Wirklichkeit in der Prostitution.¹⁸⁴ Auch Renzikowski (2009) geht davon aus, dass sich „im Sexgewerbe [...] keine annähernd gleich starken Tarifpartner gegenüber [stehen]. Wer sich – aus welchen Gründen auch immer – für die Tätigkeit in einem Bordell entscheidet, befindet sich gegenüber dem Bordellbetreiber grundsätzlich in einer schwächeren Position. Solange sich die Bordellbetreiber ansonsten im rechtlichen Rahmen halten, [...] kommt das mittelbar auch der Prostituierten zugute. Fraglich ist allerdings, welche Instanz die Einhaltung der Regeln kontrolliert, wenn von den Prostituierten selbst nicht erwartet werden kann, dass sie ihre Rechte durchsetzen.“¹⁸⁵

Das ProstG erfasst nur einen relativ kleinen Ausschnitt von Frauen in der Realität der Prostitution. Den großen Anteil von Migrantinnen in der Prostitution (Schätzungen gehen von ca. 60 % aus), die zu einem hohen Prozentsatz illegalisiert in der Bundesre-

¹⁸³Vgl. *Kapitel I*, 3.3.

¹⁸⁴Vielmehr wird so ein sozialromantischer Blick auf das Phänomen Prostitution hergestellt, der von der Illusion der Gleichberechtigung ausgeht. Auch Grenz (2007) stellt fest, dass die formale Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern und das Recht auf freie Berufswahl nicht der sozialen Realität entspricht und so nicht von diesem Idealfall ausgegangen werden kann. S. 159.

¹⁸⁵Renzikowski (2009), S. 140; derselbe in GewArch 11 (2008), S. 434: Renzikowski kommt hinsichtlich der Schaffung eines nur zivilrechtlichen Rahmens im ProstG treffend zu dem Schluss: „Mit einem naiven Erstaunen nimmt man zur Kenntnis, dass der freie Markt – das unterscheidet die Sex-Industrie nicht von anderen wirtschaftlichen Unternehmungen – nicht nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit funktioniert. Wer sich aus welchen Gründen auch immer für die Tätigkeit in einem Bordell entscheidet, befindet sich gegenüber dem Bordellbetreiber grundsätzlich in einer schwächeren Position und ist permanent dem Risiko der Ausbeutung unter schlechten Arbeitsbedingungen ausgesetzt.“

publik leben und die damit illegal der Prostitution nachgehen (Schätzungen gehen von 30 % bis 40 % aus¹⁸⁶), erfassen die Normen des ProstG nicht. Auch in dieser Hinsicht regelt das ProstG Prostitution nur ungenügend und blendet entscheidende Aspekte des vergeschlechtlichen und auch ethniserten Phänomens aus: Prostitution als eine Tätigkeit, die mehrheitlich von einer besonders vulnerablen Gruppe von Frauen mit mehrdimensionaler Diskriminierung ausgeübt wird.

Das im Jahr 2002 in Kraft getretene ProstG findet seinen Anwendungsbereich allein dort, wo Prostitution freiwillig und legal ausgeübt wird. Es setzt damit eine klare Differenzierung zwischen freiwilliger Prostitution und Zwangsprostitution voraus. Der sog. Graue Bereich, bei dem die Prostituierte sich zwar rational für die Prostitutionsausübung entscheidet, sie jedoch in ihren tatsächlich vorhandenen Wahlmöglichkeiten stark eingeschränkt ist, wird nach dem Konzept des ProstG der freiwilligen Prostitution zugerechnet. Diese Zurechnung ordnet eine geschlechtsspezifisch defizitäre Freiwilligkeit pauschal einer wirklich freien und autonomen Entscheidung zur Prostitutionsausübung zu und ignoriert damit die zugrunde liegenden strukturellen Ungleichheiten und Diskriminierungen wie sie in diesem sog. Grauen Bereich in besonderem Maße sichtbar werden.¹⁸⁷ Das kollektive Phänomen von struktureller Diskriminierung und geschlechtshierarchischer Wirklichkeit in der Prostitution wird nach der Konzeption des ProstG über den Begriff der Freiwilligkeit und dem darin zugrunde liegenden Ideal der freien Selbstbestimmung mit real vorhandenen autonomen Handlungsoptionen individualisiert. Diese Fehlkonzption des ProstG, das den Anspruch hat, ein Antidiskriminierungsgesetz zu sein, kann in der Lebenswirklichkeit der Prostituierten nicht greifen und tut dies auch nicht. Angesichts der konzeptionell ungenügenden und an den praktischen Bedürfnissen der Prostituierten vorbeigehenden Regelungen des ProstG muss kritisch hinterfragt werden, ob der Gesetzgeber überhaupt die rechtlich und sozial relevanten Fragen für ein Antidiskriminierungsrecht von Prostituierten im Gesetzgebungsverfahren erfasst hat. Das ProstG erscheint danach als allein formalrechtliche Korrektur, bei der in der diskriminierenden Lebenswirklichkeit von Prostituierten faktisch alles beim Alten bleibt.

¹⁸⁶Vgl. Grenz (2007), S. 159.

¹⁸⁷Fischer (2009) merkt an, dass in der Praxis der Wunsch vieler Prostituierte nach „Selbst-Befreiung“ entweder nicht vorhanden oder ambivalent sei und es darüber hinaus jederzeit genügend Frauen gäbe, die „freiwillig“ bereit seien, unter abhängigen Bedingungen in der Prostitution zu arbeiten. Darüber hinaus fühle sich die Mehrzahl der Betroffenen beim Zugriff der Polizei nicht „befreit“ sondern „erwischt“. Fischer (2009), § 180a, Rn. 16.

Kapitel III

Wesentliche rechtspolitische Bewertungsansätze von Prostitution in Deutschland

Die rechtspolitische Debatte über Bewertung von Prostitution kreist in Deutschland seit Jahren um dieselben Fragen: Prostitution wird entweder als Verstoß gegen die Menschenwürde aus Art. 1 I GG oder als sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB und schließlich als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG, der dennoch „kein Beruf wie jeder andere“ ist, bewertet. *Kapitel III* wird die verschiedenen Ansätze der Bewertung von Prostitution unter Verwendung besonders exemplarischer Entscheidungen deutscher Gerichte darstellen und kritisch bewerten.

1 Prostitution und die Achtung der Menschenwürde aus Art. 1 I GG

Die Unvereinbarkeit von Prostitution mit der Achtung der Menschenwürde aus Art. 1 I GG wurde in der Rechtsprechung über Jahre hinweg „mehr postuliert als begründet.“¹ Der BGH führte in einem obiter dictum im Jahr 1976 dazu aus, „dass

¹BMFSFJ (2007): Reglementierung von Prostitution, S. 16.

Kant, auf dessen Philosophie die herrschende objektive Theorie der Menschenwürde zurückgeht, äußerte sich hinsichtlich einer Aufgabe des Subjekts beim Geschlechtsverkehr zwischen Mann und Frau folgendermaßen: „Der Mann kann weder das Weib begehren, um es gleich als Sache zu genießen, d.i. unmittelbares Vergnügen an der bloß thierischen Gemeinschaft mit demselben zu empfinden, noch das Weib sich ihm dazu hingeben, ohne daß beide Theile ihre Persönlichkeit aufgeben (fleischliche oder viehische Beiwohnung), d.i. ohne unter der Bedingung der Ehe, welche, als wechselseitige Dahingebung

die gewerbsähnliche geschlechtliche Hingabe gegen Bezahlung in entwürdigender Weise Intimbereiche zur Ware macht, die gerade aus moderner psychologischer Sicht mit dem Kern der Persönlichkeit aufs engste verknüpft sind.“² Prostitution habe deshalb einen „persönlichkeitsschädlichen Charakter“.³ Für das soziale Unwerturteil von Prostitution sei ebenso bedeutsam, „die Ausbeutung der Triebhaftigkeit, Abenteuersucht, jugendlichen Unerfahrenheit, auch der Trunkenheit der Freier“⁴ seitens Prostituierten.

In den folgenden Jahren nahmen Gerichte immer wieder Bezug auf die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1976 und verwiesen pauschal auf diese Entscheidung einer Menschenwürdeverletzung der Prostituierten, ohne jedoch eigene Begründungen hierfür zu finden.⁵ So argumentierte der VGH Mannheim im Jahr 1988 in Anlehnung an den BGH, eine geschlechtliche Hingabe sei nicht von einer emotionalen Seite der Sexualität zu trennen. Eine Prostituierte sei daher „emotional indifferent“.⁶ Die „Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others“ der Vereinten Nationen aus dem Jahr 1949 formuliert ausdrücklich, dass Prostitution mit der Würde des Menschen unvereinbar ist.⁷ Die Konvention hat jedoch keine weitreichende Bedeutung erlangt, da sie insgesamt nur von 67 Staaten gezeichnet wurde. Die Bundesrepublik Deutschland hat die Konvention nicht ratifiziert, da dem deutschen Gesetzgeber die weitreichenden Verbote der Konvention, wie z.B. auch von sog. Dirnenwohnheimen, zu weit gingen.⁸

seiner Person selbst in den Besitz eines anderen, vorher geschlossen werden muß: um durch körperlichen Gebrauch, den ein Theil von dem anderen macht, sich nicht zu entmenschen.“ Nach Kant wird somit in der Prostitution die Menschenwürde der Prostituierten und die des Freiers verletzt. Diese moralische Vorstellung Kants von Sexualität und Geschlechtsverkehr kann jedoch spätestens seit der Reform des Sexualstrafrechts aus den Jahren 1970/1974 mit der Abkehr des Schutzes der Sexualmoral und der Hinwendung zu einem Rechtsgüterschutz nicht mehr als Grundlage für eine Menschenwürdeverletzung in der freiwilligen Prostitution herangezogen werden. [Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), Weischedel-Werkausgabe IV, S. 483 (B165)].

²BGHZ 67, S. 119, 125.

³BGH NJW 1976, S. 1883, 1885.

⁴BGHZ 67, 119, 125.

⁵Siehe VG Minden, NVwZ 1988, S. 666; BVerwGE 60, S. 284, 289; BayVerfGH, NJW 1983, S. 2188, 2190.

⁶VGH Mannheim NVwZ 1988, S. 640, 641.

⁷„[...] prostitution and the accompanying evil of the traffic in persons for the purpose of prostitution are incompatible with the dignity and worth of the human being and endanger the welfare of the individual, the family and the community [...]“.

⁸Vgl. BMFSFJ (2007): Reglementierung von Prostitution, S. 16.

1.1 Voruntersuchung für die Sittenwidrigkeit von Prostitution

Die Untersuchung, ob Prostitution nach heutigem Inhalt und Schutzzumfang der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG die Menschenwürde der Prostituierten verletzt, ist letztendlich als eine Voruntersuchung für die Frage der Sittenwidrigkeit von Prostitution zu verstehen. Denn der Menschenwürdesatz aus Art. 1 GG fließt in das Privatrecht und in die Einschätzung der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts ein, so dass ein Verstoß gegen die Menschenwürde immer gleichzeitig auch ein Verstoß gegen die guten Sitten aus § 138 I BGB darstellt.⁹ § 138 I BGB setzt voraus, dass ein einzelnes Rechtsgeschäft gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstößt. In der Prostitution wäre dies der einzelne Vertrag, den eine Prostituierte mit einem Freier über sexuelle Dienste abschließt. Wenn die Prüfung, ob eine Verletzung der Menschenwürde vorliegt, positiv ausfällt, so hätte in der Konsequenz der Gesetzgeber mit Erlass des ProstG ein Schutzgebot aus Art. 1 I GG gegenüber den sich prostituierenden Frauen verletzt. Konsequenz wäre auch, dass der Vertrag zwischen Prostituierter und Freier weiterhin gegen die guten Sitten aus § 138 I BGB verstieße.

1.2 Prostitution als Verletzung der Menschenwürde in der feministischen Kritik

Die feministische Kritik an Prostitution bezieht sich in den meisten Fällen auf eine objektiv zu beurteilende Menschenwürdeverletzung der Prostituierten. Prostitution ist danach mit Sklaverei vergleichbar: Der Freier übt Macht über die sich prostituierende Frau aus, indem er ihre weibliche Sexualität ohne Rücksicht auf ihre Person beherrscht.¹⁰ Die feministische Kritik an Prostitution argumentiert, dass Freier bei Prostituierten Formen von Sexualkontakten suchten, die sie von ihren Partnerinnen nicht bekämen. Freier suchten deshalb keinen sexuellen Kontakt, der auf einer gleichberechtigten sexuellen Beziehung basiere, bei der es auch darauf ankäme, dass die Frau sexuelle Lust empfinde und diese auch befriedigt werde. Der Körper der Prostituierten würde deshalb zur „Ware“ Sexualität, die Prostituierte zur „Ware“ Sexobjekt und die für die Sexualität unverzichtbare emotionale Seite von Sexualität völlig negiert.¹¹

Die feministische Kritik kommt aufgrund der Analyse von Prostitution zu dem Ergebnis, dass sich in der Prostitution die geschlechtshierarchische Gesellschaftsstruktur manifestiere und sie der Gleichberechtigung von Frauen und Männern entgegenstehe.

⁹Vgl. BVerwG, NJW 1982, S. 664.

¹⁰Jeffreys (1997), S. 66, 135 f. 242 ff., 260 f.; Barry (1995), S. 37, 59.

¹¹Jeffreys (1997), S. 238 ff.

Das Verständnis von Sexualität seitens männlicher Freier, wie es in der Prostitution zum Ausdruck kommt, wirkt sich somit auf das allgemeine Verständnis von Sexualität gegenüber allen Frauen aus.¹² „Denn Prostitution ist nicht nur ein Verstoß gegen die Menschenwürde, sondern sie belastet auch das Verhältnis zwischen Männern und Frauen. Prostitution degradiert Frauen zur Ware und Männer zu Freiern. Sie zementiert das Machtverhältnis zwischen den Geschlechtern.“¹³ Weiter: „All diese Männer lassen den Freier im Ehebett natürlich nicht vor der Tür. Ihr Begehren, ihr Blick auf Frauen, ihr Verhältnis zu Frauen wird zutiefst geprägt von der Erfahrung der Käuflichkeit. Selbst die Männer, die es nicht tun, wissen, dass sie es könnten. Und schon das prägt die Einstellung.“¹⁴

1.3 Inhalt und Schutzzumfang der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG

Das Bekenntnis zur unantastbaren Würde jedes Menschen und das Gebot an alle staatliche Gewalt, sie zu achten und zu schützen, bilden die Grundlage des grundrechtlichen Wertesystems und beherrschen alle Bestimmungen des Grundgesetzes.¹⁵ Die Achtung der Menschenwürde ist oberster Verfassungswert und tragendes Konstitutionsprinzip im System der Grundrechte.¹⁶ Mit ihr ist der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen verbunden, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt. Die Menschenwürde kann keinem Menschen genommen werden, verletzbar ist ihr Achtungsanspruch. Sie zielt auf die Bewahrung der Selbstidentifikation sowie den Schutz des Eigenwerts des Menschen und die Entfaltung personeller Gestaltungsmöglichkeiten.¹⁷ Dabei ist der Inhalt des Menschenwürdesatzes historisch kontingent und nicht absolut: „Das Urteil darüber, was der Würde des Menschen entspricht, kann daher nur auf dem jetzigen Stand der Erkenntnis beruhen und keinen Anspruch auf zeitlose Gültigkeit stellen.“¹⁸

Die Achtung der Menschenwürde aus Art. 1 I GG konkretisiert sich als staatliche Schutzpflicht und in der abwehrrechtlichen Funktion der Menschenwürdegarantie.¹⁹

¹²Barry (1984), S. 9, Jeffreys (1997), S. 135 f., 173 f., 184 f.

¹³Schwarzer (2005), S. 146.

¹⁴Ebd. S. 145.

¹⁵BVerfGE 6, 36; Herdegen in: Maunz/Dürig (2009) Art. 1, Rn 21 m.w.N.

¹⁶Vgl. BVerfGE 87, 209.

¹⁷Vgl. Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (2008), Art. 1 Rn. 7 m.w.N..

¹⁸BVerfGE 45, S. 187, 229.

¹⁹„Art. 1 I bringt in seinem S. 2 als einzige Grundrechtsnorm der Verfassung explizit die doppelte

Zugleich wird dem Art. 1 I GG eine subjektiv-rechtliche Grundrechtsqualität zugesprochen.²⁰

Grundrechtsberechtigte der Menschenwürdegarantie sind alle natürlichen Personen,²¹ nicht jedoch juristische Personen oder Gruppen bzw. Personenvereinigungen.²² Dabei ist unerheblich, ob sich der Träger seiner Menschenwürde bewusst ist und sie selbst zu wahren weiß.²³ Die Menschenwürde ist unabhängig vom physischen, psychischen und ethisch-moralischen Entwicklungsstadium des menschlichen Lebens.²⁴ Sie ist ein objektiver, unverfügbarer Wert, auf den der Einzelne nicht freiwillig wirksam verzichten kann.²⁵

Der Inhalt der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG bedarf einer restriktiven Interpretation, er umfasst damit nur einen Elementarschutz. Dies ist umso mehr geboten, als dass in den letzten Jahren normativer Rang und Absolutheit der Menschenwürdegarantie zum einen durch „Tendenzen zur Trivialisierung, zur Aufblähung und zur Ubiquität des Rekurses auf Art. 1 I GG“²⁶, zum anderen durch eine Überhöhung für einen Problemlöser für alle komplexen und epochalen Entwicklungsprozesse herausgefordert wurden.²⁷ So ist die Menschenwürde nicht schon dann verletzt, wenn jemand

Wirkdimension der Grundrechte zum Ausdruck: „zu achten und zu schützen“. Höfling in: Sachs (2009) GG-Kommentar, Art. 1, Rn. 46.

²⁰Höfling in: Sachs (2009) GG-Kommentar, Art. 1, Rn. 7 m.w.N..

²¹„Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Würde zu.“ BVerfGE 39, 1, 41; bestätigt durch BVerfGE 88, 203, 252.

²²Höfling in: Sachs (2009) GG-Kommentar, Art. 1, Rn. 64. Der Ausschluss von Gruppen bzw. Personenvereinigungen schließt jedoch nicht aus, „dass ein Angriff auf eine bestimmte Gruppe zugleich eine Würdeverletzung einzelner Gruppenangehöriger beinhalten kann.“

²³BVerfGE 39, 1, 41; 88, 203, 252.

²⁴Hofmann in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (2008), Art. 1, Rn. 10.

²⁵h.M., siehe auch BVerwGE 64, S. 274, 279 f. Deswegen wurde die Verletzung der Menschenwürde bei „Peep-Shows“ nicht dadurch ausgeräumt oder gerechtfertigt, dass die auftretenden Frauen freiwillig handeln. Auch beim „Zwergenweitwurf“ soll es nicht darauf ankommen, dass der betroffene Mensch sich freiwillig werfen lässt. Die Einwilligung der Kandidaten von „Big Brother“ in Kenntnis aller Konsequenzen soll keine Legitimation für ihre menschenunwürdige Behandlung sein, da der einzelne Mensch auf seine Subjektsqualität nicht selbstbestimmend verzichten kann. Auch bei der Prostitution soll die Freiwilligkeit der Teilnahme eine Verletzung der Menschenwürde nicht aufheben. Vgl. Köhne, GewArch 2004, S. 285 ff.

²⁶Dreier, in: Dreier (2004), Art. 1 I, Rn. 46 f. Beispiele für eine Trivialisierung sind die Annahme einer Menschenwürdeverletzung durch das Beibringen von Spesenbelegen, das Verbot der Unfallflucht, die Pflicht zum Tragen einer Amtstracht für Rechtsanwälte u.a. Dreier spricht an dieser Stelle von 'Inflationsgefahr', Art. 1 I GG, Rn. 48.

²⁷Dreier, in: Dreier (2004), Art. 1 I, Rn. 46 f. Als Beispiele werden u.a. Atomenergie, Biotechnologie genannt, Rn. 49. „Die inflationäre Inanspruchnahme des stolzen ersten Artikels der Verfassung nimmt ihm aber den Absolutheitscharakter und führt konstraintentional zu seiner Entwertung.“, Rn. 169.

in Umständen lebt, die die Allgemeinheit als wenig würdig ansieht.²⁸ Die Garantie der Menschenwürde ist danach in einem soziologischen Sinn nur Tabugrenze.²⁹

Die insbesondere von der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur verwendete und auf Günter Dürig zurückgehende sog. Objektformel definiert Menschenwürde aus Art. 1 GG als die „Natur des Menschen schlechthin“ und als den personalen Eigenwert, der dem Menschen kraft seines Menschseins zufließt. Geschützt ist der Kernbereich menschlicher Existenz.³⁰ Die Menschenwürde ist danach verletzt, „wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zu einer vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.“³¹ Die philosophische Begründung dieser Position findet sich in Immanuel Kants Werk „Metaphysik der Sitten“.³² In der „Tugendlehre“ heißt es dort: „Allein der Mensch als Person betrachtet, d. i. als Subjekt einer moralisch-praktischen Vernunft, ist über allen Preis erhaben; denn als ein solcher (*homo noumenon*) ist er nicht bloß als Mittel zu anderen ihren, ja selbst seinen eigenen Zwecken, sondern als Zweck an sich selbst zu schätzen, d. i. er besitzt eine Würde (einen absoluten Wert).“³³ Die sog. Objektformel ist indessen vielfach kritisiert worden. So gilt sie als zu vage oder als Passpartout für subjektive Wertungen.³⁴

Die Vertreter einer subjektiven Theorie³⁵ sehen in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG das Recht auf Selbstbestimmung und eigenverantwortlicher Lebensgestaltung jedes Einzelnen. Der Mensch ist danach ein geistig-sittliches Wesen, das darauf angelegt ist, in Freiheit über sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten.³⁶ Die Menschenwürde des Art. 1 I GG schützt somit die Individualität jedes Menschen. Einbegriffen ist die Entscheidung jedes Menschen über sich selbst zu verfügen³⁷ und sein Leben eigenverantwortlich zu gestalten. Nach der subjektiven Theorie unterliegt der Inhalt der Menschenwürde unzähligen unterschiedlichen Vorstellungen und Wertun-

²⁸Vgl. h.M., Jarass in: Jarass/Pieroth (2009), Art. 1, Rn. 7.

²⁹Höfling in: Sachs (2009), Art. 1, Rn. 17; siehe auch Kluth in: FS Isensee (2007), S. 535 ff.; Poscher, JZ 2004, S. 756, 758 ff.

³⁰Höfling in: Sachs (2009), Art. 1, Rn. 16.

³¹Herdegen in: Maunz/Dürig (2009), Art. 1 Abs. 1, Rn. 28.

³²Kant, Die Metaphysik der Sitten, Königsberg 1797.

³³Kant, Die Metaphysik der Sitten, Weischedel-Werkausgabe IV, S. 569 (A 93). Schon 1785 formuliert Kant in der „Grundlegung zu einer Metaphysik der Sitten“ den bekannten „praktischen Imperativ“: „Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.“ Weischedel-Werkausgabe IV, S. 61 (BA 66/67).

³⁴Nettesheim AöR 2005, S. 71, 79 ff; Herdegen JZ 2001, S. 773, 775.

³⁵Siehe zu den Theorien im Einzelnen, Pieroth/Schlink (2008), Rn. 368 ff.

³⁶Vgl. BVerfGE 45, S. 187, 227.

³⁷Vgl. BVerfGE 49, S. 286, 298.

gen, die es ausschließen, dem unbestimmten Rechtsbegriff der Menschenwürde einen rein objektivrechtlich festgelegten Inhalt mit solcher Trennschärfe zu geben, der einen schlichten Subsumtionsvorgang ermöglicht.³⁸ Eine abstrakte Definition und Festlegung von Menschenwürde, die jeden Einzelnen umfasst, ist danach nicht denkbar. Denn eine solche würde eine bestimmte Sichtweise und Wertung vom Wesen des Menschen und damit auch eine Bevorzugung der einen Wertung vor einer anderen festlegen und folglich das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen einschränken.³⁹

Die Rechtsprechung des BVerfG ist der Kritik der Vertreter der subjektiven Theorie überzeugend mit einer Anknüpfung der sog. Objektformel an einen Subjektbegriff begegnet: Das Subjekt ist die selbstbewusste, selbstverantwortliche und sich selbst entfaltende Person, wie sie im Grundgesetz vorausgesetzt und zugleich konstituiert ist.⁴⁰ Die Subjektqualität eines Menschen darf danach nicht prinzipiell in Frage gestellt werden.⁴¹ Geschützt ist damit die menschliche Identität und Personalstruktur. Weiter erfasst die Menschenwürde einen „absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung.“⁴² Sie zielt auf die Bewahrung der Selbstidentifikation sowie den Schutz des Eigenwerts des Menschen und die Entfaltung personeller Gestaltungsmöglichkeiten.⁴³ Die Menschenwürde umfasst danach die Entscheidung jedes Einzelnen, wie er sein Schicksal gestalten will, als Teil seiner freien Entfaltung seiner Fähigkeiten und Kräfte. Diese individuelle Freiheit stößt erst dann an ihre Grenzen, wenn Rechte anderer oder die Allgemeinheit beeinträchtigt werden.⁴⁴ Der im Achtungsgebot der Menschenwürde wurzelnde Autonomieanspruch hat damit regelmäßig Vorrang vor der staatlichen Schutzpflicht, dem

³⁸Vgl. Kunig in: von Münch/Kunig, GG (2000), Art.1 Rn. 22.

³⁹Nach der subjektiven Theorie bestimmen also sowohl Darstellerinnen in Peepshows, Prostituierte, als auch kleinwüchsige Menschen, die sich zum sog. „Zwergenweitwurf“ bereit erklären selbstbestimmt über ihr Leben, entfalten in ihren Tätigkeiten sich selbst und nehmen somit ihre Menschenwürde wahr. Konsequenz der subjektiven Theorie ist, dass jedes Verhalten oder Handeln eines freien Individuums als selbstbestimmt und damit für diesen Menschen als menschenwürdig anzusehen ist. Die Frauen in Peepshows, die kleinwüchsigen Menschen beim „Zwergenweitwurf“ und die Kandidaten der Sendung „Big Brother“ haben sich freiwillig zur Teilnahme an den Veranstaltungen entschlossen. „Sie haben für sich selbst entschieden, dass sie sich in der jeweiligen Art und Weise präsentieren wollen. Sie nehmen damit als Subjekte ihr Recht auf Selbstdarstellung wahr und bewegen sich im Rahmen der von ihnen für sich selbst definierten Würde. Von einem Missbrauch der Betroffenen durch die Veranstalter oder die Betrachter als Objekte kann deswegen keine Rede sein.“ Vgl. Köhne, GewArch 2004, S. 285 ff.

⁴⁰BVerfG NJW 2006, S. 751, 757; Kersten (2004), S. 456 ff.

⁴¹BVerfGE 50, S. 166, 175; BVerfGE 87, S. 209, 228.

⁴²BVerfGE 109, 279, 313.

⁴³Vgl. Hofmann in: Schmitd-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (2008), Art. 1 Rn. 7 m.w.N.

⁴⁴Siehe BVerfGE 48, 286, 298.

Einzelnen „würdeloses“ Betragen zu verbieten.⁴⁵

In einem engen Zusammenhang mit der Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 I GG steht somit das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und der daraus abgeleiteten allgemeinen Handlungsfreiheit, die im Gegensatz zu der Garantie der Menschenwürde durch Gesetz beschränkt werden kann. Der Persönlichkeitsschutz aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG erfolgt damit auch um der Würde des Einzelnen willen.⁴⁶

1.4 Die Peepshow-Entscheidung des BVerwG und die Kritik

1.4.1 Die Entscheidung des BVerwG

Die viel zitierte und kritisierte Peepshow-Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 1981⁴⁷ zeigt exemplarisch die Schwierigkeiten, die im Rahmen der Interpretation des Schutzes der Menschenwürde aus Art. 1 I GG auftreten.⁴⁸ Diese sind auf die Frage der Bewertung von Prostitution als Verstoß gegen die Menschenwürde übertragbar.

Bei der sog. ersten Peepshow-Entscheidung der BVerwG aus dem Jahr 1981 hatte das Gericht entschieden, dass die Peepshow die Menschenwürde der darstellenden Frau verletze, indem ihr eine objekthafte Rolle zugewiesen und dadurch eine Sicht auf die Frau erzeugt werde, die diese zur Ware degradiere. Gleichzeitig verstieße die Peepshow gegen die guten Sitten.⁴⁹ Der 'Warencharakter' der darstellenden Frau wurde zum einen mit dem einseitigen Sichtkontakt seitens des Kunden auf die sich auf einer drehenden Scheibe befindenden nackten Darstellerin begründet. Zum anderen führten die Einzelkabinen der Kunden, die ihnen die Möglichkeit der Selbstbefriedigung böten, und der Einwurf einer Münze gegen Klappmechanismus zu der Degradierung der darstellenden Frau zur Ware.⁵⁰ Irrelevant war laut BVerwG, dass „die in einer Peep-Show auftretende Frau freiwillig handelt.“⁵¹ Dem Gericht genügte es, dass die Menschenwürde der Frau allein schon durch die Art und Weise des Ablaufs einer Peepshow objektiv verletzt sei. Diese normative Entscheidung müsse danach auch gegen abweichende subjektive Vorstellungen der Darstellerin durchgesetzt werden.⁵²

Im Zuge der Peepshow-Entscheidung und der Einstufung der Peepshow als Verletzung der Menschenwürde der freiwillig handelnden Darstellerin wurde als *argumentum a*

⁴⁵Kunig in: von Münch/Kunig (2000), Art. 1, Rn. 34.

⁴⁶Vgl. ebd. Art. 1, Rn. 10.

⁴⁷BVerwGE 64, S. 274 ff.; BVerwG NJW 1982, S. 664 ff.

⁴⁸Siehe ausführlich hierzu: Laskowski (1997), S. 185 ff.

⁴⁹BVerwGE 64, 274, 278 f.

⁵⁰Ebd.

⁵¹Ebd. S. 279.

⁵²Ebd. S. 280

maiore ad minus angeführt, dass auch Prostitution gegen die Menschenwürde der sich prostituierenden Frau verstoße. Denn in der Prostitution komme es im Gegensatz zur Peepshow sogar zum entgeltlichen Geschlechtsverkehr und dies berühre die Intimsphäre stärker als nur die entgeltliche Selbstdarstellung. So hatte das VG Minden im Jahr 1988 in Anlehnung an die sog. Peepshow-Entscheidung des BVerwG entschieden, dass Prostitution nach vorherrschender Auffassung nicht nur eine sitten- und sozialwidrige Tätigkeit darstelle, sondern darüber hinaus für die freiwillig tätige Prostituierte menschenunwürdig i.S.d. Art. 1 I GG sei. Niemand könne wirksam auf die Menschenwürde verzichten.⁵³

1.4.2 Die Kritik an der sog. ersten Peepshow-Entscheidung des BVerwG

Die sog. erste Peepshow-Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 1981 stieß in der juristischen Fachöffentlichkeit auf heftige Kritik. In der Auseinandersetzung prallten ein rein objektivrechtlich festgelegter Inhalt des Menschenwürdebegriffs und ein subjektiver Inhalt von Menschenwürde, der das subjektive Selbstbestimmungsrecht als besonderen Ausdruck von Menschenwürde ansieht, aufeinander. So stand im Mittelpunkt der Kritik der Konflikt zwischen subjektiver Freiheit, also der Selbstbestimmung und Freiwilligkeit der in einer Peepshow freiwillig arbeitenden Frau, und objektiv bestimmter Menschenwürde. Stimmen gegen den rein objektivrechtlich festgelegten Inhalt der Menschenwürde führten in ihrer Argumentation an, dass der Mensch im Vollbesitz seiner Menschenwürde in die Selbsterniedrigung schreiten könne⁵⁴ und dass Frauen mit der Festlegung einer Menschenwürdeverletzung ihr Selbstbestimmungsrecht in der Entscheidung, als Darstellerin in einer Peepshow zu arbeiten, genommen würde.⁵⁵ Denn zur Menschenwürde gehöre gerade nicht, zur Leistung einer bestimmten Würde gezwungen zu werden. Das Selbstbestimmungsrecht der sich freiwillig darstellenden Frau müsse vielmehr maßgebliche Instanz für die Bestimmung der eigenen Würde sein.⁵⁶ Die betroffene Frau würde ansonsten vom selbstbestimmten Subjekt zum „Objekt erzieherisch-fürsorglicher Maßnahmen im Namen vermeintlich herrschender Vorstellungen würdigen Verhaltens.“⁵⁷

Weder das BVerwG noch die Kritiker an der Entscheidung des BVerwG setzten sich in ihrer Argumentation über das Für und Wider einer Menschenwürdeverletzung der Dar-

⁵³Vgl. VG Minden, NVwZ 1988, S. 663.

⁵⁴Herdegen in: Maunz/Dürig (2009), Art. 1 Abs. 1, Rn. 32.

⁵⁵Würkner, NVwZ 1988, S. 600; Podlech in: AK-GG (2001), Art. 1 Rn. 46.

⁵⁶Podlech in: AK-GG (2001), Art. 1 Rn. 46; Blankenagel, KritJ 20 (1987), S. 379, 385; Hasso Hofmann, AöR 118 (1993), S. 353, 362.

⁵⁷Frankenberg, KritJ 33 (2000), S. 325, 331.

stellerin in einer Peepshow mit den offensichtlich geschlechtsspezifischen Rollenzuteilungen der darstellenden Frau und des männlichen Kunden in Peepshows auseinander. Eine Analyse von Peepshows unter Gesichtspunkten der Geschlechterungleichheiten unterblieb.⁵⁸ So wird eine mögliche sexuelle und strukturelle Diskriminierung der Darstellerinnen in Peepshows und damit deren soziale Hierarchisierung von keiner Seite in Betracht gezogen. Baer (1995) geht davon aus, dass „schon eine oberflächliche Betrachtung von Peepshows aber auch von anderen „Unternehmen“ in der sog. Sexindustrie [...] leicht erkennen [lässt], dass die Darstellerinnen Frauen sind, die Kunden und "Unternehmer", die die Arbeitsbedingungen der Frauen festlegen, hingegen Männer.“⁵⁹

Die Kritiker an der Entscheidung des BVerwG stützen ihre Argumentation allein auf die Freiwilligkeit der darstellenden Frauen, die Ausdruck ihrer Selbstbestimmung sei,⁶⁰ ohne jedoch diese Freiwilligkeit kritisch in den Kontext der sozialen Lebensrealität der Frauen zu setzen. Die Freiwilligkeit der Darstellerinnen wird in der Kritik gegen die aufgezwungene Sittlichkeit des BVerwG gestellt, ohne die Bedingungen der freiwilligen Entscheidung zu analysieren.⁶¹

Die Argumentation des BVerwG hingegen möchte abstrakt eine Würde der Frauen und eine Sittlichkeit in der Gesellschaft schützen, ohne sich für die Sicht der Frauen und die Bedingungen der Freiwilligkeit, die die Frauen in Peepshows arbeiten lassen, zu berücksichtigen und zu untersuchen. Das Gericht konzentriert sich in seiner Entscheidung vielmehr auf die Ausbeutung des männlichen Sexualtriebs in einer Peepshow, also der Sexualität der männlichen Kunden. Die mögliche Ausbeutung der weiblichen Sexualität der darstellenden Frauen in einer Peepshow wird weder vom BVerwG noch von den Kritikern in Betracht gezogen. Die Lebensrealität der Frauen bleibt somit sowohl in den Entscheidungen des BVerwG als auch in den Kritiken außen vor. Strukturelle Diskriminierung wie die Segregation des Arbeitsmarktes zulasten von Frauen, Geschlechterungleichheiten und geschlechtsspezifische Rollenzuteilungen in Gesellschaft und in zusätzlich sexistischer Weise in der Sexindustrie, Ausbeutung der weiblichen Sexualität und Abhängigkeiten werden nicht wahrgenommen. Das pauschale Argument der Freiwilligkeit und der Selbstbestimmung der Frauen verschließt die Augen vor der sozialen Realität. Die Fiktion der Selbstbestimmung dient damit sowohl dem BVerwG als auch den Kritikern als Grundlage der Menschenwürde der Frauen.⁶² Die verfassungsrechtli-

⁵⁸Vgl. Baer (1995), S. 212 f.

⁵⁹Ebd. S. 213 f.

⁶⁰Würkner, NVwZ 1988, S. 600.

⁶¹Schitteck, NVwZ 1988, S. 804 f.

⁶²Vgl. Baer (1995), S. 212 ff. „Schließlich offenbart die juristische Reaktion auf Peep-Shows, daß Recht bislang nicht darauf angelegt ist, sexuelle Diskriminierung überhaupt wahrzunehmen. Das Ge-

che Alternative zu der vom BVerwG und den Kritikern gewählten Argumentation einer Menschenwürdeverletzung aus Art. 1 I GG hätte auch damals schon darin gelegen, die Lebensrealität der darstellenden Frauen in Peepshows zu analysieren, die Geschlechterungleichheiten sowie eine sexuelle und strukturelle Diskriminierung zu erkennen und dementsprechend Art. 3 II GG a.F. als Maßstab der Prüfung heranzuziehen.⁶³

1.5 Bewertung von Prostitution als Verletzung der Menschenwürde aus Art. 1 I GG

Die Analyse der verfassungsrechtlichen Auslegung von Menschenwürde und die Auseinandersetzung mit der sog. Peepshow-Entscheidung des BVerwG einschließlich ihrer Kritik machen deutlich, dass die Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 I GG nicht der geeignete Bezugspunkt für ein wirkungsvolles Recht gegen sowohl strukturelle als auch sexuelle Diskriminierung, wie sie in der Prostitution zum Ausdruck kommt, ist.⁶⁴ Denn Menschenwürde i.S.d. Art. 1 I GG findet ihren Ausdruck in der freien Selbstbestimmung und in der Entscheidung jedes Einzelnen, wie er sein Schicksal gestalten will. Damit hat sich das Grundgesetz für die Garantie einer größtmöglichen Selbstbestimmung und Autonomie des einzelnen Menschen entschieden. Folge ist, dass der Einzelne zu allererst selbst bestimmt, was seine Würde ausmacht. Diese individuelle Freiheit stößt erst dann an ihre Grenzen, wenn Rechte anderer oder der Allgemeinheit beeinträchtigt werden.⁶⁵ Deshalb ist es nicht Aufgabe des Staates, Menschen vor den Folgen ihrer Lebensentscheidung zu schützen, die diese in freier Selbstverantwortung getroffen haben. Die freiwillige Entscheidung zur Prostitution, d.h. die Entscheidung zur Prostitution, die nicht auf äußerlichen Zwang beruht, wird deshalb als in freier Selbstverantwortung getroffene Entscheidung bewertet und ist damit zugleich Ausfluss der Menschenwürdegarantie.⁶⁶

Dies setzt allerdings voraus, dass Frauen, die sich für die Prostitutionsausübung entscheiden, nicht konzentriert sich auf männliche Sexualität. Problematisch sei die Ausbeutung des Sexualtriebes, damit also die hier gekaufte Sexualität der männlichen Betrachter, nicht aber die Ausbeutung der Frauen.“ (S. 213.)

⁶³Ebd. S. 213.

⁶⁴Vgl. hierzu *Kapitel I*

⁶⁵So ist die Menschenwürde dann verletzt, wenn durch das selbstbestimmte Verhalten die Grenze der Sozialschädlichkeit überschritten wird. Dies wird u.a. bei spektakulären Selbsttötungen vor den Augen anderer angenommen. Vgl. v. Olshausen, NJW 1982, S. 2221, 2223.

⁶⁶Siehe BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 8. „Freiwilligkeit bedeutet in diesem Zusammenhang mit dem sexuellen Selbstbestimmungsrecht, dass Individuen frei über das „Ob“, das „Wann“ und das „Wie“ einer sexuellen Begegnung entscheiden können.“

scheiden, reale Handlungsoptionen in der sozialen Realität und damit einen realen Spielraum für die Ausübung ihrer Selbstbestimmung haben. Dass diese Freiwilligkeit in einer sozialen Lebenswirklichkeit, die eine Geschlechterhierarchisierung in Form struktureller und sexueller Diskriminierung aufweist, nicht ohne weiteres angenommen werden kann, ist offensichtlich. So erkennt auch die Bundesregierung im Jahr 2007, dass es „eine soziale Realität [ist], dass viele Prostituierte sich in einer sozialen und psychischen Situation befinden, in der es fraglich ist, ob sie sich wirklich frei und autonom für oder gegen diese Tätigkeit entscheiden können.“⁶⁷

Für Baer (1995) ist „[e]chte Freiwilligkeit [...] im Kontext sexueller Diskriminierung eine Fiktion; sie wird gerade durch Diskriminierung unmöglich gemacht. Soweit sie für den Schutz der Menschenwürde zentral ist, tendiert Recht entsprechend dazu, die realen Lebensbedingungen und die Freiwilligkeits- oder Selbstbestimmungschancen von Frauen zu ignorieren oder setzt eine unechte, nämlich geschlechtsspezifisch defizitäre Freiwilligkeit als „echte“ voraus, was Diskriminierung perpetuiert.“⁶⁸

Die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG konzentriert sich, indem sie den Schutz der freien Entscheidung und Selbstverantwortung des Einzelnen gewährleistet, vornehmlich auf das Individuum und nicht auf eine Gruppe von Personen. Sexuelle und strukturelle Diskriminierungen von Frauen wie die Degradierung von Frauen zu Sexualobjekten oder die weiterhin bestehende Segregation des Arbeitsmarktes als Anerkennung einer Verletzung der Menschenwürde der Gruppe 'Frau' finden sich bislang in den Interpretationen des Menschenwürdesatzes nicht.⁶⁹ Primat des Inhalts der Menschenwürdegarantie ist damit der einzelne Mensch in seiner freien Selbstbestimmung. Die Einbeziehung der Umstände und Gegebenheiten, unter denen sich eine (vermeintlich) freie und autonome Entscheidung von Individuen bildet, findet nach der herkömmlichen Interpretation der Menschenwürdegarantie nicht statt. Damit ist die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG keine geeignete Grundlage für Recht gegen sexuelle und strukturelle Diskriminierung von Frauen.

Der Gesetzgeber wollte mit Erlass des ProstG die soziale und rechtliche Diskriminierung von Prostituierten verbessern.⁷⁰ Das ProstG bezweckt deshalb ein Antidiskrimi-

⁶⁷BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 9.

⁶⁸Baer (1995), S. 197.

⁶⁹Anerkannte Fallgruppen für eine Menschenwürdeverletzung von Gruppen sind systematische und rechtliche Diskriminierungen aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten 'Rasse', Formen von Sklaverei, und Menschenhandel. Vgl. BVerfGE 1, 97, 104; 45, 187, 228; Podlech in: AK-GG (2001), Art. 1 Rn. 30.

⁷⁰Siehe BT-Drs. 14/5958, S. 4,5; BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 6. „Mit dem Gesetz sollte die rechtliche und soziale Lage der Prostituierten verbessert werden.“

nierungsrecht für Prostituierte zu sein. Es setzt zugleich die Freiwilligkeit der Prostitutionsausübung durch eine frei getroffene Lebensentscheidung jeder einzelnen Person zur Prostitution voraus.⁷¹ Das ProstG beinhaltet somit eine Konzeption von Recht gegen Diskriminierung, das sich an dem Inhalt des Menschenwürdesatzes orientiert. Damit ignoriert es vollständig das kollektive Phänomen von sexueller und struktureller Diskriminierung von Prostituierten.⁷²

2 Prostitution als sittenwidrige Tätigkeit i.S.d. § 138 I BGB

Bis zum Inkrafttreten des ProstG am 01.01.2002 wurde ein Vertrag zwischen Prostituierter und Freier über eine sexuelle Dienstleistung gegen Entgelt allgemein als rechtlich sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB bewertet mit der Folge der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.⁷³ Die Sittenwidrigkeit wurde dabei seitens der Rechtsprechung insbesondere aus der Verletzung der Menschenwürde aus Art. 1 I GG abgeleitet.⁷⁴

2.1 Die eigenständige Bewertung der Sittenwidrigkeit von Prostitution

Eine eigenständige Bedeutung der Sittenwidrigkeit von Prostitution ist dann gegeben, wenn eine Verletzung der Menschenwürde verneint wird. Denn nach § 138 I BGB kann auch dann die Sittenwidrigkeit und damit die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts vorliegen, wenn keine Verletzung der Menschenwürde aus Art. 1 I GG angenommen wird.⁷⁵ Eine eigenständige Bedeutung der „Sittengesetze“ lässt sich daneben aus Art. 2 I GG

⁷¹Vgl. Baer (1995), S. 204: „Die Achtung der Menschenwürde verlangt Recht, das auf die einzelne Person und ihren Willen abstellt.“

⁷²Baer (1995), S. 196. „Der Versuch, der kollektiv bezogenen Definition des Geschlechts individuell zu entkommen, ist häufig Teil von Anpassung an die Diskriminierung selbst.“

⁷³Vgl. BVerwG DÖV 1990, S. 707, 708; VGH Mannheim NVwZ 1988, S. 640, 641; BGH NJW 1976, S. 1883, 1885.

⁷⁴BVerwG 64, S. 277 ff.; VG Minden, NVwZ 1988, S. 666. So sah das BVerwG beispielsweise Gemeinsamkeiten zwischen Prostitution und Peepshows und folgerte daraus die Sittenwidrigkeit der Prostitution (BVerwG DÖV 1990, S. 707, 708.). Im Jahr 1999 entschied das Landgericht Tübingen, dass Eigentümern von Wohnungen bei Wohnungsprostitution aufgrund der Sittenwidrigkeit der Tätigkeit ein Unterlassungsanspruch gem. § 1004 BGB i.V.m. § 15 III WEG zustehe und zwar unabhängig von einer tatsächlichen sittlichen Belästigung (vgl. LG Tübingen, MDR 2000, S. 386, 387).

⁷⁵BVerwGE 84, S. 314, 317 ff.; VG Minden, NVwZ 1988, S. 641.

ableiten. Dort sind als Schranke der Handlungsfreiheit neben der verfassungsmäßigen Ordnung die „Sittengesetze“ aufgeführt. Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts i.S.d. § 138 I BGB wird regelmäßig als ein Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller „billig und gerecht Denkenden“ definiert.⁷⁶ Der unbestimmte Rechtsbegriff der guten Sitten bedarf der inhaltlichen Präzisierung: Konkretisierend werden die in der Gemeinschaft herrschenden moralischen Anschauungen herangezogen. Der Begriff wird also durch die herrschende Rechts- und Sozialmoral inhaltlich besetzt und unterliegt damit dem Wandel.⁷⁷ Jedoch betraf die Bewertung der Sittenwidrigkeit von Prostitution in der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des ProstG ausschließlich die Prostituierte und nicht den Freier. So hat der BGH hinsichtlich der Sittenwidrigkeit von Prostitution argumentiert, Prostitution sei „die Ausbeutung der Triebhaftigkeit, Abenteuersucht, jugendliche[n] Unerfahrenheit, auch [der] [...] Trunkenheit der Freier“.⁷⁸ Ähnlich wie in der Argumentation des BVerwG in der sog. Peepshow-Entscheidung fehlte auch hier die Einbeziehung und Würdigung der sozialen und gesellschaftlichen Realität der Frauen, die in der Prostitution arbeiten. Eine Sittenwidrigkeit aufgrund der Ausbeutung ihrer Sexualität oder ihres sozialen Status durch die Freier wurde nicht in Betracht gezogen.

Aufgrund der Bewertung von Prostitution als sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB mit der Folge der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zwischen Prostituierte und Freier, hatte die Prostituierte weder einen Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Entgelts gegenüber dem Freier,⁷⁹ noch hatte sich der Freier bei Nichtzahlen eines Betrugs i.S.d. § 263 I StGB gegenüber der Prostituierten strafbar gemacht. Der BGH hat im Jahr 1976 eine Entscheidung, nach der einer Prostituierten Ersatz des entgangenen Lohns zugesprochen wurde, allein auf Billigkeitserwägungen gestützt. Zugleich hielt der BGH in der Entscheidung ausdrücklich an der Sittenwidrigkeit von Prostitution fest. Die Billigkeitserwägungen des BGH fußten auf der Auffassung, dass bei Vorhandensein eines Schädigers, hier des Freiers, der Schaden nicht auf Kosten der Allgemeinheit, hier der Sozialhilfe der Prostituierten, abgewälzt werden dürfe.⁸⁰

⁷⁶RGZ 48, S. 114, 124; BGHZ 10, S. 228, 232; 69, S. 295, 297; BAG NJW 1976, S. 1985.

⁷⁷Ellenberger in: Palandt-Heinrich (2009), § 138 BGB, Rn 2-4, 10.

⁷⁸BGHZ 67, S. 125.

⁷⁹Ellenberger in: Palandt-Heinrich (2009), § 138 BGB, Rn 2, 9, 10.

⁸⁰BGH NJW 1976, S. 1883, 1885.

2.2 Ablehnung der Sittenwidrigkeit von Prostitution schon vor Inkrafttreten des ProstG

2.2.1 Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin vom 01.12.2000

Als Erfolg und Durchbruch gegen die Bewertung der Sittenwidrigkeit von Prostitution wurde die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin vom 01.12.2000⁸¹ gefeiert.⁸² Teile des rechtswissenschaftlichen Schrifttums sind der Auffassung, dass die Entscheidung des VG Berlin die Ausarbeitung des ProstG zumindest in seiner Endphase unterstützt und beschleunigt hat⁸³ und den Berliner Richtern der Ruhm gebühre, die längst überfällige Kehrtwende als Erste vollzogen zu haben.⁸⁴

Die 35. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin entschied am 1.12.2000 auf die Klage einer Bordellbetreiberin im Fall des Bordells „Cafe Pssst“, dass „Prostitution, die von Erwachsenen freiwillig und ohne kriminelle Begleiterscheinung ausgeübt wird, (...) nach den heute anerkannten sozialetischen Wertvorstellungen in unserer Gesellschaft - unabhängig von einer moralischen Beurteilung - nicht mehr als sittenwidrig anzusehen“ ist.⁸⁵ Der Entzug einer Gaststättenerlaubnis könne daher nicht darauf gestützt werden, dass die Wirtin eines Bordells der „Unsittlichkeit Vorschub leiste“. Zwar bezieht sich das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin auf den Begriff der Sittenwidrigkeit innerhalb des gewerblichen Ordnungsrechts (§ 4 I Nr. 1 des Gaststättengesetzes (GastG)), jedoch ist der Begriff der guten Sitten nahezu deckungsgleich mit dem Schutzgut der öffentlichen Ordnung, welche wiederum als Oberbegriff der Sittenwidrigkeit im öffentlich-rechtlichen Sinne zu bewerten ist.⁸⁶ Auch der Gesetzgeber des ProstG bezieht sich in der Gesetzesbegründung ausdrücklich auf die Entscheidung des Berliner Verwaltungsgerichts und zwar ohne Einschränkung auf ein bestimmtes Rechtsgebiet.⁸⁷

Die Berliner Richter argumentierten in der Entscheidung, dass das Gaststättenrecht als Teil des gewerblichen Ordnungsrechts die Gesellschaft vor Verhaltensweisen schützen sollte, die sozialrelevant seien, die Allgemeinheit beeinträchtigten und einem geordneten menschlichen Zusammenleben entgegenstünden. Der Begriff der Unsittlichkeit von § 4 I Nr. 1 GastG sei nicht als Moralbegriff oder ethische Forderung zu verstehen. Der

⁸¹VG Berlin, 35. Kammer, Urteil vom 01.12.2000, Aktenzeichen: 35 A 570.99 (Version von Juris-Datenbank, recherchiert am 01.04.2009).

⁸²Vgl. Die Welt vom 02.12.2000 „Prostitution verstößt nicht mehr gegen die guten Sitten“.

⁸³Zimmermann (2002), S. 11.

⁸⁴Rautenberg, NJW 2002, S. 650 f.

⁸⁵VG Berlin, 35. Kammer, Urteil vom 01.12.2000, Aktenzeichen: 35 A 570.99, Rn. 25.

⁸⁶Ebd. Rn. 18.

⁸⁷BT-Drs. 14/5958 S. 4.

Richter, der über eine Unsittlichkeit zu entscheiden habe, dürfe sich bei der Analyse der herrschenden gesellschaftlichen Wertvorstellungen nicht auf sein persönliches sittliches Gefühl verlassen, sondern müsse konkrete Anhaltspunkte hierfür heranziehen. Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Prostitution gebe es eine Vielzahl von Indizien, die nahe legten, dass Prostitution von der Mehrheit der Gesellschaft nicht mehr als sittenwidrig beurteilt würde.⁸⁸ Des Weiteren würden „Saubere Bordelle“, d.h. Bordelle ohne der milieutypischen Begleitkriminalität von den Behörden weitgehend geduldet.⁸⁹ „Im übrigen ist es nicht Zweck dieser Rechtsnormen (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG (Anmerk.d.Verf.)), die Sittlichkeit um ihrer selbst willen zu wahren oder den Menschen ein Mindestmaß an Sittlichkeit vorzuschreiben und dieses mit den gewerberechtlichen Überwachungsmitteln durchzusetzen; insoweit betrachtet das Gaststättengesetz die Angehörigen des Gaststättengewerbes nicht als Sittenwächter der Allgemeinheit.“⁹⁰ Die Richter des Berliner Verwaltungsgerichts hatten ihre Rechtsfindung auf eine demoskopische Erhebung⁹¹, das allgemeine Medienecho⁹² und auf die Ergebnisse der von ihnen befragten Wissenschaftlern, Verbänden, Gewerkschaften und kirchlichen Stellen gestützt.⁹³ Die Ergebnisse der Umfrage fasste das Gericht wie folgt zusammen:

⁸⁸VG Berlin, 35. Kammer, Urteil vom 01.12.2000, Aktenzeichen: 35 A 570.99, Leitsatz Nr. 3.

⁸⁹Ebd. Rn. 20.

⁹⁰Ebd. Rn. 18, mit Hinweis auf BVerwGE 49, S. 160, 162 f.

⁹¹Das VG Berlin zog eine längerfristig angelegt demoskopische Erhebung (Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie 1993 – 1997, Bd. 10, München 1997, S. 770 ff.) heran, wonach 1981 noch 42 % der Befragten, 1990 noch 30 % der befragten West-Deutschen und 51% der befragten Ost-Deutschen, im Jahr 1994 aber nur noch 25 % der West-Deutschen und 34 % der Ostdeutschen zustimmten, dass man Prostitution „unter keinen Umständen tun“ darf.

⁹²Das VG Berlin zog aus dem Medienecho über die Verhandlung den Schluss, dass die Tätigkeit der Klägerin als Bordellbetreiberin von einer breiten Öffentlichkeit akzeptiert würde. (VG Berlin, Rn. 31). Unter anderem hatten diverse Zeitungen nach dem ersten Verhandlungstag Presse-Schlagzeilen veröffentlicht, wie z.B. die Berliner Morgenpost „Der Triumph einer Hure“, die FAZ „Im Puff liegt der Fortschritt“ oder die BILD Zeitung „Richter rettet Berlins berühmteste Sex-Bar“.

⁹³So gab Prof. Ursula Nelles vom Institut für Kriminalwissenschaften an der Universität Münster in ihrer Stellungnahme an: „Sittenwidrig ist nicht die Prostitution, sondern unanständig und bigott ist die Art und Weise, in der unsere Rechtsordnung mit Prostituierten verfährt. Es ist längst an der Zeit, dass sich auch in der deutschen Justiz die gewandelte europäische Auffassung niederschlägt, dass Prostitution eine Berufstätigkeit ist und für Prostituierte die Grundfreiheiten des EU-Vertrages in gleicher Weise gelten wie für andere Berufstätige auch (EuGH Rs 115 und 116/81, Slg. 1982, 1665).“ Der Bund Deutscher Kriminalbeamter verweist auf die Veröffentlichung „Prostitution und Zuhälterei - Verteufeln oder Legalisieren?“ von W. Märket in: „Der Kriminalist“, Ausgabe 4/00, S. 54 ff. Darin heißt es u.a.: „Eine rechtliche Anerkennung der Prostitution als Beruf ist mit Sicherheit nur ein kleiner Schritt in die richtige Richtung. Eine Entkriminalisierung der Prostitution und rechtliche Gleichstellung mit anderen Berufen könnte die Prostituierte aus einem ausbeuterischen und stark kriminogenen

„Freiwillig erbrachte sexuelle Dienstleistungen, soweit sie nicht mit Strafrecht oder Jugendschutz kollidieren, werden nüchtern als gesellschaftliche Realität anerkannt. Als „sittenwidrig“ bzw. unanständig und bigott sieht man allenfalls das Verhalten bestimmter Freier bzw. die von Doppelmoral geprägte Rechtspraxis, die nicht die Kunden und die eigentlichen finanziellen Nutznießer der Sexindustrie (bis hin zum Staat mit seinen Steuereinnahmen), sondern ausschließlich die Prostituierten benachteiligt.“⁹⁴

Hinsichtlich einer möglichen Verletzung der Menschenwürde der Prostituierten stellte das Gericht fest, dass die Rechtsprechung bis zu dem damaligen Zeitpunkt auch nicht ansatzweise den Versuch unternommen habe, aufgrund von tatsächlichen Feststellungen hinsichtlich der sozialen und psychischen Situation von Prostituierten sowie ihrer Arbeitsbedingungen zu belegen, warum Prostitution gegen die Menschenwürde verstoßen solle. Prostitution ist nach Ansicht des Gerichts vielmehr eine Dienstleistung, die in „vielfältigen Abstufungen unter Einbeziehung des eigenen Körpers die Befriedigung sexueller Bedürfnisse anderer gegen Entgelt zum Inhalt hat und von Frauen und Männern aus allen sozialen Schichten jeweils in hetero- oder homosexueller Form ausgeübt

Umfeld herausziehen, ohne dass hierdurch der Gesellschaft wesentliche Nachteile entstünden. Mit der Anerkennung der Prostitution sind rechtliche Regelungen aufzuheben, die Prostituierte benachteiligen.“ Der DGB Bundesvorstand sagt in seiner Stellungnahme: „Wir begrüßen die Initiativen des Bundesfrauenministeriums und des Justizministeriums, die zum Ziel haben, die in der Rechtsprechung formulierte Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrages gesetzestechisch zu beseitigen. Hierzu hat der letzte ordentliche DGB-Bundeskongress im Juni 1998 einen entsprechenden Beschluss gefasst. Aus Sicht des DGB und der Mitgliedsgewerkschaften müssen diese Tätigkeiten arbeitsvertrags- und sozialversicherungsfähig gemacht werden. Eine Voraussetzung dafür ist, dass diese nicht als sittenwidrig bezeichnet werden. Prostitution ist eine gesellschaftliche Realität und zum Schutz der Prostituierten ist eine berufsrechtliche Regelung mehr als überfällig.“ Das Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland verweist auf die „Denkschrift zu Fragen der Sexualethik“ der EKD von 1971, in der es unter Ziff. 76 heißt: „Die Kenntnis der Zusammenhänge lässt es nicht zu, die Prostitution unreflektiert zu verurteilen, sondern verlangt, die resignierende Einstellung gegenüber Haltungen und Verhältnissen zu überwinden, die verändert werden können. Die evangelische Kirche hat die Aufgabe, diese Zusammenhänge bewusst zu machen und an ihrer Bewältigung mitzuarbeiten. Ebenso muss sie die Menschenwürde der einzelnen Prostituierten schützen, ihr helfen und sie beraten.“ Zu dieser Hilfe soll - so das Kirchenamt - auch gehören, der Prostituierten trotz bestehender Sittenwidrigkeit der Prostitution eine gewisse rechtliche Sicherheit zu bieten. „Aus der ethischen Kritik an der Prostitution folgt nicht die Forderung eines rechtlichen Verbots, sondern die Aufgabe verantwortlicher Sexualerziehung.“ Dabei handelt es sich um ein Zitat aus Honecker, Grundriß der Sozialethik, Berlin 1995, S. 221, der dort noch ergänzend ausführt: „Der Staat kann, abgesehen von den Verpflichtungen des Jugendschutzes, lediglich die Öffentlichkeit vor Belästigungen durch Prostitution schützen.“ Vgl. VG Berlin 2000, Rn. 40 ff.

⁹⁴VG Berlin, 35. Kammer, Urteil vom 01.12.2000, Aktenzeichen: 35 A 570.99, Rn. 39.

wird.“⁹⁵ Das Gericht betonte daher, dass der Schutz der Menschenwürde keine staatliche Verpflichtung darstelle, ein guter oder richtiger Mensch zu sein. Vielmehr dürfe sich ein Mensch als Teil seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG auch unwürdig verhalten, da diese Handlungsfreiheit Ausdruck der Menschenwürde sei.⁹⁶

2.2.2 Bewertung und Kritik an der Entscheidung des VG Berlin vom 01.12.2000

Die Entscheidung des VG Berlin aus dem Jahr 2000, die Prostitution schon vor Inkrafttreten des ProstG im Jahr 2002 als nicht mehr sittenwidrig bewertete, ist im Ergebnis richtig, da das Verdikt der Sittenwidrigkeit von Prostitution in der Vergangenheit einseitig die Prostituierte diskriminierte und stigmatisierte. Das Berliner Gericht bezog sich in seiner Bewertung auf die Ergebnisse seiner Umfrage, wonach die als freiwillig erbrachte sexuelle Dienstleistung als gesellschaftlich Realität betrachtet und nicht mehr als sittenwidrig bewertet wurde. Dieser Bezug entspricht laut Baer (2001) jedoch nicht der aus den Grundrechten abzuleitenden Anforderung, dass eine Auffassung der Bevölkerungsmehrheit nicht über die Rechte einzelner Individuen entscheiden darf.⁹⁷ Nach Baer (2001) hätte das Gericht vielmehr die Sittenwidrigkeit von Prostitution im Sinne einer fehlenden Gefährdung von Rechtsgütern bewerten müssen.⁹⁸

Daneben untersuchte und bewertete das VG Berlin nicht die Sicht von Prostituierten auf Prostitution, sie waren nicht Teil der Befragung, ob eine sexuelle Dienstleistung gegen das Anstandsgefühl „aller billig und gerecht Denkenden“ verstößt. Wieder einmal waren Sichtweise und Lebensrealität von Prostituierten nicht Bestandteil für die rechtliche Bewertung von Prostitution. Darin zeigt sich eine Parallele zu der viel kritisierten sog. Peepshow-Entscheidung des BVerwG aus dem Jahr 1981. Denn auch das Berliner Verwaltungsgericht ignorierte vollkommen die Geschlechterspezifik, die im sozialen Phänomen der Prostitution sichtbar wird. Vielmehr behauptet das Gericht pauschal, Prostitution werde von Frauen und Männern aus allen sozialen Schichten jeweils in hetero- oder homosexueller Form ausgeübt. Dass Schätzungen von 93 % weiblichen Prostituierten in der vorherrschenden heterosexuellen Prostitution ausgehen und Hauptursache für den Eintritt in die Prostitution in Deutschland in Frauenarmut gesehen wird, bleibt somit unberücksichtigt.⁹⁹ Damit erkennt das Gericht auch nicht

⁹⁵Ebd. Rn. 26.

⁹⁶Ebd.

⁹⁷Vgl. Baer, Streit 2001, S. 19.

⁹⁸Ebd.

⁹⁹Vgl. *Kapitel I*, 1.2.

die soziale Realität von Prostitution, die Ausdruck struktureller geschlechtsspezifischer und sexueller Diskriminierung ist. Auch wenn dies für die Bewertung eines Rechtsgeschäfts als sittenwidrig oder nicht sittenwidrig nach heute herrschender Auslegung des § 138 I BGB, die auf das Anstandsgefühl „aller billig und gerecht Denkenden“ abhebt, letztendlich nicht ausschlaggebend ist, so ist das Bild, das die Berliner Richter unter einigem Aufwand von Prostitution für ihre Entscheidung zeichnen, unvollständig. Darin unterscheidet sich die Entscheidung des Berliner VG nicht von zuvor gefällten Entscheidungen im Bereich der Prostitution. Vom „Ende der Heuchelei“¹⁰⁰ im Bereich der Prostitution kann somit mit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin nicht gesprochen werden.¹⁰¹

2.3 Das ProstG und die Sittenwidrigkeit von Prostitution: Darstellung der unterschiedlichen Auffassungen in Schrifttum und Rechtsprechung

Das ProstG regelt nicht ausdrücklich, ob Prostitution weiterhin als sozial- und sittenwidrig¹⁰² gelten soll.¹⁰³ Aus der Formulierung des § 1 ProstG, dass bei vorheriger Vereinbarung eines Entgelts über sexuelle Dienstleistungen eine rechtswirksame Forderung

¹⁰⁰„Prostitution: Das Ende der Heuchelei ist gekommen!“ so ein Aufsatztitel von Rautenberg, in NJW 2002, S. 650.

¹⁰¹Klägerin im Verfahren vor dem VG Berlin war darüber hinaus nicht eine Prostituierte, sondern eine Bordellbetreiberin. Deren Interesse dürfte hauptsächlich darin bestanden haben, möglichst großen Gewinn mit der sexuellen Dienstleistung von Prostituierten zu erzielen. Auch wenn die Bewertung der Berliner Richter vom Wegfall der Sittenwidrigkeit von Prostitution auch den Prostituierten zugute kam, die Bordellbetreiberin feierte ihren Sieg vor dem Gericht mit einem Gläschen Sekt. „Weigmann zeigte sich überglücklich: "Die Richter haben mir aus der Seele gesprochen", sagte die 43-Jährige. "Heute Abend geht der Betrieb weiter." Sie suche jetzt sogar im selben Bezirk größere Räume mit einer Tanzfläche. Schon in einer Pause hatte Weigmann in Sektlaune zu einem Gläschen geladen.“ RP-Online: „Urteil: Prostitution ist nicht sittenwidrig.“ vom 01.12.2000; http://www.rp-online.de/panorama/Urteil-Prostitution-ist-nicht-sittenwidrig_aid_277052.html (gesehen am 14.12.2009).

¹⁰²Vgl. Eichenhofer, der in der Stellungnahme, Protokoll 69. Sitzung vom 30.06.2001, S. 4 (12) festhält, dass das ProstG den § 138 I BGB nicht außer Kraft gesetzt habe, die Aussage aber, dass die Vereinbarung einer sexuellen Handlung gegen Entgelt eine rechtswirksame Forderung begründe, enthalte den Willen des Gesetzgebers. Daher „dürfe es den Gerichten schwer fallen zu behaupten, eine solche Vereinbarung verstieße gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden.“

¹⁰³BGH NJW 1976, S. 1883; im Unterschied zu anderen sexualbezogenen Rechtsgeschäften wie Telefonsex oder Striptease wird in der Rechtsprechung und in der rechtswissenschaftlichen Literatur, zumindest bis zum Inkrafttreten des ProstG am 01.01.2002, von der Sittenwidrigkeit der Prostitution ausgegangen. Vgl. Rauscher, Stellungnahme, Protokoll zur 69. Sitzung vom 20.06.2001, S. 10 (101).

begründet wird, wird nach einigen Stimmen aus der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht eindeutig klar, ob die Sittenwidrigkeit dieses Rechtsgeschäfts abgeschafft sein soll. Denn es ist danach denkbar, dass der Gesetzgeber eine Sonderregelung schaffen wollte, die sicherstellen sollte, dass Prostituierte einen Rechtsanspruch auf Bezahlung ihrer sexuellen Handlung haben, die jedoch nicht den Makel der Sittenwidrigkeit von der Prostitution nehmen sollte.¹⁰⁴ § 1 ProstG würde danach beinhalten, dass die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts aufrecht erhalten bliebe, diese jedoch nach Vornahme der sexuellen Handlung als geheilt bewertet würde mit der Folge, dass die Prostituierte eine rechtlich durchsetzbare Forderung gegen den Freier hätte. Diese Konstruktion ähnelt dem entschuldigenden Notstand gem. § 35 StGB, wonach zwar rechtswidrig aber nicht schuldhaft gehandelt wird oder der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218a IV StGB, wonach der Abbruch an sich rechtswidrig, jedoch unter bestimmten Voraussetzungen nicht strafbar ist.¹⁰⁵ Für eine weiterhin bestehende Sittenwidrigkeit von Prostitution könnte auch sprechen, dass im Zuge des ProstG der Gesetzgeber weder § 120 OWiG noch § 46 Nr. 3 AuslG a.F., inhaltsgleich mit § 55 II Nr. 3 AufenthG, noch die Ermächtigung zu Sperrgebietsverordnungen in Art. 297 EGStGB aufgehoben hat. Daneben ist Prostitution in Sperrgebieten immer noch nach § 184 d StGB strafbar. Ellenberger (2009) hält an einer Sittenwidrigkeit von Prostitution fest. So spricht er davon, dass trotz ProstG der abgeschlossene Vertrag zwischen Prostituierter und Freier weiterhin zunächst nichtig sei. Zwar sei die Prostitution als gewerbliche Tätigkeit an sich nicht mehr sittenwidrig¹⁰⁶, sittenwidrig i.S.v. § 138 I BGB bleibe aber die im Einzelfall gegenüber einem Freier begründete Verpflichtung, sich gegen ein Entgelt geschlechtlich hinzugeben.¹⁰⁷ Daran habe auch das ProstG nichts geändert, denn das Gesetz sieht nach Ellenberger (2009) nur vor, dass „die Prostituierte nach Vornahme der sexuellen Handlung aus dem zunächst unwirksamen Vertrag nachträglich eine rechtswirksame Forderung gegen den Freier auf das vereinbarte Entgelt erwirbt.“¹⁰⁸ Es handele sich damit um einen nachträglich zum Teil wirksam werdenden Vertrag und nicht um einen einseitig verpflichtenden Vertrag, wie es die Gesetzesbegründung BT-

¹⁰⁴Vgl. Budde (2006), S. 48 f. Budde ist der Ansicht, dass es mit dem ProstG „bei einer – auch räumlichen und damit womöglich systematisch zu beachtenden – Sonderregelung geblieben [ist], so dass sich auch weiterhin die Frage aufdrängt, ob der Gesetzgeber durch die Schaffung des ProstG den Makel der Sittenwidrigkeit von der Prostitution nehmen oder ob er eine Regelung schaffen wollte dahingehend, dass den Prostituierten lediglich ein Anspruch auf Bezahlung an die Hand gegeben wird, die Änderung der Moralvorstellungen jedoch nicht damit einhergeht.“

¹⁰⁵Vgl. Budde (2006), S. 49.

¹⁰⁶BGH, NJW 2006, S. 3490 ff.

¹⁰⁷Ellenberger in: Palandt (2009), Anh zu § 138, Rn. 2.

¹⁰⁸Ebd. § 138, Rn. 52.

Drs. 14/5958 meine.¹⁰⁹ Auch das OLG Schleswig sieht in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2004 Prostitution wegen des Verstoßes gegen die Menschenwürde aus Art. 1 I GG weiterhin als sittenwidrig an. Das Gericht führt dazu aus, dass die Menschenwürde nicht zur Disposition des Gesetzgebers stünde. Deshalb könne auch ein gesellschaftlicher Wandel in der Sexualmoral die Sittenwidrigkeit von Prostitution nicht abschaffen. Ein Vertrag über entgeltliche sexuelle Handlungen verstoße deshalb weiterhin gegen die guten Sitten i.S.d. § 138 I BGB. „Kommerzialisierungen der Intimsphäre von Menschen mit den Mitteln des Rechts“ könne der Gesetzgeber nicht erzwingbar machen. Da jeder Mensch jedoch frei über die Wahrnehmung seiner Menschenwürde entscheiden könne, stünde es dem Gesetzgeber frei, Folgen von solchen Handlungen zu regeln. Dies habe er im ProstG getan, an der Sittenwidrigkeit des Vertrages über eine entgeltliche sexuelle Handlung ändere sich jedoch nichts.¹¹⁰

Ein weiterer Ansatz aus der rechtswissenschaftlichen Literatur spricht von einer „latenten“ Sittenwidrigkeit der Prostitution.¹¹¹ So bewertet Quambusch (2002) Prostitution grundsätzlich als durchaus wünschenswert, denn „aus der sexuellen Situation des Mannes [folge] eine Existenzberechtigung für die weibliche Prostitution.“¹¹² Die Existenzberechtigung ergibt sich nach Quambusch (2002) auch daraus, dass „Prostituierte praktisch jederzeit verfügbar sind; denn mangels einer Bindungsabsicht sind sie nicht wählerisch. Sie vergeben ihren Körper an jedermann.“¹¹³ Auch sieht er in der Prostitution grundsätzlich einen Stabilisierungsfaktor für Ehe und Familie. Damit trägt Prostitution „dazu bei, die zentralen Anliegen des Ehe- und Kindschaftsrechts zu verwirklichen.“¹¹⁴ Quambusch (2002) bewertet Prostitution auch nach Inkrafttreten des ProstG jedoch immer dann als sittenwidrig, wenn sie die Übertragung von Krankheiten begünstigt oder sich destruktiv auf die durch das Grundgesetz in Art. 6 geschützte Ehe und Familie auswirkt.¹¹⁵

¹⁰⁹Ebd. Anh. zu § 138, Rn. 2.

¹¹⁰OLG Schleswig, NJW 2004, S. 225; Sack in: Staudinger (2003), § 138, Rn. 454.

¹¹¹Vgl. Quambusch, ZfSH/SGB 2002, S. 131.

¹¹²Ebd. 132. „Auszugehen ist von dem Befund, dass bei Männern offenbar eine deutlich größere Neigung zu promiskuitivem Verhalten anzutreffen ist als bei Frauen. Soweit die promiskuitiven Tendenzen nicht innerhalb der Ehe, etwa durch die Variation der Bekleidung und der Haartracht, oder durch außereheliche Beziehungen aufgefangen werden, folgt aus der sexuellen Situation des Mannes eine Existenzberechtigung für die weibliche Prostitution.“

¹¹³Quambusch, ZfSH/SGB 2002, S. 131, 132.

¹¹⁴Ebd. S. 131, 133.

¹¹⁵Ebd. S. 131, 132. Quambusch spricht von der Gefährdung der sittlichen Verträglichkeit, „wenn die Prostitution ein Übermaß schädlicher Momente aufweist.“ Von Bedeutung sei „in welchem Maße die Prostitution die Übertragung von Krankheiten begünstigt, ferner, in welchem Maße sie sich auf Ehe und Familie destruktiv auswirken kann.“

Schon im Gesetzgebungsverfahren wurde offensichtlich, dass das künftige ProstG viele Fragen unbeantwortet lässt. So spricht Rauscher von der „Quadratur des Kreises“, für deren Lösung der Gesetzgeber sich offen für eine Wertung im Umgang mit Prostitution hätte bekennen müssen.¹¹⁶ Wenn der Gesetzgeber aufgrund der nicht vorgenommenen Änderung bzw. Aufhebung der § 120 OWiG, § 55 II Nr. 3 AufenthG zum Ziel gehabt hätte, Prostitution als weiterhin sittenwidrig anzusehen, dann müsste § 1 ProstG nur als Klarstellung des Anspruchs auf Zahlung einer Leistung angesehen werden.¹¹⁷ Wäre die Intention des Gesetzgebers gewesen, dass die Ausübung der Prostitution einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung nicht entgegenstehen soll, dann hätte der Gesetzgeber auch diese Ziel nicht erreicht. Denn dazu wäre es notwendig gewesen, Regelungen in den Sozialversicherungen zu schaffen, die bestimmen, welche Sozialversicherungszweige Prostituierten zugute kommen sollen. Budde (2006) befürchtet sogar, dass das ProstG dann wegen Unbestimmtheit nichtig sei, da der Gesetzgeber nach der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG¹¹⁸ wesentliche Fragen auch der Sexualmoral hätte beantworten müssen, was er im ProstG versäumt habe.¹¹⁹

Von Galen (2004) widerspricht der Ansicht, der Vertrag zwischen Prostituierter und Freier sei zumindest anfänglich sittenwidrig. Sie geht davon aus, dass der Vertrag von Anfang an wirksam sei.¹²⁰ Sie stützt dies wie auch schon Dehner (2002)¹²¹ auf den Wortlaut der Regelung¹²² und auf den Willen des Gesetzgebers. So hieße es in der Gesetzesbegründung des ProstG ausdrücklich, dass eine Vereinbarung über entgeltliche sexuelle Handlungen zwischen Prostituierter und Freier nicht mehr gegen die guten Sitten i.S.d. § 138 I BGB verstoßen soll.¹²³ Des Weiteren sei die Ansicht, nach der § 1 ProstG lediglich die Rechtsfolgen eines sittenwidrigen Vertrages zwischen Prostituierter und Freier regle, widersprüchlich. Denn es würde nicht deutlich, warum ein anfänglich sittenwidriger und damit gem. § 134 BGB nichtiger Vertrag dennoch eine

¹¹⁶Rauscher, Stellungnahme, Protokoll zur 69. Sitzung vom 20.06.2001, S. 16 (107).

¹¹⁷Vgl. Budde (2006), S. 68. Budde zieht den Vergleich mit § 318a Abs. 4 StGB und mit § 313 S. 2 BGB a.F.

¹¹⁸Die Wesentlichkeitstheorie besagt, dass der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen und insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen. Die Wesentlichkeitstheorie entspringt dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG, der die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung mit Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes festlegt. Vgl. BVerfGE 58, 257, 268 und Maunz/Dürig-Herzog, Art. 20 GG, Rn. 81, 85.

¹¹⁹Budde (2006), S. 68 f.

¹²⁰V. Galen (2004), S. 19.

¹²¹Dehner NJW 2002, S. 3747, 3748.

¹²²In § 1 ProstG heißt es: „Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung.“

¹²³BT-Dr. 14/5859, S. 4.

einklagbare Entgeltforderung begründen solle, sobald die sexuelle Handlung vollzogen sei.¹²⁴

2.4 Bewertung und Kritik an auch nach Inkrafttreten des ProstG fortbestehender Sittenwidrigkeit von Prostitution

Im ProstG ist weder ausdrücklich die Befürwortung von Prostitution noch deren Sittenwidrigkeit oder die fehlende Sittenwidrigkeit geregelt. Dem Gesetzgeber kann daher vorgeworfen werden, dass er es versäumt hat, sich hinsichtlich der rechtlichen Bewertung von Prostitution klar zu positionieren. So spricht zwar die Gesetzesbegründung davon, dass Prostitution nicht mehr als sittenwidrig angesehen werden soll, jedoch kann die Gesetzesbegründung nur als Auslegungshilfe des ProstG dienen. Daneben hätte es dem Gesetzgeber grundsätzlich offen gestanden, anstelle des ProstG andere gesetzgeberische Wege zu gehen. So hätte er beispielsweise Prostitution im Dienstvertragsrecht des BGB eingliedern können. In § 611 BGB („Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein“) hätte dann nur der Zusatz der sexuellen Dienste eingefügt werden müssen. Über § 888 III ZPO wären diese aber nicht erzwingbar gemacht worden.¹²⁵ Die Auffassung von Galens (2004), dass auch schon der Wortlaut des ProstG für den Wegfall der Sittenwidrigkeit spricht, überzeugt.¹²⁶ In § 1 ProstG heißt es: „Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung.“ Es ist nicht erforderlich, dass der Wortlaut des ProstG ausdrücklich von der Abschaffung der Sittenwidrigkeit von Prostitution sprechen muss. Vielmehr impliziert die Begründung einer rechtswirksamen Forderung, dass das Rechtsgeschäft, aus der die Forderung erwachsen ist, nicht sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB ist. Ausdrücklich in § 1 ProstG geregelt ist der rechtswirksame Lohnanspruch einer Prostituierten nach Vornahme einer sexuellen Handlung. Das Hauptaugenmerk des § 1 ProstG liegt daher in der Durchsetzung der Lohnforderung der Prostituierten. Auch die Gesetzesbegründung, die für die Auslegung von Gesetzen herangezogen werden kann, gibt Auskunft über den Willen des Gesetzgebers.

¹²⁴v. Galen (2004), S. 19 f. V. Galen bewertet die Gegenansicht als letztes Aufbäumen gegen den Fall der Sittenwidrigkeit und vermisst in ihr juristische Logik. (ebd.); vgl auch; Dehner NJW 2002, S. 3747, 3748, Armbrüster in: Mükö (2006), § 1 ProstG, Rn 19.

¹²⁵Vgl. Wesel, Stellungnahme Protokoll zur 69. Sitzung vom 20.06.2001, Budde (2006), S. 71. Budde weiter: „Die in Kraft getretene „abgeschwächte“ Variante im ProstG nennt das Kind zwar nicht ausdrücklich beim Namen, kann jedoch durch den beabsichtigten Wandel der Rechtsprechung zum gleichen Ergebnis führen.“

¹²⁶Vgl. v. Galen (2004), S. 19 f.

In der Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/5958 zum ProstG wird ausdrücklich festgehalten, dass Prostitution nicht mehr als sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB bewertet werden soll.¹²⁷ Darüber hinaus hat der Gesetzgeber auch in den Gesetzesmaterialien verschiedentlich deutlich gemacht, das Sittenwidrigkeitsurteil über die Prostitution fallen lassen zu wollen¹²⁸ und in einem Bundestagsbeschluss wird von der „Abschaffung der Sittenwidrigkeit der Prostitution“ durch das ProstG gesprochen.¹²⁹ Daneben steht es dem Gesetzgeber durchaus frei, bestimmte Sachverhalte als nicht mehr sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB zu bewerten und sie einer spezialgesetzlichen Regelung zuzuführen.¹³⁰ Dass sich der Inhalt der guten Sitten auch hinsichtlich der Sexualmoral über die Jahre hinweg teilweise erheblich verändert hat, belegen Änderungen in der rechtlichen Bewertung verschiedener Sachverhalte. So werden beispielsweise homosexuelle Menschen seit der Sexualstrafrechtsreform im Jahr 1973 nicht mehr strafrechtlich verfolgt und eine Mutter ist nicht mehr der Kuppelei strafbar, weil sie ihre erwachsene Tochter mit deren Freund in ihrer Wohnung hat übernachten lassen.¹³¹ Das Verdikt der Sittenwidrigkeit von Prostitution ist nicht mehr zeitgemäß, was durch die Ergebnisse der Erhebung des VG Berlin im Jahr 2000 unterstützt wird. Abzulehnen ist auch die Konstruktion einer anfänglichen Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts zwischen Prostituierter und Freier mit einer dennoch einklagbaren Entgeltforderung. Denn es fehlt an einer überzeugenden Erklärung, warum ein sittenwidriges und danach nichtiges Rechtsgeschäft eine einklagbare Forderung begründen soll. Dagegen vermeidet die Annahme eines von Anfang an wirksamen einseitig verpflichtenden Vertrages zwischen Prostituierter und Freier diesen Widerspruch und überzeugt deshalb.

Auch Quambuschs Ansatz der „latenten“ Sittenwidrigkeit von Prostitution ist abzulehnen. Denn problematisch ist nicht nur, dass nicht eindeutig feststellbar ist, wann eine Gefährdung oder destruktive Auswirkung von Prostitution vorliegt. Folge der „latenten“ Sittenwidrigkeit wäre eine weiterhin große Rechtsunsicherheit für Prostituierte, da sie kaum vorhersehen könnten, wann Gerichte Prostitution als sittenwidrig beurteilten und wann nicht. Diese Rechtsunsicherheit bezweckte der Gesetzgeber des ProstG jedoch gerade abzuschaffen.¹³² Daneben würde die Bewertung einer „latenten“ Sittenwidrigkeit von Prostitution der Diskriminierung von Prostituierten weiterhin Vorschub leis-

¹²⁷Vgl. v. Galen (2004), S. 19, 20. Zur Auslegung von Gesetzen: BVerfGE 35, 263, 279 u.a.

¹²⁸BT-Drs. 14/5958, S.4; BT-Drs. 14/7174, S. 7; Stellungnahme der Abgeordneten Schewe-Gerigk, BT-Plenarprotokoll 14/168, S. 16 490.

¹²⁹BT-Drs. 14/7174.

¹³⁰Vgl. Armbrüster in: MüKo (2006), § 1 ProstG, Rn. 19; v. Galen (2004), S. 24 ff.

¹³¹Vgl. BGHSt, NJW 1954, S. 766.

¹³²BT-Dr. 14/5958, S. 6.

ten, da immer im Raum stünde, ob nicht doch eine gesundheitliche Gefährdung für die Bevölkerung, etwa aufgrund einer bestimmten Quote von HIV/AIDS-Infizierungen, bestünde.¹³³ Eine „latente“ Sittenwidrigkeit von Prostitution implizierte weiterhin einen einseitigen Blick auf das soziale Phänomen Prostitution, bei dem allein Prostituierte aufgrund ihrer Tätigkeit oder eventueller Krankheiten diskriminiert würden, nicht hingegen Freier oder Bordellbetreiber. Auch ist Quambuschs Argumentation von der sog. Ventil- und Stabilisierungsfunktion von Prostitution überholt¹³⁴ und zeugt von nicht zeitgemäßen Ansichten von Ehe und Partnerschaft.

Gegen die Annahme einer fortbestehenden Sittenwidrigkeit von Prostitution spricht auch, dass dieses Unwerturteil in der Vergangenheit einseitig die Frauen in der Prostitution diskriminierte. Nach dem Motto „Frauen schaffen an, das Patriarchat kassiert ab“¹³⁵ wurden Prostituierte durch die Geschichte hindurch rechtlich diskriminiert und galten gesellschaftlich in ihrer Tätigkeit als moralisch verwerflich und minderwertig.¹³⁶ Die rechtliche Diskriminierung zeigte sich insbesondere im Steuerrecht.¹³⁷ So war in diesem Bereich die Sittenwidrigkeit von Prostitution irrelevant. Das Einkommen einer Prostituierten galt als nicht sittenwidrig, indem es besteuert wurde¹³⁸ und der Staat kassierte auch für die Vorführung von Geschlechtsverkehr auf der Bühne¹³⁹, eine Klage auf Entgelt der Darstellerin wurde jedoch wegen Sittenwidrigkeit abgewiesen.¹⁴⁰

Bei einer trotz ProstG fortbestehenden Sittenwidrigkeit von Prostitution würde dies bedeuten, dass Prostituierten weiterhin der Schutz der Rechtsordnung in weiten Teilen versagt und die faktische rechtliche Diskriminierung in weiten Teilen erhalten bliebe. Die vielfältigen auch nach Inkrafttreten des ProstG fortbestehenden Abhängigkeiten und Ausbeutungsverhältnisse in der Prostitution würden dadurch verstärkt.

¹³³Vgl. Budde (2006), S. 50.

¹³⁴Vgl. auch Zimmermann (2002), S. 26; Laskowski (1997), S. 100 ff.

¹³⁵Siehe Wesel, NJW 1998, S. 120.

¹³⁶siehe auch Kapitel I, 2.

¹³⁷nach dem Motto „pecunia non olet“ (Geld stinkt nicht).

¹³⁸BFHE 150, S. 192.

¹³⁹Vgl. BGH NJW 1985, S. 208 f.: Ein Arbeitsvertrag über die Vorführung von Geschlechtsverkehr wurde vom BGH als einkommenssteuerpflichtiges Dienstverhältnis bewertet.

¹⁴⁰Vgl. Schatzschneider, NJW 1985, S. 2793, 2794; BAG NJW 1976, S. 1958.

3 Prostitution – ein Beruf i.S.d. Art. 12 I GG „wie jeder andere“?

Bestrebungen der Anerkennung von Prostitution als Beruf wurden schon lange vor Inkrafttreten des ProstG im Jahr 2002 unternommen, auch wenn es unter den Prostituierten kein einheitliches Verständnis von dem Begriff „Beruf“ gab.¹⁴¹ Einigkeit bestand indes darin, dass Prostitution gesellschaftlich wichtig sei. Sie beinhalte soziale, psychologische, künstlerische und medizinische Aspekte.¹⁴²

3.1 Prostitution als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG

3.1.1 Der Schutzbereich des Art. 12 I GG

Das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG ist als Abwehr-, Teilhabe- und Deutschenrecht ausgestaltet. Der Beruf i.S.d. Art. 12 I GG umfasst nicht nur gesellschaftlich oder rechtlich anerkannte Berufsbilder, sondern ist ein weit auszulegender und aufgrund fortschreitender technischer, sozialer oder wirtschaftlicher Entwicklungen prinzipiell offener Begriff. Deshalb werden auch untypische Tätigkeitsfelder wie beispielsweise das Präparieren von Tieren, das Aufstellen von Gewinnspielgeräten oder Astrologie vom Berufsbegriff i.S.d. Art. 12 I GG erfasst.¹⁴³ Beruf i.S.d. Art. 12 I GG ist danach „jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage“.¹⁴⁴ Der weit gefasste Schutzbereich umfasst auch die wirtschaftliche Verwertung der beruflich erbrachten Leistung bzw. das Recht, eine angemessene Vergütung zu fordern¹⁴⁵ sowie das Recht auf angemessenes Werbung.¹⁴⁶ Entscheidend für das Vorliegen eines Berufs i.S.d. Art. 12 I GG ist, dass die Tätigkeit der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.¹⁴⁷ Unerheblich ist dabei, ob die Tätigkeit selbständig oder unselbständig ausgeübt wird. Auch Nebentätigkeiten genügen, da sie zumindest als Beitrag zur Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrund-

¹⁴¹Vgl. Klee, Stellungnahme, Protokoll, 69. Sitzung vom 20.06.2001, S. 3 (44). Die Forderung der Anerkennung von Prostitution als Beruf war auch Inhalt des Generalstreiks der Prostituierten in Frankreich im Jahr 1975.

¹⁴²Vgl. Klee, Stellungnahme, Protokoll, 69. Sitzung vom 20.06.2001, S. 3 (44).

¹⁴³Siehe Mann in: Sachs (2009), Art. 12, Rn. 43 f. So sind beispielsweise die Astrologie (BVerwGE 22, 286), das Präparieren von Tieren (BVerfG, NJW 1983, S. 439) oder das Aufstellen von Gewinnspielgeräten (BVerfGE 31, 8, 28) als Berufe i.S.d. Art. 12 GG anerkannt.

¹⁴⁴BVerfGE 7, 377, 379; BVerwGE 22, 286, 289.

¹⁴⁵BVerfGE 97, 228; BGH, NJW 2006, S. 377.

¹⁴⁶BVerfG NJW 2003, S. 879; NJW 2003, S. 2816; NJW 2003, S. 3470, 3472; NJW 2006, S. 282.

¹⁴⁷BVerfGE 7, 377, 397.

lage dienen können.¹⁴⁸ Die Voraussetzung der Dauerhaftigkeit der Berufsausübung ist objektiv zu verstehen, das heißt es kommt nicht darauf an, ob die Tätigkeit über einen gewissen Zeitraum ausgeführt wird, sondern nur darauf, dass dies grundsätzlich möglich ist.¹⁴⁹

In Literatur¹⁵⁰ und Rechtsprechung¹⁵¹ wird häufig der Begriff des Berufs i.S.d. Art. 12 I GG auf „erlaubte“ Tätigkeitsformen begrenzt. So verglich beispielsweise das BVerwG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1965 die „Ausübung der Gewerbsunzucht“ mit dem Berufsverbrechertum und bewertete diese damit als außerhalb der Freiheitsverbürgung des Art. 12 I GG stehend und als gemeinschaftsschädlich.¹⁵²

Sofern das Erfordernis des Erlaubtseins der Tätigkeit allein anhand der Skala der Verbotsgesetze gemessen wird, wird dagegen zu Recht der Vorwurf einer einfachgesetzlichen Aushöhlung der Berufsfreiheit erhoben. Denn dem Grundrecht aus Art. 12 I GG kommt gerade die Funktion zu, darüber zu entscheiden, ob eine Tätigkeit durch den Gesetzgeber verboten werden kann. Deshalb darf nicht der Schutzbereich des Art. 12 I GG bereits durch das Kriterium des Erlaubtseins beschränkt werden.¹⁵³

Das BVerwG reagierte auf die Kritik indem es feststelle, dass der Begriff der Berufsfreiheit durch Auslegung des Art. 12 I GG selbst zu ermitteln sei. „Erlaubt“ im verfassungsrechtlichen Sinne sei danach solches Verhalten, welches nicht „sozialschädlich“ sei.¹⁵⁴ Zur Begründung führte das Gericht aus, dass es nicht der Bedeutung der Berufsfreiheit entspreche, „wenn die schlechthin gemeinschaftsschädlichen Betätigungen

¹⁴⁸BVerfGE 84, 194, 197. Daneben fällt eine 'brotlose' Tätigkeit unter den Schutzbereich des Art. 12 I GG, da es für den Begriff des Berufs ausreicht, dass die Tätigkeit objektiv und wesensmäßig geeignet und ihre Ausübung darauf ausgerichtet ist, eine Lebensgrundlage zu schaffen oder zu erhalten. Vgl. Gubelt, in: von Münch/Kunig (2000), Art. 12, Rn. 10; Scholz, in: Maunz/Dürig (2006), Art. 12, Rn. 31.

¹⁴⁹So fallen auch Gelegenheitsjobs unter den Schutzbereich des Art. 12 I GG. Vgl. Scholz, in: Maunz/Dürig (2009), Art. 12, Rn. 19 m.w.N.

¹⁵⁰Badura (2003) Rn. 92ff; Hofmann :in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (2008), Art. 12, Rn. 26; Gubelt in: von Münch/Kunig (2000), Art. 12, Rn. 8 f.

¹⁵¹BVerfGE 7, 377; 397; 32, 311, 317; 48, 376, 388; 68, 272, 281; 81, 70, 85; BVerwGE 22, 286, 287; 71, 183, 189; 87, 37, 40 f. VG Düsseldorf, GewArch 1990, S. 207, 208. Das BVerwG hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1965 (BVerwGE 22, 286, 289) eine Einschränkung des Berufsbegriffs vorgenommen, indem es Betätigungen aus dem Schutzbereich des Art. 12 GG herausnimmt, die von der geltenden Rechtsordnung als unerlaubt bezeichnet werden. Jedoch sei allein dem Grundgesetz zu entnehmen, welche Betätigungen außerhalb des Schutzes stünden. Entscheidend sei danach die Werteordnung der Verfassung, so dass ein Verbot einer Tätigkeit teilweise mit Sozial- oder Gemeinschaftsschädlichkeit gleichgesetzt wird.

¹⁵²Vgl. BVerwGE 22, 286, 289.

¹⁵³Siehe Mann in: Sachs (2009), Art. 12, Rn. 52 f. m.w.N.; Wieland in: Dreier (2004), Art. 12, Rn. 57.

¹⁵⁴BVerwGE 22, 286, 288 f.

zwar auch als Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG betrachtet würden, ihre Aufnahme und Ausübung aber gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG jedermann verboten werden dürfe.“¹⁵⁵ Auch diese verfassungsrechtliche Auslegung des Begriffs des „Erlaubtseins“ ist bei Teilen der Literatur auf Kritik gestoßen. Aus dem Schutzbereich des Art. 12 I GG könne nicht im Vorfeld von der Allgemeinheit oder den Gerichten als „sozial- oder gemeinschädlich“ bewertete Tätigkeiten ausgeklammert werden. Es bestünde ansonsten die Gefahr definitorischer Missbräuche.¹⁵⁶ Es sei nicht ersichtlich, warum dieses Zusatzkriterium überhaupt für die Definition von Beruf i.S.d. Art. 12 I GG erforderlich sei. Denn dadurch würde der Rechtsprechung die Möglichkeit gegeben, schon im Vorfeld des Schutzbereichs gewisse, von den Gerichten als „gemeinschaftschädlich“ bewertete Tätigkeiten auszusondern. Die Definition, was als „gemeinschaftschädlich“ angesehen werden müsse und was nicht, bliebe jedoch völlig unklar.¹⁵⁷

3.1.2 Zwischenergebnis

Prostitution als Tätigkeit zur Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage und damit als vom Schutzbereich des Art. 12 I GG umfasste Tätigkeit i.S.e. Berufs wurde nach den Vertretern der weiten Interpretation des Schutzbereichs des Art. 12 I GG auch schon vor Inkrafttreten des ProstG im Jahr 2002 als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG anerkannt.¹⁵⁸ Der Gesetzgeber hat mit dem Erlass des ProstG nicht nur die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts zwischen Prostituierte und Kunden beseitigt, sondern auch die Voraussetzungen für sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse geschaffen. Nach Inkrafttreten des ProstG muss Prostitution als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG nun auch von den Vertretern einer definitorischen Einschränkung des Berufsbegriffs anerkannt werden. Prostitution fällt somit unter dem Berufsbegriff des Art. 12 I GG.¹⁵⁹

¹⁵⁵BVerwGE 22, 286, 289.

¹⁵⁶Siehe Laskowski (1997), S. 156 f.; Mann in: Sachs (2009), Art. 12, Rn. 53. m.w.N. Mann zieht auch Tätigkeiten unter den Berufsbegriff des Art. 12 GG, die schlechthin gemeinschaftsschädlich sind, wie z. B. Waffenhandel. Mann bezieht sich in diesem Sinne auch auf Prostitution.

¹⁵⁷Siehe Laskowski (1997), S. 211 f.; Pieroth/Schlink (2009), Rn. 879 ff.; Berg, GewArch 1977, S. 249, 254.

¹⁵⁸Vgl. ausführlich Laskowski (1997), S. 210 ff.

¹⁵⁹Siehe Wieland, in: Dreier (2004), Art. 12, Rn. 57; Pieroth/Schlink (2008), Rn. 880; Die Auffassung Quambuschs (ZfSH/SGB 2002, S. 131 ff.), dass Prostitution nur in bestimmten Angelegenheiten unter Art. 12 GG falle, in anderen auch weiterhin „gemeinschaftsschädlichen“ Bereichen nicht, dann sei vielmehr Art. 2 I GG einschlägig, überzeugt nicht. Unter die „u.U. gemeinschaftsschädlichen Züge“ von Prostitution fasst Quambusch Seuchen, namentlich HIV/AIDS, deren Gefahr der Verbreitung er durch Prostituierte sieht. Quambusch verletzt durch die Einführung eines „Latenten“ Berufs (vgl. Budde (2006), S. 152 f.) den Grundsatz der Normenklarheit und das Gebot der Rechtssicherheit aus

3.2 Stimmen aus Praxis, Wissenschaft und Politik zur Einordnung von Prostitution als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG

Mitarbeiterinnen von Fachberatungsstellen kritisieren die Einordnung von Prostitution als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG. Denn der Prostitution könne keine Frau auf Dauer nachgehen, ohne Schaden an Körper und Seele zu nehmen.¹⁶⁰ Andere Stimmen gehen davon aus, dass Prostitution insofern kein Beruf wie jeder andere sei, da bei der Prostitutionsausübung Körper und Sexualität „in einer sehr spezifischen Weise Mittel und Gegenstand der Erwerbstätigkeit sind, wie es in anderen Berufen und Tätigkeiten nicht der Fall ist.“¹⁶¹ Grenz (2007) kommt in ihrer Studie über den Konsum sexueller Dienstleistungen zu dem Ergebnis, dass in der sozialen Realität die Prostitutionsausübung von Frauen nicht ihre „erste Wahl“ ist. Vielmehr sei angesichts „des wirtschaftlichen Missverhältnisses zwischen den Geschlechtern und dem ökonomischen Ungleichgewicht zwischen Westen und Osten bzw. Norden und Süden“ nicht von dem Idealfall der freien Berufswahl auszugehen.¹⁶²

Daneben wehren sich Feministinnen gegen die Einordnung von Prostitution als Beruf „wie jeder andere“. So auch Alice Schwarzer (2005): „Was Prostitution ist, weiß im Grunde jede Frau. Fast jede hat es schon mal getan: aus „Gefälligkeit“, um nett zu sein, um des lieben Friedens willen, aus Angst. [...] Dass aus dieser feministischen Erkenntnis allerdings Jahre später die postfeministische Parole werden würde: Heterosexualität ist immer Prostitution, warum dann nicht gleich kassieren? Und: Prostitution ist ein Beruf wie jeder andere – das konnten wir damals nicht ahnen. Und wir hätten es auch damals nicht geglaubt.“¹⁶³

Seitens der Bundesregierung wird vertreten, die Legalisierung von Beschäftigungsverhältnissen in der Prostitution durch das ProstG führe nicht dazu, dass Prostitution „ein Beruf wie jeder andere“ geworden sei.¹⁶⁴ Als Indizien hierfür werden die arbeitsrechtlich abgesicherte Möglichkeit des jederzeitigen Ausstiegs aus der Prostitution und die Einschränkung des Weisungsrechts des Arbeitgebers zugunsten des sexuellen Selbstbestimmungsrechts von Prostituierten angeführt.¹⁶⁵

Art. 20 GG.

¹⁶⁰Siehe Geissler-Hehlke, Stellungnahme, Protokoll zur 69. Sitzung vom 20.06.2001, S. 1 (29).

¹⁶¹Kavemann (2009), S. 89.

¹⁶²Grenz (2007), S. 159.

¹⁶³Schwarzer (2005), S. 139.

¹⁶⁴Siehe BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 6, 29; Dörries in: Spiegel, 11.05.2001 „Wenn sich der Staat um die Huren kümmert.“; Spiegel 19/2001, 07.05.2001: „Die Sittenwidrigkeit wird abgeschafft.“, „Rente im Rotlichtmilieu.“

¹⁶⁵BMFSFJ (2007): Bericht der Bundesregierung, S. 6, 29.

Daneben würde die Bundesagentur für Arbeit keine Stellenangebote in der Prostitution vermitteln, auch würden keine Stellen- und Bewerberangebote aus dem Bereich der Prostitution von den Agenturen für Arbeit angenommen.¹⁶⁶ Als Bestätigung der Praxis der Arbeitsagenturen führt der Bericht der Bundesregierung (2007) ein Urteil des Sozialgerichts Speyer vom 04.05.2006¹⁶⁷ an, in dem festgestellt wurde, dass ein Bordellbetreiber als Arbeitgeber gegen die Bundesagentur für Arbeit keinen Anspruch auf die Vermittlung von Prostituierten hat. Das ProstG habe eine völlig andere Zielsetzung als die Verminderung von Arbeitslosigkeit oder die Forderung einschlägiger Gewerbebetriebe durch aktive Vermittlung in Beschäftigungsverhältnisse in die Prostitution. Auch das Bundessozialgericht (BSG), das im Jahr 2009 in der Revision über den Fall zu entscheiden hatte, kommt zu dem Ergebnis, dass die Bundesagentur für Arbeit nicht verpflichtet ist, Bordellbetreibern Prostituierte als Arbeitnehmerinnen zu vermitteln.¹⁶⁸ Das BSG stützt seine Entscheidung darauf, dass die Agentur der Arbeit als Träger öffentlicher Gewalt an die Werteordnung des Grundgesetzes gebunden sei, deshalb vorliegend hinsichtlich des subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden der Agentur seitens des Bordellbetreibers eine Ermessensreduzierung auf Null vorgelegen habe.¹⁶⁹ Daran habe auch das im Jahr 2002 in Kraft getretene ProstG nichts geändert. Denn es ergebe sich insbesondere aus § 1 ProstG, dass es dem Gesetzgeber allein um den Schutz der Prostituierten ging. Aus dem ProstG lasse sich nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber Prostitution umfassend legalisiert habe. Auch lässt nach Auffassung des BSG der durch § 3 ProstG eröffnete Weg des Zugangs zu Sozialversicherungen über abhängige Beschäftigungsverhältnisse in der Prostitution nicht die Schlussfolgerung zu, dass der Gesetzgeber damit eine Vermittlungstätigkeit der Bundesagentur für Arbeit angestrebt hat.¹⁷⁰ Daneben stützt das BSG seine Entscheidung darauf, dass eine Arbeitsvermittlung in die kommerzielle Prostitution, der Prostituierten, auch wenn sie nicht zur Leistung verpflichtet sei, ihre Subjektqualität und die Freiheit ihrer Intimsphäre beraube. Deshalb verstoße eine Vermittlungstätigkeit gegen die Menschenwürdegarantie der Prostituierten aus Art. 1 I GG.¹⁷¹

Die Frage nach leistungsrechtlichen Konsequenzen wegen Arbeitsablehnung in der Prostitution oder Ausstieg aus der Prostitution, stellt sich nach Auffassung der Bundesre-

¹⁶⁶Vgl. auch Urteil des BSG vom 06.05.2009, Az. B 11 AL 11/08 R; Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 24.01.2008, Az. L 1 AL 97/06.

¹⁶⁷SG Speyer, 10. Kammer, Urteil vom 04.05.2006, Aktenzeichen: S. 10 AL 1020/04.

¹⁶⁸Siehe BSG, 11. Senat, Urteil vom 06.05.2009, Aktenzeichen: B 11 AL 11/08 R.

¹⁶⁹Ebd. Rn 14 ff.

¹⁷⁰Ebd. 18 f.

¹⁷¹Ebd. Rn. 23.

gierung damit nicht.¹⁷² Auch handelt es sich bei Prostitution unterhaltsrechtlich immer um eine unzumutbare Tätigkeit, die jederzeit ohne unterhaltsrechtlich Nachteile beendet werden kann. Es darf grundsätzlich auf niemanden direkter oder indirekter Druck beispielsweise im Rahmen einer sog. Erwerbsobliegenheit ausgeübt werden, damit die jeweilige Person der Prostitution nachgeht.¹⁷³

Stefanie Klee, Geschäftsführerin und Sprecherin des Verbandes sexueller Dienstleistungen e.V.¹⁷⁴, einer Interessenvertretung von Bordellbetreibern und selbständigen Prostituierten, und Sachverständige bei den Anhörungen für das ProstG, lehnt die Einordnung von Prostitution als von den Arbeitsagenturen nicht zu vermittelnde Tätigkeit ab. Sie sieht darin eine unzulässige Einschränkung der Berufsfreiheit der Bordellbetreiber. Es herrsche Arbeitskräftemangel in der Branche. Viele Bordellbetreiber hätten mit dem ProstG eine Besserung in der Vermittlung von Prostituierten erhofft.¹⁷⁵

3.3 Ergebnis und Bewertung

3.3.1 Prostitution als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG

Prostitution ist ein Beruf i.S.d. Art. 12 I GG. Damit ist auch das Betreiben von Bordellen vom Schutzbereich des Art. 12 I GG umfasst.¹⁷⁶ Die soziale Realität von Prostitution wie die sehr hohe Gewaltprävalenz, Sexismus, vermehrter Alkohol-, Drogen- und Medikamentenmissbrauch, hohe gesundheitlichen Risiken und auch die Tatsache, dass es sich bei Prostitution um eine unqualifizierte Beschäftigung handelt, spielt für die verfassungsrechtliche Einordnung von Prostitution als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG keine Rolle.

Das Grundgesetz kennt darüber hinaus nicht die Unterscheidung Beruf i.S.d. Art. 12 I GG und Beruf i.S.d. Art. 12 I GG, der aber dennoch „kein Beruf wie jeder andere“ ist. Eine Einschränkung der Berufsausübung im Bereich der Prostitution kann nur über den in Art. 12 I Satz 2 GG kodierten Gesetzesvorbehalt mit der sog. Drei-Stufenlehre vorgenommen werden.¹⁷⁷ Die politische Bewertung von Prostitution

¹⁷²Ebd. S. 29.

¹⁷³Ebd. S. 30 f.

¹⁷⁴Siehe <http://www.busd.de>

¹⁷⁵Siehe SZ vom 08.05.2009: „Warum ärgern sich Huren übers Arbeitsamt?“ Der Titel hätte wohl richtiger heißen: Warum ärgern sich Bordellbetreiber über die Arbeitsagenturen?. Stefanie Klee: „Das Prostitutionsgesetz von 2002 stellt klar, dass unser Beruf nicht sittenwidrig ist. Ich sehe auch nicht ein, dass wir Steuern zahlen, unsere Abgaben an die Arbeitsagentur leisten, und dann ständig in unseren Rechten beschnitten werden. Das grenzt ja an Zuhälterei.“

¹⁷⁶Siehe auch v. Galen (2004), Rn. 34 ff.

¹⁷⁷Die sog. Drei-Stufenlehre, wurde vom BVerfG im sog. Apothekenurteil (BVerfGE 7, 377) entwi-

als Beruf, gleichzeitig aber als Tätigkeit, die „kein Beruf wie jeder andere“ ist, ist deshalb verfassungsrechtlich nicht haltbar und für die Einordnung von Prostitution als Tätigkeit, die unter den Schutz von Art. 12 I GG fällt, irrelevant.

3.3.2 Einschränkung des Werbeverbots aus § 120 I Nr. 2 OWiG

Die Einordnung von Prostitution als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG hat zur Folge, dass das allgemeine Werbeverbot in § 120 I Nr. 2 OWiG¹⁷⁸, das im Gegensatz zu strafrechtlichen Regelungen im Zuge des ProstG nicht reformiert wurde, als erhebliche Einschränkung der Berufsausübung in der Prostitution bewertet werden muss. Denn die Berufsfreiheit umfasst das Recht auf angemessene Werbung.¹⁷⁹ Der BGH ist in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 auf diese Problematik eingegangen. Das Gericht führt in seiner Entscheidung, in der Beklagte eine Herausgeberin eines Anzeigenblattes war, in dem sexuelle Kontakte angeboten wurden, aus, dass für das Vorliegen von § 120 I Nr. 2 OWiG nicht mehr allein eine Werbung für entgeltliche sexuelle Handlungen ausreicht. Denn mit Inkrafttreten des ProstG hätte sich der Gesetzgeber für einen Wandel der rechtlichen Stellung der Prostituierten in der Gesellschaft entschieden. Die Ausübung von Prostitution und damit in Zusammenhang stehende Rechtsgeschäfte seien nicht mehr als schlechthin sittenwidrig anzusehen. Dieses gewandelte Verständnis müsse bei der Auslegung des § 120 OWiG berücksichtigt werden. Die Regelung könne daher nicht mehr im Sinne eines generellen Verbots jeglicher Werbung für entgeltliche sexuelle Handlungen

ekelt. Danach werden die Stufen der Regelung der Berufsausübung, subjektiver Zulassungsvoraussetzungen und objektive Zulassungsschranken als drei Stufen zunehmender Eingriffsintensität voneinander unterschieden. Mit der Zunahme der Intensität des Eingriffs parallel der Stufen geht eine Abnahme der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers einher. Dieser steht unter um so höheren Rechtfertigungsanforderungen, je intensiver er eingreift oder einzugreifen ermächtigt. In den Rechtfertigungsanforderungen kommt dann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu Geltung. Nach dem BVerfG (BVerfGE 13, 97, 104) ist die „Stufentheorie“ [...] das Ergebnis strikter Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit bei den vom Gemeinwohl her gebotenen Eingriffen in die Berufsfreiheit.“

¹⁷⁸§ 120 OWiG Verbotene Ausübung der Prostitution, Werbung für Prostitution

(1) Ordnungswidrig handelt, wer

1. einem durch Rechtsverordnung erlassenen Verbot, der Prostitution an bestimmten Orten überhaupt oder zu bestimmten Tageszeiten nachzugehen, zuwiderhandelt oder

2. durch Verbreiten von Schriften, Ton- oder Bildträgern, Datenspeichern, Abbildungen oder Darstellungen Gelegenheit zu entgeltlichen sexuellen Handlungen anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt; dem Verbreiten steht das öffentliche Ausstellen, Anschlag, Vorführen oder das sonstige öffentliche Zugänglichmachen gleich.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden.

¹⁷⁹Siehe BVerfG in: NJW 2003, S. 879; NJW 2003, S. 2816; NJW 2003, S. 3470, 3472; NJW 2006, S. 282.

gen angewendet werden. Vielmehr sei erforderlich, dass eine konkrete Beeinträchtigung von Rechtsgütern der Allgemeinheit, insbesondere des Jugendschutzes, festzumachen sei.¹⁸⁰

3.3.3 Weitere Konsequenz: Klagen von Bordellbetreibern auf Vermittlung von Prostituierten

Klagen seitens Bordellbetreiber auf Vermittlung von Prostituierten über die Arbeitsagenturen sind mit der Abschaffung der Sozial- und Sittenwidrigkeit und der damit einhergehenden unstreitigen Öffnung des Schutzbereichs des Art. 12 I GG für Prostituierte und auch für Bordellbetreiber rechtlich logische Folge des ProstG. Die Argumente der Bordellbetreiber, dass sie seit dem ProstG wie jeder andere Arbeitgeber auch das Recht haben, die Dienste der Arbeitsagenturen in Anspruch zu nehmen, insbesondere, da sie auch in die Arbeitslosenversicherung einzahlten, lassen sich fortan nicht mehr pauschal mit der Begründung der Sittenwidrigkeit der Tätigkeit abtun. Rechtlich überzeugende Argumente gegen die Forderung der Bordellbetreiber finden sich in den Urteilen der Sozialgerichte bislang nicht.¹⁸¹ Es bleibt abzuwarten, wie lange die Gerichte sich noch erfolgreich pauschal darauf stützen können, dass eine Vermittlung in die Prostitution durch die Arbeitsagenturen sich nicht mit der Werteordnung des Grundgesetzes vereinbaren lässt.¹⁸² Es stellt sich abschließend wiederholt die Frage, ob der Gesetzgeber, der ausdrücklich nur die Prostituierten und nicht Bordellbetreiber und Freier durch das ProstG besser stellen wollte, die praktischen und rechtlichen Folgen seiner Gesetzgebung überhaupt umfassend erkannt hat.

4 Abschließende Bewertung der rechtspolitischen Debatte

Alle bisher in der deutschen rechtspolitischen Debatte gängigen Bewertungsansätze von Prostitution als Verletzung der Menschenwürde, als sittenwidrig oder schließlich als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG, der aber dennoch „kein Beruf wie jeder andere“ ist, lassen entscheidende Aspekte des sozialen Phänomens außer Acht: Die schon auf den ersten oberflächlichen Blick erkennbare Geschlechterspezifität in der Prostitution, bei

¹⁸⁰Vgl. BGH, Urteil vom 13.07.2006. I ZR 241/03, Rn. 24 ff.

¹⁸¹Siehe oben Kapitel III, 3.2, SG Speyer, 10. Kammer, Urteil vom 04.05.2006, Aktenzeichen: S. 10 AL 1020/04; siehe auch Landessozialgericht Rheinland-Pfalz 1. Senat, Urteil vom 24.01.2008, L 1 AL 97/06; BSG, 11. Senat, Urteil vom 06.05.2009, Aktenzeichen: B 11 AL 11/08 R.

¹⁸²Vgl. BSG, Urteil vom 06.05.2009, Az. B 11 AL 11/08 R.

der die Angebotsseite ganz überwiegend weiblich, die Nachfrageseite hingegen ganz überwiegend männlich ist. Die strukturelle Benachteiligung von Frauen und die diskriminierende, sexistische und geschlechtshierarchische Prostitutionswirklichkeit finden in allen bisher gängigen Bewertungen von Prostitution in Deutschland keine Beachtung. Damit mangelt es all diesen an der Einbeziehung maßgeblicher tatsächlicher sozialer Aspekte des Phänomens Prostitution. Eine substantielle Kritik des ProstG auf Grundlage dieser Bewertungen ist daher nicht möglich. Das folgende *Kapitel IV* soll diesem Defizit abhelfen.

Kapitel IV

Das ProstG und Art. 3 II Grundgesetz

Die bisherigen Ergebnisse der *Kapitel I–III* sind zugleich Ausgangspunkt für das *Kapitel IV*, das das grundrechtlich verankerte Gleichberechtigungsgebot von Männern und Frauen aus Art. 3 II GG in seiner Systematik, seinem Inhalt und seinem Ausmaß analysieren und das ProstG in diesem Lichte diskutieren wird. Zuerst wird der historische Ursprung des liberalen Gleichheitsbegriffs und die feministische Kritik an ihm dargestellt sowie Begrifflichkeiten geklärt. Anschließend wird in die heute herrschende Dogmatik des Gleichberechtigungsgebots aus Art. 3 II GG eingeführt. Die verfassungsrechtliche Fortentwicklung des Gleichberechtigungsgebots anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) schließt sich daran an. Nähere Betrachtung und Untersuchung finden die aus der Literatur ab Ende der 1980er Jahre entwickelten gruppenbezogenen und asymmetrischen Ansätze zu Art. 3 II GG, die beim Blick auf Diskriminierungen real existierende Machtverhältnisse zwischen den Geschlechtern und das kollektive Phänomen von Diskriminierung ins Zentrum ihrer Aufmerksamkeit stellen. Nach der Frage der verfassungsrechtlichen Verankerung des Verbots von mittelbar-faktischen Diskriminierungen und der Analyse der neusten Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 II GG schließt das Kapitel mit der Untersuchung des Spannungsverhältnisses des ProstG zu dem Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 II GG.

1 Der liberale Gleichheitsbegriff und Klärung von Begrifflichkeiten

1.1 Der historische Ursprung des liberalen Gleichheitsbegriffs und die feministische Kritik

Die Begriffe „Gleichheit“ und „Gleichstellung“ finden ihre Grundlage im liberalen Gleichheitsbegriff der Aufklärung: Mit Rousseaus Konstruktion eines Gesellschaftsvertrages¹ wurde das Konzept des freiheitlichen Staates mit Bürgern, die vor dem Gesetz gleich sind, begründet.² Der liberale Gleichheitsbegriff war jedoch geschlechtlich konnotiert. Denn er umfasste nur Männer, nur diese waren vollwertige Staatsbürger. Frauen hatten hingegen einen passiven Status inne. Sie konnten keine eigenständigen Subjekte und Partnerinnen des Gesellschaftsvertrags sein, da sie nach dem liberalen Gleichheitsbegriff als emotionale, naturgebundene Wesen nicht allgemein und vernünftig denken konnten, deshalb auch nicht zur Selbstgesetzgebung fähig und somit nicht frei waren.³ „Die Erforschung der abstrakten und spekulativen Wahrheiten, die Prinzipien und Axiome der Wissenschaften, alles, was auf die Verallgemeinerung der Begriffe abzielt, ist nicht Sache der Frauen. Ihre Studien müssen sich auf das Praktische beziehen.

¹Vgl. Enders in: Friauf (2009) vor Art. 1 Rn. 1 ff.

²Nach Kant müssen Gesetze im Staat so gestaltet sein, als hätten sich die Bürger die Gesetze selbst gegeben, alle Bürger sind vor dem Gesetz gleich und als bürgerliche Persönlichkeiten in Rechtsangelegenheiten selbständig. Vgl. Kant: Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, II. Teil: Das öffentliche Recht, § 46 (Weischedel-Werkausgabe IV, S. 432 ff. [A 165 ff., B 195 ff.]).

³Nach der sog. „Zwei-Geschlechter-Theorie“ sind Frauen gegenüber Männern minderwertig. Die Theorie geht auf Aristoteles zurück, Nach ihm gab es nur ein Geschlecht, das in unterschiedlichen Entwicklungsphasen auftritt: Der Mann als voll entwickeltes und die Frau als nur mangelhaft entwickeltes Geschlecht (vgl. Aristoteles, Politik, Erstes Buch, S. 28 (1260a); siehe auch Guilia Sissa: Platon, Aristoteles und der Geschlechtsunterschied, in: Schmitt Pantel (1993), S. 67-104). Die Theorie der Minderwertigkeit der Frau wurde im Mittelalter Grundlage medizinischer Forschung und wissenschaftlichen Standards, die katholische Kirche machte sie sich zu Nutze (Thomas von Aquin, vgl. *Kapitel I, 2.3*). So diffamierte sie Frauen als schwach und anfällig für Laster und Sünde (siehe Claude Thomasset, Von der Natur der Frau, in: Klapisch-Zuber (1993), S. 55. 58 ff.). Auch vor Gericht wurde mit dem Argument der Wankelmütigkeit des weiblichen Geschlechts Aussagen von Zeuginnen weniger Beweiskraft zugestanden als Aussagen von Zeugen. Mit weiblicher Schwäche und schwach oder gar nicht ausgebildeter Vernunft wurde das Verbot für Frauen begründet, Verbindlichkeiten für Dritte wie beispielsweise Bürgschaften zu übernehmen (siehe Elisabeth Koch, Die Frau im Recht der frühen Neuzeit. Juristische Lehre und Begründungen, in: Ute Gerhard (Hg.): Frauen in der Geschichte des Rechts. (1997), S. 73, 83 ff.

Ihre Sache ist es, die Prinzipien anzuwenden, die der Mann gefunden hat.“⁴ Das liberale Gesellschaftskonzept trennte die privat-häusliche Sphäre von der bürgerlich-öffentlichen Sphäre ab. Der Mann repräsentierte dabei die Frau und Familie nach außen und war in der bürgerlich-öffentlichen Sphäre tätig, die Frau, dem Mann untergeordnet, hatte ihre Aufgaben allein in der privat-häuslichen Sphäre zu verrichten.

Aufgrund seiner historischen Herkunft und Entwicklung ist das Recht der Gleichheit auch heute noch androzentrisch und patriarchalisch geprägt. So ist nach Berghahn (2003) immer noch „[der] Mann [...] in den allermeisten Rechts- und Gesellschaftsbereichen das Maß aller Dinge [...]“.⁵ Feministische Rechtstheoretikerinnen kritisieren deshalb den liberalen Gleichheitsbegriff als einen Frauen ausschließenden. Die Kritik wendet sich gegen die fehlende Berücksichtigung weiblicher Lebenswirklichkeit als Inhalt des Maßstabs von Gleichheit. In den Theorien der Differenztheoretikerinnen werden die Unterschiede zwischen Männern und Frauen betont und sich gleichzeitig gegen die männliche Norm gewendet. Gleichheit wird nicht durch Angleichung von weiblichen Realitäten an männliche gesehen, vielmehr soll die jeweilige Andersartigkeit als gleichwertig anerkannt werden. Differenztheoretikerinnen wehren sich dabei gegen die Orientierung an einem männlichen Referenzrahmen, gefordert wird vielmehr ein eigenständiger weiblicher Rahmen.⁶ So betont beispielsweise Maihofer (1990) die weibliche Differenz und strebt deshalb die Anerkennung der Gleichwertigkeit weiblicher Existenzweisen an.⁷ MacKinnon (1994) wendet sich gegen den aristotelischen Maßstab von Gleichheit, der Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt. Denn sie sieht bei Diskriminierungen keine Vergleichbarkeit der Sachverhalte gegeben. Die Andersartigkeit von weiblichen Existenzweisen würde von dem liberalen Gleichheitsbegriff nicht anerkannt, vielmehr würde die Differenz von Frauen zur Unterordnung. „It's the hierarchy that defines whatever differences matters, not the other way around.“⁸ „Yet the sexes are not equally situated in society with respect to their relative differences. Hierarchy of power produces real as well as fantasied differences, differences that are also inequalities.“⁹ Nach MacKinnon ist die Ungleichheit von Männern und Frauen nicht durch die Alternative Gleichheit oder Differenz geprägt, sondern von der hierarchischen Unterordnung von Frauen als Frauen. MacKinnon sieht deshalb den richtigen Ansatzpunkt bei der Bekämpfung von geschlechtsspezifischen Ungleichheiten in Rege-

⁴Jean-Jacques Rousseau: *Emil oder über die Erziehung* (1762), S. 451.

⁵Berghahn (2003), S. 17.

⁶Vgl. Gerhard (1990).

⁷Vgl. Maihofer (1990), S. 351 ff.

⁸MacKinnon (1991), S. 1294, 1296 f.

⁹MacKinnon (1989), S. 224 f.

lungen, die die männliche Dominanz zurückdrängen. Cornell (1991) und Butler (1991) sehen sowohl das soziale Geschlecht (Gender) als auch das biologische Geschlecht (Sex) gesellschaftlich konstruiert. Beide wenden sich deshalb gegen das bipolare Anknüpfen von Gleichstellungspolitik an das biologische Geschlecht, da sie darin eine bedenkliche Festschreibung der Zweigeschlechtlichkeit mit der „Matrix der Heterosexualität“ und damit zugleich von Hierarchien sehen.¹⁰

1.2 Klärung von Begrifflichkeiten

1.2.1 Formelle und materielle Gleichheit

Die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Gleichheit bezieht sich zum einen auf formale Bedingungen der Gleichheit (formelle Gleichheit), zum anderen auf Resultate von Gleichheit (materielle Gleichheit).

Formelle Gleichheit beinhaltet die Konzeption, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, und legt damit das aristotelische Gerechtigkeitsverständnis zugrunde.¹¹ Bei der formellen Gleichheit handelt sich um die verfassungsrechtliche Gleichheit eines liberalen Verfassungsrechtsstaates, wonach jeder vor dem Gesetz gleich ist. Recht ist danach (geschlechts)neutral formuliert und gewährleistet damit die Gleichbehandlung aller Personen als Rechtsgleichheit und Willkürverbot. Die Ausgangschancen des Einzelnen, als gleich oder ungleich bewertet zu werden, oder gesellschaftliche Rahmenbedingungen werden von dieser Konzeption nicht erfasst. Vielmehr geht formelle Gleichheit von gleichen Möglichkeiten und Ausgangschancen jedes Individuums aus.¹² Ein formeller Gleichheitsbegriff kann darüber hinaus nur Vergleichbares vergleichen. Ausgangspunkt ist ein vermeintlich neutrales Recht, das gleiche wertungsfreie Rechtsnormen auf vergleichbare Lebenssachverhalte anwendet.

Dass eine rein formelle rechtliche Gleichheit aller Individuen nicht zu einer Gleichheit der Individuen in der Lebenswirklichkeit führt, wurde in der Geschichte mehrfach erfahren.¹³ Ursache hierfür ist, dass zum einen jedes Individuum unterschiedliche Fähigkeiten hat und unterschiedliche Leistung erbringt. Zum anderen haben Menschen

¹⁰Vgl. Butler (1991); Cornell (1991).

¹¹Nach dem aristotelischen Gerechtigkeitsverständnis wird unter verteilender (*iustitia distributiva*) und ausgleichender (*iustitia commutativa*) Gerechtigkeit unterschieden mit dem Ziel der Schaffung von verhältnismäßiger Gleichheit. Kennzeichen der verteilenden Gerechtigkeit ist, dass jeder bekommt, was ihm gebührt, Gleiches ist danach gleich, Ungleiches ungleich zu behandeln. (siehe Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch V, 7. Kapitel, S. 108 ff.)

¹²Vgl. Engler (2005), S. 46.

¹³So führte schon die Durchsetzung der Gleichheit vor dem Gesetz nach der Französischen Revolution nicht zu einer Vereinheitlichung der Lebensverhältnisse, sondern zu weiteren faktischen Unter-

unterschiedliche Ausgangsbedingungen, die ihre tatsächlichen Möglichkeiten erheblich einschränken können. Eine rein formal rechtliche Gleichbehandlung Ungleicher führt deshalb nahezu zwingend zu einer fortschreitender Differenzierung der sozialen Lebensverhältnisse.¹⁴

Materielle bzw. substantielle Gleichheit hingegen begnügt sich nicht mit formeller Rechtsgleichheit, sondern bezieht gesellschaftliche Rahmenbedingungen und tatsächlich vorhandene Ausgangschancen in das Gleichheitsprinzip mit ein. Diese Konzeption erkennt damit auch strukturelle Diskriminierungen von Gruppen, die durch die vermeintliche Neutralität formeller Rechtsgleichheit perpetuiert wird. Denn die rein formelle Rechtsgleichheit macht strukturelle Benachteiligungen zu ihrem Ausgangspunkt und erfasst damit nicht tatsächlich vorhandene faktische Unterschiede zwischen Gruppen in der Gesellschaft. Recht, das eine materielle Gleichheit zum Ziel hat, bezieht deshalb tatsächliche Unterschiede mit ein und interveniert sowohl an den sozialen Rahmenbedingungen als Startbedingungen und Ressourcen als auch an den Resultaten. Ein solches Recht zielt damit auf die substantielle Beseitigung von Benachteiligungen einzelner Gruppen zur Schaffung gleicher Ausgangschancen.¹⁵

1.2.2 Chancengleichheit

Das Prinzip der Chancengleichheit vermag die Inhalte formeller und materieller Gleichheit zu verbinden. Es respektiert individuelle Fähigkeiten und Leistungen (formelle Gleichheit) und gewährleistet zugleich jedem Einzelnen gleiche Startbedingungen und Voraussetzungen (materielle Gleichheit). Ladwig (1999) sieht hierin die Vermittlungsfunktion des Prinzips der Chancengleichheit: „Wenn Chancen gleich sind, genießen alle Personen in bestimmten Hinsichten gleiche Spielräume oder Aussichten, ohne jedoch zwangsläufig gleiche Ergebnisse zu erzielen. [...] In dieser Vorstellung ist das von 'der Rechten' betonte Leistungsprinzip mit dem vor allem von 'der Linken' verfochtenen Gebot materieller Gleichheit vermittelt.“¹⁶ Die Differenzierung zwischen formeller und materieller bzw. substantieller Chancengleichheit bezieht sich auf die Intensität der Auswirkungen von Chancengleichheit. Die formelle Chancengleichheit beinhaltet nur

schieden in Besitz, Eigentum und Lebensverhältnissen. Vgl. Heckel (1990), S. 252 f.

¹⁴Vgl. Alexy (1986), S. 378 ff. Nach Alexy lässt rechtliche Gleichheit wegen der faktischen Verschiedenheit der Menschen einige faktische Ungleichheiten bestehen oder verstärkt diese sogar. Auch Francke/Sokol/Gurlit (1991) gehen davon aus, dass formale Gleichbehandlung die zunächst gegebene soziale Ungleichheit ignoriert und damit zu ihrer Verstärkung anstatt zu ihrer Auflösung beiträgt, S. 85.

¹⁵Vgl. Engler (2005), S. 46.

¹⁶Ladwig (1999), S. 365.

den gleichen Zugang zu Chancen durch formal gleiche Güterverteilung bei gleicher Leistung und Fähigkeit.¹⁷ Es ist damit begrenzt auf rechtliche Regelungen, die gleiche Aussichten und Zugang auf individuelle Leistung und Fähigkeiten gewährleisten. Damit wird zugleich vorausgesetzt, dass der Einzelne autonom fähig ist, selbst gewählte Lebensentwürfe zu verfolgen. Er ist damit für alle Entscheidungen und Handlungen in seinem Leben selbst verantwortlich.¹⁸ Das Prinzip der formellen Chancengleichheit ist daher auf formal gleiche „Startbedingungen“ beschränkt. Es suggeriert damit zugleich, dass nach Beseitigung formaler ungleicher Startbedingungen jeder Einzelne die gleichen Ausgangschancen hat. Kritik erfährt die formelle Chancengleichheit hinsichtlich des Ignorierens von Ungleichheiten, die den Startbedingungen vorgelagert sind. Die Kritik sieht die Gefahr, dass mit der rein formellen Chancengleichheit nur die Stärksten Einfluss, Macht und materielle Güter in der Gesellschaft erlangen.¹⁹ Auch werden strukturelle Diskriminierungen, deren benachteiligenden Auswirkungen typischerweise den Ausgangschancen vorgelagert sind, nach dem Konzept der formellen Chancengleichheit nicht erfasst.

Materielle bzw. substantielle Chancengleichheit begegnet dieser Kritik, indem sozialen Rahmenbedingungen und alle Faktoren, auf die der einzelne Mensch keinen Einfluss hat, wie beispielsweise das Geschlecht, die jedoch die tatsächlichen Ausgangschancen und Möglichkeiten einschränken, einbezogen werden. Das Prinzip umfasst die den Startbedingungen vorgelagerten Ungleichheiten und Benachteiligungen und damit auch strukturelle Diskriminierung.²⁰

1.2.3 Chancengleichheit versus Ergebnisgleichheit

Ergebnisgleichheit meint die Gleichheit im Ergebnis. Hinsichtlich der Geschlechterungleichheiten müssten danach die Geschlechter zu jeweils 50 % in allen gesellschaftlichen Bereichen vertreten sein.²¹ Eine starre Ergebnisgleichheit lässt sich jedoch mit der Konzeption einer freiheitlichen Verfassung nicht verwirklichen. Denn die Erreichung des Zustands absoluter Ergebnisgleichheit in allen gesellschaftlichen Bereichen wäre nur durch massive steuernde Maßnahmen des Staates erreichbar, was die Freiheit des ein-

¹⁷Vgl. Lautmann (1990), S. 37 ff.

¹⁸Lacey, Journal of law and society 14/1987, S. 418 ff.

¹⁹Ladwig, (1999), S. 366 f.

²⁰Engler (2005), S. 69: „Substantielle Gleichheit [...] nimmt Abstand von der Beurteilung der Menschen entsprechend ihrer Leistung und verlangt eine Intervention zu Gunsten derjenigen, die gerade aufgrund ihrer strukturell schwächeren Position nicht zu leisten vermögen, *damit sie in Zukunft leisten können*.“

²¹Vgl. Schweizer (1998), S. 128 ff.

zernen Individuums erheblich verkürzen würde.²² Sie ist deshalb abzulehnen. Substantielle Chancengleichheit hingegen meint die Gleichheit der Ausgangsbedingungen unter Einbeziehung sozialer Rahmenbedingungen und weiterer Faktoren, auf die das einzelne Individuum keinen Einfluss hat, zur Gewährleistung gleicher realer Chancen auf Zugang und Teilnahme am Erwerbsleben und anderer gesellschaftlichen Funktionen. Chancengleichheit hat damit nicht die Gleichheit aller im Ergebnis zum Ziel. Sie kann dies auch gar nicht erreichen, da eine gleiche Verteilung von Chancen nicht individuell unterschiedliche Fähigkeiten und Leistungen überdeckt, die dann aber letztendlich entscheidend sind. Chancengleichheit ist somit ergebnisoffen.

1.2.4 Gleichberechtigung und Gleichstellung

Auch in dem Begriffspaar Gleichberechtigung – Gleichstellung finden sich verschiedene Konzepte über Ziele und Ergebnisse in der Herstellung von Gleichheit. Grundsätzlich kann, wie schon bei der Differenzierung von formeller und materieller Gleichheit, auch hier zwischen zwei Ebenen unterschieden werden: Der Ebene der Bedingungen und der Ebene der Resultate. Der Ebene der Bedingungen wird regelmäßig der Begriff der Gleichberechtigung zugeordnet, da ihr Ziel die Chancengleichheit ist. Gleichberechtigung ist demnach ein Verfahren, das nicht zwischen Individuen oder Gruppen differenziert, sondern alle formal rechtlich gleich behandelt.²³ Zu dem rein formalen Aspekt kommt ein materieller hinzu: Die Einbeziehung der sozialen Rahmenbedingungen und die Möglichkeit, die Rechte auch tatsächlich wahrzunehmen. Dies wird von der materiellen bzw. substantiellen Chancengleichheit umfasst, die auf materielle Gleichheit abzielt.²⁴ Demgegenüber wird der Ebene der Resultate regelmäßig der Begriff der Gleichstellung zugeordnet.²⁵ Gleichstellung ist demnach kein Verfahren an sich, sondern Ziel und Ergebnis eines Verfahrens, wie die gleiche Teilhabe und die echte Wahlfreiheit in der Lebensgestaltung beider Geschlechter.²⁶

²²Siehe Sacksofsky (1996), S. 400.

²³Vgl. Lautmann (1990), S. 34 ff.

²⁴Vgl. Schweizer (1998), S. 128 ff. Lautmann (1990), S. 35.

²⁵Vgl. Limbach/Eckertz-Höfer (1993), S. 299 f.; Schweizer (1998), S. 132 sieht in der Auslegung des Begriffs 'Gleichstellung' auch die Möglichkeit verwirklicht, dass Gleichstellung Chancengleichheit und Ergebnisgleichheit erfasst. Es müsse dann allerdings klargestellt werden, ob man sich auf der Stufe der Chancen oder der Resultate befände.

²⁶Vgl. Schlachter (1993), S. 9.

1.2.5 Verwendete Begrifflichkeiten in vorliegender Untersuchung

Alle vorgestellten Begrifflichkeiten werden sowohl im Schrifttum als auch in der politischen Diskussion²⁷ häufig für unterschiedliche Konzeptionen verwendet und auch oftmals miteinander vermischt. Ein einheitlicher Begriffskanon existiert nicht. Im weiteren Verlauf der Untersuchung werden daher die vorgestellten Begriffe unter den oben dargelegten Definitionen verwendet. Vorliegende Arbeit versteht unter den Begriffen der Gleichheit eine materielle Gleichheit, unter Chancengleichheit eine materielle bzw. substantielle Chancengleichheit und unter Gleichberechtigung die Erfassung auch von materieller Chancengleichheit.

2 Die Aufnahme des Gleichberechtigungsgebots aus Art. 3 II GG in das Grundgesetz

Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 II GG ist unter den Gleichheitssätzen des Grundgesetzes die politisch und juristisch umstrittenste Regelung.²⁸ Schon in seinen Ursprüngen in der Gründungsphase der Bundesrepublik hatte der Satz „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ große Schwierigkeiten in das Grundgesetz überhaupt aufgenommen zu werden. So wurde im Parlamentarischen Rat mehrheitlich die Fassung: „Männer und Frauen haben dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten“ favorisiert, die an die Weimarer Verfassungsformel von der „grundsätzlichen“, also Ausnahmen zulassenden, staatsbürgerlichen Gleichheit der Geschlechter anknüpfte.²⁹ Die Forderung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in allen Rechtsgebieten, insbesondere auch im Familienrecht, ließ im Ausschuss die Befürchtung aufkommen, das Bürgerliche Gesetzbuch sei dann verfassungswidrig³⁰ und es entstehe eine zu große Rechtsunsicherheit. Nur dem Druck der frühen Frauenbewegung und dem vehementen

²⁷Siehe Diskussion der GVK bei der Ergänzung des Art. 3 II GG um den Satz 2 im Jahr 1994.

²⁸Die seit den 1980er Jahren immer wieder aufkommenden heftigen Debatten um Frauenquoten oder Antidiskriminierungsrecht sind in Deutschland häufig mit übersteigerten Begriffen geführt worden. (vgl. z.B. „Verfassungswidriger Stumpfsinn“ Sachs, NJW 1989, 553 (558)). Die von der Gemeinsamen Verfassungskommission formulierten Verfassungsergänzungen (vgl. BT-Drs. 12/6000, S. 49 ff.) konnten nur teilweise den Streit entschärfen.

²⁹In der ersten Lesung erfolgte zunächst die Fassung: (1) „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. Das Gesetz muß Gleiches gleich, kann Verschiedenes nach seiner Eigenart behandeln. Jedoch dürfen die Grundrechte nicht angetastet werden.“ (3) „Niemand darf seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen wegen benachteiligt oder bevorzugt werden.“ siehe Feuersenger (1980), S. 25.

³⁰Vgl. Stellungnahme des Abgeordneten Thomas Dehler. Siehe in: Reich-Hilweg (1979), S. 19.

Einsatz der Abgeordneten Elisabeth Selbert, einer der vier Mütter des Grundgesetzes³¹, ist es zu verdanken, dass die Fassung „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ im Parlamentarischen Rat eine Mehrheit bekam und in Art. 3 II GG im Februar 1949 kodifiziert wurde.³²

Bis in die heutige Zeit ist Art. 3 II GG immer wieder Gegenstand heftiger politischer und juristischer Kontroversen.³³ Grund und Auslöser der Kontroversen über Inhalt und Ausmaß des Gleichberechtigungsgebots aus Art. 3 II GG ist die in Deutschland immer noch vorhandene Diskrepanz zwischen diskriminierender gesellschaftlicher Realität zwischen den Geschlechtern und formal bestehenden Rechtsgleichheit.³⁴

3 Die Dogmatik und Auslegung des Art. 3 II GG

3.1 Das Verhältnis des Art. 3 II Satz 1 GG zu Art. 3 I GG und Art. 3 III Satz 1, 1. Alt. GG

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 I GG „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“ beansprucht gem. Art. 1 III GG³⁵ unmittelbare Geltung. Der Gleichheitsgedanke ist unbestritten eng mit der Garantie der Menschenwürde und dem Recht der Persönlichkeitsentfaltung verbunden und ist damit vom Schutz des Art. 79 III GG³⁶ erfasst.³⁷ Art. 3 I GG wird von spezielleren Gleichheitssätzen verdrängt. So enthält Art. 3 II Satz 1 GG „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ ein striktes Differenzierungsverbot, das als spezieller Gleichheitssatz dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG hinsichtlich des Merkmals Geschlecht vorgeht.³⁸ Art. 3 II Satz 1 GG ist dabei mehr als eine bloße Wiederholung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 I GG

³¹Im Parlamentarischen Rat waren nur vier von 65 Abgeordneten Frauen: Frieda Nadig (SPD), Elisabeth Selbert (SPD), Helene Weber (CDU) und Helene Wessel (Zentrum). Von den vier weiblichen Abgeordneten war Elisabeth Selbert diejenige, die sich am stärksten für das Ziel der vollständigen Gleichberechtigung von Frauen einsetzte. Vgl. Böttger (1990), S. 169 f.

³²Böttger (1990), S. 215 ff.

³³So entzündete sich in den 1990er Jahren insbesondere an der Frage nach sog. Frauenquoten eine heftige Debatte.

³⁴Vgl. *Kapitel I*; siehe auch Heun, in: Dreier (2004), Art. 3, Rn. 97 f.

³⁵„Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“

³⁶„Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.“

³⁷Vgl. Heun in: Dreier (2004), Art. 3, Rn. 15.

³⁸Vgl. Osterloh in: Sachs (2009), Art. 3, Rn. 77 f.

für die Gleichheit zwischen den Geschlechtern. Art. 3 II Satz 1 GG zeigt vielmehr aus sich heraus und zwar ohne weiteren verfassungsrechtlichen Kontext den Maßstab für Regelungen im Verhältnis der Geschlechter. Indem Art. 3 II Satz 1 GG nach herrschender Meinung ein striktes Differenzierungsverbot beinhaltet, das Ungleichbehandlung zwischen Männern und Frauen für grundsätzlich unzulässig erklärt, wirkt der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG ambivalent als Differenzierungsverbot oder als Differenzierungsgebot.³⁹ Im Ergebnis besteht Einigkeit darüber, dass Art. 3 II GG dem Gesetzgeber engere Grenzen in der Gestaltungsfreiheit zieht als Art. 3 I GG.⁴⁰

Umstrittener ist das Verhältnis des Art. 3 II Satz 1 GG zu Art. 3 III Satz 1, 1. Alt. GG.⁴¹ Denn das Grundgesetz beschränkt sich hinsichtlich der Verhältnisse von Männern und Frauen nicht allein auf das Verbot der Benachteiligung oder Bevorzugung wegen des Geschlechts, Art. 3 III Satz 1, 1. Alt. GG, sondern normiert zusätzlich in Art. 3 II Satz 1 GG ein Gleichberechtigungsgebot: Art. 3 II Satz 1 GG gebietet die Gleichberechtigung von Mann und Frau; Art. 3 III Satz 1, 1. Alt. GG verbietet Benachteiligungen oder Bevorzugungen u.a. wegen des Geschlechts. Das Merkmal „Geschlecht“ in Art. 3 III GG ist dabei inhaltsgleich mit der Unterscheidung in Männer und Frauen in Art. 3 II Satz 1 GG. Das Merkmal der sexuellen Orientierung wird davon nicht erfasst.⁴²

Das BVerfG und Teile des Schrifttums ignorierten lange Zeit die Unterschiedlichkeit des Wortlauts der Absätze 2 und 3 des Art. 3 GG, indem es beide Absätze als inhaltlich gleichbedeutendes absolutes Differenzierungsverbot interpretierten.⁴³ In der sog.

³⁹Vgl. Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck (2005), Art. 3 Abs. 2, Rn. 304.

⁴⁰Vgl. BVerfGE 85, 191, 206.

⁴¹Art. 3 III GG: „Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

⁴²Vgl. BVerfG, NJW (2008), 209 f.

⁴³Vgl. BVerfGE 3, 225, 249; 6, 389, 420; 43, 213, 225. Siehe auch *Kapitel IV, 4.* Auch Sachs vertritt mit der sog. Identitätsthese die Ansicht, Art. 3 II und III GG stimmten hinsichtlich des Merkmals Geschlecht inhaltlich überein. (Sachs, M., HstR, Bd. V, § 126, Rn 79; so auch Maunz/Dürig (2009), Art. 3 Abs. 3, Rn 4). Art. 3 III GG wird hiernach als Anknüpfungsverbot betrachtet, dem Art. 3 II 1 GG gleichgestellt ist. Die positive Formulierung des Abs. 2 Satz 1 „sind gleichberechtigt“ korrespondiert das negative Verbot der Ungleichbehandlung wegen eines der in Abs. 3 genannten Differenzierungsmerkmale. (Dürig in: Maunz/Dürig (2009), Art. 3 Abs. 3, Rn. 3; Schlachter, M. (1993), S. 39 m.w.N.). Nach der Identitätsthese beinhalten daher sowohl Art. 3 Abs. 2 Satz 1 als auch Abs. 3 GG ein absolutes Differenzierungsverbot, das eine Anknüpfung an das Merkmal Geschlecht verbietet. Gegen die Identitätsthese spricht jedoch, dass ein absolutes Differenzierungsverbot Ursachen und Auswirkungen neutraler Handlungen die sich benachteiligend auf eine Gruppe auswirken, wie sie für mittelbare strukturelle Diskriminierung typisch ist, nicht erfasst. Denn neutrale Regelungen, die mittelbar auf-

Nacharbeitsentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1992 wich das Gericht zwar von dieser Auffassung ab, indem es dem Absatz 2 des Art. 3 GG einen über den Absatz 3 hinausgehenden Regelungsgehalt zuerkannte: Art. 3 II GG stelle zusätzlich ein Gleichberechtigungsgebot auf, das sich auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstrecke.⁴⁴ „Der Satz des Art. 3 II „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Er zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. So müssen Frauen gleiche Erwerbschancen haben wie Männer. Überkommenen Rollenvorstellungen, die zu einer höheren Belastung von Frauen führen, dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden.“⁴⁵ Dessen ungeachtet gab das BVerfG und die herrschende Meinung in der Literatur die grundsätzliche Interpretation der Absätze 2 und 3 des Art. 3 GG als allenfalls sprachlich nuanciertes, ansonsten aber identisches absolutes Differenzierungsverbot nicht auf.⁴⁶

3.2 Inhalt und Systematik des Art. 3 II GG nach der herrschenden Meinung

3.2.1 Art. 3 II Satz 1 GG

Folgende Grundsätze zu Inhalt und Systematik des Art. 3 II GG lassen sich auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG und der herrschenden Meinung im Schrifttum festhalten:

Das absolute Differenzierungsverbot des Art. 3 II Satz 1 GG als striktes Unterscheidungsverbot dient vorwiegend als Grundlage eines grundrechtlichen Abwehrrechts gegen rechtliche Diskriminierung von Frauen oder Männern. Es verbietet damit unbestritten jede unmittelbare Anknüpfung einer Regelung an das Geschlecht.⁴⁷ Eine Ungleichbehandlung darf sich nicht kausal auf die Zugehörigkeit zu einem Geschlecht zurückführen lassen. Regelungen, die unmittelbar an die Geschlechtszugehörigkeit anknüpfen, sind damit außerhalb von Schwangerschaft, Geburt oder Stillzeit kaum noch

grund struktureller Gegebenheiten faktisch geschlechtsspezifisch diskriminierend wirken, werden vom absoluten Differenzierungsverbot nicht erfasst, da solche Regelungen gerade nicht ausdrücklich an das Merkmal Geschlecht anknüpfen. Die Identitätsthese ist deshalb abzulehnen.

⁴⁴Vgl. BVerfGE 85, 191, 206 f.

⁴⁵Vgl. ebd.

⁴⁶Vgl. etwa Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck (2005), Art. 3 Abs. 2, Rn. 305 f. m.w.N.

⁴⁷Dürig in: Maunz/Dürig (2009), GG, Art. 3 Abs. 2, Rn. 1; Gubelt in: v. Münch/Kunig (2000), Art. 3, Rn 86;

als gerechtfertigte Differenzierung vorstellbar.⁴⁸ Das BVerfG zieht den Art. 3 II GG darüber hinaus für die Rechtfertigung von Differenzierungen zwischen Männern und Frauen durch kollidierendes Verfassungsrecht heran. Denn Art. 3 II Satz 2 GG berechtigt den Gesetzgeber, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen.⁴⁹ Der Bezug auf Art. 3 II GG muss jedoch den Zielen des Art. 3 II GG dienen, die Gleichberechtigung von Männern und Frauen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit durchzusetzen und tradierte Rollenzuschreibungen zu überwinden.⁵⁰

3.2.2 Art. 3 II Satz 2 GG

Art. 3 II Satz 1 GG wurde mit der Anfügung des Satz 2 im Jahr 1994 formal ergänzt und damit inhaltlich erheblich verstärkt. Bereits vor der Verfassungsänderung im Jahr 1994 hatten sowohl das BVerfG als auch Ansichten in der Literatur dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 II GG a. F. eine objektiv-rechtliche Funktion und Ziele zugesprochen, die über die bloße Abwehr von ungerechtfertigten Differenzierungen hinausgingen. So sah das BVerfG den Art. 3 II GG schon vor der Verfassungsänderung „umfassend angelegt“ und wollte für die Zukunft die tatsächliche Gleichwertigkeit von Männern und Frauen durchsetzen.⁵¹ Art. 3 II GG a. F. durfte nach der Rechtsprechung des Gerichts nicht darauf reduziert werden, die tatsächliche gesellschaftliche Realität wie etwa Lohnungleichheiten bei Männern und Frauen hinzunehmen. Vielmehr sah das Gericht schon seit der sog. Nachtarbeitsentscheidung aus dem Jahr 1992 in Art. 3 II GG a.F. ein Gleichberechtigungsgebot, das sich auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt und auf die Angleichung der Lebensverhältnisse zielt.⁵² Insofern kann in der Ergänzung des Art. 3 II GG um den Satz 2 lediglich ein Festschreiben der damals ohnehin schon bestehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Art. 3 II GG a. F. gesehen werden.

⁴⁸Sacksofsky in: Umbach/Clemens (2002), Art. 3 II, III 1 GG, Rn. 348; BVerfGE 6, 389, 422 f.; 15, 337, 343; 37, 217, 249 f.; 48, 346, 366; 52, 369, 374; Gubelt (Fn. 756), Art. 3, Rn. 87. Denn das Differenzierungsverbot läuft ins Leere, wenn gemeinsame Elemente zwischen Mann und Frau im Hinblick auf die Differenzierung fehlen, so dass die Vergleichbarkeit als Grundlage des Gleichheitsgebots entfällt. Das betrifft Fälle, in denen der Sachverhalt, auf den Art. 3 II GG angewendet werden soll, überhaupt nur in einem Geschlecht verwirklicht werden kann, wie beispielsweise Schwangerschaft, Stillzeit oder Geburt.

⁴⁹Vgl. BVerfGE 92, 91, 109; 85, 191, 207.

⁵⁰BVerfGE 92, 91, 112.

⁵¹Vgl. BVerfGE 14, 337, 345.

⁵²Vgl. BVerfGE 85, 191, 207; vgl. auch BVerfGE 89, 276, 285; 92, 91, 109.

3.2.2.1 Objektiv-rechtliche Bedeutung Nach herrschender Ansicht normiert Art. 3 II Satz 2 GG eine objektive Verpflichtung des Staates, die Gleichberechtigung der Geschlechter in der gesellschaftlichen Wirklichkeit tatsächlich durchzusetzen.⁵³ Die Gemeinsame Verfassungskommission (GVK) zielte mit der Ergänzung des Satzes 2 auf die Normierung eines Staatsziels in Form eines rechtlich verbindlichen Auftrages ab.⁵⁴ Staatsziele sind „Verfassungsnormen mit rechtlich bindender Wirkung, die der Staatstätigkeit die fortdauernde Beachtung oder Erfüllung bestimmter Aufgaben - sachlich umschriebener Ziele – vorschreiben. Sie umreißen ein bestimmtes Programm der Staatstätigkeit und sind dadurch eine Richtlinie oder Direktive für das staatliche Handeln auch für die Auslegung von Gesetzen und sonstigen Rechtsvorschriften.“⁵⁵ Art. 3 II Satz 2 GG enthält sowohl einen Gesetzgebungsauftrag als auch eine Verpflichtung des Staates, jegliche Staatstätigkeit auf die Beachtung und Durchsetzung der faktischen Gleichberechtigung in der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit auszurichten. Schweizer (1998) spricht in diesem Sinne von einem Verfassungsauftrag⁵⁶, der dazu verpflichtet, die tatsächliche soziale und gesellschaftliche Situation von Frauen bei staatlichen Maßnahmen zu berücksichtigen.⁵⁷ Mit Ergänzung des Satzes 2 wurde gleichzeitig anerkannt, dass es tatsächliche Benachteiligungen für Frauen in der Gesellschaft gibt, die abgebaut werden müssen.⁵⁸

Art. 3 II GG wird durch die Ergänzung des Satzes 2 GG ausdrücklich zu einem zukunftsorientierten Grundrecht, das das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 II

⁵³Rademacher (2004), S. 91, 107; Stock (2003), S. 183 f.

Eine Mindermeinung ordnet hingegen in Art. 3 II Satz 2 GG dogmatisch als soziales Grundrecht ein. Wie ein soziales Grundrecht inhaltlich ausgestaltet ist und was seine Funktion ist, ist dabei umstritten. (vgl. Rademacher (2004), S. 99 ff.) Grundsätzlich lässt sich jedoch festhalten, dass die Funktion sozialer Grundrechte, in dem Verschaffen von sozialen Lebensgütern besteht. (Vgl. Böckenförde (1981), S. 7, 9 f.)

⁵⁴Vgl. BT-Drs. 12/6000, S. 50.

⁵⁵Definition im Bericht der Sachverständigenkommission „Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge“ (1983), S. 13. (Hg. Der Bundesminister des Inneren); vgl. auch Hesse HdbVerfR, § 5, Rn 33 ff.; Wienholtz, AöR 109 (1984), S. 532, 536 f. vgl. auch Sommermann (1997) S. 5.

⁵⁶Schweizer (1998), S. 87, 91 ff.; vgl. auch allg. Kriele HdbStR, § 100, Rn 52 ff.; Sacksofsky in: Umbach/Clemens (2002), Art. 3 II, III 1, Rn. 354.

⁵⁷Abs. 3 II Satz 2 GG gleicht hierin dem Verfassungsauftrag des Art. 6 V GG; Vgl. BVerfGE 17, 280, 284; 58, 377, 389 f.

⁵⁸BT-Drs. 12/6000, S. 49.

Satz 1 GG zu einer materiellen Strukturnorm des Staates macht.⁵⁹ Art. 3 II Satz 2 GG verpflichtet den Staat zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern, benennt ihn explizit als Adressaten und richtet sich damit an alle drei Staatsgewalten, d.h. Legislative, Exekutive und Judikative. Wie und mit welchen Mitteln der Staat die Staatszielbestimmung aus Art. 3 II Satz 2 GG umsetzt, liegt dabei grundsätzlich in seiner Gestaltungsfreiheit.⁶⁰ Der Verfassungsauftrag des Art. 3 II Satz 2 GG bezieht sich auf den gesamten staatlichen aber auch auf alle gesellschaftlichen Bereiche.⁶¹ Dies ist deshalb wichtig, da Diskriminierungen von Frauen typischerweise im privaten Bereich auftreten, insbesondere im Familien- und Arbeitsleben.⁶² Folge aus der Zuordnung der Ergänzung in Satz 2 als Verfassungsauftrag ist, dass dem Satz jede subjektiv-rechtliche Wirkung abgesprochen wird.⁶³ Auch die Diskussionen in der GVK

⁵⁹Vgl. Eckertz-Höfer in: AK-GG (2002), Art. 3 Abs. 2,3, Rn. 75. Nach Schweizer (1998) erfährt Art. 3 II GG mit der Einordnung als Staatszielbestimmung zusätzlich einen relativen Vorrang vor anderen Verfassungsgütern, die nicht in gleicher Weise elementar mit der Persönlichkeitsentfaltung verbunden sind (Schweizer (1998), S. 99 ff., 104.). Danach muss im Verhältnis des Art. 3 II Satz 2 GG zu anderen Staatszielbestimmungen im Wege eines Abwägungsprozesses die Lösung eines eventuellen Spannungsverhältnisses angestrebt werden, da es eine allgemein gültige Hierarchiestruktur unter den Staatszielbestimmungen nicht gibt. (vgl. Alexy, R. (1986): Theorie der Grundrechte. S. 75 f.; Sommermann (1997) hat darüber hinaus Kriterien für eine mögliche Kollision von Staatszielbestimmung entwickelt. So ist bei der Gewichtung die Stellung des Staatsziels im „verfassungsrechtlichen Zielgefüge“ (Sommermann (1997), S. 413 f.) wichtiges Kriterium. Das Staatsziel aus Art. 3 II Satz 2 GG hat demzufolge durch die Aufnahme in die sog. Ewigkeitsklausel aus Art. 79 III GG eine größere Gewichtung als außerhalb der Ewigkeitsklausel stehende Staatsziele.

⁶⁰Vgl. Gubelt in: v. Münch/Kunig (2000), Art. 3, Rn. 93B; Jarass in: Jarass/Pieroth (2002), Art. 3, Rn. 90; Eckertz-Höfer in: AK-GG (2002.), Art. 3 Abs. 2,3, Rn. 74; Schweizer (1998), S. 106. Die Analyse der Entscheidung des BVerfG zum MuSchG aus dem Jahr 2003 hat jedoch gezeigt, dass das Gericht dem Gesetzgeber hinsichtlich Art. 3 II Satz 2 GG faktisch keinen Gestaltungsspielraum zugestanden hat, sondern vielmehr eine eigene Prognose hinsichtlich der Wirksamkeit kompensatorischer Maßnahmen zur Verhinderung von Diskriminierungen von Frauen im Arbeitsleben setzt.

⁶¹Vogel in: FS für E. Benda (1995), S. 395, 413; Sacksofsky (1996), S. 402 f. a.A. Hofmann FamRZ (1995), S. 257, 261.

⁶²Das häufig vorgebrachte Argument der Privatautonomie kann dem nicht pauschal gegenüber gesetzt werden. Staatliches Recht war und ist nicht neutral, indem es Bedingen und Voraussetzungen setzt, unter denen sich der private Bereich entfalten kann. Wenn der private Bereich als staatsfrei betrachtet würde, könnte derjenige, der aufgrund von traditionellen patriarchalischen Rollenverständnis als mächtiger angesehen wird, dort ungehindert seinen status quo behalten und seine Macht weiter nach seinem traditionellen Rollenverständnis ausüben. Vgl. Olsen, F., KJ 1990, S. 303, 312; Taub/Schneider (1998), S. 328 ff.

⁶³Osterloh in: Sachs (2009), Art. 3, Rn. 262; Schweizer (1998), S. 98; Sacksofsky (1996), S. 401. a.A. Stock (2003), S. 164 f.: Die Einordnung als Staatsziel schließt nach Stock (2003) nicht generell eine individuelle gerichtliche Geltendmachung des Art. 3 II Satz 2 GG aus. So kommt Stock (2003) in ihrer Un-

zeigen, dass es kein Ziel der Ergänzung war, originäre Teilhabe- oder Leistungsrechte gegenüber dem Staat zu begründen.⁶⁴

3.2.2.2 Inhalt und Wirkung des Art. 3 II Satz 2 GG Art. 3 II Satz 2 GG besteht aus zwei Halbsätzen: der erste Halbsatz verpflichtet den Staat zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter, der zweite Halbsatz verpflichtet ihn, auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Der zweite Halbsatz erkennt somit verfassungsrechtlich an, dass es derzeit bestehende Nachteile für Frauen in der Gesellschaft gibt, die nicht allein auf rechtliche Regelungen, sondern auf die soziale Realität zurückzuführen sind. Es geht daher explizit nicht nur um die rein formale Gleichstellung von Frau und Mann in der Rechtsordnung. Der zweite Halbsatz des Art. 3 II Satz 2 GG verstärkt gleichzeitig das Ziel des ersten Halbsatzes, die Herstellung von Gleichberechtigung in der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit.⁶⁵ Die GVK bezog sich mit der Verfassungsergänzung in Art. 3 II GG auf die durch das BVerfG bereits vorgegebene, zukunftsorientierte Ausweitung des Art. 3 II GG a.F. auf die faktische

tersuchung zu Art. 3 II Satz 2 GG zu dem Ergebnis, dass eine Ausdehnung der Schutzpflichtentheorie auf Staatszielbestimmungen nicht per se ausgeschlossen ist. Stock (2003) sieht in Schutzpflichten und Staatszielbestimmungen eine strukturelle Ähnlichkeit, die es möglich macht, aus Staatszielen Schutzpflichten des Staates abzuleiten. So fehlten Staatszielbestimmungen zwar eine subjektiv-rechtliche Wirkung. Jedoch würde aus der gleichen objektiv-rechtlichen Wirkung, die sowohl Grundrechte als auch Staatszielbestimmungen unstrittig hätten, „den Grundrechten die Pflicht des Staates zum Schutz des objektiv-rechtlichen Gehalts entnommen. Daher [sei] [...] es durchaus plausibel, dem objektiv-rechtlichen Gehalt einer Staatszielbestimmung auch eine Schutzpflicht zu entnehmen, zumal sich ein Staatsziel an den Staat richtet.“ Sie schränkt ihre Aussage jedoch ein, indem sie angibt, dass „zum jetzigen Zeitpunkt nicht davon auszugehen [ist], dass sich eine konkrete Handlungspflicht bzw. ein Anspruch aus der Schutzpflicht des Staatsziels des Art. 3 II 2 GG ableiten lässt, wodurch der Gesetzgeber zur Tätigkeit gezwungen werden könnte.“ (Nach der Schutzpflichtentheorie ist der Staat verpflichtet, grundrechtliche Rechtsgüter zu schützen, vgl. insbesondere BVerfGE 39, 1; 88, 203 (Schwangerschaftsabbruch). Die Schutzfunktion ergibt sich dabei aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte. Vgl. Kopp, F. NJW 1994, S. 1754; Stern, K.: Staatsrecht III/1 (1988), § 69 IV 5 c; Alexy (1986), S. 411 ff.; Brohm, JZ 1994, S. 213, 218.

⁶⁴BT-Drs. 12/6000, S. 50.

⁶⁵BT-Drs. 12/6000, S. 50. Der GVK ging es laut ihres Abschlussberichts nicht nur darum, Rechtsnormen zu beseitigen, die Vor- oder Nachteile an die Geschlechtszugehörigkeit knüpfen, sondern darum, „die Lebensverhältnisse von Männern und Frauen auch real anzugleichen.“ Die GVK stellte in ihrem Abschlussbericht klar, dass Ziel der Verfassungsergänzung eine Erweiterung des Garantiegehalts des Art. 3 II GG a.F. sei und der Grundsatz der Geschlechtergleichberechtigung in der Lebenswirklichkeit durchgesetzt werden solle.

Gleichberechtigung der Geschlechter.⁶⁶

Die heute herrschende Meinung versteht unter dem Begriff der Gleichberechtigung in Satz 2 des Art. 3 II GG mehr als nur die Gewährung einer formal-rechtlichen Gleichheit der Geschlechter.⁶⁷ Die zulässige Förderung der Gleichberechtigung beinhaltet

⁶⁶Vgl. BVerfGE 74, 163, 179 f.; 85, 191, 207. BR-Drs. 12/6000, S. 50: Es gehe darum, „eine faktische Gleichberechtigung zwischen Frauen und Männern zu erreichen.“

Umstritten war lange Zeit das Ziel, zu dessen Erfüllung der Staat in Art. 3 II Satz 2 GG verpflichtet werden soll und der genaue Inhalt von Gleichberechtigung. In diesem Zusammenhang wurde Chancengleichheit versus Ergebnisgleichheit diskutiert (vgl. z.B. Hofmann (1986), S. 261). Die Debatte in der GVK über die genaue Formulierung des Art. 3 II Satz 2 GG war geprägt von dem Streit über den Begriff der „Gleichberechtigung“ in Abgrenzung zum Begriff der „Gleichstellung“ und in diesem Zusammenhang Chancengleichheit versus Ergebnisgleichheit. In der Debatte der GVK ging es hauptsächlich um die inhaltliche Ausfüllung und Definition des staatlichen Fördergebots der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern (Ausführliche Darstellung der Debatte in der GVK siehe Schweizer (1998), S. 128 ff.; Rademacher (2004), S. 111 ff.; Stock (2003), S. 148 ff.) Der Streit in der GVK um die Begrifflichkeiten erscheint jedoch mehr als „Scheinkontroverse“ (so der Abgeordnete Vogel. Siehe Vogel, H.-J.; Verfassungsreform und Geschlechterverhältnis, in; FS Benda (1995), S. 395, 417), denn als wirklich ernsthafte inhaltliche Auseinandersetzung. Dies wird in den unterschiedlichen inhaltlichen Verständnis des Begriffs „Gleichstellung“ deutlich. So setzten insbesondere die konservativen Vertreter in der GVK den Begriff der Gleichberechtigung mit Chancengleichheit und den Begriff der Gleichstellung mit Ergebnisgleichheit gleich. Sie sahen in dem Begriff der „Gleichstellung“ das staatliche Ziel der Ergebnisgleichheit und darin die Gefahr des Freiheitsverlusts des Einzelnen. (Die „Gleichheit der Ergebnisse [ist] [...] mit einem freiheitlichen Rechtsstaat nicht....“ vereinbar. (So der Abgeordnete Otto (FDP), GVK, Stenographischer Bericht der 10. Sitzung, S. 10). Die Vertreter von SPD und deren Sachverständige definierten Gleichstellung hingegen als einen ergebnisorientierten Prozess zur Verwirklichung einer Pflicht. (Vgl. z.B. Abgeordneter Vogel (SPD), GVK, Stenographischer Bericht der 10. Sitzung, S. 14 f.; Sacksofsky, GVK, Arbeitsunterlage Nr. 90, S. 5 ff.; Simon, GVK, Arbeitsunterlage Nr. 93, S. 7.). Ein Sachverständiger der PDS verstand unter Gleichstellung „...eine Politik, die das Ziel hat, daß Frauen [...] gleiche [...] Rechte auch nutzen können, daß sie eben faktisch gleichgestellt sind.“ (Hering, GVK, Stenographischer Bericht der 5. Anhörung, S. 5). Die Vertreter der SPD und PDS hatten bei dem Begriff der „Gleichberechtigung“ die Befürchtung, dass dies eine Reduzierung auf eine nur formal-rechtliche und nicht faktische Gleichberechtigung bedeuten könnte. Der Ausschnitt der Diskussion zeigt jedenfalls, dass auch die nicht konservativen Vertreter in der GVK auf eine Ergebnisgleichheit im starren Sinne wie dies die konservative Seite befürchtete, dass beide Geschlechter zwingend in allen gesellschaftlichen Bereichen je zur Hälfte vertreten sein müssen, nie abgezielt wurde. Denn es war und ist offensichtlich, dass sich das Ziel der Herstellung einer starren Ergebnisgleichheit mit den Mitteln eines freiheitlichen Rechtsstaates nicht durchsetzen lässt (vgl. Sacksofsky in: Umbach/Clemens (2002), Art. 3 II, III 1, Rn. 355: Eine schematische Ergebnisgleichheit wurde auch von strengsten Feministinnen nie gefordert. Es gab vielmehr eine kontroverse Auseinandersetzung über die Bedeutung einer Differenz zwischen den Geschlechtern. Vgl. u.a. Butler (1991).

⁶⁷Vgl. Heun in: Dreier (2004), Art. 3, Rn 112; Starck in: Mangoldt/Klein (2005), Art. 3 Abs. 2,

auch das Ziel der tatsächlichen Chancengleichheit.⁶⁸ Die Formulierung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung macht darüber hinaus deutlich, dass Satz 2 des Art. 3 II GG auf die Herstellung einer materiellen bzw. substantiellen Chancengleichheit für Frauen als Gruppe abzielt.⁶⁹ Chancengleichheit erweist sich nach Eckertz-Höfer (2001) „an der realen Möglichkeit zur Ergebnisgleichheit. Fehlende Ergebnisgleichheit ist ein besonders bedeutsamer – ggf. widerlegbarer – Indikator für fehlende Chancengleichheit.“⁷⁰ Sacksofsky (2002) sieht reale Chancengleichheit erst dann verwirklicht, „wenn die Wahl des Lebensentwurfs wirklich frei, d.h. nicht an den Zwängen und Strukturen einer auf dem patriarchalischen Prinzip begründeten Gesellschaft orientiert, ist.“⁷¹ Auch Schweizer (1998) definiert Chancengleichheit als „Gleichheit der Chancen im Sinne einer realen Möglichkeit zur Ergebnisgleichheit“.⁷² Die Ergebnisgleichheit spiele dabei sowohl bei der Aufdeckung von Diskriminierung von Frauen eine Rolle (Indikatorfunktion) als auch als zu akzeptierendes Fernziel.⁷³

3.2.2.2.1 Der Förderauftrag Schon der Wortlaut der Regelung in Art. 3 II Satz 2 GG „der Staat fördert“ macht deutlich, dass vom Staat eine Schutzpflicht im Sinne eines aktiven Tuns verlangt wird, das Ziel der Gleichberechtigung der Geschlechter in der gesellschaftlichen Realität zu erreichen.⁷⁴ Die Formulierung unterstreicht damit, was sich aus der Staatszielbestimmung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung schon ergibt:

Mit der Wortwahl des Förderns betont der verfassungsändernde Gesetzgeber, dass bloßes Unterlassen oder Untätigbleiben nicht (mehr) genügt. Art. 3 II Satz 2 GG geht damit deutlich über ein reines Diskriminierungsverbot hinaus.⁷⁵ Aus der Wortwahl kann auch entnommen werden, dass es dem verfassungsändernden Gesetzgeber zusätzlich darauf ankam, dass staatliches Handeln auf ein Ergebnis, also die faktische Gleichberechtigung, aktiv hinwirkt. Staatliches Handeln muss deshalb prinzipiell dazu geeignet sein, die Erreichung der faktischen Gleichberechtigung zu erzielen oder zumindest dazu

Rn. 311, 315f; Hofmann, FamRZ 1995, S. 257, 261.

⁶⁸Osterloh in: Sachs (2009), Art. 3, Rn. 282; Ebsen, Jura 1990, S. 515, 518; Huster, AöR 118 (1993), S. 109, 117 ff.

⁶⁹Sacksofsky (1996), S. 399 ff.; Schweizer (1998), S. 141 ff.; Eckertz-Höfer in: AK-GG (2001), Art. 3 Abs. 2, 3, Rn. 78.

⁷⁰Eckertz-Höfer in: AK-GG (2001), Art. 3 Abs. 2, 3, Rn. 78.

⁷¹Sacksofsky in: Umbach/Clemens (2002), Art. 3 II, III 1, Rn. 355.

⁷²Schweizer (1998), S. 148.

⁷³Ebd.

⁷⁴Eckertz-Höfer in: AK-GG (2001), Art. 3 Abs. 2, 3, Rn. 63, 77.

⁷⁵a.A. Starck in: v. Mangoldt/Klein/Stark (2005), Art. 33 Abs. 2, Rn 306.

beizutragen. Damit übernimmt der Staat die Verantwortung für die Realisierung der faktischen Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern.⁷⁶

3.2.2.2.2 Die Nachteilbeseitigungsklausel Art. 3 II Satz 2, 2. Halbsatz GG verpflichtet den Staat über die Förderung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen hinaus auf die Beendigung „bestehender Nachteile“⁷⁷ hinzuwirken. Der Verfassungstext erkennt damit explizit an, dass es derzeit ein tatsächlich existentes Gleichberechtigungsdefizit zum Nachteil von Frauen gibt, das beseitigt werden muss.⁷⁸ Mit der Nachteilbeseitigungsklausel soll somit an gegenwärtige diskriminierende Gegebenheiten in der Gesellschaft angeknüpft und entsprechende Maßnahmen mit Wirkung in der Zukunft ergriffen werden.⁷⁹ Die Ausgleichsmaßnahmen für die Beseitigung der Nachteile

⁷⁶Vgl. Hofmann, FamRZ 1995, S. 257, 261 f. m.w.N.

⁷⁷Der Begriff des Nachteils und dessen Auslegung wurde bereits in der GVK als problematisch angesehen. (vgl. Sachverständige E. Benda, 3. Öffentliche Sachverständigenanhörung der GVK am 5.11.1992, zitiert in: Limbach/Eckertz-Höfer (Hg.): Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland, S. 83, 85.) Dem Abschlussbericht des GVK ist keine inhaltliche Bestimmung des Begriffs zu entnehmen. Die Auslegung wurde den Verfassungsinterpreten überlassen. (Das BVerfG hat in seiner Nachtarbeitsverbotsentscheidung E 85, 191, 207 den Nachteilsbegriff in sein Vokabular aufgenommen.) Der allgemeine Sprachgebrauch versteht unter 'Nachteil' eine Beeinträchtigung, die ein Minus an rechtlichen und/oder sozialen Positionen im Vergleich zu anderen Positionen beinhaltet. Das gleiche gilt im Geschlechterverhältnis, wo Frauen aus sowohl aus biologischen Unterschieden zu Männern, als auch aus tradierten sozialen Rollenverteilungen heraus Nachteile erleiden. Hinsichtlich von Nachteilen in der Gleichberechtigung der Geschlechter ist deshalb davon auszugehen, dass der Begriff des Nachteils umfassend zu verstehen ist und keine Begrenzung auf bestimmte Nachteile gegeben ist.

⁷⁸Eckertz-Höfer in: AK-GG (2001), Art. 3 Abs. 2, 3, Rn. 79; Sacksofsky in: Umbach/Clemens (2002), Art. 3 II, III 1, Rn. 354; Kannengießer in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (2008), Art. 3, Rn. 56. Das Vorhandensein tatsächlicher Gleichberechtigungsdefizite zwischen den Geschlechtern ist heute allgemein anerkannt. Positionen wie die von Erwin Quambusch in DÖD 1993, S. 193 ff., wonach die Benachteiligung der Frauen in Wahrheit nicht in den tatsächlichen gesellschaftlichen Strukturen läge, sondern vielmehr erst durch den Versuch, Frauen durch besondere Maßnahmen zu fördern, entstünden, da dadurch natürliche biologisch bedingte Gegebenheiten geleugnet würden, sind in heutiger Zeit nicht mehr haltbar und werden nur noch vereinzelt vertreten.

⁷⁹Schweizer (1998), S. 150. Abzulehnen ist eine teilweise in der Literatur vertretene Ansicht, wonach, die Nachteilbeseitigungsklausel vergangenheitsbezogen ist im Gegensatz zum Förderauftrag aus dem ersten Halbsatz des Art. 3 II Satz 2 GG. Denn die Nachteilbeseitigungsklausel wäre sonst sinnentleert, da nur die Benachteiligungen, die gegenwärtig bestehen und erkannt werden, mit aktuellen Maßnahmen mit Wirkung für die Zukunft angegangen werden können. Teilweise wird gefordert, die Nachteilbeseitigungsklausel könne nur den Ausgleich von tatsächlich konkret und im Einzelfall erlittenen Nachteilen rechtfertigen. Jede darüber hinausgehende Maßnahme, die auf die Gruppe der Frauen abziele, sei deshalb unzulässig und stelle eine umgekehrte Diskriminierung dar. (vgl. Schmitt-Glaeser, 5. Öffentliche Sachverständigenanhörung der GVK vom 5.11.1992, zitiert in Limbach/Eckertz-Höfer (1993), S. 127,

muss an diese anknüpfen. So ist eine vom entsprechenden Nachteil losgelöste Kompensation durch eine mit einem durch den konkreten Nachteil nicht sachlich verbundenen Bevorzugung unzulässig.⁸⁰ Eine Absage ergeht damit an eine „echte“ Kompensationsklausel, die pauschal konkrete Fördermaßnahmen zugunsten von Frauen legitimieren will.⁸¹

3.2.2.2.3 Die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers Hinsichtlich der Einschätzung und Beurteilung des Bestehens von Nachteilen kommt dem Gesetzgeber eine gewisse Typisierungsbefugnis zu, die sich schon aus der Eigenschaft von Recht selbst ergibt. Denn Recht muss naturgemäß eine gewisse Tendenz zur Verallgemeinerung innehaben, um generell sein zu können.⁸² Auch das BVerfG hat in ständiger Rechtsprechung die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers bestätigt.⁸³ Damit ist zugleich anerkannt, dass für den Ausgleich bestehender Nachteile eine gruppenbezogene Perspektive herangezogen werden muss, es in diesem Sinne nicht ausschließlich um individuell erfahrene Nachteile gehen kann. Hinsichtlich gesetzgeberischer Maßnahmen zur Förderung der Gleichberechtigung hat das BVerfG die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers ausdrücklich in seinen Entscheidungen zur Rentenarbeitszeit⁸⁴ und zum

129; Schmidt-Jortzig, Schriftliche Stellungnahme zur 5. Öffentlichen Sachverständigenanhörung der GVK vom 5.11.1992, aaO., S. 217, 219.)

⁸⁰Vgl. BT-Drs. 12/6000, S. 50.

⁸¹Vgl. Sachverständige Hering, Schriftliche Stellungnahme zur 5. Öffentlichen Sachverständigenanhörung der GVK vom 5.11.1992, zitiert in Limbach/Eckertz-Höfer (1992), S. 188, 191; Maihofer, schriftliche Stellungnahme, aaO., S. 194, 199. Nachteilsausgleichende Maßnahmen sollten nach der „echten“ Kompensationsklausel entweder ausdrücklich nicht als Ungleichbehandlung i.S.d. Diskriminierungsverbots beschrieben werden und bestimmte Fördermaßnahmen wie etwas die Quotenregelung sollte in den Verfassungstext aufgenommen werden. Gegen die konservativen und liberalen Vertreter konnte diese Forderung jedoch keine Mehrheit in der GVK bekommen.

⁸²Vgl. Starck in: Mangoldt/Klein/Starck (2005), Art. 3, Rn. 9.

⁸³BVerfGE 11, 245, 253; 17, 1, 23; 51, 115, 122; 82, 60, 101 f.; 84, 348, 359 f.

⁸⁴BVerfGE 74, 163 ff. So stellt das Gericht in der Entscheidung zum Rentenalter fest, dass der Gesetzgeber zur Anordnung eines sozialstaatlich motivierten Ausgleichs von Nachteilen befugt ist, die auf biologische Unterschiede zurückgehen (BVerfGE 74, 163, 180). Im zu entscheidenden Fall durfte der Gesetzgeber daher faktische Nachteile, die im Rentenversicherungsrecht typischerweise Frauen treffen, durch eine Regelung kompensieren, die es möglich machte, Frauen einen frühzeitigeren Bezug ihrer Rente als Männern zu gestatten. Faktische Nachteile sah das Gericht dabei in der potentiellen Mutterschaft von Frauen, die oftmals zu Unterbrechungen ihrer Arbeitstätigkeit und damit zu geringeren Verdiensten und Aufstiegschancen führe. Die Unterbrechung der Berufstätigkeit aufgrund von Mutterschaft hätte auch zur Folge, dass Frauen häufig die notwendige 35jährige Versicherungszeit als Voraussetzung einer vorzeitigen Inanspruchnahme von Altersruhegeld nicht erreichten. Das Gericht gestand dem Gesetzgeber hinsichtlich seiner Einschätzung von bestehenden Nachteilen und in Be-

Nachtarbeitsverbot⁸⁵ für zulässig erklärt. Die zulässige Typisierung des Gesetzgebers wird dabei nicht allein auf biologische Unterschiede zwischen Frauen und Männern gestützt. Vielmehr gesteht das Gericht dem Gesetzgeber auch eine Typisierungsbefugnis und Möglichkeit des Ausgleichs „bei faktischen Nachteilen, die typischerweise Frauen treffen“⁸⁶ zu. Das Gericht schließt damit auch soziale Benachteiligungen von Frauen ein.

3.3 Grundrechtsbindung und Grundrechtsträger

Das strikte Differenzierungsverbot des Art. 3 II Satz 1 GG bindet als Abwehrrecht des Einzelnen vor allem staatliche Organe. Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte⁸⁷ führt jedoch dazu, dass das Differenzierungsverbot mittelbar auch in Privatrechtsverhältnissen wirkt, indem es die Auslegung einfachgesetzlicher Regelungen beeinflusst.⁸⁸ Dem Art. 3 II GG ist über ein Abwehrrecht des Einzelnen hinaus eine staatliche Schutzpflicht zur Herstellung faktischer Gleichheit im Sinne der faktischen Durchsetzung rechtlicher Gleichheit und sozialer Gleichstellung zu entnehmen. Die Schutzpflicht erstreckt sich auch auf Geschlechterdiskriminierung privater Dritter.⁸⁹ Das BVerfG lei-

tracht kommenden Ausgleichsregelungen eine weite Einschätzungsprärogative zu (BVerfGE 74, 163, 181).

⁸⁵BVerfGE 85, 191 ff. In der Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot stellte das BVerfG hingegen eine unzulässige Typisierung des Gesetzgebers hinsichtlich bestehender Nachteile von Frauen fest. So sei eine besondere Schädlichkeit von Nachtarbeit für Frauen aufgrund biologischer Unterschiede nicht nachweisbar (BVerfGE 85, 191, 208). Der vom Gesetzgeber angeführte besondere Nachteil von Frauen aufgrund der Doppelbelastung Nachtarbeit und zusätzliche Haushaltsführung und Kinderbetreuung ließ das Gericht nicht als zulässige Typisierung durchgehen. Denn es handele sich dabei nicht um ein Merkmal, das typischerweise bei Frauen auftrete. Der soziale Befund, dass in der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit aufgrund tradierter Rollenzuteilungen immer noch vorwiegend Frauen durch Berufstätigkeit und Familie doppelbelastet seien, reiche nicht für die Typisierung eines faktischen Nachteils aus (BVerfGE 85, 191, 209). Ein Nachtarbeitsverbot für Frauen sei für die Überwindung tradierter Rollenzuschreibungen eher hinderlich als förderlich, indem es letztendlich an gegebenen Rollenverteilungen festhielte. Der Gesetzgeber sollte vielmehr durch gesetzgeberische Maßnahmen direkt an dem Tatbestand der Schutzbedürftigkeit von Personen, die mit Berufstätigkeit und Kinderbetreuung und Haushaltsführung belastet seien, anknüpfen (BVerfGE 85, 191, 210.).

⁸⁶BVerfGE 85, 191, 207; 74, 163, 180.

⁸⁷Dreier in: Dreier (2004), Vorb. Art. 1 96 ff. m.w.N..

⁸⁸BVerfGE 7, 198; Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 505 f. Grundrechte bilden als verfassungsrechtliche Grundentscheidung eine die gesamte Rechtsordnung bindende objektive Werteordnung, die wegen der Beschränkung der Grundrechtsbindung nach Art. 1 III GG auf die staatliche Gewalt im Privatrecht daher nur mittelbar Geltung beansprucht.

⁸⁹Heun in: Dreier (2004), Art. 3, Rn. 66, 113 ff.

tet aus Art. 3 II Satz 2 GG darüber hinaus konkrete Verpflichtungen des Staates ab, dafür zu „sorgen, daß Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können.“⁹⁰ Grundrechtsträger des Art. 3 II GG sind nach herrschender Ansicht sowohl Männer als auch Frauen als Individuen. Abgeleitet wird dies aus dem Wortlaut „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“, der beide Geschlechter ausdrücklich erwähnt.⁹¹ Eine Ausdehnung der Grundrechtsträgerschaft auf Personenvereinigungen wird überwiegend abgelehnt.⁹²

4 Die Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG zu dem Grundrecht auf Gleichberechtigung bis Ende der 1990er Jahre

An der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) von den Ursprüngen der 1950er Jahre bis in die 1990er Jahre (sog. drei Phasen⁹³) lässt sich exemplarisch die Entwicklung der Ausgestaltung des Inhalts des Gleichberechtigungsgebots von Frauen und Männern nachvollziehen. Seit dem Jahr 2002 und mit der Entscheidung des BVerfG zum Familiendoppelnamen⁹⁴ prüft das Gericht explizit auch faktische Benachteiligungen von Frauen. Die Analyse der neusten Rechtsprechung des BVerfG seit dem Jahr 2002, insbesondere der Entscheidung des Gerichts zum Mutterschutzgesetz (MuSchG) aus dem Jahr 2003, findet sich aufgrund ihrer entscheidenden Fortentwicklung unter einem eigenen Unterpunkt wider.⁹⁵ Die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 II und III GG lässt sich insofern in eine neue vierte Phase einordnen.

Kennzeichen der Interpretation der Gleichberechtigung der Geschlechter ist bis heute, dass die Absätze 2 und 3 des Art. 3 GG mehrheitlich als inhaltlich identisch angesehen werden, die Rechtsprechung des BVerfG deshalb keine einheitliche und klare Dogmatik

⁹⁰BVerfGE 97, 332, 348.

⁹¹BVerfGE 31, 1, 4; 52, 369, 373 ff. (sog. Hausarbeitstagsentscheidung: Bekanntester Fall, in dem Art. 3 II GG als Grundrecht für Männer wirkte) BVerwGE 40, 17, 24; Starck in: v. Mangoldt/Klein/-Starck (2005), Art. 3 Abs. 2, Rn. 307. Nach Starck verlangt die rechtliche Gleichstellung von Mann und Frau nicht immer die „Anhebung der Rechtsstellung der Frau auf die des Mannes. Die Rechtsstellung des Mannes kann auch auf die der Frau herunternivelliert werden, um dem Art. 3 Abs. 2 Genüge zu tun.“

⁹²Siehe Jarass in: Jarass/Pieroth (2007), Art. 3, Rn. 129; Osterloh in: Sachs (2009), Art. 3, Rn. 238 m.w.N..

⁹³Siehe Sacksofsky in: Umbach, Clemens (2002), Art. 3 II, III GG, Rn. 335 ff.

⁹⁴BVerfGE 104, 373.

⁹⁵Siehe *Kapitel IV*, 8.2.

und Unterscheidung der Art. 3 II und III GG entwickelt hat. Folge ist, dass Inhalt und Dogmatik zum Gleichberechtigungsgebot der Geschlechter keiner einheitlichen Linie folgen. Wie an späterer Stelle ausführlich dargestellt wird, gestand das Gericht erst 1992 in einer Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot⁹⁶ dem Art. 3 II GG einen über Art. 3 III GG hinausgehenden Inhalt zu. Trotzdem hielt es weiterhin an der grundsätzlichen Inhaltsgleichheit der beiden Absätze fest. Dies führte in den unterschiedlichen Entscheidungen des Gerichts zu Fragen der Gleichberechtigung der Geschlechter dazu, dass ihnen einmal Art. 3 II GG, ein anderes Mal Art. 3 III GG zugrunde gelegt wurde, ohne dass das Gericht in seinen Entscheidungen einer klaren dogmatischen Richtung folgte.

Entscheidend für die rechtliche Interpretation des Art. 3 II und III GG, wie sie in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Ausdruck kommt, war immer das der jeweiligen Zeit entsprechende Frauen- und Männerbild und daraus folgend das Verständnis darüber, welche Aufgaben und Funktionen Frauen und Männer in Familie und Gesellschaft innehaben. Dieses Verständnis über die sozialen Rollenzuschreibungen von Frauen und Männern hatte wiederum Einfluss auf die Interpretation, ob und inwieweit Unterschiede zwischen Frauen und Männern überhaupt wesentlich waren und deshalb von der Rechtsordnung aufgegriffen werden sollten.

Die sog. drei Phasen der Rechtsprechung des BVerfG hinsichtlich des Gleichberechtigungssatzes lassen sich wie folgt zusammenfassen: Die erste Phase umfasst die 1950er und 1960er Jahre und lässt sich treffend unter dem Stichwort „Gleichwertigkeit bei natürlicher Andersartigkeit“ beschreiben. Die zweite Phase umfasst die 1970er und die 1980er Jahre: Die Rechtsprechung des BVerfG betonte die Gleichheit der Geschlechter und verfolgte die Beseitigung der rechtlichen Ungleichbehandlung von Männern und Frauen. Besonders in den 1980er Jahren wurden zunehmend auch soziale Unterschiede zwischen Männern und Frauen bei der Interpretation des Art. 3 II und III GG berücksichtigt. Die dritte Phase umfasst die 1990er Jahre, die als Wendepunkt hin zu einer aktiven Gleichstellungsinterpretation des Art. 3 GG und dem Versprechen tatsächlicher Gleichheit zwischen den Geschlechtern bewertet werden kann.

4.1 Die 1. Phase: Gleichwertigkeit bei natürlicher Andersartigkeit

Die Rechtsprechung des BVerfG zum Art. 3 II und III GG aus den 1950/1960er Jahren ist geprägt von der Betrachtungsweise, dass natürliche Unterschiede zwischen Männern

⁹⁶BVerfGE 85, 191.

und Frauen bestehen, die ihre sozialen Rollen maßgeblich bestimmen. Richtlinie und Maßstab war dabei das männliche Geschlecht.⁹⁷ Die frühe Rechtsprechung zu Art. 3 II und III GG rechtfertigte und festigte zugleich geschlechtsspezifische Stereotypen, indem das Gericht soziale Rollenzuschreibungen auf biologische Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückführte. Art. 3 II und Art. 3 III GG wurden gleichbedeutend interpretiert. Nach Auffassung des Gerichts war Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern nicht zu verwechseln mit Gleichmacherei. Vielmehr finde sich Gleichberechtigung in der Anerkennung der Gleichwertigkeit beider Geschlechter.⁹⁸ In der sog. Homosexuellenentscheidung⁹⁹, in der die alleinige Strafbarkeit der männlichen Homosexualität für verfassungsgemäß erklärt wurde, erläuterte das Gericht die natürlichen geschlechtlichen Unterschiede zwischen Frauen und Männern. So weise „schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane [...] für den Mann auf eine mehr drängende und fordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereiten Funktion hin“.¹⁰⁰ Der auf Mutterschaft ausgerichtete Körper einer Frau lasse darüber hinaus erkennen, dass eine Frau „fraulich-mütterlich“ wirke und zwar auch dann, wenn sie biologisch keine Mutter wäre.¹⁰¹ Die vom Gericht erkannten natürlichen Unterschiede zwischen den Geschlechtern und die damit einhergehende Andersartigkeit ließen es Rückschlüsse auf die sozialen Rollenzuschreibungen ziehen. So stehe der „größeren geschlechtlichen Aggressivität des Mannes“¹⁰² das „größere weibliche Schamgefühl und die größere Zurückhaltung der Frau in Geschlechtsfragen“¹⁰³ gegenüber, die in unterschiedlichen sozialen Verhalten und Rollen sichtbar würden. In der ersten Phase der Rechtsprechung des BVerfG wurden Frauen und Männern also aufgrund 'objektiv biologischer Unterschiede'¹⁰⁴ verschiedene soziale Aufgaben und Funktionen zugewiesen¹⁰⁵: Dem Mann die Funktion des Ernährers und desjenigen, der die Planung und Leitung nach außen innehat. Der Frau die Funktion der sorgenden Ehefrau und Mutter, die im Haushalt, also nur nach Innen, die Planung und Leitung führt. Das Gericht machte diese geschlechtsspezifische Arbeitsteilung zur Grundlage vieler Entscheidungen in der ersten Phase der Rechtsprechung zu Art. 3 II und III GG. So legte das Gericht

⁹⁷Wrase (2006), S. 80.

⁹⁸BVerfGE 3, 225, 241.

⁹⁹BVerfG 6, 389.

¹⁰⁰Ebd. S. 425.

¹⁰¹Ebd.

¹⁰²Ebd. S. 427 f.

¹⁰³Ebd. S. 429.

¹⁰⁴BVerfGE 5, 9, 12.

¹⁰⁵Vgl. BVerfGE 5, S. 9, 12; 6, S. 389, 422 ff.

beispielsweise in der sog. Witwerrentenentscheidung¹⁰⁶ eine klare Aufgabenzuweisung zwischen Eheleuten fest: Die „Haushaltsführung [bleibt] Beruf der Frau und – von Not-situationen abgesehen – ihr wesentlichster Unterhaltsbeitrag. Um aber diesen erbringen zu können, ist sie auf den Geldbeitrag des Mannes angewiesen. Hier – nicht im Überwiegen der einen oder anderen Leistung – liegt der richtige Kern der häufig gebrauchten Bezeichnung des Mannes als Ernährer.“¹⁰⁷

Zwischenbewertung

Das BVerfG sah in den frühen Entscheidungen zu Art. 3 II und III GG seine Hauptaufgabe darin, diskriminierende Auswirkungen der als natürlich bewerteten geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung für Frauen abzumildern, indem es die den Frauen zugewiesenen Arbeitsbereiche als gleichwertig mit denen der Männer interpretierte. Frauen sollten also aufgrund ihrer natürlichen Andersartigkeit vor Nachteilen geschützt werden.¹⁰⁸ Die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung an sich wurde in der ersten Phase der Rechtsprechung noch nicht als möglicher Verstoß gegen Art. 3 II und III GG gesehen. Das Bemühen des Gerichts, Nachteile für Frauen zu verhindern, führte schon in der ersten Phase zu Entscheidungen, die in der damaligen Zeit als durchaus fortschrittlich bewertet wurden. So erklärte das BVerfG Art. 3 II GG zur unmittelbar anwendbaren Verfassungsnorm.¹⁰⁹ Daneben verwarf das Gericht den sog. Stichentscheid, das Letztentscheidungsrecht des Vaters bei Fragen der Kindererziehung und sein alleiniges Vertretungsrecht für das Kind.¹¹⁰ Auch wurde der Vorrang des männlichen Geschlechts bei der gesetzlichen Erbfolge nach der Höfeordnung¹¹¹ für verfassungswidrig erklärt. Das BVerfG forderte darüber hinaus, dass die Arbeit von Frauen „als Mütter, Hausfrauen und Mithelfende“ in der Unterhaltsleistung Berücksichtigung fände.¹¹²

4.2 Die 2. Phase: Gleichberechtigung als formale Gleichbehandlung

In der zweiten Phase der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 II und III GG, von den 1970er bis in die 1980er Jahre hinein, stellte das Gericht immer stärker die Gleichheit von Mann und Frau in den Vordergrund. Diese neue Sichtweise entsprach dem gesellschaftlichen Wandel im Erwerbsverhalten von Frauen und den Forderungen der

¹⁰⁶BVerfGE 17, 1.

¹⁰⁷BVerfGE 17, 1, 20.

¹⁰⁸Sacksofsky in: Umbach/Clemens (2002), Art. 3 II, III GG, Rn. 339.

¹⁰⁹BVerfGE 3, 225.

¹¹⁰BVerfGE 10, 59.

¹¹¹BVerfGE 15, 337.

¹¹²BVerfGE 17, 1.

Frauenbewegung, die die tradierten Rollenzuschreibungen kritisch hinterfragten und sie nicht mehr als „natürliche Andersartigkeit“ von Frauen und Männern hinnehmen wollten.¹¹³ So erkannte das BVerfG in der sog. zweiten Witwenrentenentscheidung aus dem Jahr 1975¹¹⁴ an, dass sich das frühere Verständnis über Funktion und Rolle von Frauen in Ehe und Familie gewandelt habe. Einer Ehefrau werde nicht mehr zuvörderst die Rolle der Hausfrau und Mutter zugeschrieben. Das Gericht ließ vielmehr auch andere Gestaltungsmöglichkeiten gelten.¹¹⁵

In einer Entscheidung über Ehenamen aus dem Jahr 1978 betonte das Gericht, dass sich „das Leitbild der Frau, das früher das der Familien- und Hausmutter war, tiefgreifend verändert“¹¹⁶ habe. Die Aufgabenverteilung in einer Ehe sei in erster Linie der freien Entscheidung der Ehegatten überlassen. Nur im Kindeswohl finde sie Grenzen.¹¹⁷ In der sog. Hausgehilfinnenentscheidung¹¹⁸ setzte das Gericht das neue Verständnis über Funktion und Rollen von Frauen und Männern um: In dem Fall ging es um die steuerliche Abzugsfähigkeit der Aufwendungen für Hausgehilfinnen. Das Gericht kam in der Entscheidung zu dem Ergebnis, dass in einer Ehe, in der beide Ehegatten erwerbstätig sind, sich jeder Ehegatte finanziell am Familienunterhalt beteiligen müsse. Darüber hinaus müsse auch der Ehemann einen Teil der aufgrund der Doppelerwerbstätigkeit anfallenden zusätzlichen Mehrkosten wie die Beschäftigung einer Hausgehilfin tragen.¹¹⁹

Daneben beseitigte das BVerfG auf Grundlage des Art. 3 II und III GG Benachteiligungen im Staatsangehörigkeitsrecht. In der sog. Staatsangehörigkeitsentscheidung¹²⁰ interpretiert das Gericht eine Regelung¹²¹, nach der bei Ehen zwischen Deutschen und Ausländern nur die ehelichen Kinder eines deutschen Vaters die deutsche Staatsangehörigkeit erhielten, nicht jedoch die ehelichen Kinder einer deutschen Mutter, als „Ausdruck einer patriarchalischen Gesellschaftsordnung“¹²². Das Gericht führte weiter aus, dass die „Vorstellung vom Vater als Haupt oder Mittelpunkt der Familie [...] aber rechtlich durch die Partnerschaft zwischen Mann und Frau abgelöst“¹²³ sei.

¹¹³Sacksofsky in: Umbach/Clemens (2002), Art. 3 II, III GG, Rn. 340.

¹¹⁴BVerfGE 39, 169.

¹¹⁵Ebd. S. 187.

¹¹⁶BVerfGE 48, 327, 338.

¹¹⁷Ebd.

¹¹⁸BVerfGE 47, 1.

¹¹⁹BVerfGE 47, 1, 19.

¹²⁰BVerfGE 37, 217.

¹²¹Vgl. § 4 Abs. 1 S. 1 RuStAG. Heute ist das Gesetz durch das Staatsangehörigkeitsgesetz (StAG) ersetzt.

¹²²BVerfGE 37, 217, 250.

¹²³Ebd. S. 251.

Vor dem Gleichberechtigungssatz des Grundgesetzes konnte die noch in der frühen Rechtsprechung herangezogene „natürliche Andersartigkeit“ von Männern und Frauen mit der Folge arbeitsteiliger Unterschiede in Ehe und Familie keinen Bestand mehr haben. Die zweite Phase der Rechtsprechung zu Art. 3 II und III GG war deshalb davon geprägt, jegliche Differenzierungen zwischen Männern und Frauen abzubauen. Es festigte sich in der Rechtsprechung das Verständnis von Art. 3 II und III GG als striktes Differenzierungsverbot, also als ein Verbot, an das Merkmal des Geschlechts unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen.¹²⁴ Aufgrund dieser neuen Rechtsprechung des BVerfG wurden bis Mitte der 1980er Jahre nahezu alle unmittelbar diskriminierenden Regelungen aus der bundesdeutschen Rechtsordnung entfernt.¹²⁵ Nebeneffekt der neuen Rechtsprechung war, dass sich nun verstärkt männliche Beschwerdeführer gegen überdauernde „patriarchalische Privilegien von Frauen“¹²⁶ zur Wehr setzten. So waren Verfassungsbeschwerden von Männern gegen erhöhte Anforderungen bei der Witwerim Vergleich zur Witwenrenten¹²⁷ oder gegen den sog. Hausarbeitstag von Frauen¹²⁸, der nur Frauen als arbeitsfreier Tag gewährt wurde, erfolgreich. Erfolglos hingegen waren Verfassungsbeschwerden gegen das alleinige Sorgerecht der Mutter eines nichtehelichen Kindes¹²⁹, sowie gegen das frühe Rentenalter von Frauen (60 Jahre) im Vergleich zu dem Rentenalter von Männern (65 Jahre)¹³⁰. In der Entscheidung zum Rentenalter aus dem Jahr 1987 begründete das Gericht die Zulässigkeit der Ungleichbehandlung mit einem „typisierenden Ausgleich von Nachteilen, die ihrerseits auf biologische Ursachen zurückgehen.“¹³¹ Das Gericht hatte in der Entscheidung verdeutlicht, dass der Gesetzgeber zur Anordnung eines sozialstaatlich motivierten Ausgleichs von Nachteilen befugt sei, die auf biologische Unterschiede zurückgingen. Im konkreten Fall sah das Gericht faktische Nachteile von Frauen in der potentiellen Mutterschaft, die häufig dazu führe, dass Arbeitnehmerinnen wegen Unterbrechung der Berufstätigkeit geringere Verdienste und Aufstiegschancen hätten und häufig auch die notwendige 35jährige Versicherungszeit als Voraussetzung einer vorzeitigen Inanspruchnahme von Altersruhegeld nicht erreichten. Hervorzuheben ist, dass das BVerfG explizit die Tatsache außer acht ließ, dass nicht alle Frauen mutterschaftsbedingt ihrer Berufstätigkeit unterbrechen, indem es allein auf die „mögliche Stellung weiblicher Versicherter als Ehefrau und

¹²⁴Sacksofsky in: Umbach/Clemens (2002), Art. 3 II, III GG, Rn. 341.

¹²⁵Wrase (2006), S. 81.

¹²⁶Sacksofsky in: Umbach/Clemens (2002), Art. 3 II, III GG, Rn. 341.

¹²⁷BVerfGE 39, 169.

¹²⁸BVerfGE 52, 370.

¹²⁹BVerfGE 56, 363.

¹³⁰BVerfGE 74, 163.

¹³¹BVerfGE 74, 163, 180.

Mutter, also auf biologische Umstände“ abstellte.¹³² Die Begründung der Entscheidung zum Rentenalter stellt einen Sonderfall in der zweiten Phase der Rechtsprechung zu Art. 3 II, III GG dar, da sie rechtsdogmatisch nicht dem klaren Konzept des zuvor entwickelten absoluten Differenzierungsverbots entsprach. Denn das BVerfG stellte in dieser Entscheidung fest, dass es für den Ausgleich von bestehenden Nachteilen nicht ausschließlich auf eine am individuell erlittenen Nachteil orientierte Perspektive ankommt, vielmehr komme dem Gesetzgeber gerade im Bereich der Gleichheitsrechte eine gewisse Typisierungsbefugnis zu.¹³³

Zwischenbewertung

Das BVerfG hatte Ende der zweiten Phase seiner Rechtsprechung erkannt, dass allein die Entfernung unmittelbar diskriminierender Regelungen aus der Rechtsordnung nicht ausreichte, um die weiterhin vorhandene benachteiligende soziale Wirklichkeit für Frauen zu beenden. Konsequenz war, dass das Gericht eine strikte Anwendung des Gleichberechtigungssatz aus Art. 3 II GG insbesondere dort verlangte, wo Frauen weiterhin benachteiligt waren. Die besondere Funktion des Art. 3 II GG wurde fortan in dem Abbau der weiterhin bestehenden Diskriminierungen von Frauen gesehen.¹³⁴

Auch in der zweiten Phase der Rechtsprechung des BVerfG wurden Art. 3 II GG und Art. 3 III GG weiterhin als inhaltsgleich angesehen. Das Differenzierungsverbot konnte nur dann durchbrochen werden, wenn die Unterscheidung zwischen den Geschlechtern auf objektiv biologische oder funktionale Unterschiede zwischen Männern und Frauen zurückzuführen war. Die Rechtsprechung des BVerfG zum Gleichheitssatz entwickelte sich in den ersten vierzig Jahren zwar erheblich. Nichtsdestotrotz hielt das Gericht an den objektiv biologischen und funktionalen Unterschieden fest, auch wenn es diese in der zweiten Phase wesentlich weiter auslegte.

4.3 Die 3. Phase: Das Versprechen tatsächlicher Gleichheit

Mit der sog. Nachtarbeitsentscheidung des BVerfG¹³⁵ aus dem Jahr 1992 zeichnete sich ein Wandel im dogmatischen Konzept des Art. 3 II und III GG ab: Das Gericht stellte neben der Einforderung einer strikten Interpretation des Gleichbehandlungsgebots aus Art. 3 II GG erstmals fest, dass der Regelungsgehalt des Art. 3 II GG über den des Art. 3 III GG hinausreiche, indem Art. 3 II GG das Gleichberechtigungsgebot auf die soziale Wirklichkeit erstreckte. Art. 3 II GG diene nicht nur dazu, diskriminierende

¹³²Ebd. S. 181.

¹³³BVerfGE 74, 163 ff.; vgl. auch BVerfGE 85, 191 ff.

¹³⁴Vgl. BVerfGE 74, 163, 179; 84, 9, 17,

¹³⁵BVerfGE 85, 191.

Regelungen zu beseitigen, sondern fungiere darüber hinaus als Instrument, die Gleichberechtigung für die Zukunft auch tatsächlich durchzusetzen.¹³⁶ Daneben bestätigte das BVerfG seine Typisierungsrechtsprechung im Wege eines obiter dictums ausdrücklich.¹³⁷

In der Nachtarbeitsentscheidung musste das BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift des § 19 I Arbeitszeitordnung a.F. entscheiden, nach der Arbeiterinnen nicht werktags zwischen 20 Uhr und 6 Uhr beschäftigt werden durften. Das Gericht stellt eine unzulässige Typisierung des Gesetzgebers fest und sah in der Regelung einen nicht gerechtfertigten Differenzierungsgrund. Die Begründung des Gesetzgebers für die Vorschrift, dass Frauen vor gesundheitlichen Schäden aufgrund von Nachtarbeit geschützt werden sollten, erkannte das Gericht als Rechtfertigung für die Unterscheidung nicht an. Denn nach Auffassung des BVerfG sind geschlechterdifferenzierende Regelungen nur zulässig, „soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind.“¹³⁸ Die Möglichkeit von gesundheitlichen Schäden aufgrund von Nachtarbeit wäre jedoch gleichermaßen bei Frauen und Männern gegeben, jedenfalls gebe es in der arbeitsmedizinischen Forschung keine gegenteiligen Anhaltspunkte. Die Gefahr der stärkeren gesundheitlichen Beeinträchtigung von Frauen aufgrund von Nachtarbeit liege vielmehr in der zusätzlichen Belastung der Frauen mit Hausarbeit und Kinderbetreuung. Diese sei jedoch kein geschlechtsspezifisches Merkmal, sondern Folge sozialer Rollenzuschreibungen. Würde die soziale Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern als Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung herangezogen, so sei dies für den Abbau jener eher hinderlich, indem einer Verfestigung der tradierten Rollenverteilungen Vorschub geleistet werde.¹³⁹ Zusätzlich bewertete das Gericht das Nachtarbeitsverbot für Frauen als erhebliche Benachteiligung bei der Arbeitssuche und Einschränkung ihrer Dispositionsfreiheit.¹⁴⁰

Seit der sog. Nachtarbeitsentscheidung sind nach der Rechtsprechung des BVerfG an das Geschlecht anknüpfende differenzierende Regelungen nur noch mit Art. 3 III GG vereinbar, soweit sie aufgrund biologischer Unterschiede zwischen Männern und Frauen zwingend erforderlich sind. Sind solche zwingende Gründe für eine Differenzierung nicht vorhanden, kann sich die Ungleichbehandlung nur noch im Wege einer Abwägung mit

¹³⁶Ebd. S. 207.

¹³⁷Ebd. S. 209: „Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen wegen des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden.“

¹³⁸Ebd. 207.

¹³⁹BVerfGE 85, 191, 210.

¹⁴⁰BVerfGE 85, 191, 208 ff.

kollidierendem Verfassungsrecht, insbesondere mit dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 II GG legitimieren.¹⁴¹ Ein Rückgriff auf traditionelle geschlechtsspezifische Rollenzuschreibungen oder funktionale Unterschiede zwischen den Geschlechtern scheidet daher völlig aus. Für die Rechtfertigung differenzierender Regelungen verlangt das Gericht nun zwingende Gründe und erhöht damit die Intensität der verfassungsrechtlichen Kontrolle.¹⁴²

In der Entscheidung des BVerfG zur Feuerwehrabgabe¹⁴³ aus dem Jahr 1995 bestätigte das Gericht die einschneidenden dogmatischen Änderungen bei der Auslegung der Art. 3 II und III GG. In der Entscheidung hatte das Gericht über die Verfassungsmäßigkeit von Regelungen über eine Feuerwehrdienstpflicht bzw. Feuerwehrabgabe zu entscheiden, die ausschließlich Männer betraf. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass die entsprechenden Regelungen gegen Art. 3 III GG verstießen. Denn es lägen für die Annahme, dass Frauen aufgrund ihrer körperlichen Konstitution vom Feuerwehrdienst ausgenommen seien, keine zureichenden Gründe vor.¹⁴⁴ Der Aspekt der körperlichen Kraftentfaltung hätte bei der zunehmenden Technisierung der Feuerwehr „keine ausschlaggebende Bedeutung mehr.“¹⁴⁵ Die Ungleichbehandlung sah das Gericht auch nicht durch das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 II GG gerechtfertigt. Denn die „Feuerwehrdienstpflicht [...] [sei] nicht deshalb auf Männer beschränkt worden, um frauenspezifische Nachteile zu kompensieren, sondern weil Frauen nach überkommener Vorstellung für diesen Dienst als weniger geeignet galten.“¹⁴⁶ Das BVerfG bewertete darüber hinaus die Beschränkung der Feuerwehrdienstpflicht auf Männer als mit den Zielen des Art. 3 II GG, nämlich der Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter in der gesellschaftlichen Realität und der Überwindung überkommenen Rollenverteilungen, als nicht förderlich. Tradierte Rollenzuschreibungen würden dadurch vielmehr verfestigt.¹⁴⁷

4.4 Zusammenfassung und abschließende Bewertung

Das BVerfG sah in allen 3 Phasen seiner Rechtsprechung zu Art. 3 II und III GG ein Differenzierungsverbot sowohl in Abs. 2 als auch in Abs. 3 verankert. Insbesondere in den ersten beiden Phasen der Rechtsprechung ging das BVerfG von einer vollständigen

¹⁴¹Vgl. BVerfGE 85, 191, 209; 92, 91, 109.

¹⁴²Sacksofsky in: Umbach/Clemens (2002), Art. 3 II, III GG, Rn. 347.

¹⁴³BVerfGE 92, 91.

¹⁴⁴BVerfGE 92, 91, 109.

¹⁴⁵Ebd. S. 110.

¹⁴⁶Ebd. S. 112.

¹⁴⁷Vgl. ebd.

Inhaltsgleichheit der Absätze zwei und drei des Art. 3 GG aus.¹⁴⁸ Die teilweise in der Rechtsprechung zu findenden unterschiedlichen Bezeichnungen des Inhalts von Art. 3 II und III GG änderten an der grundlegenden Auffassung der Inhaltsgleichheit nichts.¹⁴⁹ Die Absätze zwei und drei des Art. 3 GG galten lediglich als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 I GG, ein jeweils eigenständiger Inhalt wurde verneint. Das Differenzierungsverbot aus Art. 3 II und III GG zog nach sich, dass eine rechtliche Differenzierung aufgrund des Geschlechts in den ersten beiden Phasen der BVerfG-Rechtsprechung nur dann als gerechtfertigt galt, „wenn im Hinblick auf die objektiv-biologische[n] oder funktionale[n] (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses eine besondere Regelung erlaubt oder sogar notwendig“¹⁵⁰ war.

Folge dieser Interpretation des Art. 3 II und III GG war, dass das BVerfG sich auf die Gewährleistung der rechtlichen Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen konzentrierte und beschränkte. Traditionelle Rollenverteilungen zwischen den Geschlechtern fanden dadurch weitgehend Legitimation. Fast vollständig ausgeblendet wurde lange Zeit hingegen die gesellschaftliche Realität der sozialen Ungleichheit der Geschlechter und der allmähliche Wandel über die Auffassung der Rollenverteilungen insbesondere seitens der Frauen. Erst am Ende der zweiten Phase der BVerfG-Rechtsprechung zu Art. 3 II und III GG mit der sog. Rentenalterentscheidung erkannte das Gericht sowohl tatsächliche soziale Ungleichheiten zwischen den Geschlechtern als auch tatsächliche soziale ungleiche Auswirkungen von Regelungen zögerlich an.¹⁵¹ So stellte das Gericht in der Rentenalterentscheidung typische Nachteile erwerbstätiger Mütter zum einen in der Doppelbelastung, zum anderen auch schon im Ausbildungsdefizit fest, das „in typischen Fällen durch eine Antizipierung der erwarteten Stellung der Frau als spätere Mutter“¹⁵² seinen Ursprung habe.

Von der Formel der biologischen und funktionalen Unterschiede verabschiedete sich das BVerfG endgültig in der dritten Phase seiner Rechtsprechung zu Art. 3 II und III GG. Seit der sog. Nachtarbeitsentscheidung des BVerfG wird in der Rechtsprechung anerkannt, dass Art. 3 II GG zusätzliche zu einem Differenzierungsverbot auch eine objektive Wertentscheidung zur Gleichstellung auch faktischer, sozialer Gleichbe-

¹⁴⁸Vgl. BVerfGE 3, 225, 241 f.; 6, 389, 420; 39, 169, 185; 43, 213, 225.

¹⁴⁹Zum „Gleichberechtigungsgebot“ aus Art. 3 II und III GG siehe BVerfGE 10, 59, 72; Zum „Differenzierungsverbot“ der Absätze 2 und 3 des Art. 3 GG siehe BVerfGE 3, 225, 241; 5, 9, 12.

¹⁵⁰BVerfGE 3, 225, 242; 52, 369, 274; 63, 181, 194; 68, 384, 390; 71, 224, 229.

¹⁵¹Vgl. BVerfGE 48, 346, 366.

¹⁵²BVerfGE 74, 163, 181.

rechtigung beinhaltet.¹⁵³ In der Entscheidung hielt das Gericht zwar an seiner ständigen Rechtsprechung fest, dass Art. 3 II und III GG hinsichtlich eines Differenzierungsverbots inhaltsgleich seien. Jedoch fügte das Gericht hinzu, dass Art. 3 II GG noch einen über den Absatz 3 hinausgehenden Regelungsinhalt habe, indem er „ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt.“¹⁵⁴ Der Satz „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. Tradierte Rollenzuschreibungen, die zu einer höheren Belastung oder zu sonstigen Nachteilen für Frauen führten, dürften durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden.¹⁵⁵

Das BVerfG billigte in der Fortentwicklung der Auslegung des Art. 3 II und III GG das Instrument der Typisierung im Kontext der Gleichberechtigung der Geschlechter. Anknüpfungspunkt für zulässige Typisierungen sieht das Gericht nicht nur in Nachteilen, die auf biologischen Unterschieden beruhen, sondern auch in „faktischen Nachteilen, die typischerweise Frauen treffen“¹⁵⁶. Soziale Benachteiligungen von Frauen werden somit ausdrücklich eingeschlossen. Das BVerfG hat in der sog. Nachtarbeitsentscheidung zugleich Grenzen der Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers festgesetzt. So darf nicht vorschnell von geschlechtsspezifischer Benachteiligung ausgegangen werden. Der Nachweis, dass sich in der gesellschaftlichen Wirklichkeit eine Regelung primär bei Frauen negativ auswirkt, darf lediglich als Indiz für eine geschlechtsspezifische Benachteiligung gelten.

Das BVerfG geht bis in die dritte Phase seiner Rechtsprechung zu Art. 3 II und III GG von einem strikten Differenzierungsverbot der Absätze 2 und 3 des Art. 3 GG aus. Das Differenzierungsverbot ist das Verbot, an das Merkmal Geschlecht unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen und daher notwendig symmetrisch: Männer und Frauen sind vor benachteiligender Behandlung geschützt und können sich auf Art. 3 II und III GG berufen. Der Blickwinkel des BVerfG auf Ungleichbehandlungen ist somit zunächst ein rein formaler. Das Gericht hat sich in seiner Rechtsprechung zu Art. 3 II und III GG aber nicht auf eine rein formale Prüfung einer Benachteiligung beschränkt. Hinzu kam ein materieller Gesichtspunkt, den das Gericht jedoch inhaltlich wenig präzierte. Denn neben dem formalen Differenzierungsverbot prüfte es seit Ende der 1980er Jahre zusätzlich materiell, ob eine Regelung für Frauen oder Männer tatsächliche benachteiligende Auswirkungen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit hat.

¹⁵³Vgl. BAG DB 1994, S. 429 ff.; OVG Münster NVwZ (1991), S. 501 ff.

¹⁵⁴BVerfGE 85, 191, 207.

¹⁵⁵Ebd.

¹⁵⁶BVerfGE 74, 163, 180; 85, 191, 207.

Die Rechtsprechung des BVerfG zeigt, dass dem Gericht eine rein formale Gleichstellung zwischen Männern und Frauen letztendlich nicht ausreichte. Vielmehr sah es in dem Gleichberechtigungssatz spätestens am Ende der zweiten Phase seiner Rechtsprechung zu Art. 3 II und III GG eine umfassende gesellschaftliche Funktion, die tatsächliche soziale Gleichstellung der Geschlechter in der gesellschaftlichen Wirklichkeit umzusetzen.

Bei der Würdigung der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 II und III GG ist abschließend hervorzuheben, dass das Gericht in der Rentenalterentscheidung im Jahr 1987 eine gruppenbezogene Perspektive auf die Gruppe 'Frau' einnahm, indem es in seiner Entscheidung explizit nicht auf die im Einzelfall vorhandene Mutterschaft abstellte, sondern auf alle Frauen.

5 Die gruppenorientierte Perspektive auf den Art. 3 II GG aus dem Schrifttum

In der rechtswissenschaftlichen Literatur besteht weitgehend Zustimmung und Einigkeit hinsichtlich der objektiv-rechtlichen Wertentscheidung für eine Gleichberechtigung von Männern und Frauen nicht nur in der formalen Rechtsgleichheit, sondern auch in der gesellschaftlichen Realität. Vorherrschend ist in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG die Interpretation des Art. 3 II und III GG als absolutes Differenzierungsverbot und die Auffassung eines individualrechtlichen Verständnisses von Art. 3 II und III GG.¹⁵⁷ Auch sollen sowohl das Anknüpfungsverbot, also eine Benachteiligung wegen des Geschlechts, als auch das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 II GG für beide Geschlechter gelten.¹⁵⁸ Ende der 1980er bis Mitte der 1990er Jahre entwickelten sich jedoch in Teilen des Schrifttums neue Ansätze zur Auslegung des Art. 3 II und III GG, die die strikte Interpretation des Art. 3 II GG als Differenzierungsverbot kritisch hinterfragten. Gemeinsames Ziel dieser Ansätze war, eine reale Chancengleichheit zwischen den Geschlechtern herzustellen und der tatsächlichen gesellschaftlichen Dominanz von Männern gegenüber Frauen durch ein substantielles Benachteiligungsverbot für Frauen

¹⁵⁷Siehe etwa Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck (2005), Art. 3 Abs. 2, Rn. 309 ff.

¹⁵⁸Vgl. Benda (1986), S. 119; Sachs, ZBR 1994, S. 138 f.; Pfarr (1988), S. 73.

Für vorliegende Untersuchung ist die gruppenorientierte Perspektive des Art. 3 II GG besonderes interessant, weshalb sich die Untersuchung auf die Darstellung und Bewertung der Vertreterinnen dieser Interpretation konzentriert.

entgegenzutreten.¹⁵⁹

5.1 Art. 3 II GG als Gruppenrecht

Slupik (1988) und Raasch (1991) definieren in ihren Untersuchungen den Inhalt des Art. 3 II GG als ein kollektives Förderungsgebot ausschließlich für Frauen.¹⁶⁰ Die Untersuchungen von Slupik (1988) und Raasch (1991) beziehen sich auf Art. 3 II GG a.F.. Da beide Autorinnen jedoch auch schon aus der alten Fassung des Art. 3 II GG einen Förderauftrag zugunsten von Frauen ableiteten, ist die von ihnen entwickelte Auslegung des Art. 3 II GG unter der neuen Rechtslage nicht überholt. Sowohl Slupik (1988) als auch Raasch (1991) kritisieren in ihren Untersuchungen die symmetrische Schutzrichtung des Differenzierungsverbots, das das BVerfG aus Art. 3 II und III GG ableitet. Denn mit der symmetrischen Sichtweise werde die kollektive Problematik der Verteilungsgerechtigkeit zwischen den Geschlechtern ignoriert.¹⁶¹

5.1.1 Slupik

Slupik (1988) leitet aus dem Wortlaut des Art. 3 II GG a. F., der Entstehungsgeschichte des Gleichberechtigungssatzes und insbesondere aus den Diskussionen im Parlamentarischen Rat den Inhalt und Zweck des Grundrechts ab, speziell die Lebenssituation von Frauen verbessern zu wollen. Sie spricht von einer „Anhebungstendenz des Art. 3 Abs. 2 GG ausschließlich zugunsten des weiblichen Geschlechts“.¹⁶² Folge daraus ist, dass die Absätze 2 und 3 des Art. 3 GG a. F. eine unterschiedliche Schutzrichtung aufweisen: Art. 3 II GG a. F. beinhaltet ausschließlich einen kollektivrechtlichen „Verfassungsauftrag zur Gleichstellung des weiblichen Geschlechts“¹⁶³, während das in-

¹⁵⁹Vertreterinnen waren insbesondere: Vera Slupik, Sibylle Raasch, Ute Sacksofsky, Susanne Baer, Christine Fuschloch.

¹⁶⁰Slupik (1988), S. 79; Raasch (1991), S. 148 ff.

¹⁶¹Slupik (1988), S. 87.

¹⁶²Slupik (1988), S. 41 f. Sie zitiert dafür das Plädoyer von Ridder in Sachen des väterlichen Stichtentscheids vor dem Bundesverfassungsgericht im Jahr 1959, wonach das Anliegen des Art. 3 Abs. 2 nach dem konstituierenden Impuls der Verfassungsgebung „die rechtliche Anhebung der Frau auf den Stand des Mannes, darunter nicht zuletzt die endgültige Erfüllung dessen, was die Reichsverfassung von Weimar mit der auf Gleichberechtigung der Geschlechter beruhenden Ehe für das Familien- und Eherecht versprochen hatte, durch unmittelbares, nicht bloß programmatische Vollziehung im größeren Rahmen eines Verfassungskompromisses der maßgeblichen und mehrheitlichen politischen Kräfte, zu dem man zu stehen hat, wenn man den Anspruch erheben will, sich verfassungsloyal zu verhalten.“ (Ridder, Helmut (1966), S. 227.)

¹⁶³Slupik (1988), S. 136.

dividualrechtliche Diskriminierungsverbot in Art. 3 III GG verankert bleibt.¹⁶⁴

Nach Slupik (1988) beinhaltet Art. 3 II GG a.F. keinen symmetrisch wirkenden Rechtsatz. Sie interpretiert Art. 3 II GG a. F. vielmehr als asymmetrisch, da er nur Frauen als Gruppenrecht zusteht. Slupik (1988) sieht in der Geschlechtszugehörigkeit ebenso wie in der Zugehörigkeit zu einer bestimmten „Rasse“ oder „Abstammung“ (Art. 3 III GG) die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, die in der Regel für das einzelne Individuum unveränderbar ist.¹⁶⁵ Hinsichtlich der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht seien die geschlechtsspezifischen Rollenzuschreibungen so stark, dass alle Frauen davon betroffen seien; Slupik (1988) spricht insoweit von einem weiblichen Sozialschicksal in einer patriarchalisch-hierarchisch strukturierten Gesellschaft. Der objektiv-rechtliche Gehalt des Gleichberechtigungsgrundsatz zwischen Männern und Frauen enthalte als soziale Utopie das Ziel, ein Machtgleichgewicht zwischen der Beziehung von Männern und Frauen herzustellen und einen potentiellen Rollentausch zwischen den Geschlechtern zu ermöglichen.¹⁶⁶ Slupik (1988) entwickelt zuletzt ein „Stufenmodell der Diskriminierung“¹⁶⁷ zum Auffinden von diskriminierenden Sachverhalten und zur verfassungsrechtlichen Fundierung des Gleichheitspostulats. Das Ziel der Parität im Geschlechterverhältnis soll durch Kompensation von Benachteiligungen und gezielte Bevorzugung der Benachteiligten als Gruppe mit Art. 3 II GG a.F. als kollektivrechtliches Element und als Verfassungsauftrag zur Besserstellung der Frauen erreicht werden. Daneben wird nach Slupik (1988) Parität durch das Unterlassen direkter Diskriminierungen von Individuen auf der Grundlage des Art. 3 III GG als individualrechtliches Diskriminierungsverbot und zuletzt durch das Unterlassen von formal gleicher Behandlung von Individuen bei geschlechtsspezifisch unterschiedlichen Bedingungen auf der Grundlage des Art. 3 III GG und des Art. 3 II GG a. F. verwirklicht.¹⁶⁸

Slupik (1988) sieht also keine Notwendigkeit einer Harmonisierung des kollektivrechtlichen Fördergebots des Art. 3 II GG a.F. mit dem individualrechtlichen Diskriminierungsverbot des Art. 3 III GG, da sie keine Berührung der Anwendungsbereiche feststellt. Das Vorhandensein paritätischer Gleichheit zwischen den Geschlechtern in der gesellschaftlichen Wirklichkeit sei erst die Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Individualgerechtigkeit, so dass bis zum Erreichen paritätischer Geschlech-

¹⁶⁴Ebd. „Dem Art. 3 Abs. 2 GG ist die kollektivrechtliche Dimension, die Gruppenbezogenheit des Geschlechts als menschliche Eigenschaft, zugeordnet, dem Art. 3 Abs. 3 GG die individualrechtliche Dimension, d.h. die Personenbezogenheit des Geschlechts.“

¹⁶⁵Ebd. S. 80 f.

¹⁶⁶Ebd.

¹⁶⁷Ebd. S. 135.

¹⁶⁸Ebd.

terverhältnisse die kollektivrechtliche Komponente des Art. 3 II GG a. F. Vorrang vor der individualrechtlichen Komponente der Geschlechtergleichberechtigung einzuräumen sei. Folge dieser Interpretation ist, dass der Staat vom Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 III GG befreit ist, solange die Geschlechterparität nicht in der gesellschaftlichen Wirklichkeit gegeben ist.¹⁶⁹

Slupik (1988) sieht demnach in Art. 3 II GG a. F. nicht nur ein Recht zur Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts im Sinne eines Nachteilsausgleichs zugunsten von Frauen enthalten, sondern auch und zwar schon vor der Verfassungsänderung des Art. 3 II GG im Jahr 1994 eine Legitimation von Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichberechtigung von Frauen.¹⁷⁰

5.1.2 Raasch

Raasch (1991) stimmt in ihrer Untersuchung in vielen wesentlichen Punkten der Auslegung von Slupik (1988) der Art. 3 II und III GG überein.¹⁷¹ So vertritt auch sie eine gruppenorientierte, asymmetrische Perspektive, indem sie Art. 3 II GG a.F. als gruppenbezogene Zielsetzung allein für Frauen als Angehörige einer Gruppe, die bisher benachteiligt wurde, interpretiert. In Art. 3 III GG sieht auch Raasch (1991) ein individualrechtliches Diskriminierungsverbot für Frauen und Männer.¹⁷² Raasch (1991) führt den Ansatz Slupiks (1988) insofern weiter aus, als sie von vornherein eine strikte Trennung des Art. 3 II GG a. F. von Art. 3 III GG im Sinne einer Spezialität vertritt und nicht wie Slupik (1988) nur von einem Vorrang des Art. 3 II GG a. F. vor Art. 3 III GG ausgeht.¹⁷³ Nach Raasch (1991) haben „Verfassungsauftrag zur Verwirklichung der Gleichstellung und Diskriminierungsverbot [...] keine Überschneidungen. Eine Maßnahme, die unter den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 2 GG als der spezielleren, eine bestimmte historische Situation, das Andauern von Geschlechtsdiskriminierung struktureller Art, voraussetzende Norm fällt, ist nicht mehr tatbestandsmäßig im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG.“¹⁷⁴ Auch Raasch (1991) befürwortet in ihrer Studie staatliche Maßnahmen zur Erfüllung des Förderauftrags aus Art. 3 II GG a. F. und auch sie sieht darin keine mögliche Beeinträchtigung des Diskriminierungsverbots aus Art. 3 III GG.¹⁷⁵

¹⁶⁹Ebd. S. 123.

¹⁷⁰Ebd. S. 123 f.

¹⁷¹Raasch (1991), S. 148 ff.

¹⁷²Ebd. S. 150.

¹⁷³Ebd. S. 245 ff.

¹⁷⁴Ebd. S. 247.

¹⁷⁵Ebd. S. 247 f.

5.2 Art. 3 II GG als Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbot

Sacksofsky (1996) und Baer (1995) befassen sich in ihren Studien zu Art. 3 II GG neben der deutschen Interpretation und Auslegung des Gleichbehandlungsgebots auch mit der US-amerikanischen Debatte über Inhalt und Verständnis von Diskriminierung. Der Vergleich mit der US-amerikanischen Auseinandersetzung, die im Gegensatz zur deutschen Interpretation des Gleichbehandlungsgebots die zwischen den einzelnen sozialen Gruppen (Geschlecht, Rasse, Behinderung, Religion) real existierenden Machtverhältnisse ins Zentrum ihrer Aufmerksamkeit stellt, führte sowohl bei Sacksofsky (1996) als auch bei Baer (1995) zu einer neuen gruppenbezogene Interpretation des Art. 3 II GG unter Einbeziehung eines Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbots. Im Gegensatz zu Slupik (1988) und Raasch (1991) wird Art. 3 II GG sowohl von Sacksofsky (1996) als auch von Baer (1995) jedoch nicht als Kollektivrecht, sondern als individuelles Recht mit lediglich vorhandenen Gruppenbezug bewertet.

5.2.1 Sacksofsky

Sacksofsky (1996) stellt in ihrer rechtsdogmatischen Studie über das Grundrecht auf Gleichberechtigung¹⁷⁶ einen Gruppenbezug des Art. 3 II GG her, leitet jedoch kein kollektives Gruppenrecht aus ihm ab.¹⁷⁷ Das kollektive Moment von Diskriminierungen bezieht sie in ihre Auslegung des Art. 3 II und III 1 GG jedoch explizit ein. Der einzelne Mensch werde nicht wegen individueller Eigenschaften oder Merkmale diskriminiert, sondern wegen seiner Zugehörigkeit zu der durch ein bestimmtes Merkmal definierten Gruppe. Benachteiligungen und Vorurteile gegenüber dieser Gruppe würden dann auf den Einzelnen übertragen.¹⁷⁸ Sacksofsky (1996) bezieht in Anlehnung an das US-amerikanische Verständnis von Diskriminierungen in ihre Interpretation der besonderen Gleichheitssätze des Art. 3 GG daher konkret die historischen Hintergründe

¹⁷⁶Sacksofsky (1996): Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes. (2. Aufl.).

¹⁷⁷Ebd. S. 334.

¹⁷⁸Ebd. S. 312. „[...] Diskriminierung erscheint aber nicht als quasi-willkürliche, vorurteilsbehaftete Bewertung des einzelnen aufgrund eines Merkmals, das eigentlich keine Rolle spielen dürfte, sondern es wird der Gruppenbezug von Diskriminierung betont. Im Hinblick auf Merkmale wie z.B. Geschlecht, Rasse oder Religion wird der einzelne gerade nicht aufgrund seiner individuellen Eigenschaften diskriminiert, sondern wegen seiner Zugehörigkeit zu der durch das Merkmal definierten Gruppe. Er wird nicht aus individualisierten, auf seine Persönlichkeit ausgerichteten und zugeschnittenen Gründen ungleich behandelt, sondern die Vorurteile und abwertenden Ansichten, die gegenüber seiner Gruppe bestehen, werden auf ihn übertragen.“

und die tatsächlichen gesellschaftliche Wirklichkeit ein. Für diese gruppenbezogene Perspektive verwendet Sacksofsky (1996) den Begriff des Dominierungsverbots. Danach ist es der Gruppe, die in der Gesellschaft die politische und wirtschaftliche Macht innehat, untersagt, Gruppen, die in der Gesellschaft unterprivilegiert sind, zu diskriminieren, sie also zu dominieren. Entscheidend für die Rechtswidrigkeit staatlichen Handelns ist danach nicht, ob ein verbotenes Merkmal durch eine Regelung getroffen wird, sondern ob die Auswirkungen einer Regelung eine Gruppe nachteilig treffen.

Sacksofskys (1996) Kritik an der Interpretation des Art. 3 II GG als Differenzierungsverbot bezieht sich auf die Perspektive des Differenzierungsverbots, das allein den von Benachteiligung einzelnen Betroffenen in den Blick nimmt und Diskriminierungen allein als individuelles Problem sieht. So verbiete das Differenzierungsverbot die Verwendung bestimmter Merkmale wie Geschlecht, Rasse oder Religion als Kriterien der Bevorzugung oder Benachteiligung in der Rechtsordnung. Es bezwecke den Schutz des einzelnen Individuums. Dieses solle nach seinen persönlichen Leistung und Fähigkeiten beurteilt werden und nicht nach Eigenschaften, auf die es wie beim Geschlecht oder der Rasse keinen Einfluss habe oder die sich aus der Ausübung eines verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsrechts wie der Wahl einer Religion ergeben.¹⁷⁹ Das Differenzierungsverbot ignoriert damit das kollektive Moment von Diskriminierungen und ist deshalb nach Sacksofsky (1996) ungeeignet für die Bekämpfung von Benachteiligungen.¹⁸⁰

Fazit Sacksofskys (1996) ist, dass Dominierungs- und Differenzierungsverbot unterschiedliche Schutzzwecke beinhalten, „[s]ie blicken somit auf verschiedene Seiten des Problems der Gleichheit.“¹⁸¹ Das Differenzierungsverbot untersage in seiner Konsequenz die Wahrnehmung von Individuen mit bestimmten Merkmalen wie beispielsweise des Geschlechts als Gruppe. Es bezwecke allein den Schutz des Einzelnen vor Diskriminierungen aufgrund eines bestimmten Merkmals. Das Dominierungsverbot hingegen untersuche die tatsächlichen Machtverhältnisse der einzelnen Gruppen zueinander unter Berücksichtigung des historischen Kontextes und der real existierenden Lebenswirk-

¹⁷⁹Ebd. S. 311.

¹⁸⁰Ebd. S. 312, 313. „Hierbei legt die gruppenbezogene Sichtweise entscheidenden Wert darauf, daß bei Merkmalen wie etwa dem Geschlecht oder der Rasse zwar theoretisch offen sein mag, zu wessen Nachteil eine Verwendung des Merkmals erfolgt. Es wären auch Gesellschaftsformen denkbar, in denen Männer oder Weiße unterdrückt werden; doch in jeder konkret zu beurteilenden Gesellschaft ist allein eine Gruppe von Benachteiligung und Diskriminierung betroffen. Betrachtet man beispielsweise die deutsche Geschichte und die aktuelle Lag ein der Bundesrepublik, stellt sich das Problem einer umfassenden Benachteiligung der Männer nicht. Es war und ist in fast jeder Hinsicht immer die Frau gewesen, der Möglichkeiten versagt wurden.“ (S. 313).

¹⁸¹Ebd. S. 315.

lichkeit. Das Dominierungsverbot schütze damit „allein die in der Geschichte diskriminierte und fortwirkend benachteiligte Gruppe vor ungerechtfertigter Schlechterstellung. Es verlangt damit auch, daß der Gesetzgeber gerade darauf achtet, wie sich bestimmte gesetzgeberische Maßnahmen auf die vom Dominierungsverbot geschützte Gruppe auswirkt.“¹⁸² Der Schutz, den das Dominierungsverbot bietet, kann danach auch nicht symmetrisch wie beim Differenzierungsverbot sein, sondern ist asymmetrisch.¹⁸³

Die unterschiedlichen Schutzzwecke haben Auswirkungen auf den Umfang und die Reichweite des Schutzes vor Diskriminierungen. Da das Dominierungsverbot im Gegensatz zum Differenzierungsverbot nur die Angehörigen der diskriminierten Gruppe schützt, ist es hinsichtlich des geschützten Personenkreises enger. Jedoch bietet das Dominierungsverbot für die Angehörigen einer benachteiligten Personengruppe einen breiteren Schutz.¹⁸⁴ Denn es erkennt auch mittelbare und strukturelle Diskriminierungen, Benachteiligungen also, die nicht explizit an ein verbotenes Merkmal wie Geschlecht anknüpfen, sondern nur mittelbar sichtbar werden. Das Differenzierungsverbot hingegen erkennt Diskriminierungen dann nicht mehr, wenn es keine Rechtsnormen mehr gibt, die an ein verbotenes Merkmal anknüpfen, es formal daher keine Benachteiligungen mehr gibt.¹⁸⁵

Sacksofsky (1996) zieht aus dieser Erkenntnis den Schluss, dass es nicht nur um ein Verbot von Regelungen gehen muss, die eine Gruppe unmittelbar diskriminieren, sondern darüber hinaus um ein Verbot von Regelungen, die zur Diskriminierung von Gruppen mittelbar beitragen oder aufgrund früherer Benachteiligung eine schlechtere Ausgangslage zuschreiben.

In ihrer rechtsdogmatischen Untersuchung kommt Sacksofsky (1996) zu dem Ergebnis, dass die Auslegung des Art. 3 II GG als Dominierungsverbot allen klassischen Auslegungskriterien¹⁸⁶ entspricht und darüber hinaus den besonderen Gehalt des Gleichbehandlungssatzes erst erfasst. So lasse der unterschiedliche Wortlaut der Absätze 2 und

¹⁸²Ebd.

¹⁸³Ebd. S. 314: „Die Gruppen, die die politische und wirtschaftliche Macht haben, deren Interessen ohnehin vertreten werden, brauchen aus der Sicht des Dominierungsverbots keinen über den allgemeinen Gleichheitssatz hinausgehenden verfassungsrechtlichen Schutz. Die Wahrnehmung ihrer Interessen kann getrost dem politischen System überlassen werden. Besonderen verfassungsrechtlichen Schutz benötigen nur die Gruppen, bei denen es zu befürchten steht, daß diejenigen, die die politische Macht innehaben, sie benachteiligen wollen, aus Belastungen, die sie ihnen auferlegen, Vorteile ziehen oder ihrer Schlechterstellung indifferent gegenüberstehen.“

¹⁸⁴Ebd. S. 315.

¹⁸⁵Ebd. S. 316.

¹⁸⁶Sacksofsky untersucht die Auslegungskriterien des Wortlauts, Entstehungsgeschichte, Systematik und Teleologie.

3 des Art. 3 GG schon auf einen unterschiedlichen Regelungsinhalt schließen. Absatz 3 sei klar merkmalsbezogen als individualrechtliches Differenzierungsverbot formuliert. Absatz 2 sei dagegen gruppenbezogen und verbiete, Handlungen vorzunehmen, die der Gleichberechtigung entgegenstehen und zwar nicht nur finale Zugriffe, sondern auch Handlungen, die in ihren Auswirkungen benachteiligend auf Frauen wirkten.¹⁸⁷ Nach Sacksofsky (1996) ergibt sich auch aus der Systematik, dass Art. 3 II und III GG nicht inhaltlich identisch sind. Anderenfalls sei eine der Vorschriften, die beide dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG folgten, überflüssig, indem ihr dann keine eigenständige Stellung im Rechtssystem zukomme. Die Systematik der beiden Absätze ist nach Sacksofsky (1996) nur dann sinnvoll, wenn Absatz 2 als Dominierungsverbot und Absatz 3 als Differenzierungsverbot angesehen wird. Die systematische Stellung lässt darauf schließen, dass sich die beiden Absätze auf verschiedene Aspekte gleichheitsrechtlicher Gefährdung beziehen.¹⁸⁸ Daneben zeige die Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck, dass Art. 3 II GG allein zur Verbesserung der Situation der Frauen eingeführt worden sei.¹⁸⁹ Gleichberechtigung im historischen und politischen Kontext auf das Verhältnis der Geschlechter habe immer eine klare Stoßrichtung gehabt: Die Verbesserung der Stellung der Frau.¹⁹⁰

In der Konsequenz interpretiert Sacksofsky (1996) Art. 3 II GG als Dominierungsverbot, das asymmetrisch nur Frauen Schutz bietet, den Art. 3 III GG hingegen als Differenzierungsverbot, auf das sich Männer wie Frauen berufen können.¹⁹¹

Ihre Interpretation des Art. 3 II GG a.F. als Dominierungsverbot sieht Sacksofsky (1996) mit der Anfügung der Staatszielbestimmung des Förderauftrags und der Nachteilbeseitigungsklausel in Satz 2 bestätigt. Sie interpretiert den Zweck der Ergänzung in Satz 2 als eindeutig in dem Sinne, dass Satz 2 die Asymmetrie des Art. 3 II Satz 1 GG untermauere, indem Satz 2 ausdrücklich zur Verbesserung der Situation der Frauen und nicht der der Männer eingefügt worden sei. Des Weiteren wird nach Sacksofsky (1996) durch die Ergänzung klargestellt, dass der sozialen Lebenswirklichkeit bei der Analyse von Gleichberechtigungsdefiziten erhebliche Bedeutung zukommt.¹⁹² Art. 3 II Satz 1 GG müsse in diesem Kontext ausgelegt werden. Das Dominierungsverbot aus Art. 3 II Satz 1 GG stelle die passende subjektiv-rechtliche Seite der objektiv-

¹⁸⁷Ebd. S. 318 ff.

¹⁸⁸Ebd. S. 333 f.

¹⁸⁹Ebd. S. 323 ff.

¹⁹⁰Ebd. S. 335 ff.

¹⁹¹Ebd. S. 372.

¹⁹²Ebd. S. 403.

rechtlich Staatszielbestimmung aus Art. 3 II Satz 2 GG dar.¹⁹³

Geschützt bleibt nach Sacksofsky (1996) bei dem Verständnis des Gleichberechtigungssatzes als Dominierungsverbot jedoch nur das Individuum und nicht die Gruppe: „[A]llein der Begriff der Diskriminierung wird aus der Perspektive der Gruppe analysiert. Nur die geschützte Sphäre wird unter Bezugnahme einer Personengruppe bestimmt, nicht aber werden einer Gruppe als solcher Rechte verliehen.“¹⁹⁴

Staatliches Handeln kann im Ergebnis nach Sacksofsky (1996) immer dann als Verstoß gegen den Gleichberechtigungssatz aus Art. 3 II GG interpretiert werden, wenn es Frauen auf traditionelle Rollen festlegt, bzw. die Wahrnehmung der traditionellen Rolle durch die Frau perpetuiert oder wenn an die Wahrnehmung der traditionellen Rolle ungerechtfertigte Nachteile geknüpft werden.¹⁹⁵

5.2.2 Baer

Baer (1995) wendet sich in ihrer Untersuchung zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung¹⁹⁶ strikter als Sacksofsky (1996) gegen die Interpretation des Art. 3 II GG als Differenzierungsverbot und tritt noch stärker für eine asymmetrische Interpretation des Gleichheitsrechts ein, wobei es ihr um die Überwindung von sozialen Rollenzuweisungen geht.

Baer (1995) analysiert und vergleicht in ihrer Studie die rechtlichen Regelungen zur sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz in Deutschland und den USA unter Bezugnahme auf empirische Studien und theoretische Untersuchungen der US-amerikanischen

¹⁹³Ebd. S. 404.

¹⁹⁴Ebd. S. 335. „Bei einem Merkmal wie dem Geschlecht, welches es so leicht macht, die Angehörigen der Gruppe zu identifizieren, werden Ansehen, Chancen und Wohlbefinden des einzelnen stark vom Status bestimmt, der der Gruppe zugemessen wird. Die gruppenbezogene Perspektive bezieht damit lediglich ein, daß die Freiheit, die der einzelne hat, maßgeblich von der Lage abhängt, in der sich die Gruppe befindet, und von den Chancen, die den Mitgliedern der Gruppe offenstehen. Die Situation des Geschlechts, dem das Individuum angehört, ist freilich nicht allein verantwortlich für die Chancen und Möglichkeiten, die der einzelne wahrnehmen kann, und die Interdependenz von Individuum und Gruppe mag von Fall zu Fall durchaus unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Doch unzweifelhaft hat das Merkmal Geschlecht wesentlichen Einfluß auf die Persönlichkeitsentwicklung. Die mit dem Geschlecht gekoppelten Erwartungen hinsichtlich geschlechtsspezifischen Rollenverhaltens sind in hohem Ausmaße für die Lebenschancen der einzelnen von Bedeutung. Das Dominierungsverbot schützt im Hinblick auf diese gruppenbestimmte Seite der Persönlichkeit, geschützt bleibt aber allein die einzelne.“ (ebd.)

¹⁹⁵Ebd. S. 352 f.

¹⁹⁶Baer (1995): Würde oder Gleichheit. Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA.

Rechtstheoretikerin Catherine MacKinnon. Ergebnis der Untersuchung ist, dass das Recht gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz mit der sexualisierten Konstruktion von Frauen und Männern eng verknüpft ist. So manifestiere das Recht gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ein soziales Geschlechter- und Rollenverständnis, dass Frauen als Unterworfenen und Männer als aggressiv Überlegene definiere.¹⁹⁷ Ausgehend von diesem Ergebnis entwickelt Baer (1995) ein eigenes angemessenes Recht gegen Diskriminierung, dass das soziale Rollenverständnis von Frauen und Männern schlechthin überwinden soll. Denn Baer (1995) genügt nicht, dass an die Wahrnehmung bestimmter sozialer Rollen keine Nachteile geknüpft werden dürfen. Sie sieht in der einfachen Veränderung der Rollenzuteilungen, nicht jedoch der Rollen an sich, keinen erfolversprechenden Ansatz im Gleichheitsrecht. Denn dies sei nur sinnvoll, wenn die soziale Rolle vom Geschlecht wirklich getrennt werden könnte. Geschlechtsspezifische Rollenzuteilungen müssten darüber hinaus nicht komplementär sein. Baer (1995) fragt überspitzt: „Könnten alle tauschen, würde dann überhaupt jemand die typischen Frauenberufe ausüben[...]?“¹⁹⁸ Abstrakt und hypothetisch müssten nach Baer (1995) soziale Rollen also so ausgestaltet sein, dass jede und jeder sie gegebenenfalls wählte. Die weibliche soziale Rolle müsste sich folglich auflösen: „Soweit die weibliche Rolle mit Sexualisierung und der Zuweisung schlecht bezahlter, weitgehend fremdbestimmter und unangenehmer Arbeiten, also Dingen, die niemand wählen würde, aufs engste verknüpft ist, löst sie sich damit auf.“¹⁹⁹

Baer (1995) kommt nach Analyse verschiedener Ansätze zur Auslegung sexueller Diskriminierung²⁰⁰ zu dem Fazit, dass sich „[s]exuelle Diskriminierung, die Geschlecht mit Sexualität untrennbar verbindet, [...] mit einer rollenorientierten Theorie schwer fassen [lässt].“²⁰¹ Denn sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz beispielsweise sei „nicht nur Teil einer Rolle, sondern auch Teil der Arbeitsstrukturen und Teil des „Frau-Seins“ am Arbeitsplatz.“²⁰² Sie kritisiert, dass ein rollenorientierter Ansatz im Antidiskriminierungsrecht ausgestaltet als Anknüpfungsverbot, Rollentausch oder Gleichwertigkeit der Rollen, Benachteiligungen nicht beseitigen könne, da die Komplexität zwischen Geschlecht, Sexualität, sozialem und rechtlichem Diskurs letztendlich nicht erkannt wür-

¹⁹⁷Ebd. S. 244.

¹⁹⁸Ebd. S. 228.

¹⁹⁹Ebd. S. 228.

²⁰⁰Sie analysiert für die Auslegung der sexuellen Diskriminierung als fremdbestimmte Rolle die Ansätze Slupiks, Sacksofskys zum Dominierungsverbots, der Rechtsprechung des BVerfG und die Ansätze der US-amerikanischen Rechtstheoretikerin Cornell. Vgl. Baer (1995), S. 222 ff.

²⁰¹Baer (1995), S. 231.

²⁰²Ebd.

de.²⁰³ Baer untermauert (1995) ihre Analyse mit der Theorie MacKinnons²⁰⁴: „Auch ein Konzept, das auf die Bewertung der Geschlechtsrollen, also konkreter die Aufwertung der weiblichen Rolle abstelle, löse das Problem nicht. Beispielsweise könne die (zugeschriebene) sexuelle Passivität und Verletzbarkeit wie auch die sirenenhafte Verführungsqualität von Frauen nicht umbewertet werden, da die korrespondierende männliche Geschlechtsrolle beinhalte, sexuelle Macht über Frauen auszuüben. Eine Umwertung zielt auf ein Ende dieser Macht; Gleichheit bedeutet dann zwangsläufig, von den Rollen Abschied zu nehmen.“²⁰⁵ Baer (1995) zieht in ihrer Untersuchung den Schluss, dass allein eine gruppenbezogene und asymmetrisch orientierte Interpretation des Gleichheitssatzes ein befriedigender Ansatz für ein effektives Antidiskriminierungsrecht im Bereich der sexuellen Diskriminierung bietet. Gleichheit interpretiert Baer (1995) dabei als Hierarchisierungsverbot. Bezugspunkt hierfür ist die Analyse der Interdependenz von Sexualität, Geschlecht und Macht, also die sozial hierarchisierte Lebenswirklichkeit.²⁰⁶ Nach Baer (1995) muss Recht „in diesem Zusammenhang einzig auf die gesellschaftlich-hierarchische Bedeutung des Geschlechts als geschlechtlichen Unterschied reagieren, also auf soziale Tatbestände, in denen Menschen aufgrund ihrer Geschlechtszugehörigkeit benachteiligt werden.“²⁰⁷ Die Realität sexueller Diskriminierung zeige, dass sexuelle Diskriminierung in der großen Mehrheit Frauen benachteilige und nicht Männer.²⁰⁸ Staatliches Handeln im Bereich von Diskriminierungen läge immer dann vor, wenn der Staat in welcher Form auch immer, entweder soziale Asymmetrien verstärke oder auch unangetastet ließe.²⁰⁹ Baer (1995) kritisiert die herrschende Interpretation des Gleichheitsrechts als symmetrisch unter Bezugnahme auf die Kritik MacKinnons: Ein Recht auf Gleichheit werde zu einer Angelegenheit „des Gleichen gleich und Ungleiches ungleich Behandeln, während die Geschlechter gesellschaftlich durch ihre gegenseitige Ungleichheit definiert sind.“²¹⁰ Gleichheitsrecht muss nach Baer (1995) jedoch gegen verfestigte Hierarchisierungen wirken, da mit solchen

²⁰³Ebd.

²⁰⁴MacKinnon (1979).

²⁰⁵Baer (1995), S. 234.

²⁰⁶Ebd. S. 232.

²⁰⁷Ebd. S. 235.

²⁰⁸Ebd. S. 237. Baer fügt hinzu, dass auch Männer, „die kurzgefaßt, eigentlich keine Männer sind, benachteiligt“ werden können. Des Weiteren fasst auch Baer unter Bezugnahme auf MacKinnon sexuelle Gewalt, unter der MacKinnon Vergewaltigung, Pornographie und Prostitution verstehen, sowie Abtreibung, Leihmutterchaft und Reproduktionstechnik als potentiellen Eingriff in den Schutzbereich des Gleichheitsrechts auf. Vgl. MacKinnon (1989); Baer (1995), S. 232.

²⁰⁹Ebd. S. 235.

²¹⁰Ebd. S. 236, zitiert MacKinnon (1994).

häufig schwerwiegende soziale Nachteile verbunden sind.²¹¹ Auch historisch gesehen, solle Gleichheitsrecht nicht einen status quo perpetuieren und zementieren, sondern diesen vielmehr verändern. „Von Klassen-, über Rassen- bis hin zur Geschlechterfrage sind Regelungsgründe für Gleichheitsrecht nicht schlichte Vergleiche, sondern hierarchische Ungleichheiten. Die Funktion von Gleichheitsrecht erschöpft sich nicht in der Verhinderung von Unsachlichkeit.“²¹² Eine asymmetrische Interpretation des Gleichheitsrechts frage hingegen nicht nach sachlichen Gründen oder Rechtfertigungsgründen für eine Ungleichbehandlung, sondern entscheidend sei die Feststellung eines hierarchischen Verhältnisses, das sich in Diskriminierung äußere. Mit dieser asymmetrischen Interpretation würde die Sicht der Betroffenen gegen die dominante Perspektive gesetzt.²¹³

6 Bewertung der verschiedenen Auslegungen des Art. 3 II GG

Die herrschende Interpretation des Art. 3 II GG und Art. 3 III Satz 1, 1. Alt. GG als inhaltlich gleichbedeutend und symmetrisch im Sinne eines absoluten Differenzierungsverbots ist abzulehnen. Allein der unterschiedliche Wortlaut der Absätze lässt auf einen nicht identischen Regelungsinhalt schließen und erfordert deshalb eine klare Differenzierung und Abgrenzung. Auch Systematik, Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck stützen die Auslegung des Art. 3 II GG als nicht inhaltsgleich mit Art. 3 III GG.²¹⁴ Sowohl der Gleichberechtigungssatz in Art. 3 II GG a.F. als auch die Anfügung des Förderauftrags in Art. 3 II Satz 2 GG im Jahr 1994 wurden von Frauen und Frauenverbänden gegen den Widerstand konservativer Vertreter im Parlamentarischen Rat bzw. der GVK durchgesetzt. Art. 3 II GG sollte allein der Verbesserung der Situation der Frauen dienen, denn nur bei der Gruppe 'Frau' bestand und besteht bis heute eine besondere gleichheitsrechtliche Gefährdungslage zwischen den Geschlechtern, die einen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz rechtfertigt. Die Ergänzung des Art. 3 II GG um einen Satz 2 bestärkt die asymmetrische Interpretation des Art. 3 II Satz 1 GG, indem Satz 2 ausdrücklich zur Verbesserung der Situation der Frauen eingefügt worden ist.

Allen dargestellten Interpretationen und Auslegungen des Art. 3 II GG aus dem Schrift-

²¹¹Ebd. S. 236.

²¹²Ebd. S. 239.

²¹³Ebd. S. 237.

²¹⁴Vgl. Sacksofsky (1996), S. 318 ff.; 323 ff.; 333 ff.; 335 ff.

tum ist gemeinsam, dass eine gruppenorientierte Sichtweise auf die Gleichheitssätze eingenommen wird. Gemeinsam ist auch eine asymmetrische Perspektive, die eine klare Abgrenzung des Art. 3 II GG zu Art. 3 III Satz 1, 1. Alt. GG einfordert und Art. 3 II GG als Recht von Frauen gegenüber dem Differenzierungsverbot des Art. 3 III Satz 1, 1. Alt. GG, das Männer und Frauen schützt, einstuft. Die Ansätze unterscheiden sich jedoch dadurch, dass Slupik (1988) und Raasch (1991) im Ergebnis ein kollektives Gruppenrecht aus Art. 3 II GG a.F. ableiten, Sacksofsky (1996) und Baer (1995) hingegen in Art. 3 II GG ein individualrechtliches Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbot sehen. Eine Diskriminierung wird danach aus der Gruppenperspektive analysiert, Träger des Grundrechts bleibt jedoch die einzelne Frau. Die Entscheidung von Slupik (1988) und Raasch (1991), Art. 3 II GG als kollektives Gruppengrundrecht zu interpretieren, ist unter dogmatischen Gesichtspunkten nicht überzeugend. Denn die Ausrichtung des Grundrechtskatalogs ist klar individualrechtlich, indem der einzelnen Person Rechte zugestanden werden und diese Rechte nicht von einer Funktion oder Mitgliedschaft in einer bestimmten Gruppe abhängig gemacht werden. Zwar leugnet das Grundgesetz insbesondere in Art. 3 GG nicht die Existenz von Gruppen und erkennt die Tatsache an, dass die Zugehörigkeit zu einer durch ein konkretes Merkmal entstehenden Gruppe, das Sozialschicksal beeinflussen kann: Bei den speziellen Gleichheitssätzen des Art. 3 II und III GG ist die Gruppenzugehörigkeit gerade Anwendungsvoraussetzung. Trotzdem wird auch hier allein der Schutz und das Abwehrrecht des Individuums bezweckt.

Die asymmetrische gruppenorientierte Perspektive des Art. 3 II GG auf Diskriminierungen im Sinne eines Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbots überzeugt sowohl als Instrument, indem es auch mittelbare strukturelle Diskriminierungen sichtbar macht und erfasst, als auch in der dogmatischen Untermauerung Sacksofskys (1996). Denn aufgrund der Zugehörigkeit zu dem weiblichen Geschlecht sind Frauen weiterhin nachweislich einem erhöhtem Risiko insbesondere mittelbar-faktischer Diskriminierungen ausgesetzt.²¹⁵ Nach Engler (2005) wird die diskriminierende Normalität von Frauen anhand des Tatsächlichen gerechtfertigt. „Daß das Tatsächliche allerdings bereits die Stereotypisierung der strukturellen Benachteiligung aufgrund der Gruppenzugehörigkeit ist, wird durch geschaffene Fakten zu Vorurteilen, welche dies nicht mehr als rechtlich relevante Diskriminierung erscheinen lassen.“²¹⁶ Die gruppenorientierte Perspektive des Art. 3 II GG ist deshalb sachgerecht, weil sie genau diese Stereotypisierungen als strukturelle Diskriminierung sichtbar werden lässt. Der Gruppenbezug des Art. 3 II GG als asymmetrisches Recht richtet sich auf die Verbesserung der sozialen und gesell-

²¹⁵Vgl. *Kapitel I*

²¹⁶Engler (2005), S. 129.

schaftlichen Lebenswirklichkeit der Gruppe 'Frau', indem er gruppenbezogene Stereotypisierungen aufzeigt und die Sicht der Betroffenen gegen die dominante Perspektive setzt. Insofern muss Art. 3 II GG als das speziellere Grundrecht vor Art. 3 III Satz 1, 1. Alt. GG gelten. Die Interpretation des Art. 3 II GG als Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbot verhindert auch nicht den dauerhaften Ausschluss von Männern aus dem Schutzbereich des Art. 3 II GG. Vielmehr werden Männer nur zeitweilig bis zu einer annähernden Gleichstellung der Frauen aus dem Schutzbereich ausgeschlossen. Überzeugend am Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbot ist auch der Wechsel von der Dominanz- zur Betroffenenperspektive, in dessen Folge sich nur die Angehörigen der benachteiligten Gruppe auf den Schutz des Art. 3 II GG berufen können. Dies ist weiterhin die Gruppe der Frauen.²¹⁷ Das Konzept des Hierarchisierungsverbots von Baer (1995) ist dabei in besonderer Weise schlüssig: Es versucht über Sacksofskys (1996) Dominierungsverbot hinaus, die sozialen Rollen der Geschlechter aufzulösen und begnügt sich nicht mit einer einfachen Veränderung von tradierten Rollenzuteilungen. Nur so besteht die Möglichkeit, die Interdependenz von Sexualität, Geschlecht und Macht zu analysieren, auf die gesellschaftlich-hierarchische Bedeutung der Geschlechtszugehörigkeit zu reagieren und sie letztendlich aufzubrechen.

7 Die verfassungsrechtliche Verankerung des Verbots der mittelbar-faktischen Diskriminierung

Die Frage nach der verfassungsrechtlichen Verankerung des Verbots der mittelbar-faktischen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts²¹⁸ ist insofern entscheidend, da dem Verbot dann ein verfassungsrechtlicher Rang und damit eine verfassungsrechtliche Wirkungskraft zukommt. Das Verfassungsrecht wäre zudem unmittelbarer Maßstab für mittelbar-faktische geschlechtsspezifische Diskriminierungen.

Eine mittelbar-faktische Diskriminierung aufgrund des Geschlechts liegt nach den von der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Kriterien vor, wenn eine an sich geschlechtsneutrale Regelung oder Maßnahme die Angehörigen eines Geschlechts in der Lebenswirklichkeit besonders betrifft und diese Maßnahme nicht durch solche Gründe gerechtfertigt werden kann, die einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten.²¹⁹ Entscheidend für das Vorliegen einer mittelbar-faktischen Diskriminierung ist die empirisch nachweisbare unterschiedliche Betroffenheit von Männern und Frauen aufgrund einer

²¹⁷Vgl. *Kapitel I*, 3.

²¹⁸Siehe zu den unterschiedlichen Formen von Diskriminierungen *Kapitel I*, 3.1.3.2.

²¹⁹Vgl. Legaldefinition in EU-Rahmenrichtlinie: Art. 2 b RL 2000/78/EG.

Maßnahme oder Regelung. Anknüpfungspunkt des Verbots der mittelbar-faktischen Diskriminierung ist damit ein neutrales Kriterium, welches durch das Zusammentreffen mit gesellschaftlichen Gegebenheiten Frauen faktisch benachteiligt. Eine mittelbar-faktische Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist mittlerweile auch vom BVerfG anerkannt, ohne dass es jedoch den dogmatischen Ansatz seiner Rechtsprechung genau bestimmt. So stützt das Gericht seine Entscheidungen zur mittelbaren Diskriminierung teilweise auf Art. 3 I GG²²⁰, nennt Art. 3 II und III GG zusammen²²¹ oder lässt die Zuordnung ganz offen²²². Vielfach zieht es nur noch Art. 3 II GG heran.²²³ Dies bedeutet, dass Art. 3 II GG nach der Rechtsprechung des BVerfG jedenfalls auch einen Schutz vor mittelbar-faktischer Diskriminierung begründet.²²⁴

Wird der systematisch und entstehungsgeschichtlich überzeugenden gruppenorientierten Konzeption gefolgt, die Art. 3 II GG als individualrechtliches Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbot auslegt, dann ergibt sich für die dogmatische Einordnung der mittelbar-faktischen Diskriminierung eine Anwendung des Art. 3 II GG. Bei einer unmittelbaren rechtlichen Diskriminierung dagegen eine Anwendung des Art. 3 III GG, die bei Kollisionsfällen durch Art. 3 II GG eingeschränkt werden kann.²²⁵ Denn wenn Art. 3 II GG ein auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckendes materielles Gebot zur Angleichung der Lebensverhältnisse von Männern und Frauen beinhaltet²²⁶, dann muss Art. 3 II GG systematisch gerade auch Schutz vor mittelbar-faktischer Diskrimi-

²²⁰BVerfGE 13, 290, 296; 38, 187, 197 ff. (teilweise in Verbindung mit Art. 6 I GG); BVerfGE 71, 39, 58; 87, 234, 257 f. (mit Verweis auf Art. 3 II GG).

²²¹BVerfGE 6, 55, 80 f.

²²²BVerfGE 48, 346, 366. Inzwischen hat sich das BVerfG für die Einbeziehung der mittelbar-faktischen Diskriminierung auch in den Anwendungsbereich des Art. 3 III 1 GG in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH und des BAG ausgesprochen, vgl. BVerfGE 97, 35, 43 f.; 104, 373, 393; dem folgend BVerwGE 117, 219, 227 f.; auf Art. 3 II und III GG gestützt BGH, NVwZ 2008, 452, 454 f. In seiner Entscheidung zum Familiendoppelnamen (104, 373, 393) aus dem Jahr 2002 führte das BVerfG aus, dass Art. 3 III Satz 1 GG eine unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung für eine rechtliche Ungleichbehandlung an das Geschlecht verbiete. Eine mittelbare Anknüpfung sah es in geschlechtsneutral formulierten Regelungen, die im Ergebnis überwiegend Angehörige eines Geschlechts überwiegend betrifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist. Art. 3 II GG gebiete darüber hinaus, Rechtsnormen zu beseitigen, die Vor- oder Nachteile an ein Geschlecht knüpften und ziele auf die Angleichung der Lebensverhältnisse von Männern und Frauen.

²²³BVerfGE 85, 191, 207 f.; 87, 1, 42; 87, 234, 258; 113, 1, 15; 114, 357, 370 f.; Ebsen RdA 1993, 1, S. 13 ff.

²²⁴Vgl. Osterloh in: Sachs (2009), Art. 3, Rn. 260.

²²⁵Vgl. Heun in: Dreier (2004), Art. 3, Rn. 103.

²²⁶Vgl. BVerfGE 85, 191, 207.

nierung bieten.²²⁷ Diesem Ansatz folgt vorliegende Untersuchung.

8 Die neue Rechtsprechung des BVerfG zu dem Grundrecht auf Gleichberechtigung

Seit der sog. Nachtarbeitsentscheidung aus dem Jahr 1992 berücksichtigt das BVerfG immer öfter materielle Ansätze bei der Auslegung des Art. 3 II und III GG. Seit der Jahrtausendwende beinhaltet die Prüfung des Art. 3 II und III GG nun regelmäßig das Vorliegen einer mittelbar-faktischen Benachteiligung von Frauen in der gesellschaftlichen Realität.²²⁸ Es kann insofern von einer vierten Phase der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 II, III GG gesprochen werden. Als besonders wichtige und zukunftsweisende Entscheidung des BVerfG zur Gleichberechtigung der Geschlechter wird die Entscheidung des Gerichts zur Verfassungsmäßigkeit des Mutterschutzgesetzes (MuSchG) aus dem Jahr 2003 bewertet, da das Gericht hier zum ersten Mal den in Art. 3 II Satz 2 GG enthaltenen Auftrag des Staates zur Verwirklichung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen in der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit konkretisiert hat.²²⁹ Diese Entscheidung wird deshalb unter Abschnitt 8.2 ausführlich vorgestellt und analysiert. Andere wichtige Entscheidungen aus der sog. vierten Phase der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 II und III GG werden demgegenüber kürzer behandelt.

8.1 Die Entscheidung des BVerfG zum Familiendoppelnamen von Kindern

8.1.1 Die Entscheidung

In der Entscheidung des BVerfG zum Familiendoppelnamen von Kindern²³⁰ aus dem Jahr 2002 ging es um die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der § 1616 II Satz 1 BGB

²²⁷Vgl. Eckertz-Höfer in: AK-GG (2001), Art. 3 Abs. 2, 3, Rn. 59.

²²⁸Bereits BVerfGE 89, 276 ff.: § 611 a BGB (nach Inkrafttreten des AGG im Jahr 2006 gestrichen), der den Schutz vor geschlechtsspezifischer Diskriminierung im Arbeitsverhältnis beinhaltete, konkretisiert nach Auffassung des BVerfG den Schutzzweck des Art. 3 II GG, was bei Auslegung und Anwendung des § 611 a BGB von den Gerichten berücksichtigt werden muss. Unzulässig ist danach eine Interpretation des § 611 a BGB (a.F.), die den Schutzzweck des Art. 3 II GG zuwider läuft.

²²⁹Vgl. Wrase (2006), S. 86. Wrase spricht in diesem Zusammenhang von einem echten Meilenstein in der Rechtsprechung des BVerfG zur Geschlechterdiskriminierung.

²³⁰BVerfGE 104, 373.

a. F. und § 1617 I Satz 1 BGB, die den Ausschluss von Familiendoppelnamen von Kinder beinhalten. Das BVerfG prüfte dabei ausdrücklich eine tatsächliche mittelbare Benachteiligung von Frauen, da in der Lebenswirklichkeit zum einen in weit überwiegender Zahl verheiratete Eltern den männlichen Ehenamen führten und zum anderen sich größtenteils der Namen des Mannes als Geburtsname des Kindes durchsetzte, wenn die verheirateten Eltern keinen Ehenamen, sondern weiterhin jeweils ihren eigenen führten. Darin sah das Gericht den möglichen Ausdruck eines tradierten Rollenverständnisses in der Ehe, in der faktisch noch keine gleichberechtigte Partnerschaft zwischen Mann und Frau bestehe. Jedoch bewertete es diese Lebenswirklichkeit nicht vorwiegend als tatsächlich nachteilige Situation von Frauen, sondern nur als „vorfindliche Einstellungen“.²³¹ Im Ergebnis sah das Gericht daher in dem gesetzlichen Ausschluss des Familiendoppelnamens von Kindern „allenfalls geringfügige [...] Auswirkungen auf die Verwirklichung des Art. 3 Abs. 2 GG.“²³²

8.1.2 Bewertung

Das BVerfG erkennt in seiner Entscheidung zum Familiendoppelnamen aus dem Jahr 2002 die Rechtsfigur der mittelbar-faktischen Diskriminierung an. Jedoch sieht es Art. 3 II und III GG durch den gesetzlichen Ausschluss des Familiendoppelnamens eines Kindes nicht verletzt. Zwar erkennt das Gericht die soziale Lebenswirklichkeit insoweit, als dass der Ehe name in den weit überwiegenden Fällen immer noch der Name des Mannes ist und sich Eheleute bei nicht vorhandenem gemeinsamen Ehenamen immer noch größtenteils bei der Wahl des Geburtsnamens des Kindes für den Namen des Mannes entscheiden. Das Gericht stellt auch fest, dass diese Lebenswirklichkeit Ausdruck weiterhin vorhandener tradierter Rollenverständnisse mit faktisch noch nicht bestehender gleichberechtigter Partnerschaft sein kann. Jedoch ist die Entscheidung des BVerfG bezüglich der konkreten Anwendung der Rechtsfigur der mittelbar-faktischen Diskriminierung insofern fraglich, als dass es seine Erkenntnis einer möglichen faktischen Diskriminierung von Frauen als „vorfindliche Einstellungen“ bagatellisiert. Es verkennt damit die symbolische Bedeutung des Namens, dem eben keine nur rein formale Ordnungsfunktion zukommt: Das Familienrecht war in der Geschichte immer auch Ausdruck fehlender Gleichberechtigung von Mann und Frau in Ehe und Familie, indem beispielsweise bis zum Jahr 1991 ein den Mann bevorzugendes und damit verfassungswidriges Ehe- und Familiennamensrecht galt.²³³ Das traditionelle Bild ei-

²³¹BVerfGE 104, 373, 394.

²³²Ebd. S. 395.

²³³Siehe zu der Entwicklung Berghahn (2003), S. 9 ff.; Sacksofsky FPR 2002, S. 121, 124 f.

ner Ehe betonte die Einheit der Eheleute durch den männlichen einheitlichen Ehe- und Familiennamen, was Ausdruck der dominierenden Stellung des Mannes gegenüber seiner Ehefrau war. Im Namensrecht kommt damit der Konflikt um die Gleichberechtigung in der Ehe zum Ausdruck. Auch wenn nach der heutigen Gesetzeslage beide Eheleute ihren eigenen Namen weiterführen können (§ 1355 I Satz 3 BGB) und sich nicht auf einen Ehenamen festlegen müssen, so kommt doch der Name des Mannes entsprechend tradierter Rollenverständnisse größtenteils zum Vorzug, wenn gesetzliche Regelungen Eheleute zwingen, sich auf einen Namen, etwa dem Geburtsnamen ihres Kindes festzulegen (vgl. § 1617 BGB).

Des Weiteren verkennt das Gericht in seiner Entscheidung, dass „vorfindliche Einstellungen“, die Frauen in tradierten Rollenzuteilungen in der sozialen Realität festhalten, Hauptursache unmittelbarer und mittelbar-faktischer Diskriminierungen des weiblichen Geschlechts waren und immer noch sind. Nach Sacksofsky (2002) lassen sich Einstellungen und Lebenswirklichkeit bei Fragen nach Diskriminierungen nicht trennen. Die Einschätzung des Gerichts, dass das gesetzliche Verbot des Familiendoppelnamens des Kindes Mutter wie Vater gleichermaßen treffe, grenze daher an Zynismus.²³⁴

8.2 Die Entscheidung des BVerfG zum Mutterschutzgesetz

8.2.1 Die Entscheidung

In der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des MuSchG²³⁵ aus dem Jahr 2003 hat das Gericht erstmals den in Art. 3 II Satz 2 GG enthaltenen Auftrag zur Verwirklichung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit konkretisiert und dem Gesetzgeber darüber hinaus durchaus detaillierte Vorgaben hierfür gemacht.

In dem Beschluss ging es ursprünglich um die Frage, ob die finanzielle Belastung der Arbeitgeber mit dem Zuschuss zum Mutterschaftsgeld während der Mutterschutzzeiten einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit der Arbeitgeber aus Art. 12 I GG darstellt.

Das MuSchG schützt schwangere Frauen und Mütter nach der Geburt durch besondere Beschäftigungsverbote²³⁶ und die Gewährung einer Schonzeit von sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt²³⁷ vor Gesundheitsbeeinträchtigungen am Ar-

²³⁴Sacksofsky, FPR 2002, S. 121, 124.

²³⁵BVerfGE 109, 64 ff.

²³⁶Vgl. §§ 3 I, 4, 6 II, III, 8 I, III MuSchG.

²³⁷Vgl. §§ 3 II, 6 I MuSchG.

beitsplatz. Der Schutz umfasst die Gewährung von Lohnersatz der Arbeitnehmerin.²³⁸ Der Gesetzgeber hatte die finanzielle Belastung des Lohnersatz u.a. dem Arbeitgeber zugeordnet. So schuldete der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin während der vierzehnwöchigen Mutterschutzzeit nach § 14 I MuSchG einen Zuschuss zum Mutterschaftsgeld.²³⁹ Jedoch mussten nicht alle Arbeitgeber diesen Zuschuss vollständig tragen. So hatte der Gesetzgeber ein Ausgleichs- und Umlageverfahren nach § 10 I Satz 1 Nr. 2 und 3 Lohnfortzahlungsgesetz (LFZG) für Kleinunternehmen mit nicht mehr als 20 Arbeitnehmern vorgesehen, wonach die Krankenkasse dem Arbeitgeber die Aufwendungen für seine Zahlungen nach §§ 11, 14 I MuSchG vollständig erstattete. Kritiker der Regelungen aus §§ 11, 14 I MuSchG sahen seit längerem u.a. eine unzureichende Umsetzung der Schutzaufträge aus Art. 3 II und Art. 6 IV GG, da die Belastung der Arbeitgeber mit den Zahlungspflichten diese davon abhalten könnten, Frauen im gebärfähigen Alter überhaupt oder nur zu einem niedrigeren Lohn einzustellen.²⁴⁰

Vor den Gerichten fand die Ansicht der Kritiker der §§ 11, 14 I MuSchG lange kein Gehör. Zuletzt hatte es das Bundesarbeitsgericht abgelehnt, § 14 I MuSchG dem BVerfG nach Art. 100 I GG vorzulegen. Die hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde einer GmbH als Arbeitgeberin hatte teilweise Erfolg:

Das BVerfG erklärte in seinem Beschluss aus dem Jahr 2003 § 14 I Satz 1 MuSchG für unvereinbar mit Art. 12 I GG. Jedoch sah das BVerfG die an Art. 12 I GG zu messende und sich aus § 14 I MuSchG ergebende finanzielle Belastung des Arbeitgebers durch hinreichende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt und grundsätzlich den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genüge getan, insbesondere sei der Zuschuss zum Mutterschaftsgeld dem Arbeitgeber grundsätzlich zumutbar.²⁴¹ Denn aus Art. 6 IV GG ergebe sich nicht, dass die Kosten des Mutterschutzes ausschließlich vom Staat zu tragen seien, es werde vielmehr die „Gemeinschaft“ in die Pflicht genommen, wozu auch die Arbeitgeber gehörten. Auch regule Art. 6 IV GG nicht, wer als Kostenträger in Betracht käme und in welchem Umfang die einzelnen Kostenträger an den Kosten des Mutterschutzes zu beteiligen seien.²⁴² Die Regelung aus § 14 I Satz 1 MuSchG ist nach Auffassung des BVerfG jedoch deshalb eine „unangemessene Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit, weil sie das im Zuge systematischer Verfassungsinterpretation zu berücksichtigende Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG verletzt.“²⁴³ Ent-

²³⁸Vgl. BAGE 14, 304, 309; BVerwGE 47, 23, 28.

²³⁹§ 13 I, II MuSchG.

²⁴⁰Canaris (1997), S. 109 f.; Gröschner in: Dreier (2004), Art. 6, Rn. 145.

²⁴¹BVerfGE 109, 64, 85 f.

²⁴²BVerfGE 109, 64, 87 f.; siehe auch schon BVerfGE 37, 121, 126 f.; 88, 203, 259 f.; 11, 105, 115 f.

²⁴³BVerfGE 109, 64, 89.

sprechend europarechtlicher und internationaler Verpflichtungen der Bundesrepublik, die auch die Beseitigung mittelbarer und faktischer Diskriminierungen von Frauen forderten²⁴⁴, stelle Art. 3 II GG ein Gleichberechtigungsgebot auf und erstrecke dies auf die gesellschaftliche Wirklichkeit²⁴⁵, was durch die Ergänzung in Satz 2 ausdrücklich klargestellt worden sei.²⁴⁶ Es gehe um die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter für die Zukunft, indem Art. 3 II GG auf die Angleichung der Lebensverhältnisse abziele.²⁴⁷ Insbesondere müssten Frauen die gleichen Erwerbschancen wie Männer haben.²⁴⁸ Dem Gesetzgeber stehe ein Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Ausgestaltung des Gebots aus Art. 3 II GG zu. Er müsse jedoch faktische Diskriminierungen, die sich als Folge seiner Regelungen ergäben, so weit wie möglich vermeiden. Insbesondere sei der Gesetzgeber dazu gehalten, der Gefahr, dass sich die von ihm erlassenen Schutzvorschriften in der Wirklichkeit des Arbeitslebens diskriminierend auswirken könnten, zu begegnen.²⁴⁹ Der Gesetzgeber habe im Bereich des Mutterschutzes zutreffend erkannt, dass mit einer steigenden Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers zusätzliche Beschäftigungshemmnisse für Frauen entstehen könnten.²⁵⁰ Diese Belastung ist nach Auffassung des BVerfG verfassungsrechtlich erheblich, „da sie zumindest im Zusammenwirken mit den anderen Belastungen des Arbeitgebers, die mit Schwangerschaft von Arbeitnehmerinnen verbunden sein können, einen Benachteiligungseffekt auszulösen vermag.“²⁵¹ Das vom Gesetzgeber als Kompensation eingeführte Ausgleichs- und Umlageverfahren sei zwar grundsätzlich ein geeignetes Mittel, um ungleiche Belastungen von Unternehmen mit unterschiedlich hohem Frauenanteil zu vermeiden und damit faktischen Beeinträchtigungen der Einstellungschancen von Frauen entgegenzuwirken. Doch erfülle es wegen seiner Begrenzung auf Kleinunternehmer nicht den Schutzauftrag aus Art. 3 II GG in hinreichendem Maße, da ein erheblicher Teil der Unternehmen nicht erfasst werde und somit das Risiko einer faktischen Diskriminierung von Frauen

²⁴⁴Das BVerfG bezieht sich hier auf das europäische Gleichstellungsrecht (RL 76/207/EWG vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABIEG Nr. L 39, S. 40) sowie auf völkerrechtliche Instrumente zum Abbau der Diskriminierung der Frau (Art. 11 des UN-Übereinkommens vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BGBl 1985 II S. 648; ILO-Übereinkommen Nr. 111 vom 25. Juni 1958, BGBl 1961 II S. 98.).

²⁴⁵BVerfGE 109, 64, 89; vgl. auch BVerfGE 85, 191, 207; 92, 91, 109.

²⁴⁶Ebd. vgl. auch BVerfGE 92, 91, 109.

²⁴⁷Ebd. vgl. auch BVerfGE 85, 191, 207; 89, 276, 285.

²⁴⁸Ebd. vgl. auch BVerfGE 85, 191, 207.

²⁴⁹BVerfGE 109, 64, 90.

²⁵⁰Vgl. BT-Drs. 10/2102, S. 36 f.; BT-Drs. 13/2763, S. 12.

²⁵¹BVerfGE 109, 64, 91.

in diesen Unternehmen in Kauf genommen würde.²⁵²

8.2.2 Bewertung

Art. 3 II GG stellt ein Gleichberechtigungsgebot von Frauen und Männern auf und erstreckt dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit. Der staatliche Handlungsauftrag aus Art. 3 II GG beinhaltet zum einen Schutzpflichten, die Frauen vor diskriminierenden Handlungen und Nachteilen auch seitens privater Dritter schützen.²⁵³ Zum anderen beinhaltet er die Förderung des Abbaus mittelbar-faktischer Diskriminierungen durch aktive Maßnahmen. Dem Gesetzgeber steht dabei hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen ein Gestaltungsspielraum zu, den das BVerfG unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung zu grundrechtlichen Schutzpflichten²⁵⁴ in seinem Beschluss zu § 14 I Satz 1 MuSchG bestätigt.²⁵⁵ Entscheidend ist jedoch, dass das BVerfG in seiner Entscheidung zum MuSchG dem Gesetzgeber eine Grenze des Gestaltungsspielraums setzt, indem es in der Regelung des § 14 I Satz 1 MuSchG eine Überschreitung der Grenze des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums sieht. Denn der Gesetzgeber muss nach Auffassung des BVerfG die Folgen mittelbar-faktischer Diskriminierungen seiner Regelungen vermeiden.²⁵⁶ Er sei vielmehr dazu gehalten, der Gefahr zu begegnen, dass sich die von ihm erlassenen Schutzvorschriften in der Wirklichkeit des Arbeitslebens diskriminierend auswirken könnten und sie soweit wie möglich durch geeignete Regelungsmechanismen auszugleichen.²⁵⁷ Der Gesetzgeber hat also hinsichtlich der erlassenen Schutzmaßnahmen immer zu beachten, dass er nicht selbst hierdurch die bestehenden Nachteile von Frauen zementiert. Wichtig ist zu untersuchen, was das BVerfG dem Gesetzgeber im Fall des § 14 I MuSchG genau vorwirft. Denn das Gericht füllt durch seine Entscheidung zum einen den staatlichen Handlungsauftrag im Bereich der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern aus. Zum anderen setzt es Grenzen des Gestaltungsspielraums, in dem der Gesetzgeber Maßnahmen zur Förderung der Gleichberechtigung erlässt. § 14 I MuSchG wurde vom Gesetzgeber zum Schutz von Müttern erlassen. Der Regelungsinhalt an sich diskriminiert Frauen in keinerlei Weise, vielmehr wird Müttern ein Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld gewährt, die damit unmittelbar begünstigt werden. Die Regelung

²⁵²Ebd. S. 92 ff.

²⁵³Vgl. BVerfGE 89, 276, 286; Hein in: Dreier (2004), Art. 3, Rn. 114; Osterloh in: Sachs (2009), Art. 3, Rn. 261 f.

²⁵⁴BVerfGE 88, 203, 254.

²⁵⁵BVerfGE 109, 64.

²⁵⁶Ebd. S. 90.

²⁵⁷Ebd.

knüpft damit unmittelbar an das Geschlecht an. Die dadurch entstehende unmittelbare rechtliche Diskriminierung von Männern kann jedoch mit Art. 6 IV GG bzw. aufgrund objektiv-biologischer Unterschiede gerechtfertigt werden.²⁵⁸ Das BVerfG kritisiert in seiner Entscheidung nicht den Regelungsinhalt des § 14 I MuSchG an sich, sondern die auch nur potentiellen diskriminierenden faktischen Folgen der Norm in der Wirklichkeit des Arbeitslebens. Die potentiell diskriminierenden mittelbar-faktischen Auswirkungen des § 14 I MuSchG könnten darin liegen, dass ein Unternehmen, das mehr als 20 ArbeitnehmerInnen und das daher keine Möglichkeit auf Ausgleich aus dem Auslage- Umlageverfahren hat, davor zurückschreckt, einen hohen Anteil an gut verdienender Frauen im gebärfähigen Alter einzustellen, um finanziellen Belastungen während der Mutterschutzzeiten zu entgehen. Das BVerfG verneint in seiner Entscheidung letztendlich, dass die staatliche Maßnahme der Regelung des § 14 I MuSchG zum Schutz vor Diskriminierungen von Frauen durch private Dritte und zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung in Form einer realen Chancengleichheit ausreicht.²⁵⁹ Das Gericht hält damit den Schutzauftrag des Staates aus Art. 3 II GG für einschlägig und durch die potentiellen mittelbar-faktischen Nachteile für Frauen aus § 14 I MuSchG auch verletzt.

Damit geht das BVerfG erheblich über seine bisherige Rechtsprechung zu grundrechtlichen Schutz- und Förderpflichten hinaus. So gesteht das Gericht beispielsweise bei der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 II Satz 1 GG auf Leben und körperliche Unversehrtheit dem Gesetzgeber eine weitreichende Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse, der Effizienz, Eignung und Angemessenheit staatlicher Maßnahmen zu und sieht sich nur bei völligem staatlichen Untätigbleiben oder evident unzureichender Maßnahmen zum Eingriff berechtigt.²⁶⁰

Hinsichtlich der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative im Rahmen des Schutzauftrags aus Art. 3 II GG gesteht das BVerfG bezüglich potentieller mittelbar-faktischer Nachteile für Frauen aus § 14 I MuSchG dem Gesetzgeber tatsächlich nur noch einen begrenzten Gestaltungsspielraum zu. So akzeptiert das Gericht in seiner Entscheidung die Rechtfertigung des Gesetzgebers, größere Unternehmen aus dem Auslage- und Umlaufverfahren auszuschließen, nicht. Der Gesetzgeber hatte sich hauptsächlich auf Praktikabilitätsabwägungen gestützt.²⁶¹ Das Gericht betont dagegen, dass gerade in mittleren

²⁵⁸Vgl. Pieroth/Schlink (2008), Rn. 494 f.

²⁵⁹Vgl. BVerfGE 109, 64, 92 ff.

²⁶⁰BVerfGE 56, 54, 80 f.; 77, 170, 201 f.; im Ansatz strenger aber auch unter Anerkennung eines gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums vgl. BVerfGE 88, 203, 262 f.

²⁶¹Der Gesetzgeber hatte vorgebracht, dass der Ausschluss größerer Unternehmen aus dem Auslage- und Umlaufverfahren einen größeren Verwaltungsaufwand verhindert würde. Außerdem glichen sich

und großen Unternehmen nach wie vor eine geschlechtsspezifische Teilung des Arbeitsmarktes bestünde mit der Folge erheblicher Unterschiede hinsichtlich des Frauenanteils unter den Beschäftigten. Das Ausgleichs- und Umlageverfahren hätte hingegen gerade den Zweck, Beschäftigungshindernisse von Frauen auszugleichen und sei somit grundsätzlich geeignet, mittelbare Diskriminierungen von Frauen zu verhindern und den Anforderungen des Schutzauftrags aus Art. 3 II GG zu erfüllen. Jedoch führe der Ausschluss der mittleren und größeren Unternehmen aus dem Ausgleichs- und Umlageverfahren dazu, dass hier das Risiko einer faktischen Diskriminierung von Frauen bestünde. Im Ergebnis ist daher das Ausgleichs- und Umlageverfahren nach Auffassung des BVerfG nicht das geeignete Mittel, dem Schutzauftrag aus Art. 3 II GG zu genügen.²⁶² Zwar gesteht das Gericht zu, dass es hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit faktischer Nachteile für Frauen aufgrund § 14 I MuSchG keine sicheren Feststellungen gibt.²⁶³ Jedoch reiche es aus, dass ein Benachteiligungseffekt ausgelöst werden könne.²⁶⁴ Das Gericht verlangt zur Erfüllung des Schutzauftrags aus Art. 3 II GG vom Gesetzgeber, dass dieser alle möglichen Maßnahmen trifft, um diskriminierende Auswirkungen zu verhindern.

8.3 Der Beschluss des BVerfG zu Kindererziehungszeiten in der berufsständischen Anwaltsversorgung

8.3.1 Entscheidung

Eine weitere richtungsweisende Entscheidung des BVerfG zu Art. 3 II GG ist der Beschluss zu Kindererziehungszeiten in der berufsständischen Anwaltsversorgung aus dem Jahr 2005.²⁶⁵ Dem Beschluss lag eine Verfassungsbeschwerde einer Rechtsanwältin zugrunde, die für die Zeit ihrer Elternzeit die beitragsfreie Mitgliedschaft im Versorgungs-

bei größeren Unternehmen langfristig die Höhe der Mutterschaftsleistung und die Umlage aus. Vgl. BVerfGE 109, 64, 93.

²⁶²BVerfGE 109, 64, 92 f. Der Gesetzgeber hat im Jahr 2006 das Umlageverfahren auf alle Betriebe ausgedehnt.

²⁶³Ebd. S. 91. Der Deutsche Gewerkschaftsbund hatte beispielsweise im Verfahren vor dem BVerfG eine gegensätzliche Einschätzung vertreten und sich u.a. darauf gestützt, dass die finanzielle Belastung größerer Unternehmen durch den Zuschuss nach § 14 I MuSchG gemessen an der Gesamtbruttolohnsumme im jeweiligen Unternehmen als eher gering anzusehen ist und dass diese Unternehmen durch die Beschäftigung von Frauen auch finanzielle Vorteile haben, u.a. wegen des bei Frauen geringeren Arbeitsausfalls durch Krankheit. Siehe: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20031118_1bvr030296.html, Absatznummer 76.

²⁶⁴BVerfGE 109, 64, 91.

²⁶⁵BVerfGE, NJW 2005, S. 2443.

werk der Rechtsanwälte in Baden-Württemberg forderte. Die Beschwerdeführerin hatte für die Zeit ihrer Elternzeit den Verzicht auf ihre Anwaltszulassung erklären müssen, um die erheblichen Beiträge zum Versorgungswerk während dieser Zeit nicht leisten zu müssen, was mit Nachteilen wie beispielsweise den Verlust der Versorgungsansprüche für den Fall der Berufsunfähigkeit verbunden war.²⁶⁶ Das BVerfG stellte hierzu fest, dass die Kindererziehung in der sozialen Wirklichkeit immer noch hauptsächlich Frauen übernehmen und sie dabei zumindest vorübergehend auf die Berufstätigkeit ganz oder teilweise verzichten. Durch die fehlende Möglichkeit einer beitragsfreien Mitgliedschaft während der Elternzeit und den dadurch entstehenden Nachteilen, seien damit in der sozialen Wirklichkeit hauptsächlich Frauen betroffen. Dies sei eine mittelbar-faktische Diskriminierung von Frauen und verstoße damit gegen Art. 3 II GG. Das BVerfG verneinte sachliche Gründe für die mittelbar-faktische Diskriminierung, da die Einführung einer beitragsfreien Mitgliedschaft die finanzielle Stabilität des Versorgungswerks nicht beeinträchtigen würde.²⁶⁷

8.3.2 Bewertung

Das BVerfG hat auch in der Entscheidung zu den Kindererziehungszeiten in der berufsständischen Anwaltsversorgung aus dem Jahr 2005 die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung unter Berufung auf den Art. 3 II GG anerkannt. Damit entwickelt das Gericht seine Dogmatik zu Art. 3 II GG weiter, indem es in ihm nicht mehr allein ein absolutes Diskriminierungsverbot oder einen Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung im Sinne des Diskriminierungsverbots aus Art. 3 III Satz 1 GG sieht. Das BVerfG erkennt in seiner Entscheidung an, dass in der sozialen Lebenswirklichkeit immer noch Frauen größtenteils die Kindererziehung in den ersten Lebensjahren übernehmen und damit regelmäßig ihre Einkommenslosigkeit verbunden ist. Daneben fördere das Festhalten an überkommenen Aufgabenverteilungen zwischen den Geschlechtern, dass die Gehälter berufstätiger Frauen immer noch deutlich unter denen von Männern lägen. Dies hätte wiederum zur Folge, dass in den meisten Fällen die Mütter bei den Kindern zu Hause blieben, da der Ausfall ihrer Berufstätigkeit finanziell für die Familie leichter hinnehmbar sei. Es gäbe keinen Hinweis darauf, dass sich das Bild berufstätiger Anwältinnen von dem gesamtgesellschaftlichen Bild grundlegend unterscheiden würde.²⁶⁸ Damit betrachtet das Gericht die soziale Realität von Frauen typisierend und es erkennt die soziale Lebenswirklichkeit, die immer noch von tradier-

²⁶⁶Ebd. S. 2444.

²⁶⁷Ebd. 2445 f.

²⁶⁸Ebd.

ten Rollenzuweisungen zum Nachteil von Frauen geprägt ist, als mittelbar-faktische Diskriminierung an.

9 Das ProstG im Spannungsverhältnis zu Art. 3 II GG

Die Analyse über Inhalt und Ausmaß des verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungsgebots aus Art. 3 II GG hat gezeigt, dass mittelbar-faktische Diskriminierung der Gruppe 'Frau' sowohl von den Vertreterinnen des Schrifttums, die eine gruppenorientierte Perspektive auf Art. 3 II GG einnehmen und diesen als Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbot ansehen, als auch von der neusten Rechtsprechung des BVerfG zum Gleichberechtigungsgebot der Geschlechter von Art. 3 II GG erfasst ist.

Vorliegende Untersuchung konnte nachweisen, dass Prostitution Ausdruck struktureller geschlechtsspezifischer und damit mittelbar-faktischer Diskriminierung von Frauen ist und sich in ihr in besonders eklatanter Weise eine geschlechtshierarchische Gesellschaftsstruktur widerspiegelt, die auch sexuelle Diskriminierung von Frauen beinhaltet. Auch der historische Kontext von Prostitution stützt dieses Ergebnis.

Grundrechtlicher Bezugspunkt für eine Antidiskriminierungsgesetzgebung im Bereich von Prostitution muss deshalb Art. 3 II GG sein, da nur dieser mittelbar-faktische Diskriminierung von Frauen als grundrechtlich relevant anerkennt. Art. 3 II GG gewährleistet in Satz 1 nicht nur ein individualrechtliches Abwehrrecht, sondern statuiert darüber hinaus in Satz 2 sowohl eine staatliche Schutzpflicht, die sich auch auf diskriminierende Handlungen privater Dritter gegenüber Frauen erstreckt, als auch einen staatlichen Förderauftrag, mittelbar-faktische Diskriminierung durch aktive Maßnahmen abzubauen.

Nach der Konzeption des Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbots aus Art. 3 II GG muss der Gesetzgeber darauf achten, wie sich bestimmte gesetzgeberische Maßnahmen auf die durch das Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbot geschützte Gruppe, vorliegend also auf Frauen, auswirkt. Der Schutz, den Art. 3 II GG gewährleistet, ist demnach asymmetrisch. Ein Antidiskriminierungsgesetz für Prostituierte muss deshalb in besonderer Weise gegen verfestigte Hierarchien wirken und sie letztendlich aufbrechen. Ziel staatlicher Maßnahmen im Bereich Prostitution muss damit sein, die Strukturen zu verändern, die in besonderem Maße geschlechtshierarchische Machtverhältnisse aufrecht erhalten und verfestigen.

Zwar bezweckte der Gesetzgeber mit dem ProstG den Erlass eines Antidiskriminie-

runnungsgesetzes zugunsten Prostituierten, da er die rechtliche und soziale Diskriminierung von Prostituierten beenden wollte. Jedoch orientierte sich der Gesetzgeber für die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Antidiskriminierungsrechts an der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG, indem er in der Konzeption des ProstG an das Kriterium der Freiwilligkeit der Prostitutionsausübung in Abgrenzung von der strafrechtlich relevanten Zwangsprostitution anknüpfte. Die freiwillige Entscheidung einer erwachsenen Person zur Prostitutionsausübung, d.h. jede Entscheidung, die nicht auf Zwang beruht, wird nach der Konzeption des ProstG als eine in freier Selbstverantwortung getroffene Entscheidung bewertet und ist damit zugleich auch Ausfluss der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG. Damit geht das ProstG zugleich in abstrakter Weise von freien und gleichberechtigten Individuen in der Gesellschaft aus, die in ihren Entscheidungen in keiner Weise von diskriminierenden Faktoren beeinträchtigt sind. Das ProstG ist somit schon von seiner Konzeption und verfassungsrechtlichen Orientierung her kein Antidiskriminierungsgesetz, das strukturelle geschlechtsspezifische und sexuelle Diskriminierung von Prostituierten in der sozialen Lebenswirklichkeit von Prostitution wirksam erfassen und letztendlich beenden kann, da es das kollektive Phänomen der Diskriminierung individualisiert. Die auch Jahre nach Inkrafttreten des ProstG weiter fortbestehende und teilweise verstärkte diskriminierende und geschlechterhierarchisierende Lebenswirklichkeit von Prostituierten bestätigen dies.

Voraussetzung für das Aufbrechen einer geschlechtshierarchischen Lebenswirklichkeit in der Prostitution ist, dass der Gesetzgeber diese überhaupt als solche erkennt und damit Art. 3 II GG als Bezugspunkt für seine Gesetzgebung heranzieht. Damit muss die scheinbare Normalität von Prostitution in der Gesellschaft als eine diskriminierende, geschlechterhierarchisierende und damit gegen das Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 II GG verstoßende erkannt werden. Dies ist bei Erlass des ProstG nicht geschehen. Weder in den Protokollen der Sachverständigenanhörung noch in der Gesetzesbegründung zum ProstG finden sich Äußerungen, Fragen oder Bewertungen hinsichtlich einer möglichen strukturellen geschlechtsspezifischen Diskriminierung und einer geschlechtshierarchischen Lebenswirklichkeit in der Prostitution.

Der Gesetzgeber hat laut Entscheidung des BVerfG zum MuSchG aus dem Jahr 2003 bei von ihm erlassenen Schutzmaßnahmen zur Förderung des grundrechtlichen Gleichberechtigungsgebots immer zu beachten, dass er nicht selbst hierdurch die bestehenden Diskriminierungen von Frauen zementiert.²⁶⁹ Das bedeutet, dass selbst wenn der Gesetzgeber bei Erlass des ProstG in der Prostitution ein Gleichberechtigungsdefizit

²⁶⁹Vgl. BVerfGE 109, 64, 90.

zwischen den Geschlechtern und eine geschlechterhierarchisierende Prostitutionswirklichkeit berücksichtigt hätte, er dennoch Art. 3 II GG in der Weise verletzt haben könnte, als die bestehende Diskriminierung in der Prostitution nach Inkrafttreten des ProstG verfestigt wurde. Das ProstG an sich beinhaltet dabei keinerlei Regelungen, die Frauen in der Prostitution diskriminieren. Fraglich und aufgrund der Analyse in den vorherigen Kapiteln letztendlich ablehnend zu beantworten ist demnach, ob das ProstG zum Schutz und Abbau von Diskriminierung und zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter ausreicht. Die Analyse der gesellschaftlichen und sozialen Lebenswirklichkeit von Prostituierten hat gezeigt, dass strukturelle geschlechtsspezifische und sexuelle Diskriminierung weiterhin in der Prostitutionswirklichkeit vorhanden sind und sie in einigen Bereichen, insbesondere aufgrund des steigenden Wettbewerbs und einer allgemein zunehmenden Entgrenzung im Prostitutionsgewerbe²⁷⁰, sogar verstärkt wurden.²⁷¹ Darüber hinaus hat das ProstG faktisch die Stellung von Bordellbetreibern, Sexindustrie und Freiern gestärkt²⁷², auch wenn die Gesetzesbegründung zum ProstG ausdrücklich festhält, dass dies nicht bezweckt war. Freier wurden insoweit faktisch gestärkt, als sie nun mit einer Prostituierten ein als nicht mehr sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB bewertetes und legales Rechtsgeschäft abschließen können. Dies hat gesamtgesellschaftlich zur Folge, dass die Inanspruchnahme sexueller Dienstleistungen von Prostituierten rechtlich und damit auch ethisch nicht mehr als zumindest problematisch angesehen werden muss. Die Legalisierung von Prostitution mit dem ProstG führt damit gesamtgesellschaftlich zugleich zu einer Normalisierung, gesellschaftlichen Akzeptanz und auch zu einer Zementierung einer geschlechterhierarchisierenden, von struktureller und sexueller Diskriminierung geprägten Lebenswirklichkeit, und zwar nicht nur von Prostituierten, sondern von allen Frauen. Dies machen zunehmende Geschäftsabschlüsse und -essen in Bordellen oder auch Besuche von Bordellen nach Vorstellungsgesprächen deutlich, die eindeutig Ausschlusskriterien für Frauen in diesen Berufsbranchen oder Führungsebenen sind. Das allgemein fortbestehende Gleichberechtigungsdefizit zwischen den Geschlechtern, wie es etwa in der Segregation des Arbeitsmarktes zum Ausdruck kommt, wird damit zementiert.

Bordellbetreiber, Zuhälter und die gesamte Sexindustrie profitieren von dem ProstG, da auch sie legale Beschäftigungsverhältnisse mit Prostituierten abschließen kön-

²⁷⁰Vgl. Brückner/Oppeneimer (2006), S. 350.

²⁷¹Auch der Druck auf die psychische, physische und sexuelle Integrität der Prostituierten wird größer. In der Prostitution wird „heute für weniger Geld wesentlich mehr Leistung unter riskanteren Arbeitsbedingungen erbracht als noch vor 10 Jahren.“ Weppert (2009), S. 262.

²⁷²Vgl. Budde (2006).

nen. Insbesondere das, wenn auch eingeschränkte, Weisungsrecht als Arbeitgeber aus § 3 ProstG und die grundsätzliche Entkriminalisierung von Beschäftigungsverhältnissen in der Prostitution machen sie nun zu gesellschaftlich und rechtlich aufgewerteten legalen „Personen des Managements im Bereich der Prostitution.“²⁷³ Interesse an Gewinnmaximierung und einer Steigerung von Prostituierten-Freier-Kontakten, etwa durch die Einrichtung sog. Flatrate-Bordelle, kann ihnen als legalen Marktteilnehmern nicht mehr abgesprochen werden, es wird vielmehr als ihr berechtigtes Interesse anerkannt.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass mit dem ProstG die seit jeher bestehende tatsächliche Asymmetrie im Geschlechterverhältnis der Prostitutionswirklichkeit nicht angefasst, sie vielmehr verstärkt und zementiert wurde und zwar auch mit negativen Auswirkungen für alle Frauen in der Bundesrepublik. Das ProstG ist somit eine nur formalrechtliche Korrektur hinsichtlich der vor dem Jahr 2002 bestehenden rechtlichen und sozialen Diskriminierung von Prostituierten. Mit dem ProstG wurden Regelungen geschaffen, die keine Relevanz in der Lebenswirklichkeit von Prostituierten haben und deshalb auch nicht zu tatsächlichen Verbesserungen, insbesondere zu einem Rückgang der strukturellen geschlechtsspezifischen und sexuellen Diskriminierung von Prostituierten geführt haben.

Das ProstG steht damit im krassen Widerspruch sowohl zu der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 3 II Satz 2 GG als auch zu dem Förderauftrag aus Art. 3 II Satz 2 GG, mittelbar-faktische Diskriminierung durch aktive staatliche Maßnahmen abzubauen.

²⁷³v. Galen (2004), S. 122.

Kapitel V

Ergebnisse der Studie und Zusammenfassung

Ausgangspunkt für vorliegende rechtspolitische Studie war zum einen die in der vorherrschenden heterosexuellen Prostitution schon auf den ersten oberflächlichen Blick zu erkennende Relevanz der Geschlechtszugehörigkeit sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite, zum anderen die Legalisierung der als freiwillig kategorisierten Prostitution durch das ProstG als Instrument gegen rechtliche und soziale Diskriminierung von Prostituierten. Die Studie grenzte deshalb ihr Untersuchungsfeld auf erwachsene Frauen in der als freiwillig kategorisierten Prostitution ein.

Die daraus entwickelte Fragestellung war erstens, ob das ProstG von seiner Konzeption her überhaupt ein geeignetes Antidiskriminierungsgesetz für Prostituierte sein kann und zweitens, ob es in seinen faktischen Auswirkungen die bestehende Geschlechterdifferenz und das hierarchische Geschlechterverständnis zwischen Männern und Frauen verändert, ob es also dem Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 II GG und dem darin enthaltenen Verfassungsauftrag des Staates, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken, entspricht.

Die Studie kommt zu dem **ersten Hauptergebnis**, dass das ProstG von seiner Konzeption her kein geeignetes Antidiskriminierungsrecht für Prostituierte ist, das in der sozialen Lebenswirklichkeit gegen deren Diskriminierung greift. Denn das ProstG individualisiert das kollektive Phänomen der geschlechtsspezifischen strukturellen Diskriminierung von Prostituierten, indem es zwischen freiwillig und zwangsweise ausgeübter Prostitution unterscheidet. Durch diesen Ansatz geht das ProstG in abstrakter Weise von in ihren Entscheidungen freien und gleichen, also von keinerlei Diskriminierung betroffenen Individuen in der Gesellschaft aus, die ihre Entscheidung für den Eintritt

in die Prostitution autonom und frei treffen. Vorliegende Studie konnte jedoch nachweisen, dass Prostitution Ausdruck geschlechtsspezifischer struktureller und sexueller Diskriminierung von Frauen ist, die Entscheidung von Frauen für die Prostitutionsausübung deshalb als zumindest hoch defizitär in ihrer Freiwilligkeit bewertet werden muss. Daher ist das ProstG seiner Konzeption nach und in seiner primären verfassungsrechtlichen Orientierung an der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG kein Antidiskriminierungsgesetz, das wirksam und erfolgreich gegen die geschlechtsspezifische strukturelle und sexuelle Diskriminierung von Frauen in der Prostitution wirkt. Dies wird auch von der Analyse der tatsächlichen unmittelbaren Auswirkungen des ProstG auf die Lebenswirklichkeit der Prostituierten bestätigt: Das ProstG hat danach keinerlei tatsächliche Verbesserungen der sozialen Situation von Prostituierten nach sich gezogen; die Regelungen des ProstG haben keine praktische Relevanz für Prostituierte. Vielmehr ist mit der Legalisierung von Prostitution und mit der Macht des freien Marktes sowohl ein steigender Wettbewerb als auch ein steigender Konkurrenzdruck im Prostitutionsgewerbe und insgesamt eine Entgrenzung hinsichtlich der Belastungen für Prostituierte zu verzeichnen. Folge davon ist, dass die sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten in der sozialen Realität von Prostitution im Ergebnis zunehmend eingeschränkt wird. Tatsächlich gestärkt jedoch sind durch das ProstG die gesamte Sexindustrie und die Freier. Sie profitieren von der Legalisierung und der Entkriminalisierung von Beschäftigungsverhältnissen in der Prostitution, indem sie nun legal konsumieren, investieren und hohe Profite erzielen. Die faktischen Auswirkungen des ProstG normalisieren damit nicht nur gesamtgesellschaftlich das sexistische und geschlechtshierarchische Frauenbild in Prostitution und Sexindustrie. Vielmehr stützen und zementieren sie auch allgemein eine diskriminierende geschlechtshierarchische Einstellung von Männern gegenüber Frauen in der Bundesrepublik: So feiern bestimmte Branchen nun Geschäftsabschlüsse regelmäßig in legalisierten Bordellen oder Bewerber für eine Stelle im gehobenen Management werden getestet, ob sie grundsätzlich damit umgehen können, dass auch im geschäftlichen Kontext Bordelle besucht werden. Diese Praxis ist für Frauen faktisch ein Ausschlusskriterium für Berufe in diesen Branchen und fördert damit gleichzeitig die strukturelle Diskriminierung aller Frauen im allgemeinen Erwerbsleben, wie es in der Segregation des Arbeitsmarktes und im Lohngefälle zum Ausdruck kommt. Vorliegende Studie konnte somit nachweisen, dass das ProstG dazu beiträgt, die allgemeine Geschlechterdifferenz und das hierarchische Geschlechterverständnis, das Frauen als Unterlegene und Männer als Überlegene definiert, in der gesamten Gesellschaft aufrecht zu erhalten.

Zweites Hauptergebnis der Studie ist damit, dass das ProstG im krassen Wider-

spruch zu der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 3 II Satz 2 GG steht, mittelbar-faktische Diskriminierung durch aktive staatliche Maßnahmen zu beenden, indem das ProstG die geschlechtshierarchische diskriminierende Lebenswirklichkeit in der Prostitution im Ergebnis unangetastet lässt und dadurch in seinen tatsächlichen Auswirkungen die strukturelle geschlechtsspezifische und sexuelle Diskriminierung von Frauen in der Prostitution zementiert.

Die Studie untersuchte für vorstehende Hauptergebnisse in *Kapitel I* Erscheinungsformen und soziale Realität von Prostitution mit dem Ergebnis, dass Prostitution Ausdruck einer geschlechtsspezifischen strukturellen, d.h. mittelbar-faktischen und zugleich sexuellen Diskriminierung von Frauen ist.

Bei der Prostitution handelt es sich um ein hochgradig vergeschlechtlichtes und zugleich ethnisiertes soziales Phänomen, über das offizielle Zahlen hinsichtlich Ausmaß und Art vollständig fehlen. Schätzungen aus dem Jahr 2007 zufolge sind 93 % der in der Prostitutionsausübung tätigen Personen weiblichen Geschlechts, von denen wiederum 60 % einen Migrationshintergrund haben. Nach Schätzungen aus dem Jahr 2009 hat sich die Anzahl der Prostituierten, deren Zahl seit Ende der 1990er Jahre konstant immer wieder auf 400.000 geschätzt wurde, in den letzten 20 Jahren mindestens verdoppelt, wenn nicht gar verdreifacht. Ein wesentlicher Faktor für den Eintritt von Frauen in die Prostitution in Deutschland wird in ökonomischen Notsituationen wie Armut und Arbeitslosigkeit gesehen und nur die wenigsten Frauen sehen eine lebenslange Perspektive für sich in der Prostitution. Daneben konnten Studien bei Prostituierten im Verhältnis zur durchschnittlichen weiblichen Bevölkerung eine um ein Vielfaches höhere sexuelle, körperliche und psychische Gewaltprävalenz in Kindheit, Jugend und Erwachsenenalter feststellen.

Die Untersuchung der sozialgeschichtlichen Entwicklung der kommerziellen Prostitution von den Anfängen im Alten Orient bis zum Jahr 2002 in der Bundesrepublik zeigt deutlich, dass es sich bei der kommerziellen Prostitution immer um ein nicht nur hochgradig geschlechtsspezifisches, sondern darüber hinaus um ein das weibliche Geschlecht diskriminierendes und zugleich geschlechterhierarchisierendes soziales Phänomen handelte. Daneben werden bis heute der kulturellen und sozialen Konstruktion des sozialen Geschlechts 'Frau' bestimmte Eigenschaften und Verhaltenserwartungen zugeschrieben, die die Geschlechterdifferenz und damit zugleich die Geschlechterhierarchie aufrecht erhalten. Auch in der heutigen Bundesrepublik ist die Geschlechterdifferenz, die sich häufig in struktureller und sexueller Diskriminierung von Frauen niederschlägt, Bestandteil im tagtäglichen Zusammenleben und findet, zumindest was die strukturelle Diskriminierung angeht, ihren besonderen Ausdruck in der allgemeinen

Erwerbsarbeit. So besteht trotz steigenden Anteils von Frauen mit Ausbildungs- und Hochschulabschluss weiterhin eine Geschlechtersegregation auf dem Arbeitsmarkt und Lohnungleichheit zwischen den Geschlechtern fort. Das Berufssystem erscheint danach als ein wesentlicher Ort der Produktion und Erhaltung von Geschlechterhierarchie. Das Arbeitsfeld der Prostitution ist dabei in besonderem Maße von geschlechtsspezifischen Rollenzuweisungen, Sexismus, Stereotypen und hoher sexueller, psychischer und physischer Gewaltanwendungen gegenüber Prostituierten, also von einem hierarchischen Geschlechterverhältnis geprägt. Die Tätigkeit der Prostitution ist bis heute ein typischer 'Frauenberuf', der in Abgrenzung zu anderen 'Frauenberufen' jedoch weiterhin eine negative Konnotation im Hinblick auf die betreffende Frau beinhaltet und keinerlei berufliche Qualifizierung erfordert, die Prostituierte vielmehr allein den Job macht, 'ganz Weib', d.h. Sexobjekt für den männlichen Freier zu sein.

Die Entkriminalisierung von Beschäftigungsverhältnissen in der Prostitution ließ in den letzten Jahren vermehrt neue Konzepte von hoch profitablen Großbordellen entstehen, die gegebenenfalls durch sog. Flatrate-Angebote ihre gestiegene Konkurrenz überbieten wollen. Insgesamt muss im Prostitutionsgewerbe von einer allgemeinen Entgrenzung ausgegangen werden, in der ehemalige Normen und Kontrollmechanismen nicht mehr funktionieren. Folge davon ist ein zunehmender Druck auf die sexuelle, physische und psychische Integrität der sich prostituierenden Frauen. Die Macht des legalisierten freien Marktes schränkt in der sozialen Lebenswirklichkeit die sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten zunehmend ein.

Kapitel II beschäftigte sich sowohl mit Normzweck, Konzeption und einzelnen Regelungen des ProstG als auch mit den damit einher gegangenen strafrechtlichen Änderungen. Der Normzweck des ProstG liegt laut Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/5958 in der Beseitigung der rechtlichen und sozialen Diskriminierung von Prostituierten und soll nur der Verbesserungen ihrer Situation dienen. Das ProstG intendierte dagegen nicht, in irgendeiner Form Freier, Bordellbetreiber oder Dritte zu schützen oder rechtlich zu stärken. Die Untersuchung der Konzeption des ProstG ergab, dass das Gesetz eine klare Differenzierung von freiwillig ausgeübter und strafrechtlich relevanter Zwangsprostitution voraussetzt. So findet das ProstG nur Anwendung bei der als freiwillig kategorisierten Prostitutionsausübung. Damit geht das ProstG von der Prämisse eines liberalen Gesellschaftsmodells aus, bei dem sich in der als freiwillig kategorisierten Prostitution zwei gleich starke, von keinerlei Diskriminierung betroffene Vertragspartner, sei es Prostituierte und Freier oder Prostituierte und Bordellbetreiber gegenüberstehen. Prostitution ist dabei eine unter anderen Erwerbsarbeiten, die autonom und frei, daher also freiwillig von jeder Prostituierten gewählt wurde und somit auch Ausfluss der

Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG ist. *Kapitel I* konnte jedoch nachweisen, dass Prostitution Ausdruck geschlechtsspezifischer struktureller und zugleich sexueller Diskriminierung von Frauen ist, der Entschluss von Frauen für die Prostitutionsausübung in vielen Fällen daher zumindest als hoch defizitär in seiner Freiwilligkeit bewertet werden muss. Das kollektive Phänomen geschlechtsspezifischer struktureller Diskriminierung wird nach der Konzeption des ProstG über den Begriff der Freiwilligkeit und dem zugleich darin liegenden Ideal der freien Selbstbestimmung mit real vorhandenen autonomen Handlungsoptionen individualisiert. Das ProstG ist daher schon von seiner Konzeption her kein Antidiskriminierungsgesetz für Prostituierte, das in der sozialen Realität wirksam greifen kann.

Weiterer Schwerpunkt des *Kapitel II* lag auf der Untersuchung der unmittelbaren Auswirkungen des ProstG auf die soziale Lebenswirklichkeit der Prostituierten. Ergebnis ist, dass das ProstG in der sozialen Lebenswirklichkeit keine tatsächlichen Verbesserungen für die Prostituierten nach sich gezogen hat. Weder wurden auf Grundlage des ProstG Klagen seitens Prostituierten auf Entgeltforderungen verzeichnet, noch gab es Verbesserungen in der sozialen Absicherung von Prostituierten aufgrund abhängiger Beschäftigungsverhältnisse in der Prostitution. Vielmehr ist eine mehrheitlich ablehnende Haltung von Prostituierten gegenüber abhängigen Beschäftigungsverhältnissen in der Prostitution zu verzeichnen. Daneben wurden durch die Entkriminalisierung von Beschäftigungsverhältnissen in der Prostitution faktisch Zuhälter, Bordellbetreiber und die gesamte Sexindustrie gestärkt. Das vom ProstG normierte eingeschränkte Weisungsrecht von Arbeitgebern in der Prostitution findet in der Realität häufig keine Beachtung und erweist sich vielmehr als nicht durchsetzbar. Unter dem Deckmantel legitimer Arbeitgeberbereignschaft verbergen sich weiterhin vielfach Gewalt und Ausbeutung. Auch ergeben sich in der Praxis Schwierigkeiten in der Abgrenzung des legalen eingeschränkten Weisungsrechts des Arbeitgebers einer Prostituierten nach § 3 ProstG und der Straftatbestände der Ausbeutung von Prostituierten, § 180a I StGB, und der dirigistischen Zuhälterei, § 181a I Nr. 2 StGB. Dies zeigt exemplarisch der Nichteröffnungsbeschluss des Landgerichts Augsburg aus dem Jahr 2006, das ein Nacktgebot von Prostituierten innerhalb eines Großbordells noch als legitimes Weisungsrecht des Arbeitgebers wertete. Die Lebenswirklichkeit von Prostituierten zeigt darüber hinaus, dass diese mehrheitlich nicht im strafrechtlich relevanten Sinn in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit gehalten werden, sie also strafrechtlich auch nicht unfreiwillig in der Prostitution tätig sind. Auch das Strafrecht erweist sich mit den derzeit vorhandenen und im Zuge des ProstG geänderten Regelungen nicht als ein Recht, das strukturelle Diskriminierung und eine sehr ausgeprägte geschlechtshierarchische Pro-

stitutionswirklichkeit erfasst und sie sanktioniert.

Kapitel III beschäftigte sich mit den bisher gängigen Bewertungen von Prostitution in der rechtspolitischen Debatte, die Prostitution als Verstoß gegen die Menschenwürde nach Art. 1 I GG, als sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB oder als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG bewerten. Exemplarisch wurden hierfür Entscheidungen deutscher Gerichte herangezogen. Ergebnis ist, dass keine der bisher gängigen Bewertungen die diskriminierende geschlechtshierarchische Prostitutionswirklichkeit in die jeweilige Betrachtung des sozialen Phänomens Prostitution einbezogen hat. Damit mangelt es allen dieser Bewertungen an der Einbeziehung und Berücksichtigung von maßgeblichen tatsächlichen sozialen Aspekten der Prostitution und überzeugen deshalb nicht.

Das BVerwG bewertete in seiner viel zitierten sog. Peepshow-Entscheidung aus dem Jahr 1981, dass die Menschenwürde der sich freiwillig darstellenden Frau in Peepshows verletzt sei. Denn sie werde durch die Zuweisung einer objekthaften Rolle zur Ware degradiert. Als *argumentum a maiore ad minus* wurde angeführt, dass auch Prostitution gegen die Menschenwürde der sich freiwillig prostituierenden Frau verstoße. Mag das Ergebnis noch als richtig empfunden werden, die dogmatische Herleitung überzeugt nach der herrschenden Interpretation der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG nicht. So ist die Entscheidung des BVerwG in der damaligen Fachöffentlichkeit auch auf heftige Kritik gestoßen: Ein Mensch könne im Vollbesitz seiner Menschenwürde freiwillig in die Selbsterniedrigung schreiten. Auch die bundesverfassungsrechtliche Judikatur sieht von der Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG nur den Kernbereich menschlicher Existenz geschützt, wonach die Subjektqualität eines Menschen nicht prinzipiell in Frage gestellt werden darf. Die Menschenwürde umfasst damit auch die Entscheidung jedes Einzelnen, wie er sein Schicksal gestalten will, solange dadurch nicht Rechte anderer oder die Allgemeinheit gefährdet werden. Die Untersuchung der Bewertung von freiwillig ausgeübter Prostitution als Verstoß gegen die Menschenwürde macht deutlich, dass Art. 1 I GG nicht der geeignete Bezugspunkt für das soziale Phänomen Prostitution ist, denn die Prostitutionsausübung wird demnach als in freier Selbstbestimmung getroffene Entscheidung bewertet, was damit auch Ausfluss der Menschenwürdegarantie ist. Die soziale Lebenswirklichkeit von Prostituierten und der reale Spielraum ihrer Selbstbestimmung finden dabei keine Beachtung. Strukturelle Diskriminierung von Frauen ist nach der herrschenden Interpretation der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 I GG bislang nicht als Verletzung der Menschenwürde der Gruppe 'Frauen' anerkannt.

Eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin aus dem Jahr 2000 brach mit der Jahrzehnte langen Judikatur, die Prostitution als sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB be-

wertete. Nach Auffassung der Richter wird die freiwillig und ohne kriminelle Begleiterscheinungen ausgeübte Prostitution nach heute anerkannten sozialetischen Wertvorstellungen von der Gesellschaft nicht mehr als sittenwidrig bewertet. Dies ist nach Inkrafttreten des ProstG im Jahr 2002 auch überwiegendes Ergebnis im rechtswissenschaftlichen Schrifttum und in der Rechtsprechung, wobei sich insbesondere auf das Ziel und den Zweck des ProstG laut Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/5958 berufen wird. Nichtsdestotrotz werden immer noch Einzelstimmen laut, die von einer fortbestehenden Sozial- und Sittenwidrigkeit von Prostitution ausgehen. Gestützt wird diese Sichtweise hauptsächlich auf die fehlende ausdrückliche Abschaffung der Sittenwidrigkeit im Wortlaut des ProstG. Diese Einzelstimmen überzeugen jedoch nicht: Der Gesetzgeber hat mit Erlass des ProstG in seiner Gesetzesbegründung deutlich gemacht, dass Prostitution nicht mehr als sittenwidrig bewertet werden soll. Dies stützt auch der Wortlaut des § 1 ProstG „Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung.“ Es ist nicht erforderlich, dass der Wortlaut des ProstG ausdrücklich von der Abschaffung der Sittenwidrigkeit von Prostitution sprechen muss. Vielmehr impliziert die Begründung einer rechtswirksamen Forderung, dass das Rechtsgeschäft, aus der die Forderung erwachsen ist, nicht sittenwidrig i.S.d. § 138 I BGB und damit nichtig ist.

Bei der Bewertung von Prostitution als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG „wie jeder andere“ wurde im Ergebnis festgestellt, dass Prostitution nach Inkrafttreten des ProstG unstreitig als Beruf vom Schutzbereich des Art. 12 I GG umfasst ist. Denn eine Einschränkung des Berufsbegriffs aus Art. 12 I GG auf erlaubte oder nicht „sozialschädliche“ Tätigkeiten ist bei der Prostitutionsausübung nun auch von den Vertretern einer definitorischen Einschränkung des Berufsbegriffs nicht mehr möglich. Die politische Bewertung von Prostitution als Tätigkeit, die von Art. 12 I GG geschützt ist, dennoch aber „kein Beruf wie jeder andere“ ist, spielt für die verfassungsrechtliche Einordnung der Tätigkeit keine Rolle. Vielmehr ist nur eine Einschränkung der Berufsausübung von Prostitution über den Gesetzesvorbehalt aus Art. 12 I Satz 2 GG nach der sog. Drei-Stufenlehre möglich. Der nach Inkrafttreten des ProstG nun unstrittige Schutz aus Art. 12 I GG für die Prostitutionsausübung hat zur Folge, dass das Werbeverbot aus § 120 I Nr. 2 OWiG, das im Zuge des ProstG nicht reformiert wurde und eine erhebliche Einschränkung der Berufsausübung impliziert, nach der Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 2006 nicht mehr als generelles Verbot jeglicher Werbung für Prostitution angewendet werden kann. Weitere Konsequenz ist, dass sich nun auch Bordellbetreiber auf ihren Schutz aus Art. 12 I GG berufen und wie andere Arbeitgeber, die in die Arbeitslosenversicherung einzahlen, die Dienste der Arbeitsagenturen auf Vermittlung

von Prostituierten in Anspruch nehmen wollen.

Kapitel IV untersuchte schließlich das Spannungsverhältnis zwischen ProstG und dem Gleichberechtigungsgebot von Frauen und Männern aus Art. 3 II GG und dem darin enthaltenen Verfassungsauftrag des Staates, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Es intendiert damit zugleich den Anstoß einer neuen rechtspolitischen Diskussion und Bewertung des sozialen Phänomens Prostitution in Deutschland.

In *Kapitel IV* wurden zuerst Inhalt und Systematik des Art. 3 II GG nach der heute herrschenden Meinung dargelegt, die Art. 3 II Satz 1 GG weiterhin vorwiegend als absolutes Differenzierungsverbot im Sinne eines grundsätzlichen Verbots der Anknüpfung einer Regelung an ein Geschlecht sieht. Dem Art. 3 II GG wird nach herrschender Meinung gegenüber Art. 3 III Satz 1, 1. Alt. GG nur insoweit ein eigenständiger Gehalt zugeschrieben, als dass er als Rechtfertigung von Differenzierungen von Männern und Frauen dienen kann. Darüber hinaus enthält Art. 3 II GG in Satz 2 den Verfassungsauftrag und eine staatliche Schutzpflicht, die Gleichberechtigung der Geschlechter in der gesellschaftlichen Wirklichkeit tatsächlich durch aktive Maßnahmen durchzusetzen und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Daran anschließend stellte *Kapitel IV* exemplarisch für die inhaltliche Fortentwicklung des Art. 3 II GG die Rechtsprechung des BVerfG zu dem Gleichberechtigungsgebot bis in die 1990er Jahre dar, in der sich das in der jeweiligen Zeit vorherrschende gesellschaftliche Frauen- und Männerbild und das Verständnis über soziale Rollenzuschreibungen der Geschlechter widerspiegelt.

Weiterhin stellte *Kapitel IV* die im Schrifttum Ende der 1980er bis Mitte der 1990er Jahre entwickelte gruppenorientierte Perspektive auf den Art. 3 II GG vor. Allen Vertreterinnen der gruppenbezogenen Perspektive ist gemeinsam, dass sie eine asymmetrische Perspektive auf Diskriminierungen von Frauen einnehmen und den Art. 3 II GG in klarer Abgrenzung zu Art. 3 III GG als ausschließliches Recht von Frauen einordnen. Ziel ist die Schaffung realer Chancengleichheit von Männern und Frauen durch ein materielles Benachteiligungsverbot und eine Antidiskriminierungsgesetzgebung zugunsten von Frauen. Nach Sacksofsky (1996) bzw. Baer (1995) wird Art. 3 II GG als Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbot interpretiert, das die tatsächlichen, empirisch nachweisbar hierarchischen Machtverhältnisse zwischen Männern und Frauen zum Ausgangspunkt für die Beurteilung von Diskriminierung macht. Danach liegt immer dann eine Diskriminierung von Frauen vor, wenn gesellschaftlich gefestigte Machtverhältnisse zwischen Männern und Frauen stabilisiert bzw. gefördert werden. Die vorlie-

gende Untersuchung lehnt im Ergebnis die herrschende Interpretation des Art. 3 II GG als inhaltlich gleichbedeutend mit Art. 3 III Satz 1, 1. Alt. GG und als symmetrisches Recht ab und bewertet eine klare Differenzierung der beiden Absätze und eine gruppenbezogene asymmetrische Perspektive des Art. 3 II GG, bei der Träger des Grundrechts die einzelne Frau bleibt, als sachgerecht. Das Dominierungs- bzw. Hierarchisierungsverbot des Art. 3 II GG überzeugt dabei insbesondere als Instrument für das Erfassen mittelbar-faktischer Diskriminierungen von Frauen, indem es auch Stereotypisierungen als strukturelle Diskriminierung sichtbar werden lässt.

Die Frage nach der verfassungsrechtlichen Verankerung des Verbots der mittelbar-faktischen Diskriminierung kommt zu dem Ergebnis, dass die auf europäischer Ebene entwickelten Grundsätze sich auf Art. 3 II, III GG übertragen lassen und das BVerfG in seiner neueren Rechtsprechung zur mittelbar-faktischen Diskriminierung zumindest auch Art. 3 II GG anwendet. Auch die gruppenorientierte Interpretation des Art. 3 II GG ordnet mittelbar-faktische Diskriminierung der Anwendung des Art. 3 II GG zu.

In einem letzten Schritt wertete *Kapitel IV* die seit der Jahrtausendwende erfolgte Rechtsprechung des BVerfG hinsichtlich des Grundrechts auf Gleichberechtigung aus. Besonderer Fokus lag dabei auf der Analyse und Auswertung der Entscheidung des Gerichts zur Verfassungsmäßigkeit des § 14 I Mutterschutzgesetzes (MuSchG) aus dem Jahr 2003. Das Gericht hatte hier zum ersten Mal den in Art. 3 II Satz 2 GG enthaltenen Auftrag des Staates zur Verwirklichung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen in der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit konkretisiert. Die Analyse der Entscheidung kommt zu folgendem Ergebnis: Das Gericht gibt dem Gesetzgeber vor, der Gefahr zu begegnen, dass von ihm erlassene Schutzvorschriften sich in der Lebenswirklichkeit diskriminierend auswirken und bestehende Nachteile von Frauen zementieren. Das BVerfG kritisierte in seiner Entscheidung nicht den Regelungsinhalt des § 14 I MuSchG an sich, sondern die auch nur potentiell diskriminierenden faktischen Folgen der Norm in der sozialen Realität. Das Gericht sah in seiner Entscheidung im Ergebnis den staatlichen Schutzauftrag aus Art. 3 II GG einschlägig und durch die potentiell mittelbar-faktischen Nachteile für Frauen auch verletzt.

Das *Kapitel IV* endete schließlich mit der Untersuchung der zweiten Hauptfragestellung für vorliegende Studie, dem Verhältnis zwischen ProstG und Artikel 3 II GG. Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die im Jahre 2002 vorgenommene Legalisierung der Prostitution lediglich eine formalrechtliche Korrektur der Diskriminierung von Prostituierten darstellt, die keinen Bezug zu deren realer Lebenswirklichkeit hat und insofern auch nicht zu Verbesserungen jeglicher Art für die betroffenen Frauen

führte. Sie stärkte eher die Position der männlichen Kunden und Unternehmer der Sexindustrie und konterkarierte damit sogar den staatlichen Schutzauftrag.

Aus Artikel 3 II GG ergibt sich ein klarer staatlicher Handlungsauftrag. Dies gilt um so mehr, als mit dem Phänomen der gewerblichen weiblichen Prostitution allgemeine Fragen des Geschlechterverhältnisses verbunden sind. Die zunehmende Sexualisierung des öffentlichen Raums, die auch von Werbung und Medien vorangetrieben wird, hebt auf die Frau als verfügbares oder erstrebenswertes Sexualobjekt ab. Damit verfestigen sich Rollenverständnisse, die Jugendliche an der Entwicklung einer eigenen Geschlechtsidentität hindern und Erwachsene bestimmten (Leistungs-)Zwängen aussetzen. Eine Emanzipation von Frauen und Männern, die sich über diese Rollenzwänge hinwegsetzt, steht immer noch am Anfang.

Literaturverzeichnis

Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M. 1986.

Allmendinger, Jutta / Podsiadlowski, Astrid: Segregation in Organisationen und Arbeitsgruppen, in: Bettina Heintz (Hg.), Geschlechtersoziologie. Sonderheft der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Heft 41, 2001, S. 276 ff.

Aristoteles: Nikomachische Ethik, Ausgabe Felix Meiner Verlag, Hamburg 1995.

Aristoteles: Politik, Ausgabe Felix Meiner Verlag, Hamburg 1995.

Armbrüster, Christian in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1/1, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München 2006.

Armbrüster, Christian: Zivilrechtliche Folgen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten, NJW 2002, S. 2763 ff.

Badura, Peter: Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik, 3. Auflage, München 2003.

Bargon, Michael: Prostitution und Zuhälterei. Zur kriminologischen und strafrechtlichen Problematik mit einem geschichtlichen und rechtsvergleichenden Überblick, Lübeck 1982.

Baer, Susanne: Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1995.

Baer, Susanne: Anmerkung zum Urteil des VG Berlin vom 1.12.2000, Streit 1/2001, S. 11 ff.

Baer, Susanne: Recht gegen Fremdenfeindlichkeit und andere Ausgrenzungen, ZRP 2001, S. 500 ff.

Baer, Susanne: Rechtsgrundlagen zum Antidiskriminierungsrecht/Gleichstellungsrecht. Stand 2/2009, S. 46. http://baer.rewi.hu-berlin.de/wissen/antidiskriminierungsrecht/materialien_adr/ (gesichtet am 17.12.2009).

Barry, Kathleen: Female sexual slavery, New York 1984.

Barry, Kathleen: The Prostitution of Sexuality. The Global Exploitation of Women, New York 1995.

Bassermann, Lujo: Das älteste Gewerbe. Eine Kulturgeschichte, Wien 1965.

Bauer, Ingird/Neissl, Julia (Hg.): Gender Studies. Denksachsen und Perspektiven der Geschlechterforschung, Innsbruck/Wien 2002.

Bayerl, Klaus: Die Situation der Prostituierten im internationalen Menschenhandel, Vortrag in Donezk 2008 (unv. MS) http://www.bi-gegen-bordell.de/Mythen/Vortrag_Bayerl.pdf (gesichtet am 11.05.2010)

Bebel, August: Die Frau in der Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, 3. Auflage, Hottingen-Zürich 1883.

Benda, Ernst: Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst. Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Senatskanzlei – Leitstelle Gleichstellung der Frauen – der freien und Hansestadt Hamburg, Hamburg 1986.

Berg, Wilfried: Berufsfreiheit und verbotene Berufe, Gewerbearchiv 1977, S. 249 ff.

Berghahn, Sabine: Der Ritt auf der Schnecke. Rechtliche Gleichstellung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Gender politik online, Juni 2003.

Bergmann, Andreas: Das Rechtsverhältnis zwischen Dirne und Freier. Das Prostitutionsgesetz aus zivilrechtlicher Sicht, Juristische Rundschau 2003, S. 270 ff.

Blankenagel, Alexander: Gentechnologie und Menschenwürde, Kritische Justiz 20 (1987), S. 379 ff.

Bock, Gisela: Zwangssterilisation im Nationalsozialismus. Studien zur Rassenpolitik und Frauenpolitik, Oppladen 1986.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde/Jürgen Jekewitz/Thilo Ramm (Hg.), Soziale Grundrechte. Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung, Heidelberg/Karlsruhe 1981, S. 7 ff.

Böttger, Barbara: Das Recht auf Gleichheit und Differenz. Elisabeth Selbert und der Kampf der Frauen um Art. 3 II Grundgesetz, Münster 1990.

Bornemann, Ernest: Das Patriarchat. Ursprung und Zukunft unseres Gesellschaftssystems, 1. Auflage, Frankfurt a.M. 1975.

Borst, Otto: Alltagsleben im Mittelalter, Frankfurt a.M. 1983.

Bovenschen, Silvia: Die imaginierte Weiblichkeit, Frankfurt a.M. 2003.

Braun, Christina von/Stephan, Inge (Hg.): Gender Studien. Eine Einführung, 2. Auflage, Stuttgart/Weimar 2006.

Brinitzer, Carl: Strafrechtliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Prostitution. Eine rechtshistorische Untersuchung, Kiel, 1933.

Brohm, Winfried: Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung. Zu den gegenwärtig diskutierten Änderungen des Grundgesetzes, JZ 1994, S. 213 ff.

Brockhaus Enzyklopädie in 30 Bänden, 21. Auflage, Leipzig/Mannheim 2006.

Brückner, Margrit/Oppenhimer, Christa: Lebenssituation Prostitution. Sicherheit, Gesundheit und soziale Hilfen, Königstein 2006.

Budde, Miryam: Die Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes auf die Sozialversicherung, Baden-Baden 2006.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hg.): Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. Teilpopulationen – Erhebung bei Prostituierten, 2004.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hg.): Bericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG), 2007.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hg.): Reglementierung von Prostitution: Ziele und Probleme – eine kritische Betrachtung des Prostitutionsgesetzes, 2007.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hg.): Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“. Abschlussbericht, 2007.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hg.): Entgeltungleichheit zwischen Frauen und Männern. Einstellungen, Erfahrungen und Forderungen der Bevölkerung zum „gender pay gap“, 2008.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hg.): 3. Bilanz Chancengleichheit. Europa im Blick, 2008.

Butler, Judith: Das Unbehagen der Geschlechter. Gender Studies, Frankfurt a.M. 1991.

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, München 1997.

Cockburn, Cynthia: Die Herrschaftsmaschine. Geschlechterverhältnisse und technisches Know-how, Berlin/Hamburg 1988.

Connell, Robert W.: Gender and Power. Society, the Person and Sexual Politics, Crows Nest NSW/Australia 1987.

Cornell, Drucilla: Beyond Accomodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law, New York 1991.

Corell, Lena/Ehnis, Patrick/Janczyk, Stefanie/Richter, Ulrike A.: Leitbilder und Geschlechterkonstruktionen, in: Marburger Gender Kolleg (Hg.), Geschlecht, Macht, Arbeit, Münster 2008, S. 20 ff.

Dehner, Walter: Die Entwicklung des Maklerrechts seit 2000, NJW 2002, S. 3747 ff.

Deutscher Bundestag Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend: 69. Sitzung vom 20.06.2001, Protokoll 14/69.

Deutscher Bundestag: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Mutterschutzrechts (Bundestag Drucksache 13/2763).

Deutscher Bundestag: Entwurf eines Gesetzes zur Beseitigung der Benachteiligung der Prostituierten (Bundestag Drucksache 13/8049).

Deutscher Bundestag: Entwurf eines Gesetzes zur beruflichen Gleichstellung von Prostituierten und andere sexuelle Dienstleistungen (Bundestag Drucksache 14/4456).

Deutscher Bundestag: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der rechtlichen und Sozialen Situation der Prostituierten (Bundestag Drucksache 14/5958).

Deutscher Bundestag: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familien, Senioren, Frauen und Jugend (Bundestag Drucksache 14/7174).

Dix, Alexander: Gleichberechtigung durch Gesetz. Die britische Gesetzgebung gegen die Diskriminierung der Frau im Arbeitsleben – ein Modell für die Bundesrepublik Deutschland?, Baden-Baden 1984.

Dreier, Horst in: Horst Dreier u.a. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1 Präambel, Art. 1 . 19, 2. Auflage, Tübingen 2004.

Dressel, Christian: Erwerbstätigkeit und Arbeitsmarktintegration von Frauen und Männern, in: Waltraud Cornelißen (Hg.), Gender-Datenreport im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, München 2005, S. 99 ff.

von Dücker, Elisabeth/Museum der Arbeit Hamburg (Hg.): Sexarbeit. Prostitution - Lebenswelten und Mythen, Bremen 2005.

Dufour, Pierre: Geschichte der Prostitution, VI. Band, Berlin o.J. (1903).

Eckertz-Höfer, Marion in: Erhard Denninger u.a.(Hg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), 3. Auflage, Neuwied. 2001.

Eckes, Thomas: Geschlechterstereotype. Von Rollen, Identitäten und Vorurteilen, in: Ruth Becker/ Beate Kortendiek (Hg.), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung. Theorie, Methoden, Empirie, Wiesbaden 2004, S. 165 ff.

Eickel, Mechthild: Neu Starten – Berufliche Integration für Prostituierte bei MADONNA e.V. in Bochum, in: Barbara Kavemann/Heike Raabe (Hg.), Das Prostitutionsgesetz. Aktuelle Forschungsergebnisse, Umsetzung und Weiterentwicklung, Opladen 2009, S. 287 ff.

Ellenberger, Jürgen in: Otto Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, München 2010.

Enders, Christoph in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Berlin 2009.

Engler, Nina: *Strukturelle Diskriminierung und substantielle Chancengleichheit. Eine Untersuchung zu Recht und Wirklichkeit der Vereinbarkeit von Familie und Beruf im Gemeinschafts- und Verfassungsrecht; dargestellt am Beispiel der mittelbaren Diskriminierung von Frauen in Teilzeitbeschäftigung*, Frankfurt a.M. 2005.

Europäisches Parlament: *Bericht über die Konsequenzen der Sexindustrie in der Europäischen Union* (A5 – 0274/2004).

Falck, Uta: *Bar, Bordell oder Bordstein? Arbeitsplätze in der Sexindustrie*, in: Elisabeth von Dücker/Museum der Arbeit Hamburg (Hg.), *Sexarbeit. Prostitution – Lebenswelten und Mythen*, Bremen 2005, S. 32 ff.

Farley, Melissa/Barkan, Howard: *Prostitution, Violence, and Posttraumatic Stress Order*, *Women & Health* 27/3 (1998), S. 37 ff.

Feuersenger, Marianne: *Die garantierte Gleichberechtigung. Ein umstrittener Sieg der Frauen*, Freiburg/Breisgau 1980.

Feustel, Gotthard: *Käufliche Lust. Eine Kultur- und Sozialgeschichte der Prostitution*, Leipzig 1993.

Fischer, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2009.

Francke, Robert/Sokol, Bettina/Gurlit Elke: *Frauenquote in öffentlicher Ausbildung. Zur Verfassungsmäßigkeit von geschlechterbezogenen Quotenregelungen in öffentlichen Berufsausbildungen*, Baden-Baden 1991.

Frankenberg, Günter: *Die Würde des Klons und die Krise des Rechts*, *Kritische Justiz* 33 (2000), S. 325 ff.

Fredman, Sandra: *Reversing Discrimination*, *Law Quarterly Review* 113 (1997), S. 575 ff.

von Galen, Margarete: *Rechtsfragen der Prostitution. Das Prostitutionsgesetz und seine Auswirkungen*, München 2004.

Gerhard, Ute (Hg.): *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, München 1997.

Gerhard, Ute: Gleichheit ohne Angleichung. Frauen im Recht, München 1990.

Giesen, Rose-Marie/Schumann, Gunda: An der Front des Patriarchats. Bericht vom langen Marsch durch das Prostitutionsmilieu, Bensheim 1980.

Gildemeister, Regine: Die soziale Konstruktion von Geschlechtlichkeit, in: Ilona Ostner/Klaus Lichtblau (Hg.), Feministische Vernunftkritik, Frankfurt a.M./New York 1992, S. 220 ff.

Gildemeister, Regine/Wetterer, Angelika: Wie Geschlechter gemacht werden. Die soziale Konstruktion der Zweigeschlechtlichkeit und ihre Reifizierung in der Frauenforschung, in: Gudrun-Axeli Knapp, Angelika Wetterer (Hg.), Traditionen Brüche. Entwicklungen feministischer Theorie. Freiburg/Breisgau 1992, S. 201 ff.

Gleß, Sabine: Die Reglementierung von Prostitution in Deutschland, Berlin 1999.

Gleß, Sabine: Obrigkeit und Hurenwirt, Zeitschrift für Rechtspolitik 1994, S. 436 ff.

Glick, Peter/Fiske, Susan T.: Sexism and Other „Isms“: Interdependence, Status, and the Ambivalent Content of Stereotypes, in: William B. Swann, Judith H. Langlois, Lucia Albino Gilbert (Hg.), Sexism and Stereotypes in Modern Society, Washington D.C. 1998, S. 193 ff.

Gonzales Gamarra, Maria del Carmen: Die Grenzproblematik oder das Problem mit der Prostitution ist die Nachfrage, d.h. die männliche Identitätsbildung, in: Rose-Marie Beck (Hg.), Prostitution, Köln 2001, S. 85 ff.

Granato, Mona/Schittenhelm, Karin: Junge Frauen – bessere Schulabschlüsse – aber weniger Chancen beim Übergang in eine berufliche Ausbildung, in: Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, 28 (2004), S. 31 ff.

Grenz, Sabine: (Un)heimliche Lust. Über den Konsum sexueller Dienstleistungen, 2. Auflage, Wiesbaden 2007.

Grenz, Sabine/Lücke, Martin (Hg.): Verhandlungen im Zwielficht. Momente der Prostitution in Geschichte und Gegenwart, Bielefeld 2006.

Gröschner, Rolf in: Horst Dreier u.a. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1 Präambel, Art. 1 – 19, 2. Auflage, München 2004.

Gubelt, Manfred in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 5. Auflage, München 2000.

Haase, Richard (Hg.): Die keilschriftlichen Rechtssammlungen in deutscher Fassung, 2. Auflage, Wiesbaden 1979.

Hartmann, Ilya: Prostitution, Kuppelei, Zuhälterei. Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, Berlin 2006.

Heckel, Martin: Art. 3 III GG. Aspekte des Besonderen Gleichheitssatzes, in: Hartmut Maurer (Hg.), Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, München 1990, S.241 ff.

Heger, Martin: Zum Einfluss des Prostitutionsgesetzes auf das Strafrecht, Strafverteidiger 23 (2003), S. 350 ff.

Heinz-Trossen, Alfons: Prostitution und Gesundheitspolitik. Prostituiertenbetreuung als pädagogischer Auftrag des Gesetzgebers an die Gesundheitsämter, Frankfurt a.M. 1993.

Herdegen, Mathias, Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, Juristen-Zeitung 56 (2001), S. 773 ff.

Hester, Marianne/Westmarland, Nicole: Tackling Street Prostitution: Towards an holistic approach, Home Office Research Study 279, London 2004.

Heun, Werner in: Horst Dreier u.a. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1 Präambel, Art. 1 – 19, 2. Auflage, München 2004

Höfling, Wolfram in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Auflage, München 2009.

Hofmann, Hans in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Axel Hopfauf Hg.), GG, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Auflage, Köln 2008.

Hofmann, Hans: Die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung in dem neuen Art. 2 II S. 2 GG, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht Bd. 42, 1995, S. 257 ff.

Hofmann, Hasso: Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), S. 353 ff.

Hofmann, Jochen: Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG in Rechtsprechung und Lehre. Berlin 1986.

Hoigard, Cecilie/Finstad, Liv: Backstreets, Prostitution, Money and Love, Cambridge 1992.

Holznagel, Ina: Die Praxis der Staatsanwaltschaft, in: Barbara Kavemann/Heike Rabe (Hg.), Das Prostitutionsgesetz. Aktuelle Forschungsergebnisse, Umsetzung und Weiterentwicklung, Opladen 2009, S. 231 ff.

Huster, Stefan: Frauenförderung zwischen individueller Gerechtigkeit und Gruppenparität. Zu einigen Grundfragen der Rechtfertigung von Quotenregelungen, AöR 118 (1993), S. 109 ff.

Jarass, Hans in: Hans Jarass/Bodo Pieroth (Hg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 10. Auflage, München 2009.

Jeffreys, Sheila: The Idea of Prostitution, Melbourne 1997.

Kannengießer, Christoph in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 11. Auflage, Neuwied 2008.

Kant, Immanuel: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1. Auflage 1785), in: Wilhelm Weischedel (Hg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, Band IV: Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, Wiesbaden 1956, S. 7 ff.

Kant, Immanuel: Die Metaphysik der Sitten (1797), in: Wilhelm Weischedel (Hg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, Band IV: Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, Wiesbaden 1956, S. 301 ff.

Kavemann, Barbara/Rabe, Heike (Hg.): Das Prostitutionsgesetz. Aktuelle Forschungsergebnisse, Umsetzung und Weiterentwicklung, Opladen 2009.

Kavemann, Barbara/Rabe, Heike: Resümee und Ausblick, in: Barbara Kavemann/Heike Rabe (Hg.), Das Prostitutionsgesetz. Aktuelle Forschungsergebnisse, Umsetzung und Weiterentwicklung, Opladen 2009, S. 303 ff.

Kersten, Jens: Das Klonen von Menschen, Tübingen 2004.

Kessler, Suzanne/McKenna, Wendy: Gender. An Ethnomethodological Approach, Chicago 1978.

Ketsch, Peter: Frauen im Mittelalter. Quellen und Materialien, Bd. 1 Frauenarbeit im Mittelalter, Düsseldorf 1983.

Klammer, Ute: Flexicurity aus der Perspektive des Lebensverlaufes. In: Martin Kronauer, / Gudrun Linne (Hg.), Flexicurity. Die Suche nach Sicherheit in der Flexibilität, Berlin 2005, S. 249 ff.

Klapisch-Zuber, Christiane (Hg.): Geschichte der Frauen, Band 2 Mittelalter, Frankfurt a.M. 1993.

Knapp, Gudrun-Axeli: Zu widersprüchlichen Vergesellschaftung von Frauen, in: Ernst H. Hoff (Hg.): Die doppelte Sozialisation Erwachsener. Zum Verhältnis von beruflichem und privatem Lebensstrang, Weinheim/München 1990, S. 17 ff.

Knapp, Gudrun-Axeli: Segregation in Bewegung: Einige Überlegungen zum „Gendering“ von Arbeit und Arbeitsvermögen, in: Karin Hausen/Gertrude Krell (Hg.), Frauenerwerbsarbeit. Forschung zur Geschichte und Gegenwart, München 1993, S. 25 ff.

Knapp, Gudrun Axeli: Unterschiede machen. Zur Sozialpsychologie der Hierarchisierung im Geschlechterverhältnis, in: Regine Becker-Schmidt/Gudrun Axeli Knapp (Hg.), Das Geschlechterverhältnis als Gegenstand der Sozialwissenschaften, Frankfurt a.M./New York 1995, S. 163 ff.

Köhne, Michael: Abstrakte Menschenwürde? Gewerbearchiv 7 (2004), S. 285 ff.

Kohler, Jürgen: Hand Ware Hand oder: ein Prost auf das ProstG und die Schuldrechtsreform, Juristen Zeitung 2002, 345 ff.

Kopp, Ferdinand: Grundrechtliche Schutz- und Förderungspflichten der öffentlichen Hand, NJW 1994, S. 1753 ff.

Krafft, Sybille: Zucht und Unzucht. Prostitution und Sittenpolizei im München der Jahrhundertwende, München 1996.

Kreuzer, Margot Domenika: Prostitution. Eine sozialgeschichtliche Untersuchung in Frankfurt a.M., von der Syphilis bis AIDS, Stuttgart 1989.

Kühl, Kristian in: Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch. Kommentar mit Erläuterungen, 25. Auflage, München 2004.

Kunig, Philip in: Ingo von Münch/Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 5. Auflage, München 2000.

Kurz-Scherf, Ingrid/Lepperhoff, Julia/Scheele Alexandra: Arbeit und Geschlecht im Wandel. Kontinuitäten, Brüche und Perspektiven für Wissenschaft und Politik, Berlin 2006.

Lacey, Nicola: Legislation against sex discrimination: questions from a feminist perspective, Journal of law and society, 14 (1987), S. 411 ff.

Ladwig, Bernd: Erweiterte Chancengleichheit. Überlegungen zur Verteilungsgerechtigkeit im Anschluß an Ronald Dworkin, in: Herfried Münkler/Marcus Llanque (Hg.), Konzeptionen der Gerechtigkeit. Kulturvergleich – Ideengeschichte – moderne Debatte, Baden-Baden 1999, S. 365 ff.

Langenfeld, Christine: Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1990.

Laskowski, Silke Ruth: Die Ausübung der Prostitution. Ein verfassungsrechtlich geschützter Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG, Frankfurt a.M. 1997.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Roggenbuck, Ellen in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissig-van Saan/Klaus Tiedemann (Hg.): Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Band 6, 12. Auflage, Berlin 2010.

Lautmann, Rüdiger: Die Gleichheit der Geschlechter und die Wirklichkeit des Rechts, Opladen 1990.

Lenckner, Theodor/Perron, Walter/Eisele, Jörg in: Adolf Schönke/Horst Schroeder (Hg.), Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Auflage, München 2006.

Lenze, Anne: Europäische Niederlassungsfreiheit und Prostitution, Europäische Grundrechte- Zeitschrift 29. Jg. 2002, S. 106 ff.

Leopold, Beate/Steffan, Elfriede: Evaluierung unterstützender Maßnahmen beim Ausstieg aus der Prostitution (EVA-Projekt), SPI-Forschung gGmbH, Berlin 1997.

Leopold, Beate: Wer arbeitet warum als Prostituierte?, in: Elisabeth von Dücker/Museum der Arbeit Hamburg, Sexarbeit. Prostitution – Lebenswelten und Mythen, Bremen 2005, S. 22 ff.

Leopold, Beate/Steffan, Elfriede/Paul, Nikola (Hg.): Dokumentation zur rechtlichen und sozialen Situation von Prostituierten in der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe der Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Band 15, Stuttgart 1994.

Lerner, Gerda: Die Entstehung des Patriarchats, Frankfurt a.M. 1991.

Limbach, Jutta/Eckertz-Höfer, Marion u.a.(Hg.): Frauenrechte im Grundgesetz des geteilten Deutschland: Diskussion in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat und der Bundesratskommission Verfassungsreform. Dokumentation, Baden-Baden 1993.

MacKinnon, Catherine A.: Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination new Haven 1979.

MacKinnon, Catharine A.: Toward a Feminist Theory of the State, Cambridge MA/London 1989.

MacKinnon, Catherine A.: Reflections on Sex Equality Under Law, Yale Law Journal, vol. 100 (1991), S. 1281 ff.

MacKinnon, Catherine A.: Auf dem Weg zu einer neuen Theorie der Gleichheit, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 77 (1994), S. 363 ff.

Märket, Wilfrid: Prostitution und Zuhälterei. Verteufeln oder Legalisieren? Der Kriminalist 4 (2000), S. 154 ff.

Maihofer, Andrea: Gleichheit nur für Gleiche? In: Ute Gerhard/Mechthild Jansen/Andrea Maihofer/Pia Schmid/Irmgard Schultz (Hg.), Differenz und Gleichheit. Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht, Frankfurt a.M. 1990, S. 351 ff.

Malkmus, Katrin: Prostitution in Recht und Gesellschaft, Frankfurt a.M. 2005.

von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/von Starck, Christian (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 5. Auflage, München 2005.

Mann, Thomas in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Auflage, München 2009.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter(Hg.): Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung seit 1958, München 2009.

Mayreder, Rosa: Zur Kritik der Weiblichkeit. Essays, Jena 1905.

Mazari, Simone/Schroth, Heidi/Zimowska, Agnieszka: Politisches Handeln in geschlechtlich strukturierten Erwerbsfeldern, in: Marburger Gender-Kolleg (Hg.), Geschlecht Macht Arbeit. Interdisziplinäre Perspektiven und politische Intervention, Münster 2008, S. 160 - 162.

Meyer-Renschhausen, Elisabeth: Weibliche Kultur und soziale Arbeit. Eine Geschichte der Frauenbewegung am Beispiel Bremens 1810 – 1927, Köln/Wien 1989.

Middendorf, Wolf: Soziologie des Verbrechens. Erscheinungen und Wandlungen des asozialen Verhaltens, Düsseldorf 1959.

Millet, Kate: Sexus und Herrschaft, München 1974.

Mitrović, Emilija (Hg.): Arbeitsplatz Prostitution. Ein Beruf wie jeder andere? Münster 2007.

Müller, Jörg Paul: Soziale Grundrechte in der Verfassung? 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1981.

Müller, Ursula: Asymmetrische Geschlechterkultur in Organisationen und Frauenförderung als Prozess, Zeitschrift für Personalforschung 2/1998, S. 123 ff.

Müller Anja: Das Prostitutionsgesetz. Analyse von Intention und Auswirkungen, Jenaer Schriften zur Sozialwissenschaft, Jg. 1, Bd. 2, Mai 2008, S. 1 ff.

Nettesheim, Martin: Die Menschenwürde zwischen transzendentaler Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, Archiv des öffentlichen Rechts 130 (2005), S. 71 ff.

Di Nicola, Andrea/Orfano, Isabella/Cauduro, Andrea/Conci, Nicoletta/Transcrime (Hg.): Study on National Legislation on Prostitution and the Trafficking in Women and Children, requested by the European Parliament's Committee on Women's Rights and Gender Equality (Transcrime Study), Brüssel 2005.

Niechoy, Torsten/Tullney, Marco: Ökonomie – ein geschlechtsloser Gegenstand? In: Torsten Niechoy, Marco Tullney (Hg.), Geschlechterverhältnisse in der Ökonomie, Marburg 2006.

Nipperdey, Thomas: Deutsche Geschichte 1866 – 1918. Band 1 Arbeitswelt und Bürgergeist, München 1990.

O'Connell Davidson, Julia: Prostitution, Power and Freedom, Ann Arbor 1998.

Olsen, Frances: Das Geschlecht des Rechts, Kritische Justiz 23 (1990), S. 303 ff.

von Olshausen, Henning: Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung?, NJW 1982, S. 2221 ff.

Osterloh, Lerne in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Auflage, München 2009.

Pappritz, Anna (Hg.): Einführung in das Studium der Prostitutionsfrage, Leipzig 1919.

Pateman, Carole: The Sexual Contract, Stanford 1988.

Paul, Christa: Zwangsprostitution. Staatlich errichtete Bordelle im Nationalsozialismus, Berlin 1994.

Pfarr, Heide: Quoten und Grundgesetz. Notwendigkeit und Verfassungsmäßigkeit von Frauenförderung, Baden-Baden 1988.

Pfarr, Heide/Bertelsman, Klaus: Gleichbehandlungsgesetz. Zum Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, Wiesbaden 1985.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard: Grundrechte. Staatsrecht Band 2, 24. Auflage, Heidelberg 2008.

Phoenix, Joanna: Prostitute Identities. Men, Money and Violence, British Journal of Criminology 40 (2000), S. 37 ff.

Podlech, Adalbert in: Erhard Denninger u.a.(Hg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), 3. Auflage, Neuwied. 2001.

Pudenz, Christiane A.: Entstehung, Struktur und Geschichte der ersten deutschen Frauenbewegung. Die Entwicklung einer Organisation in der Gesellschaft als kollektiver Lernprozess, München 1977.

Quambusch, Erwin: Die Benachteiligung der Frau durch Gleichstellung. Zur Vernachlässigung der Fakten bei der Frauenförderung, Der Öffentliche Dienst 9 (1993), S. 193 ff.

Quambusch, Erwin: Die gesetzliche Aufwertung der Prostitution. Zur Folgerichtigkeit und den Folgen des ProstG, ZFSH/SGB 41 (2002), S. 131 ff.

Queen, Carol: Sex Radical Politics, Sex-Positiv Feminist Thought, and whore Stigma, in: J. Nagle, Whores and Other Feminists, New York/London 1997, S. 125 ff.

Raasch, Sibylle: Frauenquoten und Männerrechte, Baden-Baden 1991.

Rabe, Heike: Potentiale und Entwicklungen im Baurecht, in: Barbara Kavemann/Heike Rabe (Hg.), Das Prostitutionsgesetz. Aktuelle Forschungsergebnisse, Umsetzung und Weiterentwicklung, Opladen 2009, S. 117 ff.

Rademacher Sonja: Diskriminierungsverbot und „Gleichstellungsauftrag“. Zur Auslegung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, Frankfurt a.M. 2004.

Rautenberg, Erardo Cristoforo: Prostitution. Das Ende der Heuchelei ist gekommen! NJW 2002, S. 650 ff.

Rehbinder, Manfred: Abhandlungen zur Rechtssoziologie, Berlin, 1995.

Reich-Hilweg, Ines: Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Gleichberechtigungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 2 GG) in der parlamentarischen Auseinandersetzung 1948 – 1957 und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 1953 – 1975, Frankfurt a.M. 1979.

Reichel, Richard/Topper, Karin: Prostitution: der verkannte Wirtschaftsfaktor, Aufklärung und Kritik. Zeitschrift für freies Denken und humanistische Philosophie, 10. Jg. (Sonderdruck), 2/2003, S. 1 ff.

Reinsberg, Carola: Ehe, Hetärentum und Knabenliebe im antiken Griechenland, Frankfurt a.M. 1989.

Renzikowski, Joachim in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2/2, München 2005.

Renzikowski, Joachim: Plädoyer für eine gewerberechtliche Reglementierung der Prostitution, Gewerbearchiv 11 (2008), S. 432 – 435.

Renzikowski, Joachim: Das Prostitutionsgesetz und strafrechtlicher Handlungsbedarf, in: Barbara Kavemann/Heike Rabe (Hg.), Das Prostitutionsgesetz. Aktuelle Forschungsergebnisse, Umsetzung und Weiterentwicklung, Opladen 2009, S. 133 ff.

Reskin, Barbara F/Ross, Patricia A.: Job Queues, Gender Queues: Explaining Women's Inroad into Male Occupations, Philadelphia 1990.

Ridder, Helmut: Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Ein Plädoyer, in: Karl Dietrich Bracher u.a. (Hg.), Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift Gerhard Leibholz, Bd. 2, Tübingen 1966, S. 219 ff.

Ringdal, Nils Johan: Die neue Weltgeschichte der Prostitution, München 2006.

Rousseau, Jean-Jacques: Emil oder Über die Erziehung (1762), dt. Fassung von Josef Esterhues, 3. Auflage, Paderborn 1963.

Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckhard/Günther, Hans-Ludwig/Samson, Erich (Hg.): Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, Besonderer Teil §§ 80 - 200, München/Unterschleißheim, 2009.

Rubin, Gayle: Thinking Sex. Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality, in: Carole S. Vance (Ed.), Pleasure and Danger. Exploring Female Sexuality, 2nd ed. London 1992, S. 267 ff.

Sachs, Michael: Gleichberechtigung und Frauenquote, Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 553 ff.

Sachs, Michael: Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes, Zeitschrift für Beamtenrecht 1994, S. 133 ff.

Sack, Rolf in: J. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung Berlin 2003.

Sacksofsky, Ute: Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, 2. Auflage, Baden-Baden 1996.

Sacksofsky, Ute: Grundrechtsdogmatik ade. Zum neuen Doppelnamen-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, FPR 2002, S. 121 ff.

Sacksofsky, Ute in: Dieter Umbach/Thomas Clemens (Hg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band 1, Heidelberg 2002.

Schatzschneider, Wolfgang: Rechtsordnung und Prostitution. Einige Anmerkungen zur staatlichen Reglementierung des „ältesten Gewerbes“, NJW 1985, S. 2793 ff.

Scheel, Alexandra: Von „Yettis“ und „finken Servicekräften“. Zur geschlechtlichen Ausgestaltung des Dienstleistungssektors, in: Karin Gottschall/Birgit Pfau-Effinger (Hg.),

Zukunft der Arbeit und Geschlecht. Diskurse, Entwicklungspfade und Reformoptionen im internationalen Vergleich, Opladen 2002, S. 249 ff.

Schenk, Wiltrud: Prostitution – ein Beruf wie jeder andere oder Folge von sexuellem Missbrauch? In: Gitti Hentschel (Hg.), Skandal und Alltag. Sexueller Missbrauch und Gegenstrategien, Berlin 1996, S. 105 ff.

Schenk, Herrad: Die feministische Herausforderung, 2. Auflage, München 1981.

Schittek, Lothar: Prostitution und Selbstverwirklichung? NVwZ 1988, S. 804 ff.

Schlachter, Monika: Wege zur Gleichberechtigung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Arbeitsrechts der Bundesrepublik und der Vereinigten Staaten, München 1993.

Schlachter, Monika: Anforderungen der Gleichbehandlungsrichtlinien an ein wirksames Sanktions-instrumentarium, in: Loccumer Protokolle Bd. 40/03, Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland (2003), S. 239 ff.

Schmackpfeffer, Petra: Frauenbewegung und Prostitution. Über das Verhältnis der alten und neuen Frauenbewegung zur Prostitution, Oldenburg 1989.

Schmidbauer, Wilhelm: Das Prostitutionsgesetz zwischen Anspruch und Wirklichkeit aus polizeilicher Sicht. Neue Juristische Wochenschrift 2005, S. 871 ff.

Schmidt, Maruta/Dietz, Gabi (Hg.): Frauen unterm Hakenkreuz. Eine Dokumentation, München 1985.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz: Kommentar zum Grundgesetz, 10. Auflage, Neuwied 2004.

Schmitt Pantel, Pauline (Hg.), Geschichte der Frauen, Band 1, Antike, Frankfurt a.M. 1993.

Schmitter, Romina: Prostitution – das älteste Gewerbe der Welt? Fragen der Gegenwart an die Geschichte, 2. Auflage, Oldenburg 2007.

Schroeder, Friedrich-Christian: Neue Änderung des Sexualstrafrechts durch das Prostitutionsgesetz, Juristische Rundschau Heft 10, 2002, S. 408 ff.

Schulte, Regina: Sperrbereiche. Tugendhaftigkeit und Prostitution in der bürgerlichen Welt, Hamburg 1994.

Schuster, Martina: Mit Professionalität gegen Burn-out, in: Elisabeth von Dücker/Museum der Arbeit Hamburg (Hg.), Sexarbeit.Prostitution – Lebenswelten und Mythen, Bremen 2005, S. 80/81.

Schuster, Beate: Die freien Frauen. Dirnen und Frauenhäuser im 15. und 16. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1995.

Schwarzer, Alice: Der große Unterschied: gegen die Spaltung von Menschen in Männer und Frauen, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 2005.

Schwarzer, Alice: Der kleine Unterschied und seine großen Folgen: Frauen über sich, Beginn einer Befreiung, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 2004.

Schweizer, Kerstin: Der Gleichberechtigungssatz - neue Form, alter Inhalt? Untersuchung zu Gehalt und Bedeutung des neugefassten Art. 3 Abs. 2 GG unter Einbeziehung Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 1998.

Slupik, Vera: Die Entscheidung des Grundgesetzes für die Parität im Geschlechterverhältnis. Zur Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in Recht und Wirklichkeit, Berlin 1988.

Sommermann, Karl-Peter: Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen 1997

Starck, Christian in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian von Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 5. Auflage, München 2005.

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 3, Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler Grundrechtskonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte, Grundrechtsberechtigte, Grundrechtsverpflichtete, München 1988.

Stock, Anke: Gleichstellung im Vergleich. Eine Analyse des Art. 3 II 2 und des Art. 3 III 2 GG anhand der Materialien der gemeinsamen Verfassungskommission, der Rechtsprechung und der einfachgesetzlichen Umsetzung, Regensburg 2003.

Stolz-Willig, Brigitte: Geschlechterdemokratie und Arbeitsmarktreform. Ein neues Leitbild, Utopie kreativ, Heft 177, 2005, S. 644 ff.

TAMPEP (European Network for HIV/STI Prevention and Health Promotion among Migrant Sex Workers): National Report on HIV and Sex Work – Germany (TAMPEP VII), Amsterdam 2007.

Taub, Nadine/Schneider, Elisabeth M.: Women's Subordination and the Role of Law, in: David Kairys (ed.), The Politics of Law. A Progressive Critique, 3. ed., New York 1998, p. 328 - 355.

Teubner, Ulrike: Beruf: Vom Frauenberuf zur Geschlechterkonstruktion im Berufssystem, in: Ruth Becker/Beate Kortendiek (Hg.), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung, 2. Auflage, Wiesbaden, 2008, S. 491 ff.

Thomas de Aquino: Summa Theologiae, ed. Marietti, Roma/Torino 1963.

Tjaden-Steinhauer, Margarete: Gesellschaftliche Gewalt gegen Frauen: Ehe und Prostitution, Das Argument. Zeitschrift für Philosophie und Sozialwissenschaften. Nr. 263/2005, S. 184 ff.

Trappe, Heike/Rosenfeld, Rachel A.: Geschlechtsspezifische Segregation in der DDR und der BRD. Im Verlauf der Zeit und im Lebensverlauf, in: Bettina Heintz (Hg.), Geschlechtersoziologie. Sonderheft der der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 2001, S. 152 ff.

Tyrell, Hartmann: Geschlechtliche Differenzierung und Geschlechterklassifikation, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 38 (1986), S. 450 ff.

Vogel, Hans-Jochen: Verfassungsreform und Geschlechterverhältnis. Zur Ergänzung des Art. 3 Abs. 2 GG durch ein Staatsziel Frauenförderung, in: Eckart Klein (Hg.), Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1995, S. 395 ff.

Weppert Andrea: Beratung von Prostituierten unter veränderten gesetzlichen Voraussetzungen. Ein Bericht aus dem Gesundheitsamt Nürnberg, in: Barbara Kave-
mann/Heike Rabe (Hg.), Das Prostitutionsgesetz. Aktuelle Forschungsergebnisse, Umsetzung und Weiterentwicklung, Opladen 2009, S. 253 ff.

West, Candace/Zimmerman, Don: "Doing Gender", in: Judith Lorber/Susan Farrell, (eds.), The Social Construction of Gender. London 1991, S. 13 ff.

Wetterer, Angelika: Hierarchie und Differenz im Geschlechterverhältnis, in: Angelika Wetterer (Hg.), *Profession und Geschlecht. Über die Marginalität von Frauen in hochqualifizierten Berufen*, Frankfurt a.M. 1992, S. 13 ff.

Wetterer, Angelika: *Professionalisierung und Geschlechterhierarchie. Vom kollektiven Frauenausschluss zur Integration mit beschränkten Möglichkeiten*. Kassel 1993.

Wienholtz, Ekkehard: Arbeit, Kultur und Umwelt als Gegenstände verfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen, *Archiv des öffentlichen Rechts* 109 (1984), S. 532 ff.

Winkler, John F.: *Der gefesselte Eros. Sexualität und Geschlechterverhältnis im antiken Griechenland*, Marburg 1994.

Winter, Doris: Arbeitsbedingungen in der Prostitution im Wandel von Zeit und Gesetz, in: Barbara Kavemann/Heike Raabe (Hg.), *Das Prostitutionsgesetz. Aktuelle Forschungsergebnisse, Umsetzung und Weiterentwicklung*, Opladen 2009, S. 221 ff.

Wrase, Michael: Gleichheit unter dem Grundgesetz und Antidiskriminierungsrecht, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hg.), *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, Baden-Baden 2006, S. 78 ff.

Würkner, Joachim: Prostitution und Menschenwürdeprinzip. Reflexionen über die Ethisierung des Rechts am Beispiel des gewerblichen Ordnungsrechts, *NVwZ* 1988, S. 600 ff.

Zimmermann, Udo: *Die öffentlich-rechtliche Behandlung der Prostitution*, Tübingen 2002.

Zimowska, Agnieszka: Eigensinnige Risse in der Klammer der Erfahrung. Identitätspolitische Ambivalenzen bei der Organisation migrantischer Sexarbeiterinnen, in: Marburger Gender-Kolleg (Hg.), *Geschlecht Macht Arbeit. Interdisziplinäre Perspektiven und politische Intervention*, Münster 2008, S. 179 ff.

Zumbeck, Sybille: *Die Prävalenz traumatischer Erfahrungen, Posttraumatischer Belastungsstörung und Dissoziation bei Prostituierten. Eine explorative Studie*, Hamburg 2001.