

Gutachten zum Bericht und den Empfehlungen des BFM zur Rotlichtproblematik vom Januar 2012

Im Auftrag von Prokore, Stand Dezember 2012

I. Auftrag

Ausgangspunkt dieses Auftrages ist ein Rundschreiben des Bundesamts für Migration (BFM) vom Januar 2012 an die Arbeitsmarkt- und Migrationsbehörden der Kantone mit Empfehlungen zur Rotlichtproblematik. Den Empfehlungen liegt ein Erfahrungsaustausch des BFM mit den Kantonen zum Thema „Probleme im Rotlichtmilieu“ zugrunde. Die Erkenntnisse dieses Erfahrungsaustauschs mit den Kantonen wurden im Bericht des BFM zur Rotlichtproblematik vom Januar 2012 zusammengefasst. In diesem Bericht werden die Zulassungsvoraussetzungen für Sexarbeiterinnen dargelegt und die im Rundschreiben des BFM zusammengefassten Empfehlungen erläutert. Der Bericht zur Rotlichtproblematik und die darauf basierenden Empfehlungen werfen diverse rechtliche Fragen zur Zulassung und zum Zulassungsverfahren von Sexarbeiterinnen in der Schweiz auf, welche im Folgenden soweit möglich zu klären sind.

In dieser Arbeit werden daher zunächst die Zulassungsvoraussetzungen von EU-Staatsangehörigen in der Schweiz im Allgemeinen kurz erläutert und die damit verbundenen Bewilligungs- und Meldeverfahren dargelegt. Danach wird auf spezifische Fragen bei der Zulassung von Sexarbeiterinnen näher eingegangen. Punktuell werden dabei auch die verschiedenen kantonalen Anwendungspraxen einer kritischen Würdigung unterzogen. Dabei sollen die Empfehlungen des BFM auf ihre Vereinbarkeit mit den geltenden Zulassungsbestimmungen überprüft werden.

II. Rechtliche Voraussetzungen für die Zulassung zum Zwecke der Erwerbstätigkeit im Allgemeinen und zum Zwecke der Aufnahme von Sexarbeit im Besonderen

1 Einleitung

Es gelangen verschiedene Zulassungsbestimmungen zur Anwendung, je nach dem ob eine ausländische Person eine Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates oder eines Drittstaates besitzt. Ferner ist zwischen der Aufnahme einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit sowie der Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen (kurze Einsätze ohne Wohnsitz in die Schweiz zu verlegen) zu unterscheiden.

2 Drittstaatsangehörige

Drittstaatsangehörige, die in die Schweiz einreisen wollen, um eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen, unterstehen dem Schweizer Ausländergesetz (AuG). Das gilt auch für Sexarbeiterinnen. Die Zulassungsvoraussetzungen für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch Drittstaatsangehörige in der Schweiz sind restriktiv (Art. 18 bis 26 AuG). Es werden nur hochqualifizierte Personen zugelassen, sofern deren Tätigkeit im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegt (Art. 23 AuG sowie Art. 18 und 19 lit. a AuG). Beide Voraussetzungen sind bei Tätigkeiten im Erotikgewerbe nicht gegeben. Bei unselbständig Erwerbstätigen muss der Arbeitgeber ferner den Nachweis erbringen, dass keine geeignete Arbeitskraft auf dem schweizerischen und europäischen Arbeitsmarkt für die gewünschte Tätigkeit gefunden werden kann (sogenannter Inländervorrang bzw. Rekrutierungspriorität, Art. 21 Abs. 1 und 2 AuG). Ein Nachweis, der für die Tätigkeit von Sexarbeiterinnen nicht erbracht werden kann. Deshalb werden keine Drittstaatsangehörigen für die Aufnahme von Sexarbeit zugelassen. Drittstaatsangehörige, die als Prostituierte arbeiten, sind daher entweder illegal tätig, oder sie sind aufgrund anderer Zulassungsvoraussetzungen in der Schweiz zur Erwerbstätigkeit berechtigt (bspw. aufgrund der Bestimmungen zum

Familiennachzug). Eine Ausnahme von den beschriebenen Zulassungsbestimmungen ist nur für die Tätigkeit als Cabaret-Tänzerin vorgesehen. Gemäss Art. 30 lit. d AuG i.V.m. Art. 34 VZAE *können* die Kantone Drittstaatsangehörigen Kurzaufenthaltsbewilligungen (L) bis zu 8 Monaten erteilen, um der Tätigkeit als Cabaret-Tänzerinnen nachzugehen. Die Bewilligung als Cabaret-Tänzerin berechtigt aber nicht zur Prostitution.

3 Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten (EU 27)

3.1 Einleitung

Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten, die in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgehen wollen, unterstehen dem Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU (FZA). Im FZA ist der freie Personen- und Dienstleistungsverkehr zwischen der Schweiz und der EU geregelt.

Gemäss FZA gelten verschiedene Zulassungsbestimmungen für unselbständig Erwerbstätige (ArbeitnehmerInnen), selbständig Erwerbstätige und DienstleistungserbringerInnen. Deshalb ist die Unterscheidung zwischen diesen drei Formen der Erwerbstätigkeit bei der Zulassung von Bedeutung. Wichtig ist die Unterscheidung auch wegen der immer noch in Kraft stehenden Übergangsbestimmungen betreffend die Einführung des freien Personenverkehrs für Personen aus den Oststaaten der EU (EU-8¹) sowie für Personen aus Rumänien und Bulgarien (EU-2²).

3.2 Die Zulassungsbestimmungen gemäss FZA im Allgemeinen

3.2.1 Unselbständig Erwerbstätige (Arbeitnehmerinnen)

Arbeitnehmerinnen mit Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates dürfen in der Schweiz arbeiten und erhalten zu diesem Zweck ohne Weiteres eine Aufenthaltsbewilligung. Sie müssen dafür lediglich einen Ausweis und einen Arbeitsvertrag oder eine Arbeitsbestätigung vorweisen. Weitere Anforderungen und Nachweise dürfen

¹ Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn

² Rumänien und Bulgarien

seitens der kantonalen Migrationsbehörden nicht gestellt werden (Art. 6 Abs. 3 Anhang I FZA).

Bei einem unbefristeten Arbeitsvertrag und einem Arbeitsverhältnis von über einem Jahr, muss eine Aufenthaltsbewilligung B EG/EFTA für die Dauer von fünf Jahren ausgestellt werden (Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA). Bei einem Arbeitsverhältnis von mehr als drei Monaten und weniger als einem Jahr, wird eine Kurzaufenthaltsbewilligung L EG/EFTA für die Dauer des Arbeitsverhältnisses ausgestellt. Arbeitsverhältnisse von bis zu drei Monaten sind *nicht* bewilligungspflichtig (Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA). Die Aufnahme einer Tätigkeit von bis zu drei Monaten ist allerdings *meldepflichtig* (Art. 9 Abs. 1 bis VEP i.V.m. Art. 6 EntsG und Art. 6 EntsV; zu den Modalitäten der Meldepflicht siehe unten Ziffer 3.2.3).

ArbeitnehmerInnen aus der EU können ihre Erwerbstätigkeit in der ganzen Schweiz ausüben (Art. 8 Anhang I FZA). Ferner sind sie zum Familiennachzug gemäss Art. 3 Anhang I FZA berechtigt.

3.2.2 Selbständig Erwerbstätige

Selbständig Erwerbstätige, die in der Schweiz Wohnsitz nehmen wollen, erhalten eine Aufenthaltsbewilligung, wenn sie den Nachweis erbringen, dass sie einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen (werden)³. Die Migrationsbehörden dürfen die Erteilung der Bewilligung nur von der Vorlage eines Ausweises sowie vom Nachweis der selbständigen Erwerbstätigkeit abhängig machen. Weitere Anforderungen dürfen für die Bewilligungserteilung keine gestellt werden (Art. 12 Abs. 3 Anhang I FZA). Es ist eine Aufenthaltsbewilligung B EG/EFTA für die Dauer von fünf Jahren zu erteilen (Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA). Selbständig Erwerbstätige aus der EU können ihre Erwerbstätigkeit in der ganzen Schweiz ausüben (Art. 14 Anhang I FZA). Sie können ihre Familie gleich wie ArbeitnehmerInnen gestützt auf Art. 3 Anhang I FZA in die Schweiz nachziehen.

³ In gesetzlich reglementierten Berufen müssen sie zusätzlich die nach schweizerischem Recht vorgesehenen Anforderungen an die berufliche Qualifikation und die Diplome erfüllen.

3.2.3 Dienstleistungserbringerinnen (max. 90 Tage)

DienstleistungserbringerInnen sind Personen, welche sich nicht dauerhaft in der Schweiz niederlassen wollen. Sie behalten ihren Wohnsitz im Ausland und kommen vorübergehend in die Schweiz, um eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Dabei wird zwischen entsandten ArbeitnehmerInnen sowie selbständig Erwerbstätigen unterschieden. Entsandte ArbeitnehmerInnen haben einen Arbeitgeber in einem EU-Mitgliedstaat, der sie zur Ausübung einer vorübergehenden Tätigkeit in die Schweiz entsendet. Bei entsandten ArbeitnehmerInnen sind die Bestimmungen des Entsendegesetzes sowie die dazugehörige Verordnung (EntsG und EntsV) zu berücksichtigen.

Es können während maximal *90 Tagen pro Kalenderjahr* Dienstleistungen in der Schweiz erbracht werden, ohne dass dafür eine Aufenthaltsbewilligung benötigt wird (Art. 5 FZA; Art. 20 Abs. 1 Anhang I FZA). Die Dienstleistungstätigkeit muss allerdings bei den zuständigen kantonalen Behörden *gemeldet* werden (für entsandte ArbeitnehmerInnen gemäss Art. 6 EntsG und Art. 6 EntsV und für selbständige DienstleistungserbringerInnen gemäss Art. 9 Abs. 1bis VEP i.V.m. Art. 6 EntsG und Art. 6 EntsV). Die Meldung hat spätestens acht Tage vor Arbeitsaufnahme bei der zuständigen kantonalen Behörde zu erfolgen (Art. 6 Abs. 3 EntsG). Sie ist grundsätzlich online abzugeben. Das Bundesamt für Migration hat hierfür zu Handen der Kantone ein Onlinemelde-Dienst eingerichtet (<https://meweb.admin.ch/meldeverfahren/login.do?lang=de>). Für Tätigkeiten im Erotikgewerbe ist die Meldung unabhängig von der Dauer der Tätigkeit schon vom ersten Tag an obligatorisch (in anderen Tätigkeitsbereichen erst ab dem 8. Tag, Art. 6 Abs. 2 lit. f. EntsV). Die Meldung soll insbesondere die Kontrolle der flankierenden Massnahmen ermöglichen. Ferner soll durch Kontrollen sichergestellt werden, dass keine „Scheinselbständigkeit“ vorliegt, mit welcher die arbeitsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Schutznormen von ArbeitnehmerInnen umgangen werden.

3.2.4 Übergangsbestimmungen für EU-8 und EU-2 (Art 10 FZA)

Die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs sieht gewisse Übergangsregelungen bis zur Gewährung der vollen Freizügigkeit vor. Das bedeutet, dass die obgenannten Ausführungen während gewissen Übergangszeiten nicht für alle EU-Staatsangehörigen gleichermassen gelten.

Für die „alten“ EU-Mitgliedstaaten (EU-15⁴ sowie Malta und Zypern) gilt seit Juni 2007 die uneingeschränkte Freizügigkeit sowohl für unselbständige, als auch für selbständige Erwerbstätigkeiten und für Dienstleistungen.

Bei den neuen EU-Mitgliedstaaten aus dem Osten (EU-8) galten bis am 30. April 2011 spezielle Übergangsbestimmungen für ArbeitnehmerInnen (Kontingente, Inländervorrang⁵, Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen). Ab Mai 2011 bis Ende April 2012 galt sodann auch für ArbeitnehmerInnen aus den EU-8-Staaten die volle Freizügigkeit. Gestützt auf die Ventilklausel von Art. 10 Abs. 4a FZA hat die Schweiz ab 1. Mai 2012 bis 30. April 2013 jedoch wieder Kontingente für die Zulassung von Personen aus den EU-8-Staaten zur selbständigen und unselbständigen Tätigkeit erlassen. Es gibt jedoch keine Wiedereinführung der vorgängigen Prüfung der arbeitsmarktlichen Voraussetzungen bei Arbeitnehmerinnen (Inländervorrang, Kontrolle von Lohn- und Arbeitsbedingungen). Konkret sind nur unbefristete und über einjährige Erwerbstätigkeiten, für welche Aufenthaltsbewilligungen B EG/EFTA zu erteilen sind, von der Kontingentierung betroffen⁶. Kürzere Arbeitseinsätze, für welche Kurzaufenthaltsbewilligungen erteilt werden, sind nicht kontingentiert. Das heisst, dass *ArbeitnehmerInnen* aus EU-8-Mitgliedstaaten wieder eine Bewilligung benötigen, *bevor* sie eine unbefristete oder überjährige Erwerbstätigkeit in der Schweiz aufnehmen dürfen. Weil auch die Zulassung von selbständig Erwerbstätigen aus der EU-8 der Kontingentierung unterliegen, müssen auch diese vor Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit eine Bewilligung erhalten haben. Eine Aufenthaltsbewilligung B EG/EFTA kann nur erteilt werden, wenn ein Kontingent frei ist. Sind die Kontingente noch nicht ausgeschöpft, *muss* die Bewilligung erteilt werden. Gemäss Rundschreiben des BFM ist für die Vergabe der Kontingente die Reihenfolge der

⁴ Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Grossbritannien, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Spanien

⁵ bzw. der Rekrutierungspriorität in der EU, wonach der Arbeitgeber nachweisen muss, dass für die Stelle auf dem gesamten schweizerischen und europäischen Arbeitsmarkt niemand gefunden werden kann.

⁶ 2180 Kontingente für EU-8 vom 1.5.2012 bis 30.4.2013 (Art. 38 Abs. 6 VEP). Die Kontingente werden *nicht* nach Kantonen oder Berufen aufgeteilt. Sie gelten also für die ganze Schweiz. Die Aufschaltung der Kontingente erfolgt quartalsweise. Alle drei Monate werden 545 Kontingentseinheiten freigegeben (1.5.2012, 1.8.2012, 1.11.2012, 1.2.2013; Rundschreiben des BFM vom 23.4.2012 zur Wiedereinführung der Kontingente für Staatsangehörige der EU-8 auf den 1. Mai 2012 vorerst für ein Jahr).

Gesuchseingaben massgebend (*first in, first served*; Rundschreiben des BFM vom 23.4.2012). DienstleistungserbringerInnen geniessen dagegen weiterhin die volle Personenfreizügigkeit.

Schliesslich bestehen spezielle Übergangsregelungen für Staatsangehörige von Rumänien und Bulgarien (EU-2). Bis längstens am 31. Mai 2016 kann die Schweiz Kontingente für die Zulassung von ArbeitnehmerInnen vorsehen. Ferner gelten bis dahin die arbeitsmarktlichen Voraussetzungen weiter (Inländervorrang, Kontrolle der Lohns- und Arbeitsbedingungen). Dagegen gelten seit dem 1. Juni 2011 keine speziellen Voraussetzungen mehr für die Zulassung von selbständig Erwerbstätigen⁷. Die früher geltende Einrichtungszeit von sechs Monaten und die Kontingente sind auf Staatsangehörige Bulgariens und Rumäniens, die zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit in die Schweiz einreisen, nicht mehr anwendbar⁸.

DienstleistungserbringerInnen aus Rumänien und Bulgarien können sich ebenfalls uneingeschränkt auf das FZA berufen (Ausnahmen davon gelten nur für die Branchen Bauhaupt- und Baunebengewerbe, Gartenbau, Reinigungsgewerbe sowie Bewachungs- und Sicherheitsdienst, Art. 14 Abs. 2 VEP).

Die erwähnten Übergangsbestimmungen zeigen, dass bei Staatsangehörigen der EU-2 einfacher ist, als selbständig Erwerbstätige oder als DienstleistungserbringerInnen zugelassen zu werden, als als ArbeitnehmerInnen⁹. Bei Staatsangehörigen der EU-8 ist derzeit wegen der Kontingentierung der Aufenthaltsbewilligungen zur selbständigen und

⁷ Die Zulassung von selbständig Erwerbstätigen aus Rumänien und Bulgarien untersteht keiner Kontingentierung mehr. Das hat zur Folge, dass derzeit selbständig Erwerbstätige aus EU-8 schlechter gestellt sind, als jene aus Rumänien und Bulgarien.

⁸ Die Einrichtungszeit von sechs Monaten bedeutete, dass die Betroffenen anfänglich nur eine Kurzaufenthaltsbewilligung für sechs Monate erhielten. Erst wenn sie vor Ablauf der sechs Monate den Nachweis einer selbständigen Erwerbstätigkeit erbringen konnten, erhielten sie eine Aufenthaltsbewilligung B EG/EFTA für die Dauer von fünf Jahren (Art. 31 Anhang I FZA).

⁹ Bei Staatsangehörigen der EU-2 muss neben dem freien Kontingent vom Arbeitgeber der Nachweis erbracht werden, dass für die spezifische Stelle keine Arbeitskraft aus der Schweiz oder der übrigen EU gefunden werden kann.

unselbständigen Erwerbstätigkeit nur die Durchführung von Dienstleistungen sowie unterjährigen Tätigkeiten ohne Einschränkungen möglich.

3.2.5 Rechtliche Bedeutung der Bewilligung bzw. Meldung

Die in Anwendung des FZA ausgestellten Bewilligungen haben nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowie Rechtsprechung des EuGH *keinen rechtsbegründenden Charakter, sondern bloss deklarative Bedeutung* (BGE 134 IV 57, auch BVGE C-7549/2008 und C-7550/2008, Erw. 7.4). Die Erwerbstätigkeit darf wegen des deklaratorischen Charakters der Bewilligung auch aufgenommen werden, *bevor* die Aufenthaltsbewilligung erteilt wird. Das bedeutet, dass der Aufenthalt und die Ausübung einer Erwerbstätigkeit auch bei fehlender Bewilligung nicht nach den Strafbestimmungen des AuG strafbar sind, wenn sich erweist, dass die Bewilligungsvoraussetzungen gegeben sind.

Es gibt eine Ausnahme vom deklaratorischen Charakter der Bewilligung gemäss FZA: Soweit und solange die Zulassung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit der Kontingentierung oder einer arbeitsmarktlichen Beschränkung im Sinne der Übergangsbestimmungen gemäss Art. 10 FZA untersteht, ist für den Stellenantritt übergangsrechtlich doch noch eine Aufenthaltsbewilligung erforderlich (Art. 26 Abs. 2 Anhang I FZA; BVGE C-7549/2008 und C-7550/2008, Erw. 7.4). Die Arbeitsstelle darf und kann in diesen Fällen erst angetreten werden, wenn die entsprechende Bewilligung vorliegt (BGE 134 IV 57). Die Bewilligung ist allerdings ohne Aufschub zu erteilen (Art. 6 Abs. 7 Anhang I FZA). Das ist derzeit bei Staatsangehörigen der EU-8 und EU-2 zu berücksichtigen.

Wenn einer Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung gemäss FZA keine rechtsbegründende Wirkung zukommt, muss dies umso mehr auch für die Meldung einer *nicht bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeit* von bis zu maximal 90 Tagen pro Kalenderjahr gelten. Die Aufnahme der Erwerbstätigkeit von bis zu 90 Tagen pro Kalenderjahr darf demnach nicht von der Ausstellung einer Meldebestätigung abhängig gemacht werden. Das käme einer Bewilligungspflicht gleich, was gemäss FZA für eine 90-tägige Erwerbstätigkeit oder für grenzüberschreitende Dienstleistungen während 90 Tagen pro Kalenderjahr gerade nicht vorgesehen ist. Wenn eine solche Tätigkeit nicht oder nicht

rechtzeitig gemeldet wird, ist sie deshalb nicht illegal im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. c AuG. Ebenso wenig ist der mit der Tätigkeit verbundene Aufenthalt einer EU-Staatsangehörigen unrechtmässig im Sinne von Art. 115 lit. a und b AuG. Eine Bestrafung wegen Verletzung der Meldepflicht ist nur gestützt auf Art. 32 a VEP möglich, welcher eine Busse bis zu Fr. 5'000.- für die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Meldepflicht vorsieht.

3.2.6 Zulässige Einschränkungen der im FZA eingeräumten Rechte - Diskriminierungsverbot

Die im FZA eingeräumten Rechte müssen diskriminierungsfrei ausgeübt werden können. Das heisst, dass EU-Staatsangehörige gegenüber SchweizerInnen nicht benachteiligt werden dürfen, wenn es um die im FZA geregelten Rechte geht (Art. 2 FZA). Dieser Grundsatz wird für Arbeitnehmerinnen in Art. 9 Anhang I und für selbständig Erwerbstätige in Art. 15 Anhang I FZA präzisiert.

Ferner dürfen die Rechte nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden (Art. 5 Anhang I FZA). Eine Schmälerung der Rechte ist aus diesen Gründen nur zulässig, wenn sie durch ein *persönliches Verhalten* der betroffenen Person gerechtfertigt werden kann. Generalpräventive Massnahmen, welche der Abschreckung anderer ausländischer Personen dienen, sind deshalb ausgeschlossen (BVG C-7549/2008 und C-7550/2008, Erw. 7.4). Das Verhalten muss überdies widerrechtlich sein und eine gegenwärtige und hinreichend schwere, das Grundinteresse der Gesellschaft berührende Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellen (Spescha Marc/Thür Hanspeter/Zünd Andreas/Bolzli Peter, Kommentar Migrationsrecht, 3. Aufl., Zürich 2012, N 1 zu Art. 5 Anhang I).

Art. 22 Abs. 4 Anhang I FZA sieht bei der Dienstleistungsfreiheit überdies die Möglichkeit der Rechtfertigung von Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses vor.

Jede Einschränkung der im FZA eingeräumten Rechte muss zudem verhältnismässig sein.

Schliesslich erlauben die übergangsrechtlichen Sonderbestimmungen gemäss Art. 10 FZA Einschränkungen der eingeräumten Rechte.

3.3 Die Zulassungsbestimmungen gemäss FZA für die Aufnahme von Sexarbeit im Besonderen

3.3.1 Einleitung

Allgemein anerkannt ist, dass die Prostitution eine Erwerbstätigkeit bzw. eine Dienstleistung darstellt, welche vom FZA erfasst ist (Entscheid des EuGH vom 20.11.2001, wonach Prostitution eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, welche unter die freizügigkeitsrechtlichen Bestimmungen der EU fällt: Rs C-268/99 i.S. Jany). Eine EU-Staatsangehörige, die in die Schweiz einreisen möchte, um der Prostitution nachzugehen, kann sich demnach auf die Bestimmungen des FZA berufen.

Im Lichte der oben genannten freizügigkeitsrechtlichen Bestimmungen sind die Ausführungen des BFM im Bericht zur Rotlichtproblematik und die dazugehörigen Empfehlungen vom Januar 2012 näher zu betrachten. Insbesondere sind folgende Fragen näher zu beleuchten:

1. Unterscheidung selbstständige – unselbständige Erwerbstätigkeit
2. Anforderungen an den Nachweis der selbständigen bzw. unselbständigen Erwerbstätigkeit
3. Meldeverfahren und persönliches Gespräch
4. Einreiseverbote

3.3.2 Selbständige – unselbständige Erwerbstätigkeit

Obigen Ausführungen zufolge spielt die Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit insbesondere bei der Zulassung von Staatsangehörigen der EU-2 eine wesentliche Rolle (siehe Ziffer 3.2.4.).

Im Zusammenhang mit der Ausübung der Prostitution als *unselbständige* Erwerbstätigkeit stellen sich aus rechtlicher Sicht zudem weitere Probleme, welche zu Unsicherheiten zum Umgang mit unselbständig erwerbstätigen Sexarbeiterinnen beitragen:

1. Sittenwidrigkeit der Prostitutionsverträge (Art. 20 Abs. 1 OR)

Die Prostitution ist in der Schweiz zwar eine legale Tätigkeit, welche unter dem verfassungsmässigen Schutz der Wirtschaftsfreiheit steht. Verträge, die sexuelle Leistungen gegen Entgelt beinhalten, gelten gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts jedoch als sittenwidrig. Sie sind daher **zivilrechtlich** nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR; BGE 91 IV 69; mit Urteil vom 26.10.2011 hielt das Bundesgericht trotz begründeter Kritik an der Auffassung fest, es sei weiterhin davon auszugehen, dass die Unsittlichkeit des auf entgeltlichen Geschlechtsverkehr gerichteten Prostituiertenvertrag zu bejahen sei, in BGer 6B_188/2011, Erw. 2.3). Daraus folgt, dass weder die Ausführung der vereinbarten sexuellen Leistung noch das vereinbarte Entgelt auf rechtlchem Weg eingefordert werden kann. Da die Ausübung der Prostitution jedoch rechtlich zulässig ist, führt die Unsittlichkeit des entsprechenden Vertrages nicht dazu, dass beispielsweise auf den Lohn keine Steuern erhoben oder sozialversicherungsrechtliche Abzüge getätigt werden. Eine Prostituierte ist für ihre Tätigkeit nach Massgabe der einschlägigen kantonalen und bundesrechtlichen Bestimmungen auch steuerpflichtig und hat Beiträge an die AHV/IV zu entrichten.

2. Straftatbestand der Förderung der Prostitution gemäss Art. 195 Abs. 3 StGB

Gemäss Art. 195 Abs. 3 StGB macht sich strafbar, wer die Handlungsfähigkeit einer Person, die Prostitution betreibt, dadurch beeinträchtigt, dass er sie bei dieser Tätigkeit überwacht oder Ort, Zeit, Ausmass oder andere Umstände der Prostitution bestimmt. Voraussetzung für die Erfüllung dieses Tatbestandes ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass auf die Prostituierten ein gewisser Druck ausgeübt wird, dem sie sich nicht ohne Weiteres entziehen können. Das sei in der Regel gegeben, wenn der Täter eine gewisse Machtposition einnehme (BGE 126 IV 76 Erw. 2).

Die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses mit einer Prostituierten birgt für den Arbeitgeber daher die Gefahr, mit Art. 20 Abs. 1 OR (Nichtigkeit des Vertrages wegen Sittenwidrigkeit), vor allem aber mit Art. 195 StGB (Förderung der Prostitution) in Konflikt zu geraten, weshalb Arbeitsverträge mit Prostituierten eher selten sind (hierzu auch Brigitte Hürlimann, Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Hrsg. Peter Gauch, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 121).

Aus diesen Gründen erteilt beispielsweise der Kanton Bern generell keine Bewilligungen an unselbständig tätige Prostituierte mit der Begründung, die Anstellung einer Prostituierten würde gegen den Straftatbestand der Förderung der Prostitution gemäss Art. 195 Abs. 3 StGB verstossen (hierzu Aufsatz von Laura Marinello, Bietet das Freizügigkeitsabkommen taugliche Instrumente zur Regelung der Prostitution in der Schweiz?, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2009/2010, Hrsg. Alberto Achermann et al. Bern 2010, S. 43 ff.). Andere Kantone bieten auf ihren kantonalen Homepages dagegen Musterarbeitsverträge für Sexarbeiterinnen an (Kanton St. Gallen, Kanton Graubünden, Kanton Thurgau) und erteilen Sexarbeiterinnen Bewilligungen für die unselbständige Erwerbstätigkeit.

Eine höchstrichterliche Klärung der Frage, ob ein Arbeitgeber einer Prostituierten sich allein durch die Eingehung eines Arbeitsvertrages und den damit verbundenen Weisungsrechten der Förderung der Prostitution im Sinne von Art. 195 Abs. 3 StGB strafbar macht, gibt es nicht. Das hängt damit zusammen, dass die Einordnung nach selbständiger und unselbständiger Tätigkeit für die Gerichte bei der Frage, ob der Tatbestand von Art. 195 Abs. 3 StGB erfüllt ist, gar nicht von Belang ist. In BGE 126 IV 76 hat Bundesgericht jedenfalls festgehalten, dass die Führung eines Bordells oder eines bordellähnlichen Betriebes nicht grundsätzlich eine Strafbarkeit gemäss Art. 195 Abs. 3 StGB nach sich zieht. Gemäss Bundesgericht macht sich ein Bordellbetreiber nicht strafbar, wenn er Prostituierte bloss beschützt, eine Infrastruktur zur Verfügung stellt und den Betrieb so organisiert, dass die Handlungsfreiheit der Frauen in keiner Art und Weise eingeschränkt wird (Vereinbarungen über eine Präsenzzeit, Tariflisten, Kondome und Getränke zur Verfügung stellen, etc.) sowie für solche Leistungen bis zu vierzig

Prozent des Dirnenlohnes kassiert (Brigitte Hürlimann, Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittlichkeit, Hrsg. Peter Gauch, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 55 mit Verweisen auf die Rechtsprechung). In diesem Rahmen sollte denn auch ein Arbeitsvertrag zwischen einem Bordellbetreiber und einer Prostituierten als gültig anerkannt werden.

Brigitte Hürlimann geht in ihrem Buch „Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittlichkeit, Hrsg. Peter Gauch, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 219 ff und 230 ff.“ ausführlich auf die Vertragsverhältnisse zwischen der Prostituierten und ihrem Freier sowie zwischen der Prostituierten und ihrem Arbeitgeber ein. Sie begründet sorgfältig, weshalb die Rechtsprechung, wonach ein Vertrag zwischen der Prostituierten und ihrem Freier als sittenwidrig zu qualifizieren ist, heute überkommen ist. Ferner erläutert sie, unter welchen Umständen ein Arbeitsvertrag zwischen der Prostituierten und ihrem Arbeitgeber auch im Lichte von Art. 20 Abs. 1 OR weder als widerrechtlich noch unsittlich angesehen werden kann. Dabei unterscheidet sie zwischen einem *ungültigen* „Bordellvertrag mit sexueller Leistungspflicht“ und einem *gültigen* „Bordellvertrag mit reiner Präsenzpflicht“. Beim Bordellvertrag mit reiner Präsenzpflicht verpflichtet sich die Arbeitnehmerin gegenüber dem Arbeitgeber nur zur Präsenz. Sie erhält für diese einen Grundlohn und erklärt sich zusätzlich bereit, während ihrer Anwesenheit sexuelle Dienstleistungen gegenüber Dritten zu erbringen. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers bleibt jedoch auf die Präsenz der Arbeitnehmerin beschränkt. Die sexuellen Dienstleistungen übt die Arbeitnehmerin selbstbestimmt und ohne jegliche Anweisungen durch den Arbeitgeber aus. Für das zusätzliche Einkommen durch die sexuellen Dienstleistungen gibt sie einen vereinbarten Anteil ihrem Arbeitgeber ab. Eine solche Vereinbarung würde auch den Tatbestand der Förderung der Prostitution gemäss Art. 195 Abs. 3 StGB nicht erfüllen.

Obige Ausführungen zeigen auf, dass ein Arbeitsvertrag zwischen einer Prostituierten und einem Bordellbetreiber – unabhängig von dessen zivilrechtlichen Gültigkeit – je nach Ausgestaltung nicht a priori den Tatbestand der Förderung der Prostitution erfüllen muss. Die Praxis des Kantons Bern, wonach für eine Anstellung als Prostituierte generell keine Bewilligung erteilt wird, ist daher zu restriktiv und stellt eine unzulässige Einschränkung des Rechts auf Arbeitnehmerfreizügigkeit dar. Vielmehr müsste eine Bewilligung zur

Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit erteilt werden, wenn die Vereinbarung zwischen dem Bordellbetreiber und der Prostituierten in strafrechtlicher Hinsicht den oben genannten Anforderungen entspricht. Die allfällige zivilrechtliche Nichtigkeit der Vereinbarung kann der Bewilligungserteilung ebenfalls nicht entgegenstehen. Eine so begründete Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung würde nämlich gegen das Diskriminierungsverbot von Art. 2 FZA und Art. 9 Anhang I FZA verstossen, weil damit einer EU-Staatsangehörigen eine Arbeitstätigkeit verweigert würde, welche schweizerischen Staatsangehörigen erlaubt ist¹⁰.

Im Bericht des BFM zur Rotlichtproblematik wird zur Abgrenzung einer unselbständigen von einer selbstständigen Tätigkeit auf einen Bundesgerichtsentscheid vom 5. Juni 2002 verwiesen (BGE 128 IV 170). In diesem Entscheid hatte das Bundesgericht darüber zu befinden, ob sich ein Geschäftsführer eines Massagesalons, in welchem Prostituierte ohne erforderliche Arbeitsbewilligungen arbeiteten, wegen illegaler Beschäftigung von Ausländerinnen gemäss aArt. 23 Abs. 4 ANAG (heute Art. 116 Abs. 1 lit. b AuG) strafbar macht. Das Bundesgericht hielt zur Strafbestimmung von aArt. 23 Abs. 4 ANAG fest, dass davon nicht nur Arbeitgeber im zivilrechtlichen Sinne (Art. 319 ff. OR) erfasst würden, sondern dass vielmehr der Anwendungsbereich von aArt. 23 Abs. 4 ANAG mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck (Verhinderung von Schwarzarbeit) weit zu fassen sei. Der Tatbestand des „Beschäftigen“ bedeute, jemanden eine Erwerbstätigkeit ausüben zu lassen. Das Vorliegen einer Weisungsbefugnis sei nicht Voraussetzung für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne von aArt. 23 Abs. 4 ANAG¹¹. Diese

¹⁰ Mit eben dieser Begründung hat die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern (!) eine Beschwerde einer Arbeitgeberin gegen eine gestützt auf aBVO verfügte Verweigerung einer Arbeitsbewilligung gutgeheissen. Die Erteilung der Arbeitsbewilligung wurde mit der Begründung der Unsittlichkeit des Arbeitsvertrages verweigert. Die Volkswirtschaftsdirektion hielt dazu fest, dass ein Arbeitsvertrag, der den strafrechtlichen Rahmenbedingungen gerecht werde, in einer arbeitsmarktlichen Beurteilung nicht zum Nachteil der Arbeitgeberin ausgelegt werden könne. Auch sei es inkonsequent, wenn Ausländerinnen mit dem Argument angeblicher Sittenwidrigkeit eine Arbeit nicht ausführen dürften, die Schweizerinnen erlaubt sei (zitiert aus Brigitte Hürlimann, Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittlichkeit, Hrsg. Peter Gauch, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 133 und 134).

¹¹ Diese Ausweitung des Arbeitgeberbegriffs ist insofern bemerkenswert, als im zivilrechtlichen Verhältnis die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers bzw. das Subordinationsverhältnis zwischen Arbeitgeber und

Rechtsprechung wurde mit Entscheid des Bundesgerichts vom 10. Juni 2011 auch unter dem Geltungsbereich des Ausländergesetzes (Art. 117 AuG) bestätigt (BGE 137 IV 159).

Das BFM verkennt bei seinem Verweis auf oben genannte Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass der Begriff der unselbständigen und der selbständigen Erwerbstätigkeit bei der Zulassung von EU-Staatsangehörigen gestützt auf das FZA nicht dem innerstaatlichen Recht folgt, sondern *gemeinschaftsrechtlich auszulegen ist* (BGE 131 II 339, Erw. 3.1)¹². Daraus folgt, dass bei der Auslegung dieser Begriffe die Rechtsprechung des EuGH bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA berücksichtigt werden muss (Art. 16 Abs. 2 FZA). Als Arbeitnehmerin im Sinne des FZA gilt gemäss EuGH eine Person, welche während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für welche sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält (BGE 131 II 339 Erw. 3 mit Verweisen auf Entscheide des EuGH). Wesentlich ist, dass ein Unterordnungsverhältnis bzw. eine Weisungsgebundenheit der Arbeitnehmerin gegenüber ihrem Arbeitgeber besteht. Das heisst in der Regel auch, dass sie nicht frei über ihre Arbeitsbedingungen und das Entgelt bestimmen kann und die Tätigkeit nicht in eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung ausübt.

Diese Definition der unselbständigen Erwerbstätigkeit hat bei der Zulassung von EU-Staatsangehörigen auch für Sexarbeit zu gelten. Es ist somit nicht – wie das BFM geltend macht – vom erweiterten Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerbegriff gemäss den Strafbestimmungen des AuG auszugehen. Es kann demzufolge auch nicht mit Verweis auf den Bundesgerichtsentscheid vom 5. Juni 2002 (BGE 128 IV 170) bzw. vom 10. Juni

Arbeitnehmer ein Kernelement eines Arbeitsverhältnisses darstellt. Angesichts des Schutzzweckes der Strafbestimmung von Art. 117 AuG ist die Ausweitung des Arbeitgeberbegriffs nachvollziehbar.

¹² Auch wenn die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes gemäss Art. 6 Anhang I FZA nicht den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der EU folgen würde, sondern dem schweizerischem Recht, ist der Rückgriff auf die Auslegung des Begriffes der „Beschäftigung“ gemäss Art. 117 AuG nicht statthaft. Bei der Auslegung von Art. 6 Anhang I FZA geht es um die Zulassung als ArbeitnehmerIn in der Schweiz, bei Art. 117 AuG geht es dagegen darum, Schwarzarbeit einzudämmen und Arbeitgeber zur Verantwortung zu ziehen, die Personen ohne erforderliche Bewilligung beschäftigen. Es liegt ein unzulässiger Umkehrschluss vor, wenn nun bei der Zulassung von unselbständig Erwerbstätigen der erweiterte Arbeitnehmerbegriff aus der Strafnorm für die Beschäftigung von ArbeitnehmerInnen ohne Bewilligung beigezogen wird.

2011 (BGE 137 IV 159) davon ausgegangen werden, dass alle Personen, die bei einem Betreiber eines Massagesalons, einer Kontaktbar, eines Sauna- oder Nachtclubs, eines Dancings oder eines Escort-Service arbeiten, a priori als unselbständig erwerbstätig im Sinne von Art. 6 Anhang I FZA gelten. Vielmehr ist jeder Einzelfall konkret daraufhin zu prüfen, ob die oben genannten Kriterien für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses gegeben sind. Da beim Arbeitnehmerbegriff gemäss FZA das Vorliegen eines Unterordnungsverhältnisses und einer Weisungsbefugnis zentral ist, stellt sich umso eher die Frage, ob beim Bejahen einer unselbständigen Tätigkeit im Sinne von Art. 6 Anhang I FZA der Tatbestand der Förderung der Prostitution gemäss Art. 195 Abs. 3 StGB erfüllt ist¹³. Es besteht hier auch in strafrechtlicher Hinsicht Klärungsbedarf.

Nicht zulässig ist aufgrund der nötigen Einzelfallprüfung auch die in den Empfehlungen des BFM aufgestellte Regelvermutung, dass bei Sexarbeiterinnen aus Rumänien und Bulgarien grundsätzlich von einem Stellenantritt und von einem Abhängigkeitsverhältnis auszugehen ist. Selbstverständlich ist auch bei der Zulassung von Prostituierten aus den EU-2-Staaten im Einzelfall zu prüfen, ob die Prostituierten ihre Tätigkeit nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses in Bezug auf die Wahl dieser Tätigkeit, die Arbeitsbedingungen und das Entgelt, in eigener Verantwortung und gegen ein Entgelt, das ihnen vollständig und unmittelbar bezahlt wird, ausüben (hierzu auch EuGH Rs. C-268/99 i.S. Jany). Wenn dies der Fall ist, muss das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit bejaht und der betroffenen Frau eine Aufenthaltsbewilligung B EG/EFTA ausgestellt werden.

3.3.3 Anforderungen an den Nachweis einer selbständigen bzw. unselbständigen Erwerbstätigkeit

Die Anforderungen an den Nachweis einer selbständigen Erwerbstätigkeit dürfen nicht prohibitiv sein und die Ausübung des Freizügigkeitsrechts nicht in unzulässiger Weise einschränken. Ferner dürfen sie auch nicht zu einer Diskriminierung der EU-Staatsangehörigen gegenüber Schweizerinnen führen (Art. 2 FZA und Art. 15 Anhang I FZA).

¹³ Bei korrekter Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs wäre die Haltung des Kantons Bern nachvollziehbar.

Gemäss Bericht des BFM zur Rotlichtproblematik hat eine gesuchstellende Person für den Nachweis einer selbstständigen Erwerbstätigkeit als Sexarbeiterin eine Reihe von Dokumenten einzureichen.

Genannt wird unter Anderem ein Businessplan und „ein Kostenvoranschlag für den Nachweis der Wahrscheinlichkeit, dass die betreffende selbstständige Tätigkeit den Lebensunterhalt gestattet“. Der Businessplan muss folgende Elemente enthalten: Charakter und Zweck der Tätigkeit (Leistungen, Preis, Werbemassnahmen, Kosten der Raummiete und des Materials, Versicherungen, Investitionen).

Vorab ist festzuhalten, dass die Migrationsbehörden auch bei selbständig Erwerbstätigen keinen *Nachweis eines existenzsichernden Einkommens* verlangen dürfen (Art. 12 Abs. 3 Anhang I FZA)¹⁴. Daher ist auch kein Nachweis „der Wahrscheinlichkeit, dass die selbständige Tätigkeit den Lebensunterhalt gestattet“ zu erbringen.

Ferner ist das Erfordernis der Vorlage eines Businessplans für den Nachweis einer selbständigen Tätigkeit als Prostituierte als eine unverhältnismässige Einschränkung bzw. Behinderung der Personenfreizügigkeit zu werten. So ist ein Businessplan für die Tätigkeit als Prostituierte, erst recht für die Tätigkeit als Strassenprostituierte, nicht nötig und inhaltlich kaum zu begründen. Es ist ferner nicht einzusehen, weshalb die Vorlage eines Mietvertrages, der zur Ausübung der Prostitution in entsprechender Einrichtung berechtigt, Rechnungen für allfällige Investitionen und Nachweise für Werbemassnahmen sowie die Anmeldung als selbständig Erwerbstätige bei der AHV/IV und – soweit nötig – bei den Steuerbehörden, für sich alleine für den Nachweis der selbständigen Erwerbstätigkeit nicht genügen sollten. Nicht statthaft, weil keine Zulassungsvoraussetzung, ist überdies der Nachweis einer bedarfsgerechten Privatwohnung¹⁵ und der Nachweis der

¹⁴ Es darf kein Nachweis genügender finanzieller Mittel verlangt werden. Dagegen kann der Bezug von Sozialhilfeleistungen bei selbständig Erwerbstätigen zum Entzug der Aufenthaltsbewilligung führen (Spescha Marc/Thür Hanspeter/Zünd Andreas/Bolzli Peter, Kommentar Migrationsrecht, 3. Aufl., Zürich 2012, N 3 zu Art. 13 Anhang I, Dietrich Marcel, Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union, Zürich 1995, S. 503). Diese Rechtsauffassung wurde von Astrid Epiney allerdings in Frage gestellt (Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen, Perspektiven, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, S. 81 ff., S. 116 unten).

¹⁵ Eine solche ist nur für den Familiennachzug gemäss Art. 3 Anhang I FZA Zulassungsvoraussetzung.

Mitgliedschaft bei einer Kranken- und Unfallversicherung. Es ist grundsätzlich nicht Sache der Migrationsbehörden zu überprüfen, ob das Krankenversicherungspflichtobligatorium eingehalten wird¹⁶.

Ferner dürfen an die Ausübung der Tätigkeit wegen des Diskriminierungsverbots keine Anforderungen gestellt werden, welche für schweizerische Sexarbeiterinnen keine Geltung haben.

Gemäss Bericht zur Rotlichtproblematik des BFM haben auch unselbständig Erwerbstätige EU-Staatsangehörige diverse Dokumente zum Nachweis ihrer unselbständigen Erwerbstätigkeit beizubringen (neben einer Anstellungszusage oder Arbeitsbescheinigung werden Informationen zum Arbeitgeber (Strafregisterauszug), Mietvertrag einer Wohnung, etc. genannt). Es ist fraglich, ob das angesichts des klaren Wortlautes von Art. 6 Abs. 3 Anhang I FZA, wonach lediglich die Vorlage eines Ausweises und einer Arbeitsbescheinigung bzw. Einstellungserklärung des Arbeitgebers verlangt werden kann, zulässig ist. Das Erfordernis der Vorlage dieser Dokumente stellt eine Einschränkung des Freizügigkeitsrechts von Arbeitnehmerinnen dar, welche unter dem Gesichtspunkt von Art. 5 Anhang I FZA einer Rechtfertigung bedürfte. Ob eine Rechtfertigung bspw. aus Gründen des Schutzes der Sexarbeiterinnen vor Ausbeutung begründet werden kann, erscheint zweifelhaft. Dies auch deshalb, weil entsprechende Nachweise von schweizerischen Sexarbeiterinnen für die Ausübung ihrer Tätigkeit in der Regel nicht verlangt werden, was wiederum zu einer Diskriminierung der Sexarbeiterinnen aus der EU führt¹⁷.

3.3.4 Meldeverfahren für Dienstleistungserbringerinnen – persönliches Gespräch

In der Regel handelt es sich bei Sexarbeiterinnen, die in der Schweiz eine Dienstleistung erbringen, nicht um entsandte Arbeitnehmerinnen, sondern um selbständig Erwerbstätige.

¹⁶ Im Kanton Zürich sind bspw. die Gesundheitsdirektion und die Gemeinden für die Kontrolle der Versicherungspflicht zuständig (siehe EG KVG sowie Verordnung zum EG KVG des Kantons Zürich).

¹⁷ Anders verhielte es sich, wenn die Prostitution bspw. einer Bewilligungspflicht unterliegen würde, die von allen Sexarbeiterinnen (ohne nach Staatsangehörigkeit zu unterscheiden) entsprechende Nachweise verlangen würde, wie das in der Prostitutionsverordnung der Stadt Zürich vorgesehen ist.

Soweit ein Anstellungsverhältnis in Frage steht, ist in der Regel von einer Anstellung durch einen in der Schweiz ansässigen Arbeitgeber auszugehen, womit die Dienstleistungsfreiheit nicht zur Anwendung gelangt¹⁸.

In den Empfehlungen des BFM zur Rotlichtproblematik wird bei Dienstleistungserbringerinnen neben der elektronischen Onlinemeldung für die Überprüfung der selbständigen Erwerbstätigkeit ein persönliches Vorsprechen bei den Behörden empfohlen. Der Kanton Bern verlangt beispielsweise seit August 2010 von allen ausländischen Personen, die im erotischen Gewerbe tätig sein wollen vor Meldungs- und Bewilligungserhalt den Nachweis der selbständigen Erwerbstätigkeit. Nach Einreichen diverser Unterlagen werden die Gesuchstellerinnen von den zuständigen Migrationsbehörden zu einem persönlichen Gespräch vorgeladen. Erst danach wird eine Meldebestätigung oder eine Bewilligung ausgestellt. In der Stadt Zürich wird für EU-Staatsangehörige, die im Meldeverfahren einer selbständigen Erwerbstätigkeit als Prostituierte auf dem Strassenstrich nachgehen wollen (Dienstleistungserbringerinnen) neben der elektronischen Onlinemeldung verlangt, dass sie sich vor Arbeitsaufnahme persönlich bei der Stadtpolizei melden. Im „Merkblatt für selbständig erwerbstätige Prostituierte aus EG-/EFTA-Staaten im Meldeverfahren in der Strassenprostitution in der Stadt Zürich“ der Stadtpolizei Zürich wird gar festgehalten, dass die Erwerbstätigkeit erst nach Erhalt der positiven Meldebestätigung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit aufgenommen werden darf.

Es wird somit vorgegeben, dass die *Bewilligungserteilung* und die *Meldebestätigung* für eine legale Aufnahme der Erwerbstätigkeit zwingend sind. Das widerspricht jedoch den freizügigkeitsrechtlichen Vorgaben, wonach der Bewilligung des Aufenthalts zur selbständigen Erwerbstätigkeit und auch der Meldung einer selbständigen Dienstleistungserbringung lediglich deklarativer Charakter zukommt (siehe oben Ziffer 3.2.5.). Damit wird überdies das Meldeverfahren für Dienstleistungserbringerinnen zu einem eigentlichen Bewilligungsverfahren. Das ist offensichtlich nicht im Sinne der Bestimmungen des FZA und stellt daher eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar.

¹⁸ BGE 2C_334/2007

Es stellt sich ferner auch die Frage, ob das Erfordernis der Durchführung eines persönlichen Gesprächs als Bestandteil der Meldepflicht nicht eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gemäss Art. 17 ff. Anhang I FZA darstellt. Dies auch weil ein solches persönliches Gespräch nur bei dienstleistungserbringenden Sexarbeiterinnen, nicht aber bei anderen Dienstleistungserbringern durchgeführt wird und sich damit auch Fragen der Gleichbehandlung von Dienstleistungserbringern stellen. Wie oben in Ziffer 3.2.6 dargelegt, ist eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (Art. 5 Anhang I FZA) sowie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses (Art. 22 Abs. 4 Anhang I FZA) zulässig. Darüber hinaus muss die einschränkende Massnahme geeignet und erforderlich sein, dem im Allgemeininteresse liegenden Zweck zu dienen.

Schliesslich sind auch die hohen Anforderungen an den Nachweis der selbständigen Erwerbstätigkeit bei Erbringerinnen von sexuellen *Dienstleistungen* zu hinterfragen. In den Bestimmungen des FZA zur Dienstleistungsfreiheit ist nirgendwo festgehalten, dass ein Nachweis der selbständigen Erwerbstätigkeit erbracht werden muss. Der Nachweis ist aus freizügigkeitsrechtlicher Sicht für die Ahndung allfälliger „Scheinselbständiger“ von Belang, die sich damit den Übergangsbestimmungen gemäss Art. 10 FZA oder den sozialversicherungsrechtlichen oder arbeitsrechtlichen Bestimmungen der Schweiz entziehen. Die Problematik der Scheinselbständigkeit äussert sich allerdings auch bei anderen DienstleistungserbringerInnen aus der EU. Deshalb erscheint es fraglich, ob die erhöhten Anforderungen an die Meldung bzw. an den Nachweis der selbständigen Erwerbstätigkeit bei Sexarbeiterinnen zulässig sind. Es wird in der Regel auf Gründe des Schutzes der Sexarbeiterinnen vor Ausbeutung verwiesen. Ob solche Gründe den Anforderungen von Art. 5 Anhang I und Art. 22 Abs. 4 Anhang I FZA stand halten, mag bezweifelt werden. Sollte tatsächlich der Schutz der Sexarbeiterinnen vor Ausbeutung bezweckt werden, wären im innerstaatlichen Recht Schutzmassnahmen für *alle* Sexarbeiterinnen *unabhängig von ihrer Nationalität* vorzusehen, die dann im Rahmen des Meldeverfahrens bzw. mit Kontrollen wie sie zur Einhaltung flankierender Massnahmen vorgesehen sind, überprüft werden könnten.

3.3.5 Einreiseverbot und Wegweisung

In den Empfehlungen des BFM wird darauf hingewiesen, dass bei wiederholten Verstössen gegen Bewilligungs- und Meldevorschriften, bei mehrfacher Missachtung von Strichzonen und/oder mehrfacher Täuschung der Behörden im Zusammenhang mit der selbständigen Erwerbstätigkeit als Prostituierte beim BFM die Anordnung eines Einreiseverbotes mit einer Dauer von bis zu drei Jahren beantragt werden könne.

Ein Einreiseverbot untersagt die Einreise in die Schweiz. Es ist nicht als Sanktion für vergangenes Fehlverhalten zu verstehen, sondern ist eine Massnahme zur Abwendung einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Spescha Marc, Kerland Antonia, Bolzli Peter, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010, S. 232 f.). Gemäss Art. 67 AuG können unter Anderem Verstösse bzw. Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in der Schweiz ein Einreiseverbot bis zu höchstens fünf Jahren rechtfertigen (Abs. 2 lit. a von Art. 67 AuG). Die Möglichkeit des Erlasses eines Einreiseverbots gemäss Art. 67 AuG gegenüber Staatsangehörigen der EU wird jedoch durch das Freizügigkeitsabkommen beschränkt. Das Freizügigkeitsabkommen vermittelt den EU-Staatsangehörigen unter Anderem das Recht auf Einreise (Art. 3 FZA i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA). Dieses Recht wird durch ein Einreiseverbot beschnitten. Deshalb hat ein gegen eine EU-Staatsangehörige erlassenes Einreiseverbot den Anforderungen von Art. 5 Anhang I FZA zu genügen (siehe dazu oben Ziffer 3.2.6).

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem sorgfältig begründeten Entscheid vom 23. August 2010 die Voraussetzungen für ein Einreiseverbot gegen EU-Staatsangehörige dargelegt (BVGE C-7549/2008 und C-7550/2008 Erw. 7). Konkret ging es in diesem Fall um eine bulgarische und eine rumänische Prostituierte, welche während maximal vier Wochen in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit *ohne die erforderliche Bewilligung*¹⁹ nachgingen. Das Bundesverwaltungsgericht führte aus, dass sich die Schweiz grosse Zurückhaltung auferlege, wenn Verstösse gegen ausländerrechtliche Bestimmungen zur

¹⁹ Es ist daran zu erinnern, dass bulgarische und rumänische Staatsangehörigen wegen den Übergangsbestimmungen in Art. 10 FZA für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit eine Bewilligung benötigen (Art. 26 Abs. 2 Anhang I FZA). Die Bewilligung stellt –nicht wie bei den übrigen EU-Staatsangehörigen – keine reine Formvorschrift dar. Die Aufnahme der Erwerbstätigkeit ist erst nach der Bewilligungserteilung gestattet (siehe Ziffer 3.2.5).

Diskussion stünden, welche der Personenfreizügigkeit vorläufig Schranken setzten. Massnahmen seien nur bei *schwersten* Zuwiderhandlungen in Erwägung zu ziehen. Entsprechend seien gegen EU-Staatsangehörige, welche wegen der Übergangsregelungen noch nicht in den vollen Genuss der Freizügigkeitsrechte kommen, Fernhaltungsmassnahmen nur bei *ausserordentlich schweren Fällen von Schwarzarbeit* möglich²⁰. Bei anderen EU-Staatsangehörigen stellt ein Verstoss gegen die Bewilligungspflicht wegen der deklaratorischen Bedeutung der Bewilligung lediglich eine Verletzung einer Formvorschrift dar, welche keine freizügigkeitsbeschränkende Massnahme rechtfertigt. Ein Verstoss gegen die Meldepflicht vermag somit ebensowenig ein Einreiseverbot zu rechtfertigen.

Die Rechtfertigung eines Einreiseverbotes setzt voraus, dass von den betroffenen EU-Staatsangehörigen aufgrund ihres *persönlichen Verhaltens* eine tatsächliche und hinreichend schwere Störung der öffentlichen Ordnung ausgeht, welche ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Das Bundesverwaltungsgericht weist darauf hin, dass die Schwere der Störung der öffentlichen Ordnung nicht damit begründet werden könne, dass die Prostitution ein unerwünschtes Verhalten mit sozialschädlichen Begleiterscheinungen darstelle, da die sozialschädlichen Begleiterscheinungen nicht dem *persönlichen Verhalten* der Prostituierten zugeschrieben werden könnten.

Ferner sind die genannten Verhaltensweisen von Prostituierten nicht derart gravierend, dass sie auch bei mehrfacher Ausführung *das Grundinteresse der Gesellschaft* tangieren. Die für ein Einreiseverbot notwendige *Schwere der Gefährdung* der öffentlichen Ordnung ist bei der Missachtung der Bewilligungspflicht, aber auch bei der Missachtung von Strichzonen und/oder Täuschung der Behörden im Zusammenhang mit der *selbständigen* Erwerbstätigkeit als Prostituierte – auch wenn sie mehrfach erfolgt – regelmässig nicht gegeben.

Daraus folgt, dass wegen (mehrfachen) Verstosses gegen die Melde- und Bewilligungspflicht, aber auch bei der Missachtung von Strichzonen und/oder Täuschung der Behörden im Zusammenhang mit der selbständigen Erwerbstätigkeit als Prostituierte

²⁰ Als Beispiel wird eine ausländische Bauequipe genannt, welche ohne die erforderliche Bewilligung und in Verletzung gesamtarbeitsvertraglich festgelegter Mindestlöhne in grossem Umfang in der Schweiz Baudienstleistungen erbringt.

in der Regel kein Einreiseverbot ausgesprochen werden darf. Das gilt auch für Prostituierte aus den EU-2- und EU-8-Staaten.

III. Fazit

Obige Ausführungen erhellen, dass im Zusammenhang mit der Zulassung von Sexarbeiterinnen aus der EU in rechtlicher Hinsicht viel Klärungsbedarf besteht.

Es wurde festgestellt, dass das BFM bei der Zulassung von Sexarbeiterinnen aus der EU von einem unkorrekten zu ausgedehnten Arbeitnehmerbegriff ausgeht.

Ferner wurde auf die Problematik einer allfälligen Unsittlichkeit der Arbeitsverträge zwischen Prostituierten und ihren Arbeitgebern sowie die Vereinbarkeit von solchen Arbeitsverträgen mit dem Straftatbestand der Förderung der Prostitution gemäss Art. 195 Abs. 3 StGB näher eingegangen. Hier wird die Auffassung vertreten, dass ein Arbeitsvertrag zwischen einem Bordellbesitzer und einer Prostituierten je nach Ausgestaltung nicht zwingend gegen Art. 195 Abs. 3 StGB verstossen muss, weshalb auch eine generelle Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung als Angestellte in einem Salon mit dieser Begründung unzulässig ist.

Die hohen Anforderungen an den Nachweis der selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeit sowie die Ausgestaltung des Meldeverfahrens für dienstleistungserbringende Sexarbeiterinnen sind nach hier vertretener Ansicht kaum mit den freizügigkeitsrechtlichen Bestimmungen vereinbar. Es wird in Frage gestellt, dass es den Behörden dabei in erster Linie um den Schutz der Sexarbeiterinnen vor Ausbeutung geht. Vielmehr liegt die Vermutung nahe, dass unter Vorgabe von Schutzinteressen die Zulassung von Sexarbeiterinnen aus der EU *begrenzt* werden soll. Wenn wirklich der Schutz der Sexarbeiterinnen im Vordergrund stehen würde, wären Massnahmen vorzusehen, welche unterschiedslos auf alle Sexarbeiterinnen unabhängig von ihrer Nationalität, Anwendung finden. Es wäre auch die Frage zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Anstellung einer Sexarbeiterin tatsächlich den Tatbestand der Förderung der Prostitution erfüllt und daher nicht bewilligt werden dürfte.

Weiter sind die uneinheitlichen Praxen der Kantone zu bemängeln, die zu einer *nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung* bei der Zulassung von Sexarbeiterinnen führen. Die unterschiedlichen kantonalen Zulassungspraxen sind auch deshalb problematisch, weil sowohl Arbeitnehmerinnen als auch selbständig Erwerbstätige und Dienstleistungserbringerinnen ihre Tätigkeit *in der ganzen Schweiz* ausüben können.

Schliesslich sind die Empfehlungen des BFM zur Rotlichtproblematik im Zusammenhang mit der Möglichkeit zum Erlass von Einreiseverboten zu beanstanden. Einreiseverbote gegen EU-Staatsangehörige wegen wiederholten Verstössen gegen Bewilligungs- und Meldevorschriften, bei mehrfacher Missachtung von Strichzonen und/oder mehrfacher Täuschung der Behörden im Zusammenhang mit der selbständigen Erwerbstätigkeit als Prostituierte, sind nach hier vertretener Auffassung regelmässig nicht mit den freizügigkeitsrechtlichen Vorgaben zur Einschränkung des Rechts auf Einreise vereinbar, weil es an der nötigen Schwere der Rechtsgütergefährdung mangelt.

Um die hier aufgeworfenen Fragen zu klären, müssten in Einzelfällen Beschwerden gegen die Verweigerung von Bewilligungen und Meldebestätigungen, gegen Einreiseverbote sowie gegen allfällige Verurteilungen wegen Verstoss gegen die Strafbestimmungen des AuG geführt werden.

Zürich, 30.10.2012

Antonia Kerland, Rechtsanwältin