

Urteil

VG Berlin, §§ 15 II i.V.m. 4 I Nr. 1 GastG Prostitution nicht sittenwidrig

1. Das Gaststättengesetz ist gewerbliches Ordnungsrecht. Es soll das Zusammenleben der Menschen ordnen, soweit ihr Verhalten sozialrelevant ist, nach außen in Erscheinung tritt und das Allgemeinwohl beeinträchtigen kann. Es geht jedoch nicht darum, den Menschen ein Mindestmaß an Sittlichkeit vorzuschreiben (in Anlehnung an BVerwGE 49, 160).

2. Prostitution, die von Erwachsenen freiwillig und ohne kriminelle Begleiterscheinungen ausgeübt wird, ist nach den heute anerkannten sozialetischen Wertvorstellungen in unserer Gesellschaft – unabhängig von der moralischen Beurteilung – im Sinne des Ordnungsrechts nicht (mehr) als sittenwidrig anzusehen.

3. Für die Feststellung der heute anerkannten sozialetischen Wertvorstellungen in unserer Gesellschaft darf der Richter nicht auf sein persönliches sittliches Gefühl abstellen, sondern muss auf empirische Weise objektive Indizien ermitteln; dazu kann es geboten sein, neben Rechtsprechung, Behördenpraxis, Medienecho und (mit Einschränkungen) demoskopischen Erhebungen auch Äußerungen von Fachleuten und demokratisch legitimierten Trägern öffentlicher Belange einzuholen, um den Inhalt von „öffentlicher Ordnung“ bzw. „Unsittlichkeit“ weiter zu konkretisieren.

4. Wer die Menschenwürde von Prostituierten gegen ihren Willen schützen zu müssen meint, vergreift sich in Wahrheit an ihrer von der Menschenwürde geschützten Freiheit der Selbstbestimmung und zementiert ihre rechtliche und soziale Benachteiligung.

5. Offengelassen: Bedeutung von Art. 12 Abs. 1 GG für das Betreiben eines Bordells mit Anbahnungsgaststätte

(amtliche Leitsätze)

Urteil des VG Berlin v. 1.12.2000 – VG 35 A 570/99 – n.rk

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin wendet sich gegen den Widerruf der Gaststättenerlaubnis für das von ihr betriebene „Café P.“ [...] Der Betrieb ist so organisiert, dass für männliche Freier im „Café P.“ die Gelegenheit besteht, von sich aus eine der dort aufhältlichen Prostituierten anzusprechen, um sich – im Falle freiwilliger Zustimmung – mit ihr in den hinteren Gebäudeteil zu begeben, wo sich die von der Klägerin zu einen Stundensatz von 60,— DM bereitgehaltenen Zimmer befinden. [...]

Das Gericht hat Beweis erhoben über die polizeiliche Ermittlungsarbeit im Berliner Rotlichtbereich [...] Schließlich hat das Gericht in Abstimmung mit den Beteiligten fünfzig verschiedene Wissenschaftler, Verbände, Gewerkschaften und kirchliche Stellen hinsichtlich der heutigen sozial-ethischen Bewertung der Prostitution befragt.

Von zweiundzwanzig Adressaten ging bis zur mündlichen Verhandlung am 1. Dezember 2000 keine Antwort ein: Institut für Soziologie der Universität Tübingen, Zentrum für Interdisziplinäre Frauen- und Geschlechterforschung an der Universität Frankfurt am Main, Arbeitsgemeinschaft Sozialwissenschaftlicher Institute e.V., Deutscher Beamtenbund, Bundesverband der Freien Berufe, Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein, Deutscher Ärztinnenbund, Deutscher Bundesjugendring, Deutscher Familienverband e.V., Deutscher Frauenrat, Dachverband der Frauengesundheitszentren in Deutschland e.V., Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege e.V., Paritätischer Wohlfahrtsverband Berlin, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bundesanstalt für Arbeit, Zentralverband der Sozialversicherten, der Rentner und deren Hinterbliebenen Deutschlands e.V., Verband Deutsche Rentenversicherungsträger e.V., Akademie für öffentliches Gesundheitswesen in Düsseldorf, Gewerkschaft der Polizei, Bund der Deutschen Katholischen Jugend, Erzbisum Berlin, Zentralrat der Juden in Deutschland.

Elf Adressaten teilten ausdrücklich mit, dass sie sich nicht in der Lage sähen, für ihre Mitglieder eine Meinung abzugeben: Bundesrechtsanwaltskammer, Deutscher Anwaltsverein, Deutscher Richterbund, Bundesärztekammer, Marburger Bund, Sozialwissenschaftliches Institut der Evangelischen Kirche in Deutschland, Verband der Angestelltenkrankenkassen e.V., AOK Bundesverband, Bundesversicherungsanstalt für Angestellte und Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V. Der Deutsche Landkreistag teilte ebenfalls mit, ihm lägen als kommunalem Spitzenverband keine Erkenntnisse über die heutige sozialetische Bewertung von Prostitution vor. [...]

Hinsichtlich der sieben eingegangenen Antworten, die sich inhaltlich mit den aufgeworfenen Fragen auseinandergesetzt haben, wird auf die Entscheidungsgründe Bezug genommen.¹ [...]

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig und begründet, denn der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Als rechtliche Grundlage des angefochtenen Widerrufsbescheides kommt § 15 Abs. 2 des Gaststättengesetzes (GastG) in Betracht. Danach ist die Erlaubnis zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die die Versagung der Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG rechtfertigen würden. Dieser Versagungsgrund ist gegeben, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit

1 Anm. der Red.: Es handelte sich dabei um folgende Adressaten: 1. Prof. Dr. [...], Institut für Kriminalwissenschaften an der Universität Münster, 2. Privatdozentin Dr. [...], LL.M., Projekt Feministische Rechtswissenschaft, Humboldt-Universität zu Berlin, 3. Deutscher Juristinnenbund, 4. Pro Familia, 5. Bund Deutscher Kriminalbeamter, 6. Zentralverband des Deutschen Handwerks, 7. Industrie- und Handelskammer zu Berlin, 8. Deutscher Industrie- und Handelstag, 9. Deutscher Städtetag, 10. Deutscher Gewerkschaftsbund, Bundesvorstand, 11. Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (Hauptverwal-

tung), 12. Deutsche Angestellten-Gewerkschaft (Bundesvorstand), 13. Arbeitsgemeinschaft der Evangelischen Jugend in der Bundesrepublik Deutschland e.V., 14. Evangelische Aktionsgemeinschaft für Familienfragen e.V., 15. Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland, 16. Konsistorium der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg, der Propst, 17. Caritas-Verband für Berlin e.V. Außerdem wurden Umfragen aus den Jahren 1995/96 verwertet, für die Stellungnahmen von gesellschaftlich relevanten Institutionen und Einzelpersonlichkeiten aus dem politischen und kirchlichen Raum eingeholt worden waren.

nicht besitzt, weil er beispielsweise befürchten läßt, dass er der Unsittlichkeit Vorschub leisten wird. Diese Voraussetzung ist jedoch im vorliegenden Fall nicht erfüllt, denn die Klägerin leistet mit dem Betrieb ihres „Café P.“ nicht im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG der Unsittlichkeit Vorschub.

Der Begriff der „guten Sitten“ ist ein unbestimmter, ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff, der der Verwaltung weder Ermessen noch Beurteilungsspielraum überläßt und dessen Anwendung in vollem Umfang gerichtlicher Nachprüfung unterliegt.² Er ist eine nahezu deckungsgleiche Ausprägung des im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht normierten Schutzgutes der öffentlichen Ordnung.³ Damit soll die Gesellschaft vor Verhaltensweisen geschützt werden, die einem geordneten menschlichen Zusammenleben aufgrund eines Abweichens von allgemein anerkannten Sozialnormen entgegenstünden. Es kommt insofern also auf die tatsächlichen Ordnungsvorstellungen und nicht auf gesollte Vorstellungen an, weshalb es sich um ein empirisches und nicht um ein normatives Phänomen handelt.⁴ Denn nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. September 1975⁵ verweist der Begriff der „Unsittlichkeit“ in § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG nicht auf die in der Gesellschaft herrschende Auffassung über Sitte und Moral auf geschlechtlichem Gebiet, ist also nicht als Moralbegriff oder ethische Forderung zu verstehen.

Die Entscheidung über den Widerruf der Gaststättenerlaubnis hat sich demgemäß einer moralischen Wertung der Menschen und ihrer Handlungen zu enthalten und stattdessen davon auszugehen, dass das Gaststättengesetz gewerbliches Ordnungsrecht ist. § 4 Abs. 1 Nr. 1 und § 15 Abs. 2 GastG sollen mithin das Zusammenleben der Menschen ordnen, soweit ihr Verhalten sozialrelevant ist, nach außen in Erscheinung tritt und das Allgemeinwohl beeinträchtigen kann. Im übrigen ist es nicht Zweck dieser Rechtsnormen, die Sittlichkeit um ihrer selbst willen zu wahren oder den Menschen ein Mindestmaß an Sittlichkeit vorzuschreiben und dieses mit den gewerblichen Überwachungsmitteln durchzusetzen; insoweit betrachtet das Gaststättengesetz die Angehörigen des Gaststättengewerbes nicht als Sittenwächter der Allgemeinheit.⁶

I. Unsittlichkeit im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG liegt nach alledem zunächst in Bezug auf solche geschlechtsbezogenen Handlungen vor, die durch Strafgesetz oder Bußgeldvorschrift verboten sind.⁷ Solche Handlungen begeht die Klägerin nicht.

1. Zum einen verstößt sie mit ihren Zeitungsinseraten nicht gegen § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG. Denn der mit diesem Werbeverbot bezweckte Schutz namentlich von Jugendlichen vor den mit der Prostitution generell verbundenen Belästigungen und Gefahren⁸ ist mit der zwar deutlichen, aber dezenten Werbung für „mehr als nur gepflegte Getränke ...“ nicht tangiert und wird demgemäß auch nach der vor allem in Großstädten üblichen Behördenpraxis als sozialverträglich geduldet.⁹ So wird in der Berliner Presse seit langem unbeanstandet für gewerblichen Sex geworben (z.B. in der BZ täglich auf mindestens zwei Seiten), und der Tagesspiegel veröffentlicht seit Jahren Anzeigen des Nobel-Bordells „P.C.“ mit Pianobar, ohne dass es nach der in der mündlichen Verhandlung erörterten Auskunft des zuständigen Redakteurs jemals zu Beschwerden gekommen wäre. Die Wirkung des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG erschöpft sich demnach heute darin, stark überhöhte Anzeigenpreise für Prostitutionswerbung zu rechtfertigen und dadurch Prostituierte im Vergleich zu anderen Berufsgruppen weiter zu benachteiligen.¹⁰ Von Polizei und Anwaltschaft wird die Sanktionsnorm jedenfalls im Rahmen des Opportunitätsgrundsatzes nicht mehr angewandt, sie ist bereits faktisch obsolet.

2. Zum anderen besteht kein Anlaß, davon auszugehen, dass die Klägerin sich in ihrer Gaststätte durch Ermöglichung von Anbahnungsgesprächen und durch das Schaffen besonders günstiger Arbeitsbedingungen sowie einer gehobenen und diskreten Atmosphäre nach § 180 a Abs. 1 Nr. 2 StGB wegen Förderung der Prostitutionsausübung strafbar machen könnte.¹¹ Zielrichtung dieser Norm ist es, die sich prostituierende Person in ihrer persönlichen Freiheit und wirtschaftlichen Unabhängigkeit gegenüber dem Bordellbetreiber zu schützen,¹² nicht aber, die Prostitution selbst zu bekämpfen. Es wäre deshalb ausgesprochen widersinnig, gerade diejenigen zu bestrafen, der – wie die Klägerin – für die Prostitutionsausübung einigermaßen humane Arbeitsbedingungen schafft, während derjenige unstreitig straflos

2 BVerwG, Urteil vom 15.12.81, BVerwGE 64, 274, 276 = GewArch 1982, 139, 140 [Peep-Show].

3 vgl. Gusy, Polizeirecht, 4. Aufl., Rdnr. 100.

4 Gusy a.a.O. Rdnr. 99; Drewns/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., § 162c, S. 250; a.A. OVG Lüneburg, Urteil vom 17.11.94, GewArch 1995, 109.

5 BVerwGE 49, 160, 162 f. = GewArch 1975, 385, 386 [Prostitution im Hotel].

6 BVerwG a.a.O.

7 BVerwGE 49, 160, 163 = GewArch 1975, 385, 386; Michel/Kienzle, Das Gaststättengesetz, 13. Aufl. 1999, § 4 Rdnr. 16.

8 BGH, Urteil vom 5.5.92, BGHZ 118, 182, 184.

9 vgl. Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG, 3. Aufl., Stand 4/2000, § 120 Rdnr. 14.

10 Laskowski, Die Ausübung der Prostitution – Ein verfassungsrechtlich geschützter Beruf im Sinne des Art. 12 I GG, Diss. 1997, S. 278.

11 Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl. 1997, § 180 a Rdnrn. 10, 12; s. aber noch BGH, NJW 1986, 596, und BGH, NJW 1987, 3209.

12 BT-Drucksache VI/1552, S. 25, 29; VI/3521, S. 47; Horn, in: Rudolphi/Horn/Günther, SK StGB II, 6. Aufl. 1998, § 180 a Rdnr. 2.

bleibt, der einer Prostituierten in menschenunwürdigen Verhältnissen gegen einen überhöhten, aber noch unterhalb der Grenze des Ausbeutens liegenden Mietpreis Unterkunft gewährt¹³ [...]

Nach der ergänzenden Aussage des zuständigen Ersten Kriminalhauptkommissars in der mündlichen Verhandlung vom [...] werden deshalb gegen Betreiber von Gaststätten mit Prostitutionsangeboten ganz allgemein mangels einer Gefahr für die sexuelle Selbstbestimmung der Frau keine Strafanzeigen gefertigt. Insgesamt beabsichtigte der Gesetzgeber mit dem Tatbestand ohnehin nie eine nachdrückliche Strafverfolgung, sondern wollte den Bordellbetreiber in erster Linie veranlassen, „zu seiner eigenen Absicherung ein einigermaßen vertrauensvolles Verhältnis zur Polizei anzustreben“¹⁴, mithin den Strafverfolgungsbehörden zur Erleichterung der Überwachung lediglich ein Ermittlungsthema an die Hand geben¹⁵. Das Gros der Reformvorschläge spricht sich deshalb für eine klarstellende Entkriminalisierung der Unterstützungshandlungen Dritter bei der Pro-

stitutionsausübung aus, die auf einer freien Willensentscheidung einer erwachsenen Person beruht.¹⁶

Mithin sieht auch die Kammer keinen Anlaß, unter strafrechtlichen Gesichtspunkten die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit der Klägerin anzunehmen.

II. Der Tatbestand der Unsittlichkeit im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG ist außerdem gegeben, wenn durch Verhalten, das nicht mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, schutzwürdige Belange der Allgemeinheit berührt werden. Handlungen und Zustände, die eine enge Beziehung zum Geschlechtsleben haben, beeinträchtigen Belange des Allgemeinwohls insbesondere dann, wenn sie nach außen in Erscheinung treten und dadurch die ungestörte Entwicklung junger Menschen in der Sexualsphäre gefährden können, oder wenn andere Personen, die hiervon unbehelligt bleiben wollen, erheblich belästigt werden. Denn niemand hat das Recht, seinen Mitbürgern Angelegenheiten seines Intimlebens aufzudrängen.¹⁷ [...]

13 Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 25. Aufl. 1997, § 180 a Rdnr. 10; s.a. LG Münster, Vorlagebeschluss vom 30.6.92, StV 1992, 581, 582 f.

14 BF-Drucksache VI/1552, S. 27.

15 Gleß, Die Reglementierung von Prostitution in Deutschland,

Berlin 1999, S. 110.

16 vgl. die Nachweise bei Gleß, a.a.O., S. 136; für gänzliche Streichung von § 180 a StGB; zuletzt Gesetzentwurf der PDS-Fraktion vom 1. November 2000, BT-Drucksache 14/4456.

III. Schließlich sind nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG auch noch andere Belange des Gemeinwohls in dem Sinne geschützt, dass sittenwidriges Verhalten zu untersagen ist, wenn es den sozialetischen Wertvorstellungen widerspricht, die in der Rechtsgemeinschaft als maßgebliche Ordnungsvorstellungen anerkannt sind. Dazu gehören nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Verbot der Peep-Show¹⁸ die Wertvorstellungen, die im Verfassungskonsens ihren Niederschlag gefunden haben. Vor allem die Grundrechte mit dem obersten Grundsatz der Menschenwürde seien Ausdruck einer objektiven Wertordnung. Sittenwidrig im gewerblichen Sinne seien deshalb auch alle geschlechtsbezogenen Handlungen, die mit dem – nicht zur Disposition stehenden – Grundrecht der Menschenwürde unvereinbar seien. Hinsichtlich anderer sozialetischer Wertvorstellungen, die dem geschichtlichen Wandel unterworfen seien, sei nicht auf das sittliche Empfinden von kleinen Minderheiten abzustellen, sondern auf die in der Gesellschaft vorherrschende sozialetische Überzeugung, die sich in der Rechtsgemeinschaft zu einer anerkannten Norm für sozialrelevantes Verhalten verdichtet habe.¹⁹ Unter Anlegung dieser Maßstäbe hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung die Prostitution (im Anschluß an die ohne jede Begründung erfolgte grundrechtsausschließende Gleichstellung mit dem Berufsverbrechertum²⁰) „als eine sittenwidrige und in verschiedener Hinsicht sozialwidrige Tätigkeit“ bezeichnet, bei der es sich um eine „mit der Menschenwürde nicht zu vereinbarende Art der Erzielung von Einkünften“ handle und die – „wie sich von selbst versteht“ – nicht Teil des Wirtschaftslebens sei.²¹ [...]

In seiner zweiten Peep-Show-Entscheidung²² verweist das Bundesverwaltungsgericht erneut ohne nähere Begründung darauf, dass die Prostitution, „wie fast ausnahmslos anerkannt“ sei, den guten Sitten widerspreche, um daraus sodann in einer weiteren Entscheidung²³ das Ergebnis abzuleiten, es sei „geklärt“, dass diese Wertung der in der Rechtsgemeinschaft vorherrschenden Überzeugung entspreche, so dass

der Betreiber einer Gaststätte, die – wie die der Klägerin – günstige Bedingungen für die Anbahnung von geschlechtlichen Beziehungen zwischen Prostituierten und ihren Freiern biete, als unzuverlässig im Sinne von § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG zu beurteilen sei²⁴.

An der vorgenannten Rechtsprechung, die sich bislang ohne Angabe konkreter (neuer) Erkenntnisquellen lediglich zu wiederholen pflegte, kann nicht (mehr) festgehalten werden. Sie auf die Klägerin anzuwenden, ist schon deshalb problematisch, weil – wie oben ausgeführt – eine eingreifende Regelung in das Zusammenleben der Menschen durch das gewerbliche Ordnungsrecht nur dann zulässig ist, wenn das beanstandete Verhalten nicht ausschließlich im Privatbereich stattfindet, sondern mit Sozialrelevanz nach außen in Erscheinung tritt.²⁵ Eine Veranstaltung, die von Dritten selbst nicht wahrgenommen werden kann, ist also nicht sittenwidrig.²⁶ Denn eine – erlaubte – Tätigkeit im „Hinterzimmer“ unter Ausschluß der Öffentlichkeit unterliegt mangels einer ordnungsrechtlich relevanten Störung der Allgemeinheit keiner staatlichen Eingriffsbefugnis.²⁷ Die Prostitution in der Einrichtung der Klägerin wird jedoch nicht (wie eine „öffentliche“ Peep-Show-Veranstaltung im Sinne von § 33a Abs. 2 Nr. 1 GewO²⁸) offen in den Gasträumen, sondern in gesonderten Wohnungen ausgeübt. Die Bar selbst bietet unbefangenen Besuchern keine sichtbaren Hinweise auf den Betrieb eines Bordells. Vielmehr trifft man dort [...] auf gemischtes Publikum aus Männern und Frauen, wobei auch letztere ganz normale Kleidung tragen und von sich aus niemanden ansprechen, so dass dem äußeren Anschein nach „nichts passiert“. Eine Störung der Allgemeinheit durch die Ausübung der Prostitution scheint damit nahezu ausgeschlossen.

Selbst wenn man jedoch eine Sozialrelevanz des „Anbahnungsbetriebes“ in der Gaststätte der Klägerin annimmt, kann man – i. S. der oben dargestellten Rechtsprechung – allein aus dem in Art. 1 Abs. 1 GG normierten Schutz der Menschenwürde der Prostituierten keine Unzuverlässigkeit der Klägerin herleiten (1). Darüber hinaus ist Prostitution, die von Erwachsenen freiwillig und ohne kriminelle Begleiterschei-

17 BVerwGE 49, 160, 163 f. = GewArch 1975, 385, 386; Michel/Kienzle, Das Gaststättengesetz, 13. Aufl. 1999, § 4 Rdnr. 16.

18 Urteil vom 15.12.81, BVerwGE 64, 274 = GewArch 1982, 139.

19 Urteil vom 16.12.81, BVerwGE 64, 280, 283 = GewArch 1982, 141, 142 [öffentliche Vorführung des Geschlechtsverkehrs].

20 „Astrologieentscheidung“ vom 4.11.65, BVerwGE 22, 286, 289.

21 Urteil vom 15.7.80, BVerwGE 60, 284, 289 = GewArch 1981, 140 ff.

22 Urteil vom 30.1.90, BVerwGE 84, 314, 319 = GewArch 1990, 212, 213.

23 Urteil vom 14.11.90, Buchholz 451.41 § 4 GastG Nr. 17 = GewArch 1991, 115 f.

24 bestätigt durch Beschlüsse vom 17.4.96 - Buchholz 451.41 § 4 GastG Nr. 22, und vom 7.5.96, GewArch 1996, 425; ebenso:

VGH München, NVwZ-RR 1993, 373; VGH Mannheim, GewArch 1996, 208; VG Hannover, GewArch 1996, 209; VG Meiningen, GewArch 1998, 167, und ThürVGRspr 1998, 146; VG Berlin, GewArch 1998, 200.

25 BVerwG, Urteil vom 16.9.75, BVerwGE 49, 160, 163 = GewArch 1975, 385, 386.

26 Gusy, „Gute Sitten“ als Grenze der Gewerbefreiheit, GewArch 1984, 151, 153.

27 vgl. zur schwierigen Abgrenzung zwischen Privat- und Sozialsphäre: Kese, Rechtssystematische und grundrechtsdogmatische Aspekte der Durchsetzung entkriminalisierter Verhaltensgebote durch die polizeirechtliche Ordnungsklausel, Frankfurt./M. 1991, S. 115 ff.

28 BVerwGE 64, 274 = GewArch 1982, 139, 140.

nungen ausgeübt wird, nach den heute anerkannten sozialetischen Wertvorstellungen in unserer Gesellschaft allgemein im Sinne des Ordnungsrechts nicht (mehr) als sittenwidrig anzusehen (2).

1. Zwar trifft es unzweifelhaft zu, dass die Grundrechte mit dem obersten Grundsatz der Menschenwürde Ausdruck einer objektiven Wertordnung sind,²⁹ die die in der Gesellschaft anerkannten Wertvorstellungen wiedergibt³⁰. Allein daraus läßt sich jedoch noch nicht der allgemeine Schluss herleiten, dass die „gewerbsähnliche geschlechtliche Hingabe gegen Bezahlung“ (selbst wenn sie von Erwachsenen völlig freiwillig ausgeübt wird) „in entwürdigender Weise Intimbereiche zur Ware macht“³¹, mithin schon deshalb „unsittlich“ ist³² und nicht in einer Gaststätte angebahnt werden darf. Denn zum einen ist bislang von der Rechtsprechung auch nicht ansatzweise der Versuch unternommen worden, zum Beleg des Vorwurfes der Würdelosigkeit tatsächliche Feststellungen hinsichtlich der sozialen und psychischen Situation der betroffenen Personen sowie ihrer Arbeitsbedingungen zu treffen.³³ Prostitution ist 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 wird.³⁴ Auf unmittelbaren körperlichen Kontakt kommt es dabei nicht an.³⁵ „Handelsware“ ist also nicht die Person selbst, auch nicht ihr Körper, sondern eine Dienstleistung.³⁶ Schon von daher erscheint jedenfalls ein pauschales Unwerturteil über jede denkbare Ausprägung dieser Tätigkeit als problematisch, ohne dass zuvor Ermittlungen etwa über den Grad der Freiwilligkeit, das persönliche und räumliche Umfeld, den Kundenkreis sowie

die konkrete Ausgestaltung der Beziehung zur Kundin / zum Kunden und die jeweilige Dienstleistungsform angestellt werden.³⁷ Darüber hinaus gehört zum Schutz der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG nach einhelliger Ansicht, dass der Mensch als ein Wesen geschützt werden soll, das kraft seines Geistes befähigt ist, sich seiner selbst bewußt zu werden, sich selbst zu bestimmen und sich und seine Umwelt zu gestalten. Es gibt also keine staatliche Verpflichtung des Menschen zum „richtigen“ Menschsein.³⁸ Menschenwürde ist vielmehr auch dann vorhanden, wenn der konkrete Mensch die Möglichkeit freier Selbstgestaltung zur Selbsterniedrigung mißbraucht.³⁹ Denn solch „unwürdiges“ Verhalten ist als Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet und staatlicherseits als erlaubt hinzunehmen, soweit dieses Verhalten nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz (s.u.) verstößt.⁴⁰ Der Schutz der Menschenwürde kann sich also nicht gegen die darin mitgeschützte Freiheit der Selbstbestimmung richten,⁴¹ und die staatliche Verpflichtung zum Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG) darf nicht dazu mißbraucht werden, den einzelnen durch einen Eingriff in die individuelle Selbstbestimmung gleichsam vor sich selbst zu schützen. Denn dadurch würde das dem Grundgesetz immanente Grundrechtsverständnis in seinem Kern getroffen: Aus Freiheitsverbürgungen gegenüber staatlichen Eingriffen würden Ermächtigungsgrundlagen gerade für solche Eingriffe.⁴² Nur wenn ernsthafte Zweifel an der Fähigkeit zu einer wirklich freien Entscheidungsfindung begründet sind (z. B. wenn ein möglicherweise verwirrter Mensch in erkennbar selbstmörderischer Absicht auf einer Brücke steht oder sich auf andere Weise Schaden zuzufügen droht), kommt unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG eine

29 u.a. BVerfGE 5, 85, 204 ff.; 6, 55, 72; 7, 198, 204 f.; 10, 59, 81; 21, 36, 37 f.

30 vgl. Dickersbach, Sittenwidrigkeit im Gewerberecht, WiVerw 1986, 1, 15.

31 so aber BGH, Urteil vom 6.7.76, BGHZ 67, 119, 125.

32 so aber BVerwG, Urteil vom 15.7.80, BVerwGE 60, 284, 289 = GewArch 1981, 140, 142.

33 vgl. Gleß, a.a.O., S. 123, FN 239; mit Ausnahme der ... heute nicht mehr nachvollziehbaren Bezugnahme auf die Forschungen von Mergen in BGHZ 67, 119, 129.

34 vgl. Meyers Neues Lexikon in 10 Bänden, Mannheim 1993, Stichwort „Prostitution“; Bernsdorf, Soziologie der Prostitution, in: Giese [Hsg.], Die Sexualität des Menschen, Stuttgart 1971, S. 191 ff.; zu den verschiedenen Formen von Prostitution sowie zu Ursachen und sozialer Funktion: Laskowski, Die Ausübung der Prostitution - Ein verfassungsrechtlich geschützter Beruf im Sinne des Art. 12 I GG, Diss. 1997, S. 85 - 107; ferner aus Sicht der Betroffenen: Drößler/Kratz [Hsg.], Prostitution: ein Handbuch, Marburg 1994 [dort z.B. S. 129 ff. zur bislang weitgehend unerforschten lesbischen Prostitution; vgl. dazu auch schon die Hinweise in den 1957 erstatteten Gutachten zum Verfahren über die Verfassungsmäßigkeit der damaligen Strafbarkeit männlicher Homosexualität in BVerfGE 6, 389, 409 ff.].

35 Laufhütte, in: LK 10. Aufl., § 180 a Rdnr. 4.

36 Hamdorf/Lernstedt, Die Kriminalisierung des Kaufes sexueller Dienste in Schweden, KJ 2000, 352, 366.

37 vgl. zu den verschiedenen Institutionalisierungsformen der Prostitution: Ahlemeyer, Prostitutive Intimkommunikation, Gießen 2000 [Nachdruck von 1996], S. 51 - 79; ferner als Beispiel für besonders unwürdige Arbeitsbedingungen: anonym, Ich habe sie alle bestialisch gehaßt, in: Janssen-Jurreit [Hsg.], Frauen und Sexualmoral, Frankfurt/M. 1986, S. 420 ff.

38 Gleß, a.a.O., S. 124 m.w.N. in FN 243; v. Olshausen, Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung? NJW 1982, 2221 ff.; Höfling, Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, 1582 ff.; Hoerster, Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, JuS 1983, 93 ff.; Wirkner, Prostitution und Menschenwürdeprinzip, NVwZ 1988, 600 ff.

39 Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1, Rdnrn. 16, 18 und 21.

40 Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992, S. 109 f.

41 OVG Hamburg, Urteil vom 16.12.86, GewArch 1987, 298, 299.

42 Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., § 16, 3. b), S. 257.

Schutzpflicht des Staates selbst gegen den (vordergründigen) Willen des Grundrechtsträgers in Betracht.⁴³

Die in der Gaststätte der Klägerin tätigen Frauen verfügen jedoch [...] über ein Höchstmaß an Eigenverantwortung hinsichtlich ihrer Anwesenheitszeiten und der Auswahl der Freier, so dass sich im Falle einer Schließung des Betriebes die Arbeitsbedingungen nur verschlechtern könnten: Gegen ihre eigenverantwortliche Entscheidung würden die Frauen in eine Tätigkeit gedrängt, die im Zweifel mit weniger Freiräumen ausgestattet wäre. Ganz allgemein läßt sich sogar sagen, dass die vom Gedanken der Menschenwürde getragene Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Prostitution zum „Kernproblem bei der rechtlichen und sozialen Benachteiligung von Prostituierten“ geworden ist,⁴⁴ die mangels wirksamer Arbeitsverträge keine Arbeitsschutzbestimmungen in Anspruch nehmen und im Regelfall auch keine Sozialversicherungen abschließen können⁴⁵. Damit bleiben Prostituierte gerade in Notfällen wie Krankheit, Arbeitslosigkeit und Alter von den allgemeinen Errungenschaften der sozialen Sicherheit ausgeschlossen, und der vorgebliche Schutz der Menschenwürde durch das Stigma der Unsittlichkeit erweist sich letztlich als Mittel zu ihrer Einschränkung – ein in sich widersprüchliches und folglich nicht ernsthaft vertretbares Ergebnis.

2. Auch das in Art. 2 Abs. 1 GG genannte Sittengesetz, das in § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG seine vorliegend relevante gesetzliche Ausprägung gefunden hat, bietet keine Rechtsgrundlage für den angefochtenen Widerruf der Gaststättenlaubnis. Denn nach den heute anerkannten sozialetischen Wertvorstellungen in unserer Gesellschaft, die insoweit – wie dargestellt – als maßgeblich zugrundezulegen sind, ist Prostitution, die freiwillig und ohne kriminelle Begleiterscheinungen ausgeübt wird, unabhängig von der moralischen Bewertung⁴⁶ nicht mehr allgemein im Sinne des Ordnungsrechts als sittenwidrig anzusehen. Abzuheben ist dabei nicht auf das Empfinden von kleinen Minderheiten. Andererseits ist nicht erforderlich – und praktisch auch so gut wie ausgeschlossen –, dass die Wertvorstellung von sämtlichen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft getragen wird.

Maßgeblich ist vielmehr die vorherrschende sozialethische Überzeugung.⁴⁷ Bei dem Maßstab der guten Sitten handelt es sich allerdings nicht um irgendwie vorgegebene und daher (grundsätzlich) unveränderliche Prinzipien reiner Sittlichkeit; vielmehr sind die Anschauungen der „anständigen Leute“ zu ermitteln, die einem geschichtlichen Wandel unterliegen.⁴⁸ Ob ein solcher Wandel in den gesellschaftlichen Anschauungen stattgefunden hat, bedarf der Feststellung der Instanzgerichte.⁴⁹

a) Bezüglich der sozialen Bedeutung von Prostitution sind über die vergangenen Jahrhunderte erhebliche Veränderungen innerhalb des abendländischen Kulturkreises zu beobachten.⁵⁰ [...] Beispielsweise in Athen waren seit dem 7. Jh. v. Chr. für die ärmeren Bürger „Dikteriaden“ in Bordellen kaserniert, während wohlhabende Bürger sich von „Hetären“ und „Auletriden“ (Flötenspielerinnen) mit Musik und Tanz unterhalten ließen. Unter dem Einfluß des Christentums wurden Prostituierte zunächst diffamiert, zeitweise sogar mit der Todesstrafe bedroht, und sahen sich erst im späteren Mittelalter wieder zunehmend toleriert. Die „Freudenhäuser“ standen im Besitz der Landesherren, der Städte und auch der Kirche. Ein Viertel der Teilnehmer an den Kreuzzügen waren bezahlte Frauen.⁵¹ Zur Zeit des aufgeklärten Absolutismus in Preußen war Prostitution eine offen konzessionierte Erwerbstätigkeit, um dann während der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit dem Wandel der Einstellung zur Sexualität, der Entwicklung des bürgerlichen Frauenideals und der Neuinterpretation des Gewerbebegriffes von der merkantil-fiskalischen Erwerbsquelle zur „ehrliehen Arbeit“ wieder ins Abseits der offiziellen Rechtsordnung zu geraten und polizeilich reglementiert zu werden. Erst 1927 wurde die Prostitution nach einer sozialreformerischen Kampagne wieder „freigegeben“ und von der Polizeiaufsicht des Kaiserreichs befreit. Doch schon wenig später nahmen die Nationalsozialisten diese Reform wieder zurück, indem sie jegliche „Verfehlung gegen die geschlechtliche Sittlichkeit“ verdamnten und Prostituierte als Asoziale und „geborene Verbrecher“ in Lager deportierten. Zugleich wurden jedoch in vielen deutschen Städten Bordelle eingerichtet, u.a. für Wehrmachtssoldaten und „fremd-

43 vgl. Singer, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133, 1141.

44 Stellungnahme des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 9. Februar 2000; Streitakte Bd. I, Bl. 154.

45 vgl. Laskowski, a.a.O., S. 23 ff.

46 s. die oben zitierte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.9.75, BVerwGE 49, 160 = GewArch 1975, 385, 386 [Prostitution im Hotel].

47 BVerwG, Urteil vom 30.1.90, BVerwGE 84, 314, 319 = GewArch 1990, 212, 213.

48 BVerfG, Urteil vom 15.1.58, BVerfGE 7, 198, 215 [Strafbarkeit

der Homosexualität].

49 BVerwG, Beschluss vom 7.5.96, GewArch 1996, 425.

50 vgl. zur Geschichte und Rechtsgeschichte der Prostitution: Bargon, Prostitution und Zuhälterei, Lübeck 1982, S. 46-76; Laskowski, Die Ausübung der Prostitution – Ein verfassungsrechtlich geschützter Beruf im Sinne des Art. 12 I GG, Diss. 1997, S. 51-79; ferner ab dem Mittelalter: Gleß, Die Reglementierung von Prostitution in Deutschland, Berlin 1999, S. 14 ff.; s.a. Meyers Enzyklopädisches Lexikon in 25 Bänden, Mannheim 1977, Stichwort „Prostitution“.

51 Wesel, Prostitution als Beruf, NJW 1999, 2865.

völkische Arbeiter“ sowie in Arbeits- und Konzentrationslagern.⁵²

In der Bundesrepublik Deutschland ist Prostitution innerhalb der durch das Strafrecht gezogenen Grenzen erlaubt. Rund 70 % der männlichen Bevölkerung haben irgendwann in ihrem Leben mit einer der z.Zt. etwa 400.000 Frauen Kontakt, die einen Jahresumsatz von ca. 12,5 Mrd. DM erwirtschaften und deren Dienste täglich etwa 1,2 Mio. mal in Anspruch genommen werden.⁵³ Gleichwohl werden die Frauen noch immer zivil-, arbeits- und sozialrechtlich diskriminiert.⁵⁴ Dies ist mit dem in den letzten Jahrzehnten zu beobachtenden Wandel der sozialetischen Bewertung der Prostitution nicht (mehr) zu vereinbaren.

b) Die Feststellung dieses Wandels begegnet erheblichen Schwierigkeiten, da sie auf empirische Weise zu erfolgen hat,⁵⁵ also nicht allein das persönliche sittliche Gefühl des Richters maßgebend sein kann⁵⁶. Genau diese Gefahr aber bestünde, wenn der Richter davon ausginge, dass sich einschlägige Wertvorstellungen angesichts des Pluralismus und der Zeitgebundenheit von Anschauungen und Gewohnheiten im Regelfall gar nicht feststellen ließen und er deshalb auf die (allein von ihm auszulegende) Rechtsordnung zurückgreifen müßte⁵⁷. Um einer willkürlich-subjektiven Anwendung ausfüllungsbedürftiger Sozialnormen vorzubeugen, zumal wenn sie in den Grundrechtsschutz eingreifen, ist es angezeigt, durch ein formalisiertes, gerichtlich kontrollierbares Verfahren dafür vorzusorgen, dass die wesentlichen Entscheidungsfaktoren geprüft und die mit der Norm angestrebten Ziele wirklich erreicht werden.⁵⁸ In diesem Sinne ist zunächst auf die konkret feststellbaren Indizien für die in der Rechtsgemeinschaft vorherrschende Überzeugung abzustellen, nämlich auf die Behördenpraxis, die Rechtsprechung und die von ihnen ausgelösten Reaktionen in der Öffentlichkeit.⁵⁹

aa) Zwar hat die oben dargestellte Rechtsprechung die Prostitution fast durchgängig als sittenwidrig angesehen,⁶⁰ doch ergeben sich insoweit bereits bei Anschauung der Behördenpraxis Zweifel, da die Prostitution durch den Beklagten – wenngleich bestritten – bislang offensichtlich dann in Gaststätten geduldet wurde und – mit Ausnahme des vorlie-

genden Falles – weiter geduldet wird, wenn sie ohne kriminelle Begleiterscheinungen und in diskreter Weise stattfindet. [...]

cc) Dem entspricht – als weiteres Indiz – auch die bereits erwähnte Gesetzesinitiative der gegenwärtigen Regierungskoalition mit dem Ziel, die rechtliche und soziale Stellung der Prostituierten zu verbessern. Die beschleunigte Umsetzung dieses Vorhabens wird bereits von den Vereinten Nationen angemahnt. [...]

dd) Eine weitere Bestätigung der bislang ermittelten Indizien für einen gesellschaftlichen Wandel in der Akzeptanz von Prostitution in Deutschland ergibt sich ferner aus einer längerfristig angelegten demoskopischen Erhebung.⁶¹ Danach stimmten der Einschätzung von Prostitution als „das darf man unter keinen Umständen tun“ 1981 noch 42% der Befragten, 1990 30% der befragten West-Deutschen und 51% der befragten Ost-Deutschen, 1994 aber nur noch 25% der West-Deutschen und 34% der Ost-Deutschen zu. Allerdings sind demoskopische Erhebungen im Hinblick auf die Struktur einer repräsentativen Demokratie und mangels eines fundierten Diskussionsprozesses in öffentlicher Rede und Gegenrede regelmäßig für sich allein ungeeignet, verbindliche Aussagen über einen sozialetischen Konsens zu treffen.⁶² Insofern sind sie nach Auffassung der Kammer – jedenfalls sofern sie bereits vorliegen – zwar in die Entscheidungsfindung einzubeziehen, bedürfen jedoch einer zusätzlichen Bestätigung durch Anhörung von Fachleuten und demokratisch legitimierten Trägern entsprechender öffentlicher Belange, solange ein vom Bundesverfassungsgericht bevorzugtes förmliches Feststellungsverfahren⁶³ vom Gesetzgeber nicht zur Verfügung gestellt ist. Dabei knüpft die Kammer an Vorschläge aus der Fachliteratur zur Einrichtung entsprechender Kommissionen oder staatlicher Ausschüsse an, die etwa nach dem Vorbild der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften mit Vertretern unterschiedlicher gesellschaftlicher Kreise besetzt werden und die Aufgabe lösen könnten, den Inhalt der „öffentlichen Ordnung“ weiter zu konkretisieren.⁶⁴ Die Antworten der Wissenschaftler, Verbände, Gewerkschaften und kirchlichen Stellen, die die Kammer von diesem Ansatz aus in Abstimmung mit den Beteiligten hinsichtlich der heutigen sozial-ethischen Bewertung der in

52 vgl. Gleß, a.a.O., S. 11 f., 76 ff., 97 ff.; sowie dies., Obrigkeit und Hurenwirt, ZRP 1994, 436 ff.

53 vgl. BT-Drucksache 11/7140, S. 4 ff., 7; Laskowski, Die Ausübung der Prostitution - Ein verfassungsrechtlich geschützter Beruf im Sinne des Art. 12 I GG, Diss. 1997, S. 80 f. und FN 240, S. 91.

54 vgl. Wesel, a.a.O.; sowie ders., Frauen schaffen an, das Patriarchat kassiert ab, NJW 1998, 120 f.

55 Gusy, a.a.O., RdNr. 99; ders.: Sittenwidrigkeit im Gewerbebereich, DVBl. 1982, 984, 987; Kese, a.a.O., S. 145 ff.

56 BVerfG, Urteil vom 10.5.57, BVerfGE 6, 389, 434.

57 so aber Dickersbach, a.a.O., S. 20 f.; Teubner, Standards und Di-

rekativen in Generalklauseln, 1971, S. 99.

58 BVerfGE 33, 303, 341; 41, 251, 265; 49, 168, 182.

59 BVerwGE 84, 314 [318] = GewArch 1990, 212.

60 deutlich zweifelnd lediglich: VGH Kassel, Urteil vom 26.1.89, InfAuslR 1989, 148, 149.

61 Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie 1993 – 1997, Bd. 10, München 1997, S. 770 ff.

62 OVG Lüneburg, Urteil vom 17.11.94, GewArch 1995, 109 f.

63 BVerfGE 33, 303, 341; 41, 251, 265; 49, 168, 182.

64 Hill, Abschied von der öffentlichen Ordnung im Polizei- und Ordnungsrecht? DVBl. 1985, 88, 93 f.

freier Verantwortung und ohne Begleitkriminalität ausgeübten Prostitution befragt hat, belegen in eindrucksvoller Weise, dass die in sexuellen Fragen bevormundend enge und von Doppelmoral geprägte Sichtweise der 50er und 60er Jahre, als sogar noch männliche Homosexualität, Ehebruch und das Übernachtenlassen eines Verlobten bei der eigenen Tochter strafbar waren und Beamte, die ihre Frau betrogen, mit Entlassung aus dem Dienst zu rechnen hatten,⁶⁵ endgültig der Vergangenheit angehört und sich das gesellschaftliche Bewußtsein in der Bundesrepublik Deutschland gewandelt hat in Richtung Pragmatismus und Ehrlichkeit sowie Toleranz, Respekt und Fürsorge für diejenigen, die in einem problematischen (aber höchst gefragten) Beruf arbeiten, besonderen Gefahren durch Freier, Kriminelle und andere Nutznießer der Branche ausgesetzt sind und gerade deshalb einer sozialen und rechtlichen Absicherung besonders bedürfen.

Konkret läßt sich das Ergebnis der Umfrage in folgende Aussagen zusammenfassen:

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. Auch soweit aus der vom christlichen Menschenbild abgeleiteten Ethik grundsätzliche Bedenken gegen jede Art von Prostitution bestehen, wird deutlich von den daraus abzuleitenden rechtlichen Konsequenzen unterschieden (was besonders hervorzuheben ist, zumal es in Einklang mit der Rechtsprechung steht, dass der ordnungsrechtliche Begriff der „Unsittlichkeit“ nicht als Moralbegriff oder ethische Forderung zu verstehen ist⁶⁶). So findet das Gesetzgebungsvorhaben der gegenwärtigen Regierungskoalition, die rechtliche und soziale Benachteiligung der Prostituierten durch Abschaffung des Stigmas der „Unsitt-

lichkeit“ zu beseitigen und ihre Tätigkeit als grundrechtlich geschützten Beruf mit Sozial- und Krankenversicherungsschutz anzuerkennen, einhellige Unterstützung. Die Menschenwürde der Prostituierten werde durch rechtliche Ausgrenzung nicht geschützt, sondern verletzt. Verantwortliche Sexualerziehung, Beratung und jede Form der Unterstützung seien die allein geeigneten Mittel, um Prostituierten zu Lebensbedingungen zu verhelfen, die ihnen, wenn sie aus einer (im weitesten Sinne zu verstehenden) Notlage heraus handelten, auch die Entscheidung zum Ausstieg aus diesem Beruf ermöglichten. [...]

Nach alledem kann auch nach den in unserer Gesellschaft erkennbaren vorherrschenden sozialetischen Überzeugungen nicht (mehr) davon ausgegangen werden, dass im Betrieb der Klägerin (unabhängig von der moralischen Bewertung) im rein ordnungsrechtlichen Sinn der „Unsittlichkeit Vorschub geleistet“ wird mit der Folge, dass ihre gaststättenrechtliche Zuverlässigkeit in Frage zu stellen wäre.⁶⁷ Demnach bedarf es vorliegend keiner Entscheidung, ob der Betrieb einer Gaststätte mit integriertem Bordell als Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG zu verstehen ist, dessen Ausübung im Sinne einer objektiven Zulassungsschranke nur unter der besonders strengen Voraussetzung untersagt werden darf, dass die Abwehr nachweisbarer und höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dies erfordert.⁶⁸ Die bisher vom Bundesverwaltungsgericht vertretene Auffassung, Prostitution falle als gemeinschaftsschädliche Tätigkeit ebenso wie die des Berufsverbrechers von vornherein nicht unter die Freiheitsverbürgung des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG,⁶⁹ dürfte jedenfalls heute nicht mehr haltbar sein⁷⁰.

Fehlt demnach die tatbestandliche Voraussetzung für den Konzessionswiderruf, so gilt dies ebenfalls für die Untersagung der weiteren Betriebsführung gem. § 15 Abs. 2 GewO. [...]⁷¹

65 vgl. im einzelnen Wesel, NJW 1998, 120 f.

66 BVerwG, GewArch 1975, 385, 386.

67 in diesem Sinne auch: Beschluss der Kammer vom 1. August 2000 – VG 35 A 51.00 –; ebenso Hoffmann/Seitter, Gaststättenrecht, 4. Aufl. 1995, § 4 GastG Rdnr. 16; Unzuverlässigkeit jedoch bejaht bei Beschäftigung illegaler Ausländerinnen: Beschluss der Kammer vom 16. August 2000 – VG 35 A 525.99 –.

68 BVerfG, Urteil vom 11.6.58, BVerfGE 7, 377 ff.

69 „Astrologie-Entscheidung“ vom 4.11.65, BVerwGE 22, 286.

70 vgl. Berg, Berufsfreiheit und verbotene Berufe, GewArch 1977, 249 ff.; Scholz, in: Maunz-Dürig, GG, September 1981, Art. 12, Rdnrn. 24 ff.; LG Münster, StV 1992, 581, 582 [Das Bundesverfassungsgericht, das diesen Vorlagebeschluss am 7.3.94 – 2 BvL 69/92 – (unveröffentlicht) als unzulässig zurückwies, deutete allerdings an, dass es anders hätte entscheiden können, wenn aus-

reichend begründet worden wäre, dass „die zur Prüfung gestellten Strafvorschriften einen nicht erforderlichen und daher verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Grundrechte des Bordellbetreibers und der Prostituierten aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellten“]; Leo, Die strafrechtliche Kontrolle von Prostitution – Bestandsaufnahme und Kritik, Diss. 1995, S. 65; Laskowski, Die Ausübung der Prostitution – Ein verfassungsrechtlich geschützter Beruf im Sinne des Art. 12 I GG, Diss. 1997, S. 170 ff., 329 und FN 1310; Wesel, NJW 1999, 2865 f.; VGH Mannheim, Urteil vom 19.4.00, NVwZ 2000, 1070, 1072; Weber, Gesetz- oder sittenwidrig, aber steuerpflichtig, JuS 2000, 1059, 1065 f., mit Hinweis auf einen Wandel in der Rechtsprechung des BFH.

71 *Hinweis der Redaktion:* Das Urteil ist im Internet unter www.berlin.de/vg publiziert.

Anmerkung zum Urteil des VG Berlin vom 1.12.2000

Bislang lautete das Urteil der deutschen Rechtsordnung zu Prostitution ganz überwiegend auf Sittenwidrigkeit; mit der öffentliches Aufsehen erregenden Berliner Entscheidung, aber auch jüngerer Rechtsprechung anderer Gerichte ändert sich das. Das Berliner VG hat für das Gaststättenrecht entschieden, Sittenwidrigkeit und damit eine Unzuverlässigkeit von Gewerbetreibenden läge nicht vor, wenn Prostitution von Erwachsenen freiwillig und ohne kriminelle Begleiterscheinungen ausgeübt werde. Im konkreten Fall hatte die Betreiberin eines Bordells in Form einer Gaststätte mit Zimmervermietung im Hinterhaus und entsprechender Werbung gegen den Entzug der Gaststättenereulaußnis nicht nur geklagt, sondern auch für Medienöffentlichkeit und erfahrene anwaltliche Vertretung gesorgt. In einem anderen Fall entschied das BSG, dass Telefon- bzw. BTX-Sex nicht ohne weiteres derart sittenwidrig sei, dass Arbeitskräfte nicht versichert werden müssten.¹

Die Entscheidungen markieren eine Trendwende.² In der Vergangenheit haben schon andere Gerichte an der letztlich doppelmoralischen Haltung oberer Instanzen gezweifelt; die uneinheitliche Rechtslage, nach der Prostitution in einigen Rechtsgebieten anerkannt³, in anderen abgewertet und im Strafrecht pönalisiert wird zeigt die Öffnung des Rechts für einen Wandel. So sehr dieser zu begrüßen ist, so ambivalent ist doch der Weg, den das VG beschreitet. Positiv scheint die Anerkennung von Prostitution als Beruf, die letztlich das Urteil trägt, gefährlich aber ist es, eine verwaltungsrechtlich bedeutsame Sittenwidrigkeit weiterhin aus Ansichten der Bevölkerung herzuleiten. Zwar hat sich der Richter im Berliner Fall die Mühe gemacht, Studien zur Situation von Prostituierten und Stellungnahmen aus Anhörungen auszuwerten und auch selbst bei Institutionen vom Juristinnenbund bis zum Städtetag nachgefragt, was heute über Prostitution gedacht wird. Doch ist dies weder repräsentativ und methodisch abgesichert, noch entspricht es der aus den Grundrechten abzuleitenden Forderung, dass die Auffassung einer Bevölkerungsmehrheit über die Rechte Einzelner nicht entscheiden kann⁴. (Verfassungs-)rechtlich angemessener ist es demgegenüber, „Sittenwidrigkeit“ im modernen Sinne einer Gefährdung von Rechtsgütern zu deuten und damit grund-

rechtliche Kriterien anzuwenden, nicht zweifelhafte empirische Aussagen gelten zu lassen. In diesem Fall mag das Ergebnis gefallen, im nächsten aber kann es ganz anders sein.

Die Rechtsprechung des VG kann in der Praxis dazu führen, im Gewerberecht, aber auch im Bauplanungsrecht die Genehmigung dafür zu erwirken oder zu behalten, Prostituierten sichere und menschenwürdige Arbeitsbedingungen zu schaffen. Sie zeigt aber erneut den dringenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf. Die im Bundestag laufende rechtspolitische Debatte um die Neuregelung der Prostitution verdeutlicht allerdings auch, wie schwierig das ist. Ziel einer Reform muss, ausgehend von den Bedürfnissen der bislang diskriminierten Prostituierten, der Schutz vor Gewalt, Gefährdung und Abhängigkeiten sein. Wie aber lässt sich das gesetzestechnisch leisten, ohne gleichzeitig Ausbeutungsverhältnisse zwischen Prostituierten und Zuhältern oder Gewalt von Freiern zu legitimieren? Das Verfassungsrecht steht Verträgen über sexuelle Dienstleistungen grundsätzlich nicht entgegen, denn die sexuelle Selbstbestimmung umfasst auch das Recht, sexuelle Handlungen vorzunehmen, zu versprechen oder vornehmen zu lassen. Praktisch muss insbesondere ermöglicht werden, dass sich Prostituierte freiwillig versichern; dazu bedarf es lediglich einer Regel, die zur Aufnahme in Versicherungen zwingt.

Diskutiert werden aber umfassende gesetzgeberische Vorhaben, die jeweils unterschiedliche Schwächen aufweisen: Prostitution arbeitsrechtlich anzuerkennen, bietet keinen ausreichenden Schutz, was nicht zuletzt die Situation von erwerbstätigen Frauen

1 BSG, 8.10. 2000, ArbuR 2000, 363, m. Anm. Stefanie Becker-Berke in G+G 2000, Nr 11, 50. Ähnlich OLG Köln, NJW-RR 1998, 1277; OLG Hamm, 23. 11. 1999 - 26 U 139/99. Ein faktisches Arbeitsverhältnis anerkennt auch BAG AP Nr 18 zu § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis.
2 Anders z.B. BVerwGE 64, 274 u. (Peep-Shows); VGH Mannheim, NVwZ-RR 1996, 327; VGH Kassel, NVwZ-RR 1996, 84; BGHZ 118, 182 und NJW 1998, 2895 (Telefonsex).

3 Zur Freizügigkeit in Europa vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2000, 1070; zu Mietwucher OLG Koblenz, NZM 1998, 479, zum Schadensersatz BGHZ 67, 119; zur Bordellpacht BGHZ 63, 365; zur Vorführung pornografischer Filme (!) BVerwGE 71, 34
4 BVerfGE 6, 389, 434. Nicht ausreichend ist auch das Abheben auf die „Rechtsgemeinschaft“ im Sinne einer Fachöffentlichkeit wie in BVerwG, GewArch 1998, 419.

immer wieder verdeutlicht. Prostitution im allgemeinen Vertragsrecht anzuerkennen, macht Intimität, Sexualität und den Körper zu einer Ware, was nicht zuletzt in Zeiten intensiver Diskussion um Organhandel und den Schutz körperlicher Integrität bedenklich scheint. Nur die Ansprüche von Prostituierten auf ihr Entgelt anzuerkennen, vermeidet das zwar, beendet aber nicht die Debatte um Sittenwidrigkeit in anderen Rechtsgebieten.

Konsequent wäre es insofern, die allgemeine Vorschrift zur Sittenwidrigkeit des § 138 BGB klarstellend um eine Formulierung zu ergänzen, wonach Rechtsgeschäfte zu sexuellen Dienstleistungen nicht ohne weiteres zur Sittenwidrigkeit führen. Deutlicher noch könnte auch geregelt werden, dass es sich um freiwillige Angebote handeln muss, die folglich auch nicht Gewalt zum Inhalt haben dürfen, da Gewalt die Unfreiwilligkeit impliziert. Diese umfassende Lösung würde den Rechtsmakel auch überall beseitigen. Nicht zu befürchten ist, dass z.B. Arbeitsämter dann Frauen zwingen können, Prostitution nach SGB III § 2 als „zumutbare Beschäftigung“ auszuüben, denn das widerspräche der Freiwilligkeitsanforderung. Zu hoffen ist nun nur noch, dass sich die Politik baldmöglichst entscheidet. Die jüngere Rechtsprechung weist zwar in die richtige Richtung. Eine Regelung erübrigt sich damit allerdings nicht.

Susanne Baer