

Frida Rüedi

Zulassung von ausländischen Sexarbeiterinnen im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens

Vereinbarkeit der Zulassungspraxis des Kantons Bern mit den Garantien des Freizügigkeitsabkommens

Das Cabaret-Tänzerinnen Statut wurde per 1. Januar 2016 aufgehoben. Dieses erlaubte bis anhin als Ausnahmeregelung unqualifizierten Drittstaatsangehörigen die legale Tätigkeit in der schweizerischen Erotikbranche. Durch diese Veränderung gewinnt die Zulassung von Staatsangehörigen der EU/EFTA in einschlägiger Branche an Aktualität. Die Autorin setzt sich mit der Praxis des Kantons Bern und den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens auseinander.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Ausländer- und Asylrecht; Bilaterale Abkommen CH-EU

Zitiervorschlag: Frida Rüedi, Zulassung von ausländischen Sexarbeiterinnen im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens, in: Jusletter 18. Januar 2016

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Zulassung von Staatsangehörigen der EU/EFTA
 - 2.1. Bundesrecht
 - 2.2. Regelung der Sexarbeit im Kanton Bern
3. Garantien des Freizügigkeitsabkommens
 - 3.1. Verhältnis zum Unionsrecht
 - 3.2. Persönlicher Schutzbereich
 - 3.3. Sachlicher Schutzbereich
 - 3.3.1. Arbeitnehmerfreizügigkeit
 - 3.3.2. Niederlassungsfreiheit
 - 3.3.3. Dienstleistungsfreiheit
 - 3.4. Grenzüberschreitender Sachverhalt
 - 3.5. Beeinträchtigung
 - 3.5.1. Diskriminierungsverbot
 - 3.5.2. Beschränkungsverbot
 - 3.5.3. Einordnung der kantonalen Regelung
 - 3.6. Rechtfertigung
 - 3.6.1. Rechtfertigungsgründe
 - 3.6.1.1. Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit
 - 3.6.1.2. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses
 - 3.6.2. Nichtvorliegen wirtschaftlicher Gründe
 - 3.6.3. Verhältnismässigkeit
 - 3.6.3.1. Businessplan und persönliches Gespräch
 - 3.6.3.2. Einreichung des Mietvertrags
 - 3.6.3.3. Wartefrist
 - 3.6.3.4. Sanktionen
 - 3.7. Zusammenfassung
4. Schlussfolgerung und Ausblick

1. Einleitung

[Rz 1] Die Sexarbeit ist ein sehr heikles Themengebiet. Gerade wenn es um die Diskussion «angemessener» Vorschriften geht, wird ein weites Spektrum von Ansichten vertreten, teils geleitet von Sittlichkeitsgedanken, teils ausgehend von einer Opferrolle der Sexarbeiterin. Die Fülle von subjektiven Wertungen im Bezug auf das Erotikgewerbe ist verständlich, dennoch sollte sich das Recht nicht an Emotionen orientieren, sondern sich zum Ziel setzen, die für die betroffenen Personen beste Regelung zu finden.

[Rz 2] Die beste Regelung würde die Drucksituation, in der sich ausländische Sexarbeiterinnen teilweise befinden, so weit wie möglich aufheben. Leider ist es eine Illusion zu glauben diese Notlagen könnten mittels einer passenden Regelung aufgehoben werden: Häufig haben diese wirtschaftliche Gründe und sind generell eine Folge der ungleichen Verteilung von Wohlstand in Europa und der Welt. Die einzig wirklich wirksame Massnahme wäre die Bekämpfung dieser Ungleichheit.

[Rz 3] Der gängigste Begriff für eine Person, die in der Erotikbranche arbeitet, ist derjenige der oder des «Prostituierten». Prostitution «kann sowohl hetero- wie homosexuelle Prostitution sein. Sie besteht im gelegentlichen oder gewerbsmässigen Anbieten und Preisgeben des eigenen Körpers an beliebige Personen zu deren sexueller Befriedigung gegen Entlohnung in Geld oder anderen materi-

ellen Werten. Die sexuelle Handlung braucht nicht in der Vornahme des Beischlafs zu bestehen». ¹ In vorliegendem Artikel wird der Begriff «Sexarbeit» verwendet. Damit soll darauf hingewiesen werden, dass die Sexarbeit in der Regel von selbstbestimmten Personen ausgeübt wird, die sich für diese Branche entschieden haben. ² Auf eine Wertung wird bewusst verzichtet.

[Rz 4] Die Verwendung des jeweiligen Geschlechts soll nicht implizieren, dass eine Person typischerweise weiblich oder männlich ist. Gemeint sind Transmenschen, Frauen und Männer gleichermaßen.

2. Zulassung von Staatsangehörigen der EU/EFTA

2.1. Bundesrecht

[Rz 5] Das Bundesrecht kennt ausländerrechtliche Regelungen, die von den Kantonen vollzogen werden. ³ Aufenthalte von bis zu drei Monaten werden von der Meldepflicht erfasst. ⁴ Diese wird i.d.R. elektronisch erledigt. ⁵ Arbeitnehmer müssen die Meldung einen Tag, ⁶ selbständig Erwerbende acht Tage vor Aufnahme der Tätigkeit vornehmen. ⁷ Die Arbeitgeberin resp. die selbständig erwerbende Person muss Identität, ausgeübte Tätigkeit und Arbeitsort angeben, ⁸ sowie bei entsandten Arbeitnehmern den vereinbarten Lohn. ⁹ Der Aufenthalt von über drei Monaten unterliegt der Bewilligungspflicht, ¹⁰ wobei ähnliche Dokumente eingereicht werden müssen. Die Behörde erteilt je nach Dauer der Tätigkeit eine Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung (L EU/EFTA

¹ Botsch. Strafgesetzbuch, 1082 f., vgl. auch BGE 21 IV 86 E. 2a S. 88.

² Zur Begriffsverwendung siehe insbesondere: KRUMM JÜRIG: Die Zukunft des Prostitutionsstrafrechts (Diss. Zürich 2014), Rz 19–22; MARINELLO LAURA: Bietet das Freizügigkeitsabkommen taugliche Instrumente zur Regelung der Prostitution in der Schweiz?, in: Achermann Alberto *et al.* (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010 (Bern 2010), S. 43; Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration FIZ et al.: Diskussionspapier Sexarbeit 2014, <http://www.fiz-info.ch/de/Themen/Sexarbeit> («Diskussionspapier Sexarbeit») (Website zuletzt besucht am 30. Oktober 2015), S. 4; Bericht der nationalen Expertengruppe über die Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe vom März 2014, S. 9.

³ Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration (SEM) zur Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP) vom April 2015, Kap. 1.4 S. 16 f.

⁴ Art. 2 Abs. 4 Anh. I des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA) vom 1. Juni 2002 (SR 0.142.112.681), Art. 9 Abs. 1^{bis} der Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP) vom 22. Mai 2002 (SR 142.203) i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG) vom 8. Oktober 1999 (SR 823.20).

⁵ Weisungen VEP (Fn. 3), Kap. 3.3.2 S. 38.

⁶ Art. 9 Abs. 1^{bis} VEP letzter Satz.

⁷ Art. 9 Abs. 1^{bis} VEP erster Satz und letzter Satz *e contrario* i.V.m. Art. 6 Abs. 3 EntsG; Weisungen VEP (Fn. 3), Kap. 3.3.3 S. 39.

⁸ Art. 9 Abs. 1^{bis} VEP i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EntsG.

⁹ Weisungen VEP (Fn. 3), Kap. 3.3.9 S. 44.

¹⁰ Art. 6 Abs. 3 Anh. I FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20).

bez. B EU/EFTA).¹¹ Die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Meldepflicht kann mit Busse bestraft werden.¹²

[Rz 6] Bei Aufenthalten von bis zu drei Monaten ist folglich eine relativ einfache Meldung kurz vor Aufnahme der Arbeit möglich.

[Rz 7] Für Tätigkeiten im Erotikgewerbe sind bereits auf Bundesebene Abweichungen von den üblichen Regelungen vorgesehen. Die Meldung oder Bewilligung erfordert zusätzliche Dokumente.¹³ Gemäss dem Bericht zur Rotlichtproblematik trifft die unselbständige Sexarbeiterin eine Mitwirkungspflicht,¹⁴ dies neben der elektronischen Meldepflicht, die der Arbeitgeberin obliegt.¹⁵ Die Sexarbeiterin ist nur sehr restriktiv als selbständig zu qualifizieren. Konkret dürfte sie als solche nur im Rahmen der Strassensexarbeit oder unter Umständen als Mieterin qualifiziert werden.¹⁶ Schliesslich muss die Tätigkeit im Erotikgewerbe bereits ab der Dauer von einem Tag gemeldet werden.¹⁷

2.2. Regelung der Sexarbeit im Kanton Bern

[Rz 8] Im Kanton Bern wird die Sexarbeit seit 2012 durch das Gesetz über das Prostitutionsgewerbe¹⁸ geregelt. Dessen Zweck ist der Schutz der Sexarbeiterinnen in verschiedener Hinsicht sowie der Schutz der Bevölkerung vor störenden Begleiterscheinungen der Sexarbeit.¹⁹ Zunächst ist auffällig wie auch begrüssenswert, dass das Gesetz, trotz der unklaren bundesrechtlichen Lage,²⁰ die Sittenwidrigkeit der Sexarbeit verneint und Arbeitsverträge in diesem Bereich zulässt.

[Rz 9] Im Rahmen des Prostitutionsgesetzes führt der Kanton eine allgemeine Bewilligungspflicht für arbeitgeberähnliche Personen ein, die «Räumlichkeiten zur Verfügung [stellen], die für die Aus-

¹¹ Art. 6 Abs. 3 Bst. b Anh. I FZA; Weisungen VEP (Fn. 3), Kap. 4.2.1 S. 47 und Kap. 4.3. S. 49 ff.

¹² Art. 32a VEP bez. der Verletzung der Meldepflicht; für die Verletzung der Bewilligungspflicht wird keine Busse vorgesehen, Art. 120 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 AuG i.V.m. Art. 90a der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) vom 24. Oktober 2007 (SR 142.201).

¹³ Weisungen VEP (Fn. 3), Kap. 3.1.1 S. 34 i.V.m. Bericht zur Rotlichtproblematik des Staatssekretariats für Migration (SEM) vom Januar 2012, Kap. 2.2.2 und 2.2.3 S. 6 ff.; vgl. zum Ganzen auch KERLAND ANTONIA: Gutachten zum Bericht und den Empfehlungen des BFM zur Rotlichtproblematik vom Januar 2012 (2012), S. 10 ff.

¹⁴ Weisungen VEP (Fn. 3), Kap. 3.1.1 S. 34 i.V.m. Bericht zur Rotlichtproblematik (Fn. 13), Kap. 2.2.3.1 S. 9.

¹⁵ Art. 9 Abs. 1^{bis} VEP mit Verweis auf Art. 6 Abs. 1 EntsG; vgl. Weisungen VEP (Fn. 3), Kap. 3.3.2 S. 38.

¹⁶ Weisungen VEP (Fn. 3), Kap. 3.1.1 S. 34; Bericht zur Rotlichtproblematik (Fn. 13), Kap. 2.2.2.2 S. 7; BGE 128 II 170 E. 4.2 S. 175 f.

¹⁷ Art. 6 Abs. 2 lit. f der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV) vom 21. Mai 2003 (SR 823.201); Weisungen VEP (Fn. 3), Kap. 3.1.1 S. 33 ff.

¹⁸ Berner Gesetz über das Prostitutionsgewerbe (PGG BE) vom 7. Juni 2012 (BSG 935.90).

¹⁹ Art. 1 PGG BE.

²⁰ Das Bundesgericht befasste sich zuletzt 1985 eingehend mit der Sittenwidrigkeit der Prostitution und bejahete diese: BGE 111 II 295 E. 2d S. 300 f.; mit einem strafrechtlichen Urteil im Jahr 2011 bestätigte es diese Rechtsprechung: Urteil des Bundesgerichts 6B_188/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 2.3 S. 5 f.; vgl. auch Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.4162 Streiff-Feller, 13.3332 Caroni, 13.4033 Feri und 13.4045 Fehr vom 5. Juni 2015, S. 19; in der Lehre wird häufig die Auffassung vertreten, dass freiwillige Sexarbeit nach den heutigen Wertvorstellungen der Gesellschaft nicht mehr als sittenwidrig angesehen werden kann: HELLER HEINZ: Schwarzarbeit: das Recht der Illegalen. Unter besonderer Berücksichtigung der Prostitution (Diss. Zürich 1999), S. 150; HUGUENIN CLAIRE, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar Obligationenrecht I (BSK OR I)(5. Aufl. Basel 2011), Art. 19–20 OR, N 38; HÜRLIMANN BRIGITTE: Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit (Diss. Freiburg, Zürich usw. 2004), S. 232.

übung der Prostitution bestimmt sind» oder «zwischen der die Prostitution ausübenden Person und potentiellen Kunden Kontakte [vermitteln]»²¹. Dem Bewilligungsinhaber werden Pflichten auferlegt,²² unter anderem die Führung eines Registers über die Sexarbeiterinnen, die in seinem Verantwortungsbereich tätig sind.²³ Darin werden die Personalien der Sexarbeiterinnen und deren Verhältnis zum Bewilligungsinhaber festgehalten.²⁴ Bordellbetreiberinnen und Clubbesitzer werden regelmässig von diesen Pflichten erfasst.²⁵ Die Sexarbeiterin hingegen, die gleichzeitig keine Vermieter- oder Vermittlungsposition wahrnimmt, trifft im Rahmen dieses Gesetzes keine Bewilligungspflicht.²⁶

[Rz 10] Die Praxis zur Erteilung von Meldungen und Bewilligungen im Kanton Bern entspricht den Empfehlungen des SEM insofern, als dass ein Businessplan für den Nachweis der Selbständigkeit, das Erscheinen zum persönlichen Gespräch sowie ein Mietvertrag verlangt werden.²⁷ Das Gespräch dient der Überprüfung der im Businessplan gemachten Angaben. Die Sexarbeiterin kann aber gleichzeitig auch über ihre rechtliche Situation aufgeklärt werden, Fragen stellen und erhält Zugang zu Informationen, z.B. über Hilfsorganisationen.²⁸ Das SEM empfiehlt den Kantonen gar noch zusätzliche Anforderungen zu stellen.²⁹

[Rz 11] Entgegen den Empfehlungen des SEM hat sich der Berner Migrationsdienst dafür entschieden, auch Personen, die in Etablissements arbeiten, als Selbständige zuzulassen, sofern eine genügende Autonomie besteht. Die meisten Sexarbeiterinnen würden sich nicht als Arbeitnehmerinnen melden wollen: Sie seien als Selbständige unabhängiger, da die Aufenthaltserlaubnis nicht an einen Betrieb gekoppelt ist. So verwundert es nicht, dass nur ca. 5 % der Sexarbeiterinnen aus EU/EFTA-Staaten im Kanton Bern eine Aufenthaltserlaubnis als Unselbständige eingeholt haben und die restlichen 95 % als Selbständige tätig sind. Den meisten Betreiberinnen sei es zudem auch lieber, nicht als Arbeitgeberin aufzutreten. Das kantonale Migrationsamt befürchtet, dass

²¹ Art. 5 lit. a und b PGG BE.

²² Art. 11 PGG BE i.V.m. Art. 7 der Berner Verordnung über das Prostitutionsgewerbe (PGV BE) vom 5. Dezember 2012 (BSG 935.901).

²³ Art. 10 Abs. 1 PGG BE.

²⁴ Art. 10 Abs. 2 PGG BE i.V.m. Art. 5 Abs. 1 PGV BE.

²⁵ Das Verhältnis zwischen Sexarbeiterin und Drittperson wird in vorliegender Arbeit in folgende Gruppen eingeordnet: Bordell mit Leistungs- oder Anwesenheitspflicht, Club, Zimmervermietung und Strassensexarbeit. Zu entsprechenden Klassifizierungen vgl. z.B.: Exercice de la prostitution: Aspects contractuels, nécessité d'harmoniser les règles, mesures envisageables et compétence de réglementation, VPB 2014.5, S. 139 f.; BUGNON GÉRALDINE/CHIMIENTI MILENA: Der Sexmarkt in der Schweiz. Teil 1 – Literaturübersicht (Genf 2009), S. 6 f.; DIES.: Der Sexmarkt in der Schweiz. Teil 2 – Rechtsrahmen (Genf 2009), S. 8 f.; HELLER (Fn. 20), S. 136; HÜRLIMANN (Fn. 20), S. 230. Zum Club vgl. insbesondere JOSITSCH DANIEL/DRZALIC JANA JOHANNA: Strafrechtliche Beurteilung erotischer Etablissements, AJP 2015, S. 316 ff.

²⁶ M.w.H. zum PGG BE: Prostitution und Menschenhandel, Bericht des Bundesrates (Fn. 20), S. 35 ff.

²⁷ Vgl. bez. der Praxis in Bern: Website der Polizei und Militärdirektion des Kantons Bern (POM BE), Sexarbeit im Kanton Bern, http://www.pom.be.ch/pom/de/index/migration/aufenthalt_in_derschweiz/sexarbeit.html (Website zuletzt besucht am 30. Oktober 2015); bez. den Empfehlungen des Bundes: Weisungen VEP (Fn. 3), Kap. 3.1.1 S. 34; Bericht zur Rotlichtproblematik (Fn. 13), Kap. 2.2.2 und 2.2.3 S. 6–9; Rundschreiben Nr. 033.41/2011/43483 des Staatssekretariats für Migration (SEM) vom Januar 2012, S. 3 f.

²⁸ Bericht zur Rotlichtproblematik (Fn. 13), Kap. 6.1a S. 23 f.; MARINELLO (Fn. 2), S. 64 ff.

²⁹ Z.B. für selbständig Erwerbende: Kostenvoranschlag und Nachweis, dass Strassenprostitution vorliegt, Nachweis eines Bankkontos lautend auf die Sexarbeiterin, Strafregisterauszug; für unselbständig Erwerbstätige: Einreichung des Strafregisterauszugs der Arbeitgeberin, Einreichung von Informationen über die Arbeitgeberin, Einhaltung eines Mindestalters, vgl. Bericht zur Rotlichtproblematik (Fn. 13), Kap. 2.2 S. 6 ff.

die Befolgung der Bundesempfehlungen eine Verlagerung der Sexarbeit in die Illegalität zur Folge hätte.³⁰

[Rz 12] Die Wartefrist erfordert, dass die Meldung von selbständiger Erwerbstätigkeit acht Tage vor deren Aufnahme vorgenommen wird.³¹ Diese Wartefrist gilt nicht für unselbständig Erwerbstätige. Die Website des Berner Migrationsdienstes wurde inzwischen entsprechend angepasst.³² Gemäss Aussage der Mitarbeitenden des POM entsprach die Praxis stets der gesetzlichen Regelung.³³

[Rz 13] Die Empfehlungen des SEM werden demnach im Kanton Bern nicht vollständig umgesetzt, sie finden aber durchaus Berücksichtigung. Konkret gelten im Rahmen des Melde- und des Bewilligungsverfahrens folgende Voraussetzungen.³⁴

[Rz 14] Bei der selbständigen Erwerbstätigkeit:

- Einreichung der Kopie eines gültigen Passes oder einer gültigen ID;
- Einreichung eines Businessplans;
- Einreichung eines Mietvertrags für Arbeitsraum/Wohnung/Zimmer;
- Einreichung der Police einer Schweizer Krankenversicherung;
- Nachweis der selbständigen Erwerbstätigkeit in einem persönlichen Gespräch mit der kantonalen Migrationsbehörde;
- Bei einem Aufenthalt unter drei Monaten: Online-Anmeldung;
- Bei einem Aufenthalt über drei Monaten: Einreichung der Anmeldebestätigung der AHV als selbständig erwerbende Person; persönliche Anmeldung bei der Einwohnerkontrolle der Wohnsitzgemeinde.

[Rz 15] Bei der unselbständigen Erwerbstätigkeit:

- Einreichung der Kopie eines gültigen Passes oder einer gültigen ID;
- Einreichung des Arbeitsvertrags oder einer Arbeitsbestätigung;
- Einreichung eines Mietvertrags für Arbeitsraum/Wohnung/Zimmer;
- Bei einem Aufenthalt unter drei Monaten: Online-Anmeldung;
- Bei einem Aufenthalt über drei Monaten: Police einer Schweizer Krankenversicherung; persönliche Anmeldung bei der Einwohnerkontrolle der Wohnsitzgemeinde.

[Rz 16] Im Folgenden werden die erläuterten Erfordernisse für die Meldung resp. Bewilligung im Kanton Bern zusammenfassend als «Berner Regelung» bezeichnet.

³⁰ Gemäss Interview mit dem Migrationsdienst des Kantons Bern vom 11. Mai 2015: «Es gibt sehr unterschiedliche Clubs und Bordelle und besonders die Weisungen des Betreibers unterscheiden sich stark. Je nach dem, wo die Person arbeitet und wie sie es wünscht, wird sie gestützt auf ihren Einzelfall [als Selbständige oder Unselbständige] eingestuft. Allgemeine Äusserungen können wir nicht machen. Wir distanzieren uns in dieser Hinsicht auch von den Weisungen des SEM. Dieses möchte, dass Sexarbeiterinnen, die in Betrieben tätig sind, immer als Unselbständige erfasst werden. Bei uns können sich auch Personen, die in einem Etablissement arbeiten und dennoch weitgehend weisungsfrei agieren, als Selbständige melden. Davon wird auch rege Gebrauch gemacht: 95 % der Sexarbeiterinnen arbeiten auch nach wie vor als Selbständige. Mir sind nur zwei Betreiber bekannt, welche Gebrauch von der neuen Regelung machen. Häufig sind es auch die Sexarbeiterinnen, die selbständig sein möchten, weil sie so unabhängiger vom Betreiber sind. Natürlich möchte auch der Betreiber häufig lieber nicht Arbeitgeber sein.»; ebenfalls kritisch zu den Empfehlungen im Bericht zur Rotlichtproblematik (Fn. 13) äussert sich KERLAND (Fn. 13), S. 14 ff.

³¹ Vgl. Fn. 7.

³² Website POM BE (Fn. 27) («Unselbständige Dienstleistungserbringende. Maximal 90 Tage Aufenthalt»).

³³ Im Interview mit dem Migrationsdienst des Kantons Bern vom 11. Mai 2015 reagiert diese auf entsprechende Frage überrascht: «Nein, steht das so in der Website? Unselbständige müssen sich einen Tag vor Aufnahme der Erwerbstätigkeit anmelden».

³⁴ Vgl. zum Ganzen Website POM BE (Fn. 27).

3. Garantien des Freizügigkeitsabkommens

3.1. Verhältnis zum Unionsrecht

[Rz 17] Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft, ihren Mitgliedstaaten und der Schweiz ist direkt anwendbares Völkerrecht.³⁵ Diesem untergeordnet ist die Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP).³⁶

[Rz 18] Mit der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens am 21. Juni 1999 hat die Schweiz den *acquis communautaire*, das heisst sämtliche damaligen Bestimmungen zur Personenfreizügigkeit aus dem EU/EG-Recht, übernommen. Auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist bis zu diesem Zeitpunkt verbindlich.³⁷ Gemäss Präambel und Art. 16 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 FZA ist die kongruente Rechtsprechung bezüglich Unionsrecht und Abkommen anzustreben.³⁸ Konkret ist von der Parallelität der Rechtslage und Massgeblichkeit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) auszugehen, wenn «auf die zu entscheidende Frage nicht vom Gemeinschaftsrecht abweichende Begriffe und Wertungen gelten sollen bzw. keine andere rechtliche Regelung bezweckt wird».³⁹ EPINEY merkt an, dass zur Rechtsprechung des EuGH «vor [...] der Unterzeichnung»⁴⁰ nicht nur Urteile gehören, die vor dem Stichtag gefällt wurden, sondern vielmehr auch solche, die alte Urteile bestätigen oder gefestigte Grundsätze wiederholen. Bei der Anwendung bekannter Grundsätze auf neue Fallkonstellationen handle es sich hingegen um neue Rechtsprechung.⁴¹ Das Bundesgericht weicht von Urteilen des EuGH gar nur bei Vorliegen triftiger Gründe ab.⁴²

[Rz 19] Daraus ergibt sich, dass die Grundfreiheiten grundsätzlich auch im Verhältnis zur Schweiz Anwendung finden. Die konkrete Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Regelung im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens muss jeweils im Einzelfall geprüft werden.

³⁵ PUSTUL MONIKA: Freizügigkeit der Unionsbürger und das Recht auf Sozialleistungen in der EU und unter dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (Diss. Zürich 2014), S. 104 f.

³⁶ GROSSEN DIETER/DÄPP STEFAN: Sonderregelungen für Staatsangehörige der EU- und EFTA-Mitgliedstaaten, in: Uebersax Peter *et al.* (Hrsg.), Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VIII (2. Aufl. Basel 2009) Rz. 4.10, 4.12.

³⁷ Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA; EPINEY ASTRID: Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) 141/2005, S. 1 ff., S. 6; SPESCHA MARC, in: Spescha Marc/Thür Hanspeter/Zünd Andreas (Hrsg.): Migrationsrecht Kommentar. Schweizerisches Ausländergesetz (AuG) und Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen (3. Aufl. Zürich 2012), Art. 16 FZA, N. 1.

³⁸ DERS., in: Migrationsrecht Kommentar (Fn. 37), Art. 16 FZA, N. 2.

³⁹ DERS., in: Migrationsrecht Kommentar (Fn. 37), Art. 16 FZA, N. 3.

⁴⁰ Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA.

⁴¹ EPINEY, ZBJV (Fn. 37), S. 16 f.; HAILBRONNER KAY: Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, Zeitschrift für Europarecht (EuZ) 2003, S. 52.

⁴² Z.B. BGE 136 II 65 E. 3.1 S. 70 f.; BGE 140 II 460 E. 4.1 S. 466; ACHERMANN ALBERTO/CARONI MARTINA: Einfluss der völkerrechtlichen Praxis auf das schweizerische Migrationsrecht, in: Ausländerrecht (Fn. 36), S. 189 ff., Rz. 6.47 f.

3.2. Persönlicher Schutzbereich

[Rz 20] Seit Mitte 2014 gilt für Staatsangehörige der EU-17/EFTA⁴³ und EU-8⁴⁴ nach Auslauf der Ventilklausel wieder die volle Personenfreizügigkeit. Für Staatsangehörige der EU-2⁴⁵, die einer unselbständigen Tätigkeit nachgehen wollen, gelten Kontingente sowie arbeitsmarktliche Vorschriften, wie z.B. der Inländervorrang und die Kontrolle der Arbeitsbedingungen. Selbständige sind, mit Ausnahme der Tätigkeit in der Bau-, Reinigungs- und Sicherheitsbranche, den Staatsangehörigen der EU-25/EFTA gleichgestellt.⁴⁶

[Rz 21] Diese Abgrenzung bei Staatsangehörigen der EU-2 ist gerade in der Erotikbranche problematisch, da sich Sexarbeiterinnen aus diesen Ländern in Bern zwar wie die übrigen Staatsangehörigen der EU/EFTA als Selbständige melden können, jedoch nicht die Möglichkeit haben, ohne Weiteres z.B. eine Stelle im Service anzunehmen.⁴⁷

3.3. Sachlicher Schutzbereich

[Rz 22] Die Arbeitnehmerfreizügigkeit regelt den Aufenthalt von unselbständig Erwerbstätigen (Art. 6 Anh. I FZA resp. Art. 45 ff. AEUV⁴⁸). Die Niederlassungsfreiheit ist das Gegenstück zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und hat die Freizügigkeit von selbständig Erwerbstätigen zum Gegenstand (Art. 12 Anh. I FZA resp. Art. 49 ff. AEUV). Gewährleistungsinhalt und Struktur dieser beiden Garantien sind nahezu identisch.⁴⁹ Die Dienstleistungsfreiheit regelt nur vorübergehende Aufenthalte von selbständig Erwerbstätigen (Art. 17 ff. Anh. I FZA resp. Art. 56 AEUV).⁵⁰

[Rz 23] Inhalt der Freizügigkeit ist das Recht auf Ein- und Ausreise, Aufenthalt sowie das Verbleiberecht.⁵¹ Auch die Dienstleistungsfreiheit schützt vor Einschränkungen der Einreise- und Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit Dienstleistungen.⁵²

⁴³ EU-17 bezeichnet die Mitgliedstaaten, die der Europäischen Gemeinschaft 2002 angehörten (EU-15, d.h. Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Spanien, England) plus Zypern und Malta, die den Übergangsregelung des FZA eingeschlossen wurden. Ein entsprechendes Abkommen wurde auch mit Staaten des europäischen Freihandelsabkommen (EFTA) geschlossen: Norwegen, Island, Fürstentum Liechtenstein.

⁴⁴ EU-8 bezeichnet die Staaten, die am 1. Mai 2004 der EU beitraten und mit dem Protokoll I zur Ausdehnung des FZA 2006 Vertragspartner des FZA wurden: Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik und Ungarn. Zypern und Malta traten zwar 2004 der EU bei, wurden aber direkt von der Übergangsregelung für die EU-15 eingeschlossen.

⁴⁵ EU-2 bezeichnet Bulgarien und Rumänien, die 2007 der EU beigetreten sind und 2009 mit der Unterzeichnung des Protokolls II zum FZA Mitglied des FZA wurden. Kroatien trat 2013 der EU bei, das Protokoll III zum FZA wird von der Schweiz jedoch vorläufig nicht unterzeichnet.

⁴⁶ Vgl. zum Ganzen Weisungen VEP (Fn. 3), Kap. 1.2 S. 7 ff.

⁴⁷ Dies wird auch im Berner Migrationsdienst erkannt, vgl. Interview mit dem Migrationsdienst des Kantons Bern vom 11. Mai 2015: «Viele Rumäninnen möchten z.B. wissen, ob sie mit ihrer Bewilligung auch im Service arbeiten können. Diese Frage müssen wir leider verneinen. Das ist häufig das grosse Thema bei Staatsangehörigen der EU-2».

⁴⁸ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012 S. 47 ff.

⁴⁹ FORSTHOFF ULRICH, in: Gabritz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, EUV/AEUV, Bd. I-III (GHN)(55. Aufl. München 2015), Art. 45 AEUV, N. 69.

⁵⁰ HAILBRONNER KAY/JOCHUM GEORG: Europarecht unter Berücksichtigung des Vertrages von Lissabon (2. Aufl. Stuttgart 2012), Rz. 992.

⁵¹ Art. 1 Abs. 1 f., Art. 4 Anh. I FZA.

⁵² Sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit verbietet das FZA nicht: EPINEY ASTRID/METZ BEATE/PIRKER BENEDIKT: Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz – ein Beitrag

3.3.1. Arbeitnehmerfreizügigkeit

[Rz 24] Art. 6 Abs. 1 Anh. I FZA verwendet den Begriff «Arbeitnehmer». Grundsätzlich ist für die Auslegung eine Anlehnung an das Unionsrecht vorzunehmen.⁵³ Der Begriff wird jedoch in Art. 45 Abs. 1 AEUV nicht definiert. Gemäss Rechtsprechung des EuGH gilt jeder als Arbeitnehmer, der «während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält».⁵⁴ Daraus können folgende Kriterien abgeleitet werden: Echte und tatsächliche Tätigkeit im Wirtschaftsleben, Weisungsgebundenheit und Entgeltlichkeit.⁵⁵

[Rz 25] Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit ist allgemein für die Freiheit des Personenverkehrs massgeblich.⁵⁶ Bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird er durch den Begriff der tatsächlichen und echten Tätigkeit erfasst; bei der Niederlassungsfreiheit vom Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit. Im Folgenden wird deshalb für die selbständige und unselbständige Tätigkeit zusammengeprüft, unter welchen Umständen die Sexarbeit eine wirtschaftliche Tätigkeit ist.

[Rz 26] Die wirtschaftliche Tätigkeit erfasst sämtliche Tätigkeiten, die entgeltlich erbracht werden und nicht nur marginal erscheinen. Sie stellen eine Teilnahme am Wirtschaftsleben dar.⁵⁷ Auch Tätigkeiten von kurzer Dauer oder Teilzeitarbeitsverhältnisse fallen unter die Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁵⁸ Die Vergütung kann in Geld oder Sachleistungen, wie etwa Unterkunft oder Verpflegung, bestehen.⁵⁹ Die selbständige Tätigkeit muss nicht einem anerkannten Berufsbild entsprechen.⁶⁰ Dies gilt auch für die unselbständige Tätigkeit, da in Art. 45 Abs. 3 lit. c AEUV der Begriff «Beschäftigung» verwendet wird, der keine Einteilung in Berufsbilder nahelegt.

[Rz 27] Der unionsrechtliche Begriff «Wirtschaftsleben» schliesst darüber hinaus Tätigkeiten, die der unionsrechtlichen Grundwertung, d.h. den Zielen und Aufgaben der Europäischen Union, widersprechen, aus. Etwa sittenwidrige Tätigkeiten sind vom Wirtschaftsleben ausgeschlossen. Die unionsrechtliche Sittenwidrigkeit muss jedoch von der staatlichen Beurteilung der Sittenwidrigkeit unterschieden werden. Eine staatliche Sittenwidrigkeit kann auf Unionsebene anerkannt werden,

zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen» (Zürich 2012), S. 212 ff.; EPINEY ASTRID/MOSTERS ROBERT: Rechtsentwicklung in der Europäischen Union und die Schweiz. Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: Epiney Astrid/Diezig Stefan (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014 (Zürich etc. 2014) S. 57 ff., S. 86.

⁵³ EPINEY/METZ/PIRKER (Fn. 52), S. 204 ff.; SCHNELL CHRISTINA: Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz. Ausgewählte rechtliche Aspekte zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht (ZStÖR) Bd. 191 (Zürich 2010), S. 141.

⁵⁴ Urteil des EuGH C-3/90 vom 26. Februar 1992 *Bernius*, Slg. 1992 I-1071, Rn. 20.

⁵⁵ M.w.H. BRECHMANN WINFRIED, in: Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar (4. Aufl. München 2011), Art. 45 AEUV, N. 12–16; FORSTHOFF, in: GHN (Fn. 49), Art. 45 AEUV, N. 68 ff.; SCHNELL (Fn. 53), S. 139 ff.; WISSMANN HELLMUT, in: Müller-Glöße Rudi/Preis Ulrich/Schmidt Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Bd. 51 (15. Aufl. München 2015) Art. 45 AEUV, N. 7.

⁵⁶ HAILBRONNER/JOCHUM (Fn. 50), Rz. 902.

⁵⁷ DIES., Rz. 913, 915 zur unselbständigen, Rz. 997 zur selbständigen Erwerbstätigkeit; TIEDJE JÜRGEN, in: Von der Groeben Hans/Schwarzen Jürgen/Hatje Armin (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht, Bd. I und II (7. Aufl. Baden-Baden 2015), Art. 49 AEUV, N. 59, 62 zur unselbständigen Tätigkeit.

⁵⁸ Vgl. BRECHMANN, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 45 AEUV, N. 12; HAILBRONNER/JOCHUM (Fn. 50), Rz. 913, 915; KREUSCHITZ VIKTOR, in: von der Groeben (Fn. 57), Vorbemerkung zu den Art. 45–48 AEUV, N. 28; SCHNELL (Fn. 53), S. 143 ff.

⁵⁹ FORSTHOFF, in: GHN (Fn. 49), Art. 45 AEUV, N. 77 f.

⁶⁰ TIEDJE, in: von der Groeben (Fn. 57), Art. 49 AEUV, N. 58.

wenn diese konsequent und umfassend umgesetzt wird und insbesondere auch für Inländer gilt.⁶¹ Ansonsten gilt die Tätigkeit auf unionsrechtlicher Ebene nicht als sittenwidrig und kann im Einzelfall eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen.

[Rz 28] Die Sexarbeit dient definitionsgemäss dem wirtschaftlichen Fortkommen⁶² und ist damit grundsätzlich eine wirtschaftliche Tätigkeit, sofern sie im Einzelfall mit einer gewissen Intensität und Dauer ausgeübt wird. Der EuGH anerkennt so auch die Tätigkeit einer selbständigen Sexarbeiterin inzwischen ausdrücklich als selbständige wirtschaftliche Tätigkeit, sofern der Staat die erwähnte Umsetzung der Sittenwidrigkeit nicht vornimmt.⁶³

[Rz 29] Wie im Folgenden gezeigt wird, kann in der Schweiz jedenfalls nicht von einer konsequenten Umsetzung der Sittenwidrigkeit gesprochen werden.

[Rz 30] Bei den «guten Sitten» gem. Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 OR handelt es sich um eine Generalklausel, die sich auf die allgemeine gesellschaftliche Auffassung bezieht.⁶⁴ Je nach Doktrin werden neben dem ausserrechtlichen Normsystem auch rechtsimmanente Grundsätze berücksichtigt.⁶⁵ Der Richter fällt unter Berücksichtigung der gebräuchlichen Sitten ein Werturteil, indem er beurteilt, ob unter Berücksichtigung moralischer Regeln ein vertragliches Abweichen von den Sitten sanktioniert werden muss.⁶⁶

[Rz 31] Das Bundesgericht befasste sich zuletzt im Jahr 1985 eingehend mit der Sittenwidrigkeit der Prostitution und bejahte diese.⁶⁷ Die Sexarbeit wird jedoch gleichzeitig als eine «an sich zulässige» wirtschaftliche Tätigkeit beurteilt, deren Erlös der Steuerpflicht und Sozialversicherungsabgaben⁶⁸ unterliegt und gar gepfändet werden kann. In einem strafrechtlichen Urteil im Jahr 2011 bestätigte das Bundesgericht die Sittenwidrigkeit, jedoch ohne sich näher mit der Problematik auseinanderzusetzen.⁶⁹ Verträge im Intimbereich verstossen hingegen nicht mehr grundsätzlich gegen Art. 20 OR.⁷⁰ In früheren Entscheiden wurde diesbezüglich strenger geurteilt.⁷¹

[Rz 32] In der Lehre wird häufig die Auffassung vertreten, die freiwillige Sexarbeit könne unter Berücksichtigung der heutigen Wertvorstellungen der Gesellschaft nicht mehr als sittenwidrig ange-

⁶¹ FRANZEN MARTIN, in: Streinz Rudolf (Hrsg.): EUV/AEUV (2. Aufl. München 2012), Art. 45 AEUV, N. 30; TIEDJE, in: von der Groeben (Fn. 57), Art. 49 AEUV, N. 68.

⁶² FORSTHOFF, in: GHN (Fn. 49), Art. 49 AEUV, N. 21.

⁶³ Urteil des EuGH C-268/99 vom 20. November 2001 *Jany*, Slg. 2001 I-8615, Rn. 33, 49 f.; vgl. LASKOWSKI SILKE: Prostitution als selbständige Erwerbstätigkeit, *Europarecht (EuR)* 2003, S. 458 ff., S. 473; das Bundesgericht wendet diese Rechtsprechung an, vgl. BGE 140 II 460 E. 4.1 S. 465 f. und E. 4.1.2 S. 467 f.

⁶⁴ HUGUENIN, in: BSK OR I (Fn. 20), Art. 19–20 OR, N. 34; HÜRLIMANN (Fn. 20), S. 166.

⁶⁵ DIES., S. 171; m.w.H. HUGUENIN, in: BSK OR I (Fn. 20), Art. 19–20 OR, N. 32 f.

⁶⁶ DIES., in: BSK OR I (Fn. 20), Art. 19–20 OR, N. 34; im Bezug auf die Sexarbeit: HELLER (Fn. 20), S. 150 ff.; HÜRLIMANN (Fn. 20), S. 167; vgl. zum Ganzen und m.w.H. *Réglementation du marché de la prostitution, Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB)* 2014.4, S. 121 ff., S. 126 f.

⁶⁷ BGE 111 II 295 E. 2d S. 300 f.; vgl. auch BGE 91 IV 69 S. 69 betr. Pfändbarkeit des Dirnenlohns.

⁶⁸ BRÜHWILER JÜRIG: *Einzelarbeitsvertrag. Kommentar zu den Art. 319 bis 343 OR* (3. Aufl. Basel 2014), Art. 319, N. 13c.

⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_188/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 2.3 S. 5 f.

⁷⁰ Vgl. betr. Telefonsex resp. Pornographie: BGE 129 III 604 E. 5.3 S. 617; BGE 136 III 401 E. 5.4.2 S. 408 f.

⁷¹ Eine Übersicht bei BUCHER EUGEN: Art. 27 ZGB, *Berner Kommentar*, Bd. II.2.2 (3. Aufl. Bern 1993), N. 171.

sehen werden.⁷² So meint HÜRLIMANN: «Die Vereinbarung zwischen der Prostituierten und einem Freier oder einem Arbeitgeber ist heute nicht mehr als sittenwidrig einzustufen».⁷³

[Rz 33] Die «herrschende Moral» einer Gesellschaft auszumachen, wie es die Generalklausel der guten Sitten verlangt, scheint schwierig. Trotzdem kann wohl ganz allgemein behauptet werden, dass der Stellenwert der Sexualität innerhalb der letzten Jahre einen starken Wandel erlebt hat und Sex keineswegs mehr ein gesellschaftliches Tabu darstellt.⁷⁴ So ist auch das geschützte Rechtsgut des Prostitutionsstrafrechts seit der Revision im Jahr 1992 nicht mehr die Sittlichkeit, sondern die sexuelle Selbstbestimmung des Einzelnen.⁷⁵ Dieser Wandel muss auch im Rahmen von Art. 19 Abs. 2 und 20 OR nachvollzogen werden. Das Bezirksgericht Horgen hat in einem mutigen Entscheid im Jahr 2013 die Sittenwidrigkeit eines Dirnenvertrags zumindest im Grossraum Zürich verneint.⁷⁶ Es bleibt abzuwarten, ob dies ein Präzedenzfall für weitere Entscheide ist. Eine andere Möglichkeit zur Klärung der Unsicherheiten wäre der Erlass eines Spezialgesetzes auf Bundesebene oder die Ergänzung des OR um einen entsprechenden Artikel.⁷⁷

[Rz 34] Die Sittenwidrigkeit der Sexarbeit gilt in der Schweiz nicht konsequent und umfassend. Sie wird daher auf Unionsebene nicht anerkannt. Sexarbeit kann deshalb als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Freizügigkeitsabkommens und des AEUV gelten, sofern sie nicht nur marginal erscheint.⁷⁸

[Rz 35] Im Folgenden werden die weiteren Voraussetzungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit geprüft. Wie bereits gezeigt, ist die Sexarbeit in der Regel eine wirtschaftliche Tätigkeit. Sie müsste auch weisungsgebunden und entgeltlich ausgeübt werden, um von der Arbeitnehmerfreizügigkeit erfasst zu werden.

[Rz 36] Es ist nicht ganz klar, ob der EuGH in seinem Urteil *Jany* die Sexarbeit als wirtschaftliche Tätigkeit nur im Rahmen der selbständigen Erwerbstätigkeit ermöglichen wollte.⁷⁹ Die Voraussetzungen in *Jany* zielen darauf ab, dass die Prostitution selbständig ausgeübt wird.⁸⁰ Dies kann damit erklärt werden, dass sich das Urteil auf die Abkommen mit Polen und Tschechien bezog, welche nur die Niederlassungsfreiheit, nicht aber die Arbeitnehmerfreizügigkeit kannten.⁸¹ Das Freizügigkeitsabkommen hingegen kennt auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit; die Sexarbeit als unselbständige Tätigkeit ist daher ebenfalls denkbar.

[Rz 37] Das Vorliegen der Weisungsgebundenheit resp. eines Unterordnungsverhältnisses kann durch verschiedene Kriterien impliziert werden, wie z.B. durch die Vorgabe von Arbeitszeiten oder durch eine fehlende Risikobeteiligung. Der Einsatz von Hilfskräften ist für die Sexarbeit von untergeordneter Bedeutung.⁸² Gemäss *Jany* sind die Voraussetzungen für das Vorliegen einer selbständi-

⁷² Zum Folgenden siehe insbesondere: HELLER (Fn 20), S. 150; HUGUENIN, in: BSK OR I (Fn. 20), Art. 19–20 OR, N. 38; HÜRLIMANN (Fn. 20), S. 232.

⁷³ DIES., S. 273.

⁷⁴ DIES., S. 176 f.

⁷⁵ M.w.H. DIES., S. 273 f.

⁷⁶ Bezirksgericht (ZH) in Blätter für zürcherische Rechtsprechung (ZR) 112 (2013) S. 296 Nr. 85 E. 2.1.3.

⁷⁷ Vgl. im Übrigen VPB 2014.5 (Fn. 25), S. 140 ff.

⁷⁸ Vgl. BGE 140 II 460 E. 4.1.2 S. 467.

⁷⁹ So offenbar HAILBRONNER/JOCHUM (Fn. 50), Rz. 936.

⁸⁰ Urteil des EuGH C-268/99 vom 20. November 2001 *Jany*, Slg. 2001 I-8615, Rn. 70; LASKOWSKI (Fn. 63), S. 473.

⁸¹ DIES., S. 474.

⁸² FORSTHOFF, in: GHN (Fn. 49), Art. 45 AEUV, N. 70.

gen Tätigkeit in der Erotikbranche, dass diese «nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses in Bezug auf die Wahl dieser Tätigkeit, die Arbeitsbedingungen und das Entgelt; in eigener Verantwortung; gegen ein Entgelt, das [...] vollständig und unmittelbar gezahlt wird»⁸³ ausgeübt wird. Die Abgrenzung zur selbständigen Tätigkeit kann im Einzelfall anhand dieser Kriterien vorgenommen werden: Werden die Leistungen, die Arbeitsbedingungen und das Entgelt von einem Dritten festgelegt und letzteres auch von diesem einkassiert, ist von unselbständiger Tätigkeit auszugehen. [Rz 38] Im Übrigen sind die Kriterien denjenigen im nationalen Recht ähnlich.⁸⁴ Für die Beurteilung der Erwerbstätigkeit gelten in verschiedenen Rechtsgebieten jedoch unterschiedliche Massstäbe.⁸⁵

[Rz 39] Das Element der Subordination zeichnet auch den Arbeitsvertrag nach Art. 316 OR aus. Der Arbeitnehmer ist persönlich, organisatorisch und wirtschaftlich von der Arbeitgeberin abhängig. Ausfluss der persönlichen Abhängigkeit ist die Weisungsbefugnis, die sich auch aus Art. 321d OR ergibt. Im Rahmen der organisatorischen Abhängigkeit ist der Arbeitnehmer in die Organisationsstruktur der Arbeitgeberin eingegliedert. Typischerweise wird dem Arbeitnehmer ein Arbeitsraum zur Verfügung gestellt und er hat zu festgelegten Zeiten zu arbeiten. Wirtschaftlich ist er insofern abhängig, als dass er auf fremde Kosten und Risiko arbeitet.⁸⁶

[Rz 40] Aus arbeitsrechtlicher Sicht wird in der Erotikbranche nur sehr zurückhaltend eine unselbständige Erwerbstätigkeit angenommen. Hauptsächlich die Zulässigkeit der Weisungsbefugnis gegenüber der Sexarbeiterin ist umstritten.⁸⁷ Der Bordellvertrag mit sexueller Leistungspflicht ist gemäss HÜRLIMANN in jedem Fall als ungültig zu taxieren: «Eine Arbeitnehmerin kann sich im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nicht dazu verpflichten, Dritten gegenüber sexuelle Leistungen zu erbringen».⁸⁸ Ein solcher Vertrag sei aufgrund des Persönlichkeitsrechts, verschiedener Strafnormen und Völkerrecht als widerrechtlich und sittenwidrig und damit als ungültig zu bewerten.⁸⁹ GLESS fügt hinzu, die Rechtsfigur des Arbeitsvertrags mache keinen Sinn, wenn grundlegende Elemente wie die Weisungsbefugnis weitgehend eingeschränkt würden.⁹⁰ Sie schlägt vor, einen arbeitsvertragsähnlichen Vertrag *sui generis* zu schaffen.⁹¹ Auch HÜRLIMANN schlägt für Bordellverträge mit Präsenzpflcht die Anwendbarkeit eines arbeitsvertragsähnlichen Innominatkontrakts vor, weil auch die Vereinbarung, die Sexarbeiterin stehe grundsätzlich für sexuelle Dienstleistungen zur Verfügung, nicht in einem Arbeitsvertrag geregelt werden könne.⁹² Anderer Meinung ist HELLER und führt meines Erachtens treffend aus, der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers beschränke zwar das Weisungsrecht der Arbeitgeberin, stelle hingegen nicht die Gültigkeit des Ar-

⁸³ Urteil des EuGH C-268/99 vom 20. November 2001 *Jany*, Slg. 2001 I-8615, Rn. 70.

⁸⁴ Vgl. BGE 140 II 460 E. 4.1.3 S. 468.

⁸⁵ VPB 2014.4 (Fn. 66), S. 124; Prostitution und Menschenhandel, Bericht des Bundesrates (Fn. 20), S. 19; MARINELLO (Fn. 2), S. 48 f.

⁸⁶ Zum Ganzen: BRÜHWILER (Fn. 68), Art. 319, N. 5; THOMAS KOSTKIEWICZ, in: Kren Kostkiewicz Jolanta *et al.* (Hrsg.), OR Handkommentar (2. Aufl. Zürich 2009) Art. 319 OR, N. 7 f.

⁸⁷ Vgl. zum Ganzen auch VPB 2014.4 (Fn. 66), S. 127 ff.; Prostitution und Menschenhandel, Bericht des Bundesrates (Fn. 20), S. 19 ff.

⁸⁸ HÜRLIMANN (Fn. 20), S. 231.

⁸⁹ DIES., S. 231.

⁹⁰ Vgl. zur Rechtslage in Deutschland GLESS SABINE: Die Reglementierung von Prostitution in Deutschland (= Diss. Bonn 1997 = Kriminologische und sanktionenrechtliche Forschungen, Bd. 10), S. 150.

⁹¹ DIES., S. 151; Gl. M. BERTSCHI SUSANNE: Sexarbeit tabuisiert – zum Nachteil der Frauen. Eine juristische Analyse von Straf- und AusländerInnenrecht zur Unterbindung von Frauenhandel (Bern 2003), S. 25.

⁹² HÜRLIMANN (Fn. 20), S. 232; gl. M. VPB 2014.5 (Fn. 25), S. 138 ff.

beitsvertrags in Frage.⁹³ Das Vorliegen unzulässiger Weisungen hat demnach keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Arbeitsvertrags, vielmehr werden unzulässige Weisungen der Arbeitgeberin nicht von der Befolgungspflicht der Sexarbeiterin erfasst.

[Rz 41] Die Anwendbarkeit der zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts würde der Sexarbeiterin weitgehenden Schutz gewähren.⁹⁴ So sind etwa Schutzvorschriften bezüglich Freizeit und Ferien, Mutterschaftsurlaub, Lohnzahlungspflicht bei Krankheit und Kündigung vorgesehen.⁹⁵ Zudem geniesst der Arbeitnehmer die Unterstellung unter verschiedene Sozialversicherungen.⁹⁶ Der Arbeitgeberin obliegen schliesslich auch besondere Schutzpflichten gemäss Art. 328 OR.⁹⁷

[Rz 42] MARINELLOS Äusserung, die Sexarbeit solle zur Wahrung der Unabhängigkeit der betroffenen Arbeiterinnen nur als Selbständige möglich sein,⁹⁸ ist nicht zuzustimmen. Durch die Bezeichnung der Sexarbeiterin als «selbständig Erwerbende» verbessert sich deren Lage faktisch nicht. Vertragsverhältnisse hingegen können zum Schutz der schwächeren Partei beitragen. Meines Erachtens sollte die Sexarbeiterin deshalb auch im arbeitsrechtlichen Sinne im Einzelfall als Unselbständige eingestuft werden können.

[Rz 43] Aus arbeitsrechtlicher Sicht werden Sexarbeiterinnen dennoch von der Lehre mehrheitlich als unselbständig Erwerbstätige eingestuft.

[Rz 44] Im Bereich des Ausländerrechts geht das Bundesgericht hingegen von einem weiten Arbeitnehmerbegriff aus und sieht vom Erfordernis der Weisungserteilung im Hinblick auf strafrechtliche Bestimmungen weitgehend ab.⁹⁹ Die Eingliederung der Sexarbeiterin in einen Betrieb ist im Einzelfall zu beurteilen. Bereits allgemeine Benutzungsordnungen sind als Ausfluss der Weisungsbefugnis zu betrachten. Eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation erfolgt auch dadurch, dass die Betreiberin auf ihrer Homepage für die Sexarbeiterin wirbt und diese für den Kundenkontakt auf die Club-Mitgliedschaft angewiesen ist. Der Club regelt zudem den Eintritt der Sexarbeiterinnen und steuert damit deren Arbeitszeiten.¹⁰⁰ Bei Bordellverträgen und der Tätigkeit im Club muss deshalb häufig von einer unselbständigen Tätigkeit ausgegangen werden. Hingegen ist bei der Zimmervermietung eher von einer selbständigen Tätigkeit auszugehen. Bei der Strassensexarbeit wird es in der Regel schwierig sein, die Unselbständigkeit nachzuweisen.¹⁰¹

[Rz 45] Aus ausländerrechtlicher Sicht wird die Sexarbeit daher eher als unselbständige Tätigkeit qualifiziert.

[Rz 46] Im nationalen Recht fällt die Beurteilung sehr unterschiedlich aus, je nachdem ob sie aus arbeits- oder ausländerrechtlicher Sicht erfolgt. Grundsätzlich werden aber dieselben Kriterien verwendet.

⁹³ HELLER (Fn. 20), S. 155.

⁹⁴ BERTSCHI (Fn. 91), S. 13.

⁹⁵ Art. 361 f. OR i.V.m. Art. 329 ff. OR für die Freizeit- und Ferienregelung, Art. 324a OR für die Lohnzahlungspflicht im Krankheitsfall, Art. 335 ff OR für die Kündigungsvorschriften.

⁹⁶ BRÜHWILER (Fn. 68), Art. 319, N. 9b.

⁹⁷ DERS., Art. 328, N. 5.

⁹⁸ MARINELLO (Fn. 2), S. 52 f.

⁹⁹ BGE 140 II 460 E. 4.3.3 S. 471 f.

¹⁰⁰ BGE 140 II 460 E. 4.3.1 S. 469 f.

¹⁰¹ Vgl. Prostitution und Menschenhandel, Bericht des Bundesrates (Fn. 20), S. 19 f.; bezüglich des Verhältnisses zwischen Sexarbeiterin und Drittperson: Fn. 25.

[Rz 47] Die Darlegung der ausländerrechtlichen Qualifikation der Sexarbeit in der Schweiz sowie des Unionsrechts zeigt, dass bei Bordellverträgen und der Tätigkeit in Clubs im Einzelfall eher von einer unselbständigen Tätigkeit ausgegangen werden sollte. Zu prüfen bleibt, ob die Sexarbeit in Kontaktbars und auf der Strasse vom Schutzbereich der Niederlassungs- oder allenfalls der Dienstleistungsfreiheit erfasst werden.¹⁰²

3.3.2. Niederlassungsfreiheit

[Rz 48] Die Aufenthaltsregelung für Selbständige in Art. 12 Anh. I FZA entspricht weitgehend der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit,¹⁰³ wenn sie auch durch das FZA nur natürlichen Personen gewährt wird.¹⁰⁴ Der EuGH hat den Begriff der Niederlassung gem. Art. 49 AEUV konkretisiert. Eine Niederlassung liegt demnach bei Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, in stabiler und kontinuierlicher Weise und mittels einer festen Einrichtung vor.¹⁰⁵

[Rz 49] Die Sexarbeit ist eine wirtschaftliche Tätigkeit.¹⁰⁶ Sie liegt komplementär zur unselbständigen Tätigkeit vor. Die Abgrenzungskriterien werden in *Jany* dargelegt.¹⁰⁷

[Rz 50] Die Niederlassungsfreiheit muss von der Dienstleistungsfreiheit abgegrenzt werden: Erstere erfasst die Fälle, in denen sich eine Person dauerhaft in einem Vertragsstaat niederlässt. Bei Letzterer wird vom ursprünglichen Sitz aus operiert; der Dienstleister begibt sich höchstens vorübergehend in den Vertragsstaat. Das Vorliegen einer dauerhaften Niederlassung wird anhand von zwei Elementen eruiert, die in unterschiedlicher Ausprägung vorhanden sein können:¹⁰⁸ die «dauerhafte und kontinuierliche Tätigkeit», die mittels einer «festen Einrichtung» ausgeübt wird.

[Rz 51] Die feste Einrichtung dient der Teilnahme am Wirtschaftsleben im Aufenthaltsstaat. Sie besteht in einer dauerhaften Infrastruktur im Sinne einer baulichen Einrichtung im Aufnahme- staat. Der Organisationsgrad hängt von der jeweiligen Erwerbstätigkeit ab, die Anmietung von Räumlichkeiten ist jedoch grundsätzlich ausreichend.¹⁰⁹

[Rz 52] Die dauerhafte und kontinuierliche Tätigkeit und damit die dauerhafte Integration in das Wirtschaftsleben des Aufenthaltsstaats muss Zweck der festen Einrichtung sein. Mit Hilfe dieses Kriteriums erfolgt die Abgrenzung zum bloss vorübergehenden Aufenthalt.¹¹⁰ Neben der Dauer

¹⁰² Vgl. bezüglich des Verhältnisses zwischen Sexarbeiterin und Drittperson: Fn. 25.

¹⁰³ Vgl. WEIGELL JÖRG: Geltung der Niederlassungsfreiheit auch im Verhältnis zur Schweiz, Internationales Steuerrecht (IStR) 2006, S. 192.

¹⁰⁴ EPINEY/MOSTERS (Fn. 52), S. 86.

¹⁰⁵ Urteil des EuGH C-221/89 vom 25. Juli 1991 *Factortame*, Slg. 1991 I-3905, Rn. 20; vgl. im Übrigen auch: Art. 4 Nr. 5 der Richtlinie 2006/123/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 vom 27. Dezember 2006 S. 36 ff.; BRÖHMER JÜRGEN, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 49 AEUV, N. 12–15; HAILBRONNER/JOCHUM (Fn. 50), Rz. 996; MÜLLER-GRAFF CHRISTIAN, in: Streinz (Fn. 61), Art. 49 AEUV, N. 10 ff.

¹⁰⁶ Vorne, 3.3.1.

¹⁰⁷ Urteil des EuGH C-268/99 vom 20. November 2001 *Jany*, Slg. 2001 I-8615, Rn. 70.

¹⁰⁸ TIEDJE, in: von der Groeben (Fn. 57), Art. 49 AEUV, N. 10 f.

¹⁰⁹ Vgl. BRÖHMER, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 49 AEUV, N. 12; FORSTHOFF, in: GHN (Fn. 49), Art. 49 AEUV, N. 16; MÜLLER-GRAFF, in: Streinz (Fn. 61), Art. 49 AEUV, N. 16–18; TIEDJE, in: von der Groeben (Fn. 57), Art. 49 AEUV, N. 17.

¹¹⁰ BRÖHMER, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 49 AEUV, N. 13; MÜLLER-GRAFF, in: Streinz (Fn. 61), Art. 49 AEUV, N. 16.

einer Tätigkeit müssen auch deren «Häufigkeit, regelmässige Wiederkehr oder Kontinuität»¹¹¹ berücksichtigt werden.¹¹²

[Rz 53] Die beiden Elemente der Niederlassungsfreiheit, die «feste Einrichtung» und die «dauerhafte und kontinuierliche Tätigkeit» werden durch das Hilfskriterium des Tätigkeitsschwerpunkts ergänzt.

[Rz 54] Das Hilfskriterium des Tätigkeitsschwerpunkts wird in erster Linie bei der Ausübung mehrerer Tätigkeiten beigezogen. Selbständig Erwerbstätige gelten demnach dort als niedergelassen, wo sie hauptsächlich tätig sind. Gemäss BRÖHMER ist für die Abgrenzung nur das Wirtschaftsleben von Interesse, der persönliche Lebensmittelpunkt kann kein Anhaltspunkt sein.¹¹³ TIEDJE wendet das Kriterium ausserdem alternativ zum Element der festen Einrichtung an. Entgegen dem Wortlaut der EU-Richtlinie¹¹⁴ sei bei Tätigkeiten, die typischerweise ohne feste Einrichtung ausgeübt werden, der Schwerpunkt der Tätigkeit entscheidend. Dieser sei anhand des Kundenstamms zu ermitteln.¹¹⁵

[Rz 55] Im Folgenden werden diese Kriterien auf die Sexarbeit angewandt. Die Sexarbeiterin, die zur Ausübung ihrer Tätigkeit ein Zimmer mietet, erfüllt das Kriterium der festen Einrichtung grundsätzlich, da Mietverträge zur Begründung einer Einrichtung ausreichend sind.¹¹⁶ Fraglich ist freilich der dauerhafte Charakter dieses Mietverhältnisses, falls es sich um Tagesmieten handelt. Jedoch müssen auch die Hilfskriterien der Kontinuität und des Tätigkeitsschwerpunkts herangezogen werden. MARINELLOS Äusserung, Sexarbeiterinnen kämen häufig nur für wenige Tage oder Wochen in die Schweiz, hätten zu Hause Kinder und wollten sich nicht dauerhaft niederlassen, müssen deshalb an dieser Stelle relativiert werden.¹¹⁷ Gerade in solchen Fällen nimmt die Sexarbeiterin regelmässig ihre Tätigkeit in der Schweiz auf, sie ist insofern kontinuierlich. Für die Erwerbung der Niederlassung ist auch nicht der private Lebensmittelpunkt massgeblich, sondern allein die wirtschaftlichen Aspekte. Nimmt sie deshalb in ihrem Heimatland keine oder nur eine untergeordnete Erwerbstätigkeit wahr, so gilt sie als in der Schweiz niedergelassen.

[Rz 56] Folgt man zudem TIEDJES Argumentation, könnte gar die Strassensexarbeiterin in Genuss der Niederlassungsfreiheit kommen. Die Strassensexarbeit wird zwar ohne feste Einrichtung und Organisationsstrukturen ausgeübt, die Kundschaft jedoch ist typischerweise inländisch. Der Schwerpunkt der Tätigkeit wäre deshalb trotz der fehlenden Infrastruktur klar in der Schweiz anzusiedeln. Die Argumentation TIEDJES überzeugt, würden doch sonst sämtliche Tätigkeiten, die typischerweise keine feste Infrastruktur benötigen, nie eine Niederlassung begründen.

[Rz 57] Die Sexarbeiterin, die für ihre Tätigkeit ein längerfristig ein Zimmer mietet, wird vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst. Unter Umständen fällt gar die Strassensexarbeit unter die Niederlassungsfreiheit.

¹¹¹ Urteil des EuGH C-55/94 vom 30. November 1995 *Gebhard*, Slg. 1995 I-4165, Rn. 27.

¹¹² MÜLLER-GRAFF, in: Streinz (Fn. 61), Art. 49 AEUV, N. 16; TIEDJE, in: von der Groeben (Fn. 57), Art. 49 AEUV, N. 17.

¹¹³ BRÖHMER, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 49 AEUV, N. 13–15.

¹¹⁴ Art. 4 Nr. 5 der Richtlinie 2006/123/EG.

¹¹⁵ TIEDJE, in: von der Groeben (Fn. 57), Art. 49 AEUV, N. 18–20.

¹¹⁶ KOBEL MARCEL: Die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten des EGV auf Prostituierte, Forum für juristische Bildung (ius.full) 2010, S. 5.

¹¹⁷ MARINELLO (Fn. 2), S. 59 f.

3.3.3. Dienstleistungsfreiheit

[Rz 58] Die Dienstleistungsfreiheit kommt subsidiär zur Niederlassungsfreiheit dann zur Anwendung, wenn es sich um eine selbständige Erwerbstätigkeit handelt, das Vorliegen einer Niederlassung aber aufgrund der fehlenden festen Einrichtung oder dem Nichtvorliegen einer dauerhaften und kontinuierlichen Tätigkeit verneint wurde.¹¹⁸ Die Dienstleistungsfreiheit des FZA ist, wie die Niederlassungsfreiheit, nur auf natürliche Personen anwendbar¹¹⁹ und enthält im Gegensatz zum Unionsrecht eine Beschränkung auf 90 Tage pro Jahr.¹²⁰ Der Begriff der Dienstleistung dürfte anlehndend an das Unionsrecht auszulegen sein, da keine Anhaltspunkte für eine Abweichung ersichtlich sind.¹²¹

[Rz 59] Von der Dienstleistungsfreiheit werden alle Sexarbeiterinnen erfasst, bei welchen im Einzelfall die Unselbständigkeit und das Vorliegen einer Niederlassung verneint wurden. Als Auffangtatbestand erfasst die Dienstleistungsfreiheit in jedem Fall auch die Strassensexarbeiterin und die Sexarbeiterin, die nur vorübergehend ein Zimmer mietet.

[Rz 60] Daraus folgt, dass auch selbständige Sexarbeiterinnen im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens immer die Möglichkeit haben, im Meldeverfahren für maximal 90 Tage pro Jahr in der Schweiz zu arbeiten.

3.4. Grenzüberschreitender Sachverhalt

[Rz 61] EPINEY prüft das Kriterium des grenzüberschreitenden Sachverhalts eigenständig.¹²² Dieses gilt für alle vier Grundfreiheiten und ergibt sich aus dem jeweiligen Wortlaut der Bestimmung.¹²³ Sachverhalte müssen demnach die grenzüberschreitende Wahrnehmung einer geschützten Tätigkeit oder zumindest eine konkretisierbare Chance darauf aufweisen, um in den Schutzbereich der Freizügigkeitsrechte zu fallen.¹²⁴

[Rz 62] Inländer, die gegenüber Staatsangehörigen der EU/EFTA schlechter gestellt sind, können sich hingegen nicht auf die Grundfreiheiten berufen: Sogenannte umgekehrten Diskriminierungen werden nicht erfasst.

3.5. Beeinträchtigung

[Rz 63] Die allgemeinen Diskriminierungsverbote in Art. 18 Abs. 1 AEUV und Art. 2 FZA verfügen über einen weitgehend parallelen Wortlaut. Ein Unterschied ist die Anwendbarkeit, welche

¹¹⁸ Art. 57 AEUV.

¹¹⁹ MARINELLO (Fn. 2), S. 87.

¹²⁰ Art. 5 Abs. 1 FZA und Art. 17 lit. a Anh. I FZA; EPINEY ASTRID/ZBINDEN PATRIZIA: Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, in: Freiburger Schriften zum Europarecht, Nr. 8 (Fribourg 2009), S. 12 ff., S. 14 f.

¹²¹ EPINEY/METZ/PIRKER (Fn. 52), S. 211 f.; EPINEY/ZBINDEN (Fn. 120), S. 13.

¹²² BIEBER ROLAND/EPINEY ASTRID/HAAG MARCEL: Die Europäische Union. Europarecht und Politik (11. Aufl. Baden-Baden 2015), §10, Rz. 11; vgl. MÜHL: Diskriminierung und Beschränkung. Grundansätze einer einheitlichen Dogmatik der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages (Berlin 2004) S. 259 ff.; a. M. KINGREEN THORSTEN, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 36 AEUV, N. 16, 69.

¹²³ Z.B. für die Niederlassungsfreiheit: Art. 49 Abs. 1 AEUV resp. Art. 12 Abs. 1 Anh. I FZA.

¹²⁴ BIEBER/EPINEY/HAAG (Fn. 122), §10, Rz. 11.

«unbeschadet besonderer Bestimmungen» resp. «bei Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen» erfolgen soll. EPINEY geht davon aus, dass das Abkommen trotz der Abweichung im Wesentlichen anhand der Rechtsprechung zum unionsrechtlichen Pendant ausgelegt werden muss. Folglich ist Art. 2 FZA ebenfalls als Auffangtatbestand zu verstehen, der zur Anwendung gelangt, wenn kein spezielles Diskriminierungsverbot der Anhänge einschlägig ist.¹²⁵

[Rz 64] Bezüglich der Arbeitnehmerfreizügigkeit gilt das Gebot der Inländergleichbehandlung gem. Art. 9 Abs. 1 Anh. I FZA resp. Art. 45 Abs. 2 AEUV. Es umfasst das Diskriminierungsverbot, welches vom EuGH zu einem Beschränkungsverbot weiterentwickelt wurde.¹²⁶ Dasselbe gilt auch für die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 15 Anh. I FZA resp. Art. 49 Abs. 2 AEUV.¹²⁷ Gemäss EPINEY wurde das Beschränkungsverbot auch in die entsprechenden Garantien des FZA übernommen.¹²⁸ Die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 17 lit. a Anh. I FZA resp. Art. 56 Abs. 1 AEUV verankert das Beschränkungsverbot bereits im Wortlaut.¹²⁹ Das unionsrechtliche Verständnis von Diskriminierung und Beschränkung ist für die Auslegung des FZA heranzuziehen.

[Rz 65] Mit der Anerkennung des Beschränkungsverbots auch in der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird der EuGH der Konvergenz der Grundfreiheiten gerecht.¹³⁰ Trotzdem müssen die strukturellen Unterschiede der Freiheiten berücksichtigt werden, etwa weil eine Beschränkung bei dauerhaftem oder nur vorübergehendem Aufenthalt aufgrund der Zielsetzung der jeweiligen Freiheit unterschiedlich beurteilt wird.¹³¹ Ausserdem hat gerade die Arbeitnehmerfreizügigkeit Konkretisierungen erhalten, es muss deshalb auch zwischen der Gewährleistung der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit unterschieden werden, obwohl diese grundsätzlich dieselbe Funktion wahrnehmen.¹³²

3.5.1. Diskriminierungsverbot

[Rz 66] Eine Diskriminierung kann nur vorliegen, wenn zwei Sachverhalte vom gleichen Hoheitsträger beurteilt wurden.¹³³

[Rz 67] Eine gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstossende Diskriminierung liegt gemäss der Rechtsprechung des EuGH vor, wenn «vergleichbare Sachverhalte rechtlich unterschiedlich oder unterschiedliche Sachverhalte rechtlich gleich behandelt werden».¹³⁴ Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn solche Unterscheidungen ausdrücklich aufgrund der Staatsangehörigkeit

¹²⁵ EPINEY/METZ/PIRKER (Fn. 52), S. 221 ff.

¹²⁶ Vgl. BRECHMANN, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 45 AEUV, N. 49; FRANZEN, in: Streinz (Fn. 61), Art. 45 AEUV, N. 86; KREUSCHITZ, in: von der Groeben (Fn. 57), Art. 45 AEUV, N. 6.

¹²⁷ BRÖHMER, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 49 AEUV, N. 23–29; FORSTHOFF, in: GHN (Fn. 49), Art. 49 AEUV, N. 88 ff.

¹²⁸ Vgl. EPINEY/METZ/PIRKER (Fn. 52), S. 206 ff. zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 217 ff. zur Dienstleistungsfreiheit; bereits früher EPINEY, ZBJV (Fn. 37), S. 11 f.

¹²⁹ FORSTHOFF ULRICH/RANDELZHOFFER ALBRECHT, in: GHN (Fn. 49), Art. 57 AEUV, N. 98 ff.; KLUTH WINFRIED, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 56 AEUV, N. 57.

¹³⁰ BIEBER/EPINEY/HAAG (Fn. 122), §10, Rz. 18 f.; FRANZEN, in: Streinz (Fn. 61), Art. 45 AEUV, N. 86.

¹³¹ FEIDEN SONJA: Die Bedeutung der «Keck»-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten. Ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten (= Diss. Bonn 2001 = Schriften zum Europäischen Recht, Bd. 95), S. 180 f.; FRANZEN, in: Streinz (Fn. 61), Art. 45 AEUV, N. 86.

¹³² FEIDEN (Fn. 131), S. 209 f.

¹³³ PUSTUL (Fn. 35), S. 26; vgl. zur Niederlassungsfreiheit: TIEDJE, in: von der Groeben (Fn. 57), Art. 49 AEUV, N. 69.

¹³⁴ Urteil des EuGH C-283/83 vom 13. November 1984 *Racke*, Slg. 1984 I-3791, Rn. 7.

erfolgen.¹³⁵ Eine mittelbare Diskriminierung knüpft zwar nicht direkt an die Staatsangehörigkeit an, ist aber dennoch geeignet,¹³⁶ Staatsangehörige der EU/EFTA gegenüber Inländern zu benachteiligen, weil sie häufiger vom zugrunde gelegten Sachverhalt erfasst werden.¹³⁷

[Rz 68] Das Diskriminierungsverbot der Niederlassungsfreiheit ist sehr ähnlich ausgestaltet, grundsätzlich sind dieselben Kriterien zu beachten.¹³⁸ Auch die Dienstleistungsfreiheit verbietet direkte und indirekte Diskriminierungen unter den oben genannten Voraussetzungen.¹³⁹

3.5.2. Beschränkungsverbot

[Rz 69] Beschränkungen sind im Rahmen der unionsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit untersagt. Sie bezeichnen Massnahmen, die geeignet sind, jemanden daran zu «hindern oder ab[zu]halten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen»,¹⁴⁰ erfolgen jedoch unabhängig von der Staatsangehörigkeit.¹⁴¹ Das Beschränkungsverbot gilt auch für die Niederlassungsfreiheit.¹⁴² Im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit wird es weiter verstanden als im Rahmen der Personenfreizügigkeit.¹⁴³

3.5.3. Einordnung der kantonalen Regelung

[Rz 70] Im Kanton Bern müssen unselbständige Sexarbeiterinnen in einem Register erfasst werden. Die Führung des Registers obliegt der Arbeitgeberin, die Sexarbeiterin hingegen trifft keine Pflicht. Das PGG BE gilt sowohl für Staatsangehörige der EU/EFTA, wie auch für Inländer, wodurch die Gleichbehandlung gewährleistet ist. Eine Diskriminierung liegt daher nicht vor.

[Rz 71] Die Registerführung könnte die Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte trotzdem im Sinne einer Beschränkung erschweren. Die Sexarbeiterin, die gleichzeitig nicht als Vermieterin oder Betreiberin gegenüber anderen Sexarbeiterinnen auftritt, wird von der Bewilligungspflicht nicht erfasst. Ihre Daten werden in ein Register aufgenommen, wenn sie in einem Etablissement tätig ist. Dies ist nicht geeignet, die Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte zu erschweren. Das PGG BE stellt keine Beschränkung der Freizügigkeitsrechte dar.

[Rz 72] Die Aufnahme der selbständigen oder unselbständigen Sexarbeit erfordert bei Staatsangehörigen der EU/EFTA eine Meldung resp. Bewilligung.¹⁴⁴ Die Berner Regelung verlangt, zusätzlich

¹³⁵ FRANZEN, in: Streinz (Fn. 61), Art. 45 AEUV, N. 81.

¹³⁶ MARINELLO (Fn. 2), S. 52 f.

¹³⁷ BRECHMANN, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 45 AEUV, N. 47; FRANZEN, in: Streinz (Fn. 61), Art. 45 AEUV, N. 83.

¹³⁸ Vgl. im Übrigen: BRÖHMER, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 49 AEUV, N. 19 zur direkten, N. 20 zur indirekten Diskriminierung; FORSTHOFF, in: GHN (Fn. 49), Art. 49 AEUV, N. 79 f. zur direkten, N. 82 f. zur indirekten Diskriminierung; MÜLLER-GRAFF, in: Streinz (Fn. 61), Art. 49 AEUV, N. 41 f. zum Begriff der Diskriminierung, N. 44 ff. zur direkten und N. 48 ff. zur indirekten Diskriminierung.

¹³⁹ KLUTH, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 57 AEUV, N. 54 ff.; FORSTHOFF/RANDELZHOFFER, in: GHN (Fn. 49), Art. 56 AEUV, N. 82 ff.

¹⁴⁰ Urteil des EuGH C-415/93 vom 15. Dezember 1995 *Bosman*, Slg. 1995 I-4921, Rn. 96.

¹⁴¹ BRECHMANN, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 45 AEUV, N. 49; KREUSCHITZ, in: von der Groeben (Fn. 57), Art. 45 AEUV, N. 28.

¹⁴² FORSTHOFF, in: GHN (Fn. 49), Art. 49 AEUV, N. 88, 103 ff. mit Fallgruppen.

¹⁴³ KLUTH, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV (Fn. 55), Art. 57 AEUV, N. 57.

¹⁴⁴ MARINELLO (Fn. 2), S. 52 f.

zu den üblichen Dokumenten, die Einreichung eines Mietvertrags sowie – bei Selbständigen – eines Businessplans und das Erscheinen zum persönlichen Gespräch. Zudem ist eine Wartefrist vorgesehen. Die Nichtbeachtung der Vorschriften wird mit einer Geldstrafe geahndet. Vergleichbare Regelungen sind für inländische Arbeitskolleginnen nicht vorgesehen.

[Rz 73] Staatsangehörige der EU/EFTA und Inländer werden demnach ungleich behandelt. EPINEY sieht in der Meldepflicht deshalb bereits eine unmittelbare Diskriminierung.¹⁴⁵ Der EuGH ordnete hingegen eine Vorausmeldepflicht für Selbständige als Beschränkung ein, da sich die objektive Situation inländischer Unternehmer von derjenigen Ausländischer unterscheide. Dies wird damit begründet, dass die fehlende Harmonisierung des nationalen Arbeitsrechts Kontrollen notwendig mache. Dies gälte nicht nur bei der Entsendung von Arbeitnehmern, sondern entsprechend auch bei selbständig Erwerbenden.¹⁴⁶

[Rz 74] Der Rechtsprechung des EuGH folgend ist der diskriminierende Charakter der Berner Regelung zu verneinen, da sie zu Recht unterschiedliche Sachverhalte unterschiedlich behandelt.

[Rz 75] Die Argumentation des EuGH hebt das Diskriminierungsverbot nicht aus; im Folgenden ist das Vorliegen einer Beschränkung zu prüfen. Die Berner Regelung, insbesondere die Pflicht zur Einreichung von Mietvertrag und Businessplan sowie die Gesprächspflicht sind geeignet, die Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte zu erschweren. Die Wartefrist behindert zudem kurzfristige Einsätze erheblich. Die Geldstrafe schlussendlich kann eine abschreckende Wirkung erzeugen. Die aufgeführten Massnahmen sind deshalb als Beschränkung zu qualifizieren.

[Rz 76] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Registerführung weder diskriminierend noch beschränkend wirkt. Die Massnahmen der Berner Regelung hingegen beschränken die Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte.

3.6. Rechtfertigung

[Rz 77] Ein Eingriff in den Schutzbereich der Arbeitnehmer-, Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit kann unter Umständen gerechtfertigt werden, wenn die Massnahme von einem Rechtfertigungsgrund erfasst wird, keine wirtschaftlichen Gründe verfolgt und den Anforderungen der Verhältnismässigkeit genügt.¹⁴⁷

[Rz 78] Die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung sowie Beschränkung ist von Bedeutung, da sie Auswirkungen auf die Möglichkeit der Rechtfertigung hat. Unmittelbare Diskriminierungen können einzig durch den geschriebenen Rechtfertigungsgrund erfasst werden, während für mittelbare Diskriminierungen sowie für Beschränkungen auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen.¹⁴⁸

¹⁴⁵ EPINEY ASTRID: Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Epiney Astrid/Metz Beate/Mosters Robert (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU. Auslegung und Anwendung in der Praxis, Forum Europarecht Bd. 19 (Zürich/Basel/Genf 2011), S. 104.

¹⁴⁶ Vgl. zum Ganzen: Urteil des EuGH C-577/10 vom 19. Dezember 2012 *Limosa*, EU:C:2012:814, in: EuZW 2013, S. 235, Rn. 47 f.; vgl. auch KADDOUS CHRISTINE/TOBLER CHRISTA: Europarecht: Schweiz – Europäische Union, Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER) 2013, S. 639 ff., S. 648.

¹⁴⁷ BIEBER/EPINEY/HAAG (Fn. 122), §10, Rz. 15 ff.; FRENZ WALTER: Europäische Grundfreiheiten, in: Handbuch Europarecht, Bd. I (2. A. Heidelberg etc. 2012), Rz. 583.

¹⁴⁸ FORSTHOFF, in: GHN (Fn. 49), Art. 45 AEUV, N. 324 f.

[Rz 79] Die Berner Regelung ist als Beschränkung zu qualifizieren, weshalb auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe zur Anwendung gelangen können.

3.6.1. Rechtfertigungsgründe

3.6.1.1. Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit

[Rz 80] Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe¹⁴⁹ gewähren Eingriffe aus «Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit». Massgebend für das Abkommen mit der Schweiz sind die mittlerweile zur RL 2004/38/EG¹⁵⁰ zusammengeführten Richtlinien 64/221/EWG¹⁵¹, 72/194/EWG¹⁵² und 75/35/EWG.¹⁵³ Einschränkungen der Freizügigkeit sind demnach nur gestützt auf persönliches Verhalten der betroffenen Person möglich. Dieses Verhalten muss widerrechtlich sein und eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellen.¹⁵⁴

[Rz 81] Die Berner Regelung stellt nicht auf persönliches Verhalten der Sexarbeiterinnen ab, sondern gilt vielmehr für alle einheitlich. Der Kanton Bern könnte sich auch nicht auf die Sittenwidrigkeit der Sexarbeit berufen, einerseits, da das PGG BE die Zulässigkeit der Sexarbeit ausdrücklich festhält, andererseits weil die freiwillige Sexarbeit auf Bundesebene nicht grundsätzlich verboten ist.¹⁵⁵

[Rz 82] Eine Einschränkung der Freiheitsrechte kann auch aus Gründen der Gesundheit gerechtfertigt sein. Gemäss Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 64/221 EWG können nur die im Anhang aufgeführten Krankheiten, insbesondere ansteckende Krankheiten, eine Einschränkung rechtfertigen. Eine entsprechende Begründung ist vorliegend nicht ersichtlich.

¹⁴⁹ Art. 5 Anh. I FZA, sowie gleichlautend Art. 45 Abs. 3 AEUV, Art. 52 AEUV, Art. 62 AEUV.

¹⁵⁰ Richtlinie 2004/38/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, Abl. L 158 vom 30. April 2004, S. 77 ff.

¹⁵¹ Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, Abl. L 56 vom 4. April 1964 S. 850 ff.

¹⁵² Richtlinie 72/194/EWG des Rates vom 18. Mai 1972 über die Erweiterung des Geltungsbereichs der Richtlinie vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, auf die Arbeitnehmer, die von dem Recht, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbleiben zu können, Gebrauch machen, Abl. L 121 vom 26. Mai 1972 S. 32 ff.

¹⁵³ Richtlinie 75/35/EWG des Rates vom 17. Dezember 1974 zur Erweiterung des Geltungsbereichs der Richtlinie 64/221/EWG zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, auf die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, die von dem Recht, nach Beendigung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, Gebrauch machen, Abl. L 014 vom 20. Januar 1975 S. 14 ff.

¹⁵⁴ SPESCHA, in: Migrationsrecht Kommentar (Fn. 37), Art. 5 Anh. I FZA, N. 1.

¹⁵⁵ Vgl. LASKOWSKI (Fn. 63), S. 477.

3.6.1.2. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses

[Rz 83] Der EuGH hat den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund bereits vor Unterzeichnung des FZA entwickelt, er entfaltet deshalb auch im Rahmen des FZA Wirkung.¹⁵⁶ Er ist anwendbar auf mittelbare Diskriminierungen und Beschränkungen,¹⁵⁷ so auch auf die Berner Regelung.

[Rz 84] Der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund der «zwingenden Gründe»¹⁵⁸ eröffnet den Staaten einen Spielraum zur Definition schützenswerter Interessen.

[Rz 85] Der Migrationsdienst Bern begründet die Massnahmen der Berner Regelung folgendermassen:¹⁵⁹ Zweck der Berner Regelung sei hauptsächlich die Überprüfung der Selbständigkeit der gesuchstellenden Person. Der Businessplan und das persönliche Gespräch würden dazu dienen, die nötige Unabhängigkeit der Sexarbeiterin festzustellen. Sei offensichtlich, dass die Person nicht selbständig handle, könne die Aufenthaltserlaubnis verweigert werden. Das persönliche Gespräch erlaube den Mitarbeiterinnen der Migrationsbehörde auch, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen. Dies funktioniere: Die zuständige Mitarbeitende erhalte häufig Telefonate von Sexarbeiterinnen oder gar Freiern, die ein Problem hätten oder etwas melden möchten. Sodann solle die Sexarbeiterin beim persönlichen Gespräch wichtige Informationen erhalten. Die Mitarbeitenden würden über Krankenkassen und AHV informieren, aber auch, wie und wo im Internet eine andere Arbeitsstelle gesucht werden könne. Die Sexarbeiterin erhalte zudem Kontaktinformationen von Frauenorganisationen, z.B. von der FIZ. Durch diese Massnahmen sei es möglich, die Abhängigkeit vom Umfeld und die Ausnutzungsfahrer etwas einzudämmen. In schwerwiegenden Fällen, in welchen Missbrauch vermutet werde, arbeite der Migrationsdienst Bern mit Frauenorganisationen und der Kantonspolizei zusammen. Es werde aber offen zugegeben, dass die Aufklärung von solchen Fällen nicht erfolgreich sei, weil der Druck auf die Sexarbeiterinnen oft zu gross sei. Die Berner Regelung bezwecke jedoch nicht die Senkung der Attraktivität des Standorts für die Ausübung der Sexarbeit. Die dahingehende Äusserung der Fremdenpolizei der Stadt Bern¹⁶⁰ sei vermutlich alleine darauf gerichtet, die Ausbreitung eines Strassenstrichs in Bern zu vermeiden.¹⁶¹

[Rz 86] Hauptzweck der Berner Regelung scheint demnach tatsächlich der Schutz der Sexarbeiterin zu sein. Der EuGH anerkennt die Bekämpfung von Sozialbetrug und Scheinselbständigkeit als möglichen zwingenden Grund des Allgemeininteresses, der vom übergeordneten Ziel, das Gleichgewicht des Sozialsystems zu bewahren, erfasst werde. Auch der Schutz der Erwerbstätigen sei ein zu

¹⁵⁶ EPINEY/MOSTERS (Fn. 52), S. 81 f.

¹⁵⁷ BIEBER/EPINEY/HAAG (Fn. 122), §10, Rz. 15; FORSTHOFF, in: GHN (Fn. 49), Art. 45 AEUV, N. 324 ff.

¹⁵⁸ Die Terminologie ist nicht einheitlich. «Zwingende Gründe des Allgemeininteresses» bedeutet dasselbe wie «zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls»: FORSTHOFF, in: GHN (Fn. 49), Art. 45 AEUV, N. 371.

¹⁵⁹ Gemäss Interview mit dem Migrationsdienst des Kantons Bern vom 11. Mai 2015; ähnlich äussert sich auch das EMF bezüglich der Verhältnisse in der Stadt Bern: Prostitution und Menschenhandel, Bericht des Bundesrates (Fn. 20), S. 40.

¹⁶⁰ Bericht zur Rotlichtproblematik (Fn. 13), Kap. 6.2.a S. 24.

¹⁶¹ Interview mit dem Migrationsdienst des Kantons Bern vom 11. Mai 2015: «Wir möchten den Sexarbeiterinnen nicht das Leben schwer machen, vielmehr sehen wir uns als Ansprechpersonen. Wir möchten nicht möglichst wenige Sexarbeiterinnen und stellen deshalb hohe Anforderungen. Deshalb handelt es sich unserer Meinung nach nicht um prohibitive Hürden. [...] Der [Bericht zur Rotlichtproblematik (Fn. 13), Kap. 6.2.a S. 24.] wurde [von den Einwohnerdiensten, Migration und Fremdenpolizei (EMF)] der Stadt Bern verfasst, dies war nicht der kantonale Migrationsdienst. Es geht wohl darum, dass die Stadt Bern keinen neuen Shilquai möchte. In Gemeinden gibt es weniger das Problem von Rotlichtvierteln. Es verlagert sich gerne alles in die Städte. Wir sind nur ausserhalb der Stadt zuständig, wo es eher Etablissements als Strassenprostitution gibt.», vgl. auch betreffend die Äusserungen des EMF: Prostitution und Menschenhandel, Bericht des Bundesrates (Fn. 20), S. 37.

berücksichtigendes, nationales Interesse.¹⁶² Die Berner Regelung kann durchaus mit zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls begründet werden.

[Rz 87] Die Berner Regelung wird deshalb von einem Rechtfertigungsgrund erfasst. Damit die Massnahmen gerechtfertigt sind, dürften ausserdem keine wirtschaftlichen Gründe vorliegen und die Verhältnismässigkeit müsste gewahrt werden.

3.6.2. Nichtvorliegen wirtschaftlicher Gründe

[Rz 88] Wirtschaftliche Gründe können einen Eingriff in die Grundfreiheiten von vornherein nicht rechtfertigen. Auch wirtschaftspolitische Anliegen oder die Vereinfachung von Verwaltungsaufgaben werden darunter subsumiert.¹⁶³ Das reine Anliegen, die Polizeiarbeit zu erleichtern, kann deshalb keinen Eingriff in die Freiheiten rechtfertigen. Polizeiliche Kontrolle überhaupt zu ermöglichen, zielt hingegen nicht in erster Linie auf die Entlastung des Finanzhaushalts ab.

[Rz 89] Unter der Berner Regelung werden verschiedene Anforderungen an Staatsangehörige der EU/EFTA in der einschlägigen Branche gestellt. Die verstärkte Kontrolle in diesem Bereich, besonders die Durchführung von persönlichen Gesprächen, erhöht die finanzielle Belastung des Kantons eher. Anders wäre die Registerführung gemäss PGG BE zu qualifizieren: Diese vereinfacht vermutlich die Polizeiarbeit. Der beschränkende Charakter der Registerführung wurde jedoch bereits verneint.

[Rz 90] Die Einführung der Berner Regelung ist nicht auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen.

3.6.3. Verhältnismässigkeit

[Rz 91] Die Rechtfertigung staatlicher Massnahmen bedarf deren Verhältnismässigkeit. Die Massnahmen der Berner Regelung werden im Folgenden einzeln auf ihre Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit geprüft.¹⁶⁴

3.6.3.1. Businessplan und persönliches Gespräch

[Rz 92] Das Kriterium der Eignung verlangt, dass die Massnahme den beschriebenen Zweck fördert und stringent, also systematisch und kohärent, das Ziel verfolgt.¹⁶⁵

[Rz 93] Der Businessplan und das Erscheinen zum persönlichen Gespräch werden verlangt, um die tatsächliche Unabhängigkeit der Sexarbeiterinnen zu überprüfen sowie um Scheinselbständigkeit zu bekämpfen. Die Massnahme ist geeignet, dieses Ziel zu fördern: Gemäss Aussagen der Migrationsbehörde werden auf diesem Weg tatsächlich Fälle von Scheinselbständigkeit aufgedeckt.¹⁶⁶ Die

¹⁶² Urteil des EuGH C-577/10 vom 19. Dezember 2012 *Limosa*, EU:C:2012:814, in: EuZW 2013, S. 235, Rn. 45.

¹⁶³ BIEBER/EPINEY/HAAG (Fn. 122), §10, Rz. 16; FRANZEN, in: Streinz (Fn. 61), Art. 45 AEUV, N. 98.

¹⁶⁴ Vgl. BIEBER/EPINEY/HAAG (Fn. 122), §10, Rz. 17; FRENZ (Fn. 147), Rz. 587; FORSTHOFF, in: GHN (Fn. 49), Art. 45 AEUV, N. 374 ff.

¹⁶⁵ FRENZ (Fn. 147), Rz. 592.

¹⁶⁶ Interview mit dem Migrationsdienst des Kantons Bern vom 11. Mai 2015: «Die Abgrenzung zwischen Selbständigen und Unselbständigen können wir relativ schnell vornehmen. Bei Opfern haben wir weniger Erfolg. Diese werden häufig von Männern hergebracht, die um die Ecke in ihren Autos warten. Diese Sexarbeiterinnen sind verängstigt. Wir sammeln Indizien und erstatten der Kantonspolizei Meldung. Diese kann bei der nächsten Kontrolle auf diese Person speziell achten. Wir versuchen, eine Hilfestellung zu geben. Wir können

Massnahme muss das Ziel nicht erreichen, es muss einzig möglich sein, mit ihr dem Ziel näher zu kommen.

[Rz 94] Die Erforderlichkeit wird vom EuGH eingehend geprüft und nur restriktiv bejaht. Die Massnahme muss das mildeste vorstellbare Mittel sein, die das Ziel in einem vergleichbaren Ausmass erreichen kann. Zu berücksichtigen ist besonders die Auswirkung auf Staatsangehörige der EU/EFTA.¹⁶⁷

[Rz 95] Der EuGH hatte einen Fall zu beurteilen, in dem aus Gründen des Sozialschutzes und der Missbrauchsbekämpfung alle selbständig Erwerbenden für die Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte eine Online-Vorausmeldepflicht traf, die mit der Bekanntgabe von umfangreichen Daten verbunden war. Die Erforderlichkeit der Meldepflicht wurde abgelehnt, weil ein genereller Betrugsverdacht keine detaillierten Informationspflichten rechtfertigt. Die Meldepflicht hätte vielmehr auf die Fälle reduziert werden müssen, in denen ein Anlass zur Prüfung bestand sowie auf die Informationen, die für die Missbrauchsbekämpfung notwendig waren.¹⁶⁸ Dies erscheint auch vor dem Hintergrund, dass die Aufenthaltserlaubnis einen rein deklaratorischen Charakter hat, richtig. Das FZA regelt die Bedingungen für den Aufenthalt grundsätzlich abschliessend; staatliche Massnahmen dürfen nicht erschwerenden Voraussetzungen gleich kommen.¹⁶⁹ Gemäss EPINEY ist eine auf bestimmte Branchen beschränkte Meldepflicht unter Umständen zulässig. Die Zugehörigkeit zu einer Branche könne Anhaltspunkt sein für die Vermutung, dass gesetzliche Vorschriften nicht beachtet werden.¹⁷⁰

[Rz 96] Gegenstand dieses Artikels ist nicht die Vereinbarkeit der allgemeinen Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1^{bis} VEP, Art. 6 EntsG und Art. 6 EntsV mit den Erfordernissen des FZA, an welcher zumindest EPINEY «ernsthafte Zweifel» anbringt,¹⁷¹ sondern einzig die Vereinbarkeit der konkreten Voraussetzungen im Bereich der Sexarbeit.

[Rz 97] Tatsächlich kann in der Erotikbranche, auf welche sich die fraglichen Massnahmen beschränken, eine erhöhte Missbrauchsgefahr erwartet werden. Grundsätzlich sind daher Informationspflichten zur Bekämpfung dieses erhöhten Risikos zulässig.

[Rz 98] Um dem Kriterium der Erforderlichkeit zu genügen, müssten die Massnahmen auch die mildesten Mittel sein, die das Ziel in ähnlicher Weise erreichen. In einem ersten Schritt wird geprüft, ob mildere und ähnlich wirksame Mittel als das persönliche Gespräch ersichtlich sind.

[Rz 99] Denkbar wäre insbesondere, die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nicht an das persönliche Gespräch zu koppeln. Freilich ist anzumerken, dass gerade Betreiberinnen von zwielichtigen Etablissements vermutlich das Interesse daran verlieren würden, die Sexarbeiterinnen zu einem entsprechenden Gespräch zu bringen, wäre kein Vorteil für sie damit verbunden. Es ist zu erwarten, dass viele Sexarbeiterinnen diesen Termin nicht wahrnehmen würden. Ohne die Auferlegung

die Opfer aber auch nicht zwingen, ihren Fall offenzulegen. Wir bieten ihnen einfach die Möglichkeit, Hilfe zu bekommen. Aber sehr erfolgreich sind wir nicht».

¹⁶⁷ FRENZ (Fn. 147), Rz. 593 ff.

¹⁶⁸ Urteil des EuGH C-577/10 vom 19. Dezember 2012 *Limoso*, EU:C:2012:814, in: EuZW 2013, S. 236, Rn. 53–56, sowie in demselben Anm. LUIGI MALFERRARI, Kap. II.3, S. 237; EPINEY/MOSTERS (Fn. 52), S. 96 ff.; KADDOUS/TOBLER (Fn. 146), S. 649.

¹⁶⁹ EPINEY ASTRID: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU. Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann *et al.* (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012 (Bern 2012) S. 119 f.

¹⁷⁰ EPINEY/MOSTERS (Fn. 52), S. 96.

¹⁷¹ DIES., S. 97; vgl. aber die frühere Beurteilung; EPINEY, Arbeitnehmerentsendung (Fn. 145), S. 106.

eines gewissen Zwangs, vor allem auch auf die Betreiberinnen, könnte die Behörde die Kontrolle daher weniger erfolgreich durchführen.

[Rz 100] Auch möglich wäre die Einführung einer analogen Gesprächspflicht für inländische Personen in der Erotikbranche.¹⁷² Die Massnahme würde so EU/EFTA-Angehörte nicht mehr isoliert erfassen. Das Gespräch mit der Behörde verfolgt jedoch gerade auch den Zweck, die Sexarbeiterin mit Informationen zu Sozialversicherungen etc. zu versorgen. Über dieses Wissen wird eine Inländerin in der Regel bereits verfügen. Einer Inländerin wird es leichter fallen, sich vor Missbrauch zu schützen, da sie Sprache und Kultur kennt und Kontakte hat. Wie bereits andernorts erwähnt, befinden sich Inländerinnen und Staatsangehörige der EU/EFTA nicht in der gleichen Situation, weshalb eine unterschiedliche Behandlung sinnvoll erscheint.

[Rz 101] Bezüglich der Wartefrist werden der Sexarbeiterin durch das Gespräch keine zusätzlichen Hürden auferlegt, da nach Ablauf der Wartefrist die Tätigkeit aufgenommen werden kann, unabhängig vom Zeitpunkt des persönlichen Gesprächs. Die unselbständige Tätigkeit kann am Tag nach der Online-Meldung aufgenommen werden.¹⁷³ Das Erfordernis des persönlichen Gesprächs könnte auch in dieser Hinsicht nicht abgemildert werden.

[Rz 102] Spricht die Sexarbeiterin eine andere Sprache als Deutsch, Französisch, Englisch oder Spanisch, so wird für das Gespräch und für die Prüfung des Businessplans eine Dolmetscherin beigezogen. Die Sprache hat keinen Einfluss auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis; es ist auch im Hinblick auf die Sprache keine Abschwächung möglich.¹⁷⁴

[Rz 103] Die Durchführung eines persönlichen Gesprächs ist folglich die mildeste Massnahme, um den Zweck in vergleichbarer Intensität zu erreichen. Die Erforderlichkeit ist daher gegeben.

[Rz 104] Es bleibt die Prüfung von mildereren Massnahmen im Hinblick auf das Erfordernis des Businessplans.

[Rz 105] Der Businessplan soll ebenfalls der Bekämpfung der Scheinselbständigkeit dienen.¹⁷⁵ Der Migrationsdienst Bern will damit überprüfen, ob die Person sich selbst überlegt hat, wie sie Geld verdienen möchte. Ein wichtiges Kriterium sei, ob die Sexarbeiterin selber Werbung mache, oder ob dies die Betreiberin, teilweise gar ohne Wissen der Sexarbeiterin, übernehme. Die rudimentäre Auflistung von geplanten Einnahmen und Ausgaben sei zu wenig umfangreich, jedoch würde kein professioneller Plan verlangt.¹⁷⁶

¹⁷² Vgl. bezüglich dem persönlichen Gespräch für Sexarbeiterinnen unabhängig von deren Nationalität: Prostitution und Menschenhandel, Bericht des Bundesrates (Fn. 20), S. 42.

¹⁷³ Interview mit dem Migrationsdienst des Kantons Bern vom 11. Mai 2015: «Die [Sperrfrist von acht Tagen] beginnt mit Einreichung der Online-Anmeldung. Auch wenn wir keinen Termin vor Ablauf der Wartefrist finden, kann die Person nach Ablauf der acht Tage ihre Arbeit aufnehmen. Die Meldung wird in diesem Fall nachträglich genehmigt oder widerrufen».

¹⁷⁴ Interview mit dem Migrationsdienst des Kantons Bern vom 11. Mai 2015: «Deutsche, französische, englische und auch spanische Businesspläne nehmen wir an, weil hier Personen arbeiten, die diese Sprachen sprechen. Wenn eine Person z.B. nur rumänisch spricht, wird auch für das persönliche Gespräch eine Dolmetscherin angeboten. Die Sprache ist kein Kriterium für die Zulassung».

¹⁷⁵ Vgl. zur Kritik am Erfordernis des Businessplans: Prostitution und Menschenhandel, Bericht des Bundesrates (Fn. 20), S. 41.

¹⁷⁶ Interview mit dem Migrationsdienst des Kantons Bern vom 11. Mai 2015: «[...] Wir verlangen keinen professionellen Plan. Wir möchten grob wissen, wie viel die Person verdienen möchte. Es geht aber nicht um eine Wirtschaftlichkeitsüberprüfung. Das persönliche Gespräch hat vor allem auch einen Informationszweck. Wir wollen nicht in erster Linie diese Belege, sondern vor allem herausspüren, ob die Person unabhängig ist».

[Rz 106] Auch für die Überprüfung der geplanten Ausgaben kann der Businessplan nützlich sein. Plant eine Sexarbeiterin beispielsweise monatlich CHF 500 für die Krankenkasse ein, kann interveniert werden.¹⁷⁷

[Rz 107] Fraglich ist jedoch, ob der Businessplan dazu tatsächlich notwendig ist, oder ob die Missbrauchsüberprüfung auch während des persönlichen Gesprächs erfolgen könnte, etwa mit gezielten Fragen betreffend Werbung oder Sozialversicherungen.

[Rz 108] Vermutlich ist es für die Behörde einfacher, die Problematik in einem spezifischen Fall festzustellen, wenn die Sexarbeiterin eine Aufstellung der Posten in Form eines Businessplans liefert. Die Vereinfachung der Behördenarbeit wäre jedoch ein wirtschaftliches Argument und damit unzulässig für die Rechtfertigung einer einschränkenden Massnahme.

[Rz 109] Das Erfordernis des Businessplans ist bereits eine mildere Massnahme gegenüber den üblichen Voraussetzungen, die in der Schweiz für die Anmeldung der Selbständigkeit für Staatsangehörige der EU/EFTA gelten: In der Regel wird die Gründung eines Unternehmens und die Anmeldung beim Handelsregister verlangt. Zudem können Geschäftsbücher eingesehen werden.¹⁷⁸ Diese Voraussetzungen wären für eine Sexarbeiterin kaum zu erfüllen.

[Rz 110] Sofern der Businessplan nicht zu einer Hürde wird, die nur mit betriebswirtschaftlichen Kenntnissen überwunden werden kann, scheint er für die Überprüfung der Selbständigkeit trotz allem grundsätzlich die wirksamste Massnahme zu sein. Bezüglich der Erforderlichkeit eines Businessplans muss jedoch ein Vorbehalt angebracht werden: Die Anforderungen an ihn müssen herabgesetzt, die Komplexität auf ein Minimum beschränkt werden. Eine Auflistung von Ausgaben und Einnahmen, um festzustellen, ob die Sexarbeiterin angemessene Vorstellungen hat, muss ausreichen. Es muss auch darauf geachtet werden, dass die Sexarbeiterin nicht in aller Ausführlichkeit ihre Dienste beschreiben muss. Ein so ausgestalteter Businessplan wäre die mildeste Massnahme, welche die Scheinselbständigkeit wirksam ausschliessen kann.

[Rz 111] Es ist damit ebenfalls erforderlich, einen Businessplan zu verlangen.

[Rz 112] Die Angemessenheit schliesslich verlangt, dass die Vorteile der Massnahme die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten überwiegen. Die nationalen Interessen an der Umsetzung der Massnahme und die Interessen an der Verwirklichung der Freiheiten müssen gegeneinander abgewogen werden. Andererseits muss die Massnahme auch in einem vernünftigen Verhältnis zur Beeinträchtigung stehen. Diese Prüfung wird vom EuGH nur rudimentär vorgenommen.¹⁷⁹

[Rz 113] Sofern die Massnahmen in der beschriebenen Form angewendet werden, scheint die Beschränkung der Grundfreiheiten im Verhältnis zum Gewinn, nämlich der Stärkung der Unabhängigkeit der Sexarbeiterinnen, angemessen.¹⁸⁰

[Rz 114] Sowohl das Erfordernis des persönlichen Gesprächs, als auch des Businessplans sind damit innerhalb der beschriebenen Grenzen zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen und somit verhältnismässig.

¹⁷⁷ Interview mit dem Migrationsdienst des Kantons Bern vom 11. Mai 2015: «Bei den Krankenkassennachweisen stellen wir z.B. häufig fest, dass die Sexarbeiterinnen um die CHF 500 monatliche Krankenkassenprämie bezahlen. Der Versicherungsagent und Vermittler profitierten bei Verträgen von teilweise fünfjähriger Laufdauer. Hier konnten wir die Sexarbeiterinnen mit Erfolg aufklären und stärken: Solche Fälle kommen inzwischen seltener vor, unsere Kontrolle hat sich vermutlich herumgesprochen».

¹⁷⁸ Weisungen VEP (Fn. 3), Kap. 4.3.2 S. 50.

¹⁷⁹ FRENZ (Fn. 147), Rz. 597 ff.

¹⁸⁰ MARINELLO (Fn. 2), S. 61 f.; a.M. KERLAND (Fn. 13), S. 16 ff.

3.6.3.2. Einreichung des Mietvertrags

[Rz 115] Der Migrationsdienst überprüft, ob die Personalien der gemeldeten Person mit denjenigen im Mietvertrag übereinstimmen. So könne festgestellt werden, ob die gemeldete Person tatsächlich eingereist sei. Vor Einführung dieses Erfordernisses seien häufig Meldungen mit fremden Ausweisen erfolgt. Die Massnahme scheint jedenfalls zweckmässig und damit geeignet, die Kontrolle durchzuführen, da die Missbrauchsfälle seit deren Einführung zurückgegangen sind.¹⁸¹

[Rz 116] Fraglich ist, ob der Mietvertrag zur Überprüfung der Personalien auch erforderlich ist, oder ob mildere Massnahmen denkbar sind.

[Rz 117] Die Personalien der Sexarbeiterinnen müssen im Kanton Bern auf einem Registerblatt festgehalten werden. Der Migrationsdienst legte nicht dar, inwiefern neben dem Register die Einreichung eines Mietvertrags erforderlich ist. Aus Art. 5 lit. a i.V.m Art. 10 PGG BE geht hervor, dass Vermieterinnen¹⁸² sowieso von der Registerführungspflicht erfasst werden. Es wäre daher auch denkbar, dass die Migrationsbehörde zur Überprüfung der Personalien einen Auszug aus diesem Register einsehen würde.

[Rz 118] Zudem wird ohnehin ein persönliches Gespräch durchgeführt, während welchem ein Blick auf die eingereichte Ausweiskopie geworfen, oder gar einige Fragen zu Geburtstag, Name oder Herkunft gestellt werden könnten. Dies müsste in der Regel ausreichen, um die Identität der Person zu überprüfen.

[Rz 119] Es ist wichtig, den Missbrauch von Personendaten zu verhindern. Die Einreichung eines Mietvertrags zur Überprüfung scheint jedoch nicht die mildeste Massnahme hierfür zu sein und ist daher nicht verhältnismässig.

3.6.3.3. Wartefrist

[Rz 120] Die Anwendung der Wartefrist auf unselbständig Erwerbstätige ist auf Bundesebene nicht vorgesehen.¹⁸³ Gemäss Aussage der Mitarbeitenden des POM entspricht sie auch nicht der Praxis.¹⁸⁴ Die kantonale Website wurde inzwischen dementsprechend korrigiert.¹⁸⁵

[Rz 121] Für die Begründung der Wartefrist bei selbständig Erwerbstätigen verweist der Migrationsdienst auf die Weisungen des SEM.¹⁸⁶ Während der Frist würden die Personen kontaktiert, Unterlagen eingefordert und ein Gesprächstermin vereinbart. Das Gespräch könne teilweise nicht vor dem Ende der Wartefrist stattfinden. In diesen Fällen werde eine vorläufige Meldung aufgenommen. Das nachträglich durchgeführte Gespräch habe eine bestätigende oder aufhebende Wirkung.¹⁸⁷

¹⁸¹ Interview mit dem Migrationsdienst des Kantons Bern vom 11. Mai 2015: «[...] Beim Aufenthalt bis 90 Tage können wir [mit dem Mietvertrag] feststellen, ob die gemeldete Person während diesen 90 Tagen tatsächlich in der Schweiz anwesend ist. Vorher hatten wir Fälle, in denen ein Betreiber mit einer Ausweiskopie eine Meldung vorgenommen hat und in Wahrheit eine andere Person eingereist ist. Die Besitzerin des Ausweises wollte später doch noch im Rahmen dieser 90 Tage in der Schweiz arbeiten und wusste nichts von der bereits ergangenen Meldung. Wir schützen die Personendaten, wenn wir Mietverträge verlangen. Die An- und Abwesenheit von Personen wird auch in den Betrieben im Registerblatt festgehalten».

¹⁸² Die etwas mehr als nur Vermieterinnen sind, Art. 6 PGG BE.

¹⁸³ Vgl. Fn. 28.

¹⁸⁴ Vgl. Fn. 29.

¹⁸⁵ Vgl. Fn. 27.

¹⁸⁶ Weisungen VEP (Fn. 3), Kap. 3.3.3 S. 39.

¹⁸⁷ Interview mit dem Migrationsdienst des Kantons Bern vom 11. Mai 2015: «Die [Sperrfrist von acht Tagen] beginnt mit Einreichung der Online-Anmeldung. Auch wenn wir keinen Termin vor Ablauf der Wartefrist fin-

[Rz 122] Gerade aufgrund dieser Flexibilität der Behörde muss grundsätzlich die Funktion dieser Wartefrist angezweifelt werden. Meines Erachtens erleichtert die Wartefrist die Kontrolle nicht. Sie scheitert daher bereits am Erfordernis der Eignung.

[Rz 123] EPINEY argumentiert zudem, dass die generalisierte Wartefrist kaum erforderlich sei. Die Kontrolle könne auch während des Aufenthalts durchgeführt werden.¹⁸⁸ Dem ist zuzustimmen.

[Rz 124] Hinzugefügt werden kann auch, dass die Wartefrist nicht angemessen scheint: Bereits eine eintägige Tätigkeit muss gemeldet werden.¹⁸⁹ Dies schränkt die Freizügigkeit sehr stark ein, während die Wirksamkeit der Massnahme unklar bleibt. Die Wartefrist ist folglich nicht verhältnismässig.

3.6.3.4. Sanktionen

[Rz 125] Die Sanktion für die Verletzung der Meldepflichten ist eine Geldstrafe von bis zu CHF 5'000.¹⁹⁰

[Rz 126] Sanktionen sind im Sinne der Generalprävention durchaus ein anerkanntes und geeignetes Mittel, um die Normgültigkeit zu stärken, wenn auch die tatsächliche Wirkung nur schwer zu überprüfen ist.¹⁹¹ Grundsätzlich dürfen deshalb Verletzungen von Bewilligungs- oder Meldevorschriften mit Sanktionen bedroht werden.

[Rz 127] Im Rahmen der Erforderlichkeit muss geprüft werden, ob die Sanktionen in der vorgesehenen Art und Höhe notwendig sind. Grundsätzlich müssen sie den Sanktionen für geringfügige Vergehen von Inländern entsprechen und dürfen die Freizügigkeitsrechte nicht behindern.¹⁹²

[Rz 128] Ein vergleichbares Delikt, welches auch von Inländern begangen werden kann, ist die Fälschung von Ausweispapieren gemäss Art. 252 StGB.¹⁹³ Vorausgesetzt sind Vorsatz, eine Täuschungsabsicht sowie der Wille, persönliche Vorteile zu erlangen.¹⁹⁴ Die Strafe ist Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren.¹⁹⁵ Dieser Tatbestand ist mit der Umgehung von Meldepflichten vergleichbar, wobei bei der Verletzung von Meldepflichten kein subjektives Unrechtsmerkmal verlangt wird und Fahrlässigkeit ausreicht. Die Strafe ist bei der Fälschung von Ausweispapieren denn auch entsprechend höher.¹⁹⁶ Insgesamt scheint daher die Geldstrafe von bis zu CHF 5'000 nicht höher als für ähnliche durch Inländer begehbare Delikte.

[Rz 129] Bewilligungsvorschriften, die nicht mit dem Gemeinschaftsrecht resp. dem FZA zu vereinbaren sind, dürfen nicht noch mit Sanktionen versehen werden.¹⁹⁷ Dies würde den beschränkenden

den, kann die Person nach Ablauf der acht Tage ihre Arbeit aufnehmen. Die Meldung wird in diesem Fall nachträglich genehmigt oder widerrufen.[...] Diese acht Tage [Sperrfrist] sind vom SEM vorgegeben. In dieser Zeit kontaktieren wir die Person, vereinbaren ein einen Termin für das Gespräch und verlangen die Unterlagen».

¹⁸⁸ EPINEY, Arbeitnehmerentsendung (Fn. 145), S. 106 f.; vgl. auch KERLAND (Fn. 13), S. 19.

¹⁸⁹ Vgl. Fn. 15.

¹⁹⁰ Art. 32a VEP.

¹⁹¹ KARL-LUDWIG KUNZ: Kriminologie (6. Aufl. Bern/Stuttgart/Wien 2011) § 25, Rz. 1, 4.

¹⁹² Urteil des EuGH C-157/79 vom 3. Juli 1980 *Pieck*, Slg. 1980 I-2171, Rn. 19.

¹⁹³ WEDER ULRICH, in: StGB Kommentar, Art. 252 StGB, N. 1 ff.

¹⁹⁴ DERS., in: StGB Kommentar, Art. 252 StGB, N. 9 ff.

¹⁹⁵ Art. 252 StGB.

¹⁹⁶ Zur Bemessung der Geldstrafe vgl. Art. 34 StGB.

¹⁹⁷ Urteil des EuGH C-157/79 vom 3. Juli 1980 *Pieck*, Slg. 1980 I-2171, Rn. 16.

Charakter dieser Vorschriften noch verstärken.¹⁹⁸ In Verbindung mit Massnahmen, die sich beschränkend auswirken und nicht gerechtfertigt werden können, ist die Auferlegung von Sanktionen daher nicht erforderlich und unzulässig. In allen anderen Fällen sind Sanktionen von bis zu CHF 5'000 als verhältnismässig zu beurteilen.

3.7. Zusammenfassung

[Rz 130] Die Massnahmen der Berner Regelung dienen der Bekämpfung von Scheinselbständigkeit und werden damit von einem ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund erfasst. Im Ergebnis sind sowohl das Erfordernis des Businessplans, als auch des persönlichen Gesprächs verhältnismässig, sofern an ersteren nur sehr rudimentäre Anforderungen gestellt werden. Das Erfordernis der Einreichung eines Mietvertrags und die Wartefrist von acht Tagen genügen den Massstäben der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht. Sanktionen dürfen nur im Rahmen der zulässigen Massnahmen auferlegt werden.

4. Schlussfolgerung und Ausblick

[Rz 131] Um die Situation ausländischer Sexarbeiterinnen in der Schweiz zu verbessern, müssten in einem ersten Schritt die zivilrechtlichen Aspekte geklärt werden. Die zivilrechtliche Rechtslage ist in verschiedener Hinsicht ungenügend: Das Verhältnis zwischen Etablissement-Betreiberin und Sexarbeiterin könnte wegen Art. 195 lit. c StGB strafbar und in der Folge ungültig sein. Die unklare Abgrenzung zu straffreiem Verhalten unterbindet eine Offenlegung von Beschäftigungsverhältnissen.¹⁹⁹ Verträge in der Erotikbranche wurden zudem vom Bundesgericht zuletzt noch als sittenwidrig und damit ungültig taxiert. Verschiedene Autoren sind damit jedoch nicht mehr einverstanden.²⁰⁰ Sehr weit auseinander gehen die Meinungen schliesslich, wenn die Beschäftigungsverhältnisse in die üblichen Raster der «selbständigen» und «unselbständigen» Arbeit eingeteilt werden sollen.

[Rz 132] Diese zivilrechtlichen Unsicherheiten tragen nicht zum Schutz der Sexarbeiterinnen bei. Eine Möglichkeit zur Klärung wäre der Erlass eines Spezialgesetzes auf Bundesebene oder die Ergänzung des OR um einen entsprechenden Artikel.²⁰¹ Darin sollte geregelt sein, welche Inhalte ein Arbeitsvertrag haben darf und welche Schutzvorschriften anwendbar sind. Die Sexarbeiterin müsste die Freiheit haben, im ausländerrechtlichen Sinn als Selbständige in einem Etablissement tätig zu sein, da ihr dies im Hinblick auf die Meldung resp. Bewilligung eine gewisse Unabhängigkeit von der Betreiberin gibt. Freilich müssten erwähnte Schutzvorschriften auch in diesen Fällen anwendbar sein.

[Rz 133] Im Bezug auf migrationsrechtliche Sachverhalte sollte ein gewisses Gleichgewicht gefunden werden: Die Zulassungsvoraussetzungen dürfen nicht zu hohe Anforderungen stellen, da dies gegen

¹⁹⁸ Vgl. FORSTHOFF, in: GHN (Fn. 49), Art. 45 AEUV, N. 412; EPINEY, Arbeitnehmerentsendung (Fn. 145), S. 107 f.

¹⁹⁹ M.w.H. BERTSCHI (Fn. 91), S. 12 f.; KRUMM (Fn. 2), Rz 549–556; a.M. MARINELLO (Fn. 2), S. 52.

²⁰⁰ Vgl. Fn. 20.

²⁰¹ Vgl. im Übrigen VPB 2014.5 (Fn. 25), S. 140 ff; Prostitution und Menschenhandel, Bericht des Bundesrates (Fn. 20), S. 17 f.

die Freizügigkeitsrechte verstösst und die Sexarbeit in die Illegalität verschiebt; andererseits kann aber eine Kontrolle durch die Behörden auch eine Schutzfunktion erfüllen. Die Regelung im Kanton Bern weist dabei eine Tendenz zur zu starken Kontrolle auf. Im erwähnten Gesetz über die Sexarbeit müssten auch die Zulassungsmodalitäten von Sexarbeiterinnen für die gesamte Schweiz einheitlich – und mit zumutbaren Anforderungen – geregelt werden.²⁰²

[Rz 134] Wichtig bei der Ausarbeitung eines entsprechenden Spezialgesetzes wäre, die Sexarbeit nicht nur «für» die Betroffenen zu regeln, sondern auch «mit» diesen. Interessenorganisationen wären in die Ausarbeitung unbedingt einzubeziehen. So kann verhindert werden, dass der Schutz der Betroffenen als Farce für einschränkende Regelungen verkommt, welche im Ergebnis die Sexarbeit aus dem öffentlichen Raum und in die Illegalität verschwinden lassen.

[Rz 135] Die Situation von Staatsangehörigen der EU-2 ist sehr unbefriedigend: Diesen wird mit der aktuellen ausländerrechtlichen Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit faktisch der Ausstieg aus der Sexarbeit verunmöglicht.²⁰³ Diese staatliche Regelung ist nicht hinnehmbar, während das «Festhalten in der Prostitution»²⁰⁴ durch Privatpersonen unter Strafe gestellt wird.

[Rz 136] Cabaret-Tänzerinnen aus Drittstaaten haben im Rahmen des Cabaret-Statuts jahrelang in der Schweiz ihren Lebensunterhalt verdient. Die Berner Migrationsdienste erwarten nach der Aufhebung dieses Statuts keine Verlagerung in die Illegalität: «[Das Cabaret-Statut] betrifft nur visumpflichtige Drittstaatsangehörige. Diese haben höchstens noch mit einem Touristenvisum die Möglichkeit, in die Schweiz einzureisen. Viele Personen kamen regelmässig in die Schweiz und arbeiteten im Rahmen des Cabaret-Statuts. Wir erwarten, dass diese Personen nicht mehr einreisen werden». Diese Haltung ist erscheint sehr kurzfristig. Solange die Nachfrage nach «exotischen» Arbeiterinnen besteht, werden diese auch einen Weg in die Schweiz finden. Deren Status innerhalb des Etablissements wird als Illegale jedoch umso schwächer sein.²⁰⁵

[Rz 137] Die Umsetzung der Initiative «gegen Masseneinwanderung» ist noch weitgehend ungeklärt. Der Vorschlag des Bundesrats sieht bei Aufenthalten von über vier Monaten Höchstzahlen und Kontingente sowie Inländervorrang vor.²⁰⁶ Die Ergebnisse der Verhandlungen mit der EU sind jedoch noch unklar, unter Umständen wird auch das Volk mittels einer erneuten Abstimmung beigezogen.²⁰⁷ Der grösste Anteil an Sexarbeiterinnen sind Migrantinnen.²⁰⁸ Eine Rückkehr zur Kontingentierung hätte schwerwiegende Folgen, da legale Aufenthaltsmöglichkeiten kaum mehr vorhanden wären. Eine Verlagerung in die Illegalität wäre auch als Folge dieser Veränderung zu erwarten.

[Rz 138] Diese – doch eher düsteren – Aussichten mögen der Mentalität «aus den Augen, aus dem Sinn» genügen. Illegale Sexarbeit ist, wie auch illegale Arbeit in anderen Branchen, gezwungener-

²⁰² Vgl. im Übrigen VPB 2014.4 (Fn. 66), S. 141.

²⁰³ Vgl. Fn. 43.

²⁰⁴ Art. 195 lit. d StGB.

²⁰⁵ Vgl. im Übrigen SPINDLER CHARLOTTE/SCHERTENLEIB MARIANNE, in: Fraueninformationszentrum (FIZ) (Hrsg.), Champagner, Plüsch und prekäre Arbeit, S. 40 f.

²⁰⁶ Vgl. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-56194.html> (Website zuletzt besucht am 30. Oktober 2015).

²⁰⁷ FLÜCKIGER JAN: Masseneinwanderungsinitiative. Bundesrat setzt auf Verhandlungen mit der EU, NZZ vom 11. Februar 2015 («Kein Exit-Szenario»).

²⁰⁸ Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration FIZ et al.: Diskussionspapier Sexarbeit 2014 (Fn. 5), S. 5.

massen kaum sichtbar; Schweizer Bürgerinnen und Bürger müssen sich nicht mit deren Existenz auseinandersetzen. Der Preis ist jedoch eine enorme Schwächung der betroffenen Personen.

MLaw FRIDA RÜEDI durfte mit vorliegendem Beitrag einen Ausschnitt ihrer Masterarbeit veröffentlichen. Sie dankt dem Migrationsdienst Bern für das aufschlussreiche Gespräch und Herrn Prof. Dr. Alberto Achermann für die kritischen Rückmeldungen.