

Referendarexamensklausur: Die Trierer Sperrgebietsverordnung

Von Wiss. Mitarbeiter **Zlatko Bajic** und Wiss. Mitarbeiter **Jan Oliva**, Trier

Sachverhalt¹

A und B, beide Staatsangehörige des EU-Mitgliedstaats X, ziehen im Sommer 2011 in die rheinland-pfälzische kreisfreie Stadt Trier (ca. 100.000 Einwohner), um dort in Zukunft der selbstständigen Prostitution nachzugehen. Dazu stellen sie sich abends an der Ruwererstraße auf, um auf potenzielle Kunden zu warten. Gegenüber Fußgängern verhalten sich A und B dabei grundsätzlich ruhig. Um auf sich aufmerksam zu machen, tragen sie lediglich etwas aufreizende Kleidung und sprechen die ihnen geeignet erscheinenden Personen an, um ihre Dienstleistungen anzubieten. Die Ruwererstraße verbindet das Industriegebiet Trier-Nord mit dem Trierer Stadtteil Ruwer. Ganz in der Nähe befindet sich auch das Ausbildungszentrum der IHK Trier. Unter den Auszubildenden befinden sich auch Jugendliche aus Ruwer, die auf ihrem Weg zu und vom Unterricht an A und B vorbeikommen.

Die Einwohner Triers sind angesichts dieser Entwicklung empört. Sie fürchten insbesondere eine verheerende Wirkung des neuen Straßenstrichs für den Ruf des Stadtteils Ruwer sowie die Entwicklung eines kriminellen Umfeldes. Zudem habe der Anblick der leicht bekleideten Damen eine schlechte Wirkung auf die Jugend des Stadtteils, die dadurch ein falsches Frauenbild vermittelt bekomme. Schließlich wird befürchtet, dass der Industriestandort Trier-Nord in Zukunft von der Öffentlichkeit nur noch als Straßenstrich wahrgenommen wird.

Die Trierer Stadtverwaltung erlässt darauf hin, formell ordnungsgemäß, eine Sperrgebietsverordnung (Sperrgebiets-VO) gemäß Art. 297 Abs. 1 EGStGB (s. Anlage). Die Stadtverwaltung beruft sich zur Begründung dieses Schrittes auf den Jugendschutz und die Kriminalprävention.

A und B lassen sich von der Verordnung jedoch nicht beirren und gehen weiter ihrem Gewerbe nach. Am Abend des 3.8.2011 wird eine Polizeistreife auf die beiden aufmerksam. Die Beamten fordern A und B auf, die Straße zu verlassen und drohen damit, sie ansonsten in Gewahrsam zu nehmen. Die beiden kommen dieser Anordnung widerwillig nach.

Im Folgenden findet B eine Anstellung in einem Wohnungsbordell, während A zunächst einen vierwöchigen Urlaub in der Heimat einlegt. Nachdem A aus dem Urlaub zurückkommt, möchte sie wieder ihrem Gewerbe nachgehen. Weil sie sich daran aber durch die Anordnung der Polizeibeamten rechtlich gehindert sieht, erhebt sie am 6.9.2011 Anfechtungsklage beim Verwaltungsgericht gegen die polizeiliche Anordnung, die Ruwererstraße zu verlassen.

A macht vor allem geltend, dass es für die Sperrgebiets-VO bereits keine verfassungsmäßige Ermächtigungsgrundlage gebe. Insbesondere sei der in Art. 297 Abs. 1 EGStGB

vorgegebene Zweck nicht hinreichend bestimmt. Zudem stehe Art. 297 Abs. 1 EGStGB auch in Widerspruch zu den Normen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG), welche die Prostitution vom Makel der Sittenwidrigkeit befreit hätten.

Darüber hinaus macht sie geltend, dass sie in ihrem Recht auf freie Berufsausübung beeinträchtigt werde, da sie der Straßenprostitution überhaupt nicht mehr nachgehen könne. Es sei ungerecht, dass die Straßenprostitution im gesamten Gemeindebereich verboten werden könne, während die Wohnungsprostitution in bestimmten Toleranzzonen geduldet werde. Jedenfalls aber sei ein generelles Verbot in der SperrgebietsVO unverhältnismäßig, schließlich hätte man das Verbot auch auf bestimmte Tageszeiten begrenzen können.

Im Übrigen sei bereits durch das Europarecht gewährleistet, dass sie in jedem Mitgliedstaat ungehindert ihrem Gewerbe nachgehen dürfe. Zwar werde sie nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert, es liege aber eine Beschränkung vor, die ihr die Ausübung ihres Berufs in Deutschland erschwere und unattraktiv mache. Dies sei auch nicht zu rechtfertigen.

Hat die Klage der A Aussicht auf Erfolg? Gehen Sie auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. in einem Hilfsutachten – ein. Gewerbe- und steuerrechtliche Vorschriften sind nicht zu prüfen.

Anlagen

SperrgebietsVO für die kreisfreie Stadt Trier

Auf Grund von Artikel 297 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (Bundesgesetzblatt I Seite 469) wird zum Schutze der Jugend und des öffentlichen Anstandes verordnet:

§ 1 Personen, die der Prostitution nachgehen, dürfen sich zu diesem Zweck nicht innerhalb eines Sperrbezirks aufhalten, der durch folgende Straßen und Plätze begrenzt wird: [Es folgt eine Aufzählung von Straßen, die als Sperrbezirk die Trierer Innenstadt ausweisen. Die Ruwererstraße befindet sich nicht im Sperrgebiet.]

§ 2 Über den räumlichen Geltungsbereich des § 1 hinaus dürfen sich Personen, die der Prostitution nachgehen, zu diesem Zweck nicht auf öffentlichen Straßen, Wegen, Plätzen, Anlagen und sonstigen Orten, die eingesehen werden können, aufhalten.

§ 3 (1) Wer dem Verbot der §§ 1 und 2 zuwiderhandelt, handelt nach § 120 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ordnungswidrig. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden.

(2) Wer dem Verbot der §§ 1 und 2 beharrlich zuwiderhandelt, wird nach § 184e des Strafgesetzbuches mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 4 Diese Verordnung tritt am 1. August 2011 in Kraft.

¹ Der vorliegende Sachverhalt ist angelehnt an tatsächliche Geschehnisse in Trier-Ruwer aus dem Jahr 2011, vgl. die regionale Berichterstattung, im Internet abrufbar unter: <http://www.volksfreund.de/nachrichten/region/trier/Heute-in-der-Trierer-Zeitung-Neuer-Strassenstrich-in-der-Ruwerer-Strasse-aergert-Buerger:art754.2841520> (21.7.2012).

Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG)

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

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

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

Lösung

Die Klage der A wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

1. Verwaltungsrechtsweg

Weil keine aufdrängende Sonderzuweisung vorliegt, ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und diese nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist.

A wendet sich gegen die Anordnung des Polizisten die Ruwererstraße zu verlassen. Die diesbezüglich streitentscheidenden Vorschriften des Gefahrenabwehrrechts berechtigen in jedem denkbaren Anwendungsfall Verwaltungsbehörden bzw. die Polizei, also Träger hoheitlicher Gewalt. Es handelt sich also um öffentlich-rechtliche Vorschriften, sodass nach der Sonderrechtstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.²

Weil keiner der Streitbeteiligten unmittelbar am Verfassungsleben teilnimmt, ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art.³

Möglicherweise ist aber die abdrängende Sonderzuweisung aus § 23 Abs. 1 S. 1 EGGVG einschlägig. Danach ent-

scheiden die ordentlichen Gerichte über die Rechtmäßigkeit von repressiven Maßnahmen der Polizei. Vorliegend erging die Anordnung, um die SperrgebietsVO durchzusetzen und (weitere) Ordnungswidrigkeiten zu verhindern. Die polizeiliche Maßnahme ist daher präventiv.⁴ § 23 Abs. 1 S. 1 EGGVG ist nicht einschlägig.

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

2. Statthafte Klageart

Die Klage der A ist als Anfechtungsklage statthaft, wenn sie die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehrt, § 42 Abs. 1 1. Var. VwGO. Die Anordnung des Polizisten an A, die Straße zu verlassen, erfüllt alle Voraussetzungen des § 35 S. 1 VwVfG und ist folglich ein Verwaltungsakt.

Dieser könnte sich aber bereits erledigt haben. Ein Verwaltungsakt hat sich im Sinne des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO erledigt, wenn die beschwerende Regelung weggefallen ist und der Verwaltungsakt keine belastenden Wirkungen mehr äußert.⁵ Das wäre hier der Fall, wenn die Anordnung vom 3. August am 6. September keine Gültigkeit mehr besitzt. Bei der polizeilichen Anordnung handelt es sich um einen Platzverweis gem. § 13 Abs. 1 POG.⁶ Ein Platzverweis zeichnet sich dadurch aus, dass er einer Person das Betreten eines bestimmten Ortes kurzfristig verbietet, während demgegenüber ein Aufenthaltsverbot für einen längeren Zeitraum gilt.⁷ Das heißt, dass die Anordnung des Polizisten spätestens nach einigen Tagen ihre Gültigkeit verloren hat, der Verwaltungsakt ist mithin am 6. September erledigt. Die Klage der A ist somit nicht als Anfechtungsklage statthaft.

Allerdings ist das Gericht gem. § 88 VwGO nicht an das Klagebegehren der A gebunden, so dass zu prüfen ist, ob ihrem Anliegen mit einer anderen Klageart abgeholfen werden kann.

In Betracht kommt eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog. Eine direkte Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO scheidet daran, dass sich der Verwaltungsakt bereits vor Klageerhebung erledigt hat. Teilweise wird nun, gerade im neueren Schrifttum, vertreten, dass in Fällen der Erledigung vor Klageerhebung die Feststel-

⁴ Gemäß § 3 der SperrgebietsVO haben A und B zwar schon eine Ordnungswidrigkeit begangen. Allerdings geht aus dem Sachverhalt nicht hervor, dass die Polizisten z.B. die Personalien festgestellt haben, um diese Ordnungswidrigkeit zu verfolgen. Jedenfalls der Schwerpunkt der Maßnahme ist deshalb präventiv („Schwerpunkttheorie“).

⁵ BVerwGE 66, 75 (77); vgl. auch § 43 Abs. 2 VwVfG.

⁶ Ein Aufenthaltsverbot gemäß § 13 Abs. 3 S. 1 POG kommt nicht in Betracht, weil keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass A in der Ruwererstraße eine Straftat begeht. Insbesondere der Tatbestand des § 184e StGB liegt nicht vor, da A der SperrgebietsVO jedenfalls noch nicht beharrlich zuwidergehandelt hat.

⁷ Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2007, § 16 Rn. 1.

² Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt hier unproblematisch vor, sodass längere Ausführungen verfehlt wären. Dies lässt sich auch mit anderen Theorien, etwa der Subordinationstheorie, begründen.

³ Lehre von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit, wonach ein Streit erst dann verfassungsrechtlicher Art ist, wenn die Streitbeteiligten unmittelbar am Verfassungsleben teilnehmen und es im Kern um die Anwendung und Auslegung von Verfassungsrecht geht; krit. *Bethge*, JuS 2001, 1100.

lungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO einschlägig sei.⁸ Eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO sei unzulässig, so wird argumentiert, da mit der Feststellungsklage eine zulässige Klageart zur Verfügung steht und es deshalb an einer Regelungslücke fehle.⁹ Dem lässt sich aber entgegenhalten, dass mit der Feststellungsklage, ausweislich § 43 Abs. 1 VwGO, nur die Feststellung des Bestehens (bzw. Nichtbestehens) eines Rechtsverhältnisses begehrt werden kann. Wenn der Begriff des Rechtsverhältnisses auch in der VwGO nicht definiert wird, so ist es doch unbestritten, dass jedenfalls ein Verwaltungsakt kein Rechtsverhältnis ist.¹⁰ Des Weiteren gelten für die Feststellungsklage andere Sachurteilsvoraussetzungen als für die Anfechtungsklage, so dass es vom für den Bürger zufälligen Zeitpunkt der Erledigung (vor oder nach Klageerhebung) abhinge, welche Zulässigkeitsvoraussetzungen gewahrt werden müssten.¹¹ Aus diesen Gründen scheint die Ansicht vorzugswürdig, die in den Fällen der Erledigung des Verwaltungsakts vor Klageerhebung auf § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog abstellt.

Die Klage der A ist damit als Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog statthaft.¹²

3. Klagebefugnis

Weil es sich bei der Fortsetzungsfeststellungsklage um die Fortsetzung der ursprünglich statthaften Anfechtungsklage handelt, kann sie nur dann zulässig sein, wenn der Kläger geltend machen kann, dass der erledigte VA rechtswidrig gewesen sei und ihn in seinen Rechten verletzte, § 42 Abs. 2 VwGO.

Als Adressatin eines belastenden Verwaltungsaktes war A jedenfalls möglicherweise in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, darüber hinaus möglicherweise auch in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.¹³ A ist deshalb klagebefugt.

4. Feststellungsinteresse

A müsste ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes haben, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO. Hier kommt eine Wiederholungsgefahr in Betracht. Diese besteht, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Verwaltung in Zukunft einen ähnlichen Verwaltungsakt erlässt.¹⁴ A möchte auch in Zukunft weiter der Prostitution in der Ruwererstraße nachgehen. Die Trierer SperrgebietsVO ist aber nach wie vor in Kraft, so dass die

Gefahr besteht, dass A gegenüber abermals ein Platzverweis ausgesprochen wird. Folglich besteht Wiederholungsgefahr und A hat ein berechtigtes Feststellungsinteresse im Sinne von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO.

5. Vorverfahren

A hat kein Vorverfahren gem. §§ 68 f. VwGO eingeleitet. Ob dieses vor Erhebung der Fortsetzungsfeststellungsklage zwingend ist, ist umstritten. Unstrittig ist insoweit, dass eine Fortsetzungsfeststellungsklage dann unzulässig ist, wenn die Erledigung nach Ablauf der Widerspruchsfrist eintritt, da der Verwaltungsakt mit Fristablauf bestandskräftig wurde und auch eine Anfechtungsklage unzulässig gewesen wäre.¹⁵

Die Erledigung trat hier spätestens einige Tage nach Erlass des Platzverweises ein, also jedenfalls schon vor Ablauf der Monatsfrist des § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO, so dass die Fortsetzungsfeststellungsklage nicht von vorneherein unzulässig ist.

Für die Notwendigkeit der Durchführung eines Vorverfahrens auch vor Ablauf der Widerspruchsfrist wird angeführt, dass dadurch der Bürger zu einer zeitnahen Einlegung von Rechtsbehelfen angehalten wird, was dem Gericht später die Sachverhaltsaufklärung erleichtert.¹⁶ Außerdem sei die Fortsetzungsfeststellungsklage so eng mit der Anfechtungsklage verknüpft, dass es sinnwidrig sei, die Sachentscheidungsvoraussetzungen dieser Klage dann denen einer Feststellungsklage anzugleichen.¹⁷ Gegen diese Auffassung spricht aber, dass die Widerspruchsbehörde die Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts nicht rechtsverbindlich feststellen kann. In vielen Fällen hat der Adressat aber gerade daran ein Interesse, etwa zur Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses. Darüber hinaus sieht die VwGO keinen „Fortsetzungsfeststellungswiderspruch“ vor, so dass ein Widerspruch mangels Verwaltungsakt schon gar nicht zulässig wäre.¹⁸

A musste deshalb vor Erhebung der Fortsetzungsfeststellungsklage kein Vorverfahren einleiten.¹⁹

6. Klagefrist

Auch die Frage einer möglichen Fristbindung der Fortsetzungsfeststellungsklage ist umstritten. Teilweise wird vertreten, dass eine Fortsetzungsfeststellungsklage ihrer Rechtsnatur nach eine Feststellungs- und keine Gestaltungsklage sei, so dass sie, der Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO entsprechend, unbefristet erhoben werden kann.²⁰ Andere vertreten dagegen die Auffassung, dass auch die Fortsetzungsfeststellungsklage fristgebunden sei, wobei § 74 VwGO teils unmittelbar und teils analog angewendet wird.²¹ Weil A

⁸ Das BVerwG hat die bis dato h.M. in BVerwGE 109, 203 (208 f.) ebenfalls hinterfragt, die Frage aber letztlich offen gelassen.

⁹ *Fechner*, NVwZ 2000, 121 (126).

¹⁰ *Renck*, JuS 1970, 115 (117); *Fechner*, NVwZ 2000, 121 (127).

¹¹ *Schenke*, JuS 2007, 697 (700).

¹² A.A. bei entsprechender Begründung gut vertretbar.

¹³ Es genügt, wenn die Bearbeiter lediglich auf Art. 2 Abs. 1 GG abstellen.

¹⁴ *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2009, Rn. 1426.

¹⁵ *Detterbeck* (Fn. 14), Rn. 1428.

¹⁶ *Schenke*, JuS 2007, 697 (700).

¹⁷ *Schenke*, JuS 2007, 697 (700).

¹⁸ *Detterbeck* (Fn. 14), Rn. 1431.

¹⁹ A.A. vertretbar. In diesem Fall ist die restliche Prüfung im Hilfsgutachten vorzunehmen.

²⁰ BVerwGE 109, 203 (207); *Ehlers*, Jura 2001, 415 (422).

²¹ VGH Mannheim DVBl. 1998, 836; OVG Koblenz NJW 1982, 1301.

von dem Polizisten aber nicht über ihre Rechte belehrt wurde, betrüge die Klagefrist hier, entgegen § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO (analog), ein Jahr, § 58 Abs. 2 S. 1 VwGO. Damit wäre die Klage am 6. September in jedem Falle noch nicht verfristet, so dass ein Streitentscheid dahinstehen kann.

7. Klagegegner

Die Klage ist gegen das Land Rheinland-Pfalz als Rechtsträger der Polizeibehörde zu richten, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog.

8. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

A ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligungsfähig. Das Land Rheinland-Pfalz ist als juristische Person des öffentlichen Rechts gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig.

A ist als voll Geschäftsfähige prozessfähig nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Das Land Rheinland-Pfalz selbst ist nicht prozessfähig, handelt aber als Vereinigung nach § 62 Abs. 3 VwGO durch seinen Vertreter.

9. Zwischenergebnis

Die Klage der A ist als Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog zulässig.

II. Begründetheit

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, soweit der erledigte Verwaltungsakt rechtswidrig war und A in ihren Rechten verletzt.

Der VA müsste zunächst formell und materiell rechtmäßig sein.

Die Polizei handelte hier, jedenfalls im Schwerpunkt, präventiv, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu verhüten, sodass der präventive polizeiliche Aufgabenbereich gem. § 1 Abs. 1 POG eröffnet ist. Weil sie die beiden Prostituierten abends antrafen und zu befürchten war, dass die beiden auch über Nacht weiter an der Straße stehen bleiben, war es auch nicht möglich, zunächst die originär zuständigen Ordnungsbehörden zu verständigen. Folglich bestand auch eine Eilfallkompetenz gemäß § 1 Abs. 7 S. 1 POG.

Sonstige Bedenken bezüglich Zuständigkeit, Verfahren und Form bestehen nicht, insbesondere eine etwaige Anhörung wäre gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG entbehrlich.

Die polizeiliche Maßnahme ist formell rechtmäßig. Darüber hinaus muss der VA auch materiell rechtmäßig sein. Dies ist der Fall, wenn es für den VA eine Ermächtigungsgrundlage gibt und deren Voraussetzungen gewahrt wurden.

1. Ermächtigungsgrundlage für den VA

Die Ermächtigungsgrundlage für den Platzverweis gegenüber A ist § 13 Abs. 1 S. 1 POG.

2. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Zunächst müsste eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung vorliegen. Gefahr bedeutet hierbei die Wahr-

scheinlichkeit, dass die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung in nicht unerheblicher Weise beeinträchtigt werden.²² Unter der öffentlichen Sicherheit versteht man neben dem Bestand und Funktionieren des Staates und seiner Einrichtungen sowie den Individualrechtsgütern des Einzelnen auch die Gesamtheit aller Rechtsvorschriften.²³ Zu diesen Rechtsvorschriften gehört auch die Trierer SperrgebietsVO. Wenn folglich A und B in der Ruwererstraße entgegen § 2 der Verordnung der Straßenprostitution nachgehen, stellen sie unter diesem Aspekt eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar.²⁴

Die SperrgebietsVO gehört aber nur dann zur Gesamtheit aller Rechtsvorschriften, wenn sie rechtmäßig ist.

a) Formelle Rechtmäßigkeit der Verordnung

Laut Sachverhalt kam die Verordnung formell ordnungsgemäß zustande und wurde insbesondere auch von der zuständigen Behörde erlassen.

b) Materielle Rechtmäßigkeit der Verordnung

SperrgebietsVOen sind öffentlich-rechtliche Normen des Gefahrenabwehrrechts und als solche ein Unterfall der Gefahrenabwehrverordnung.²⁵ Dementsprechend gelten die gleichen Vorgaben wie für andere Rechtsverordnungen, d.h. sie müssen auf einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beruhen sowie mit dieser und sonstigem höherrangigem Recht übereinstimmen. Die Ermächtigungsgrundlage muss schließlich ihrerseits den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG entsprechen.

aa) Ermächtigungsgrundlage für die RVO

Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von SperrgebietsVOen ist Art. 297 Abs. 1 EGStGB. Diese ist formell verfassungsgemäß, könnte aber materiell verfassungswidrig sein:

(1) Verstoß gegen Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG)

(a) Herleitung des Bestimmtheitsgebots

Für spezielle Fälle ergibt sich das Erfordernis hinreichender Normbestimmtheit unmittelbar aus der Verfassung: Dies trifft vor allem zu auf Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, wobei die Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG sowohl die des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG als auch die des im Rechtsstaatsprinzip verankerten allgemeinen Bestimmtheitsgebots übertreffen.

²² BVerwGE 28, 310 (315); 45, 51 (57); 62, 36 (38 f.).

²³ Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 7), § 8 Rn. 3.

²⁴ Ob Prostitution auch ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung ist, muss (hier) nicht angesprochen werden, da der Begriff der öffentlichen Ordnung subsidiär zum Begriff der öffentlichen Sicherheit ist.

²⁵ Finger, KJ 2007, 73 (74).

(b) Art. 103 Abs. 2 GG

Weil Art. 297 Abs. 1 EGStGB nicht die Strafbarkeit der Prostitution statuiert, sondern nur die Voraussetzungen für ein Verbot schafft, ist Art. 103 Abs. 2 GG nicht einschlägig.²⁶

(c) Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

Maßgebend sind vorliegend jedoch die Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG. Dieser Norm zufolge müssen Gesetze die zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen, hinsichtlich Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung hinreichend bestimmt sein.

Mit der Zweckvorgabe „zum Schutz der Jugend oder des öffentlichen Anstandes“ knüpft der Wortlaut von Art. 297 Abs. 1 EGStGB allerdings an unbestimmte Rechtsbegriffe an. Zwar verwehrt das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG es dem Gesetzgeber nicht, auch in Ermächtigungsnormen unbestimmte Rechtsbegriffe und/oder Generalklauseln zu verwenden; Entscheidend ist in solchen Fällen nur, ob sich mithilfe der allgemeinen Auslegungsregeln die gesetzlichen Vorgaben erschließen lassen.²⁷

(aa) Schutz des öffentlichen Anstandes

Problematisch erscheint vorliegend allein die hinreichende Bestimmtheit des öffentlichen Anstandes.²⁸ Wäre Art. 297 Abs. 1 EGStGB in diesem Zusammenhang so zu verstehen, dass jede Ausübung der Prostitution zugleich auch den öffentlichen Anstand verletzt und die Norm damit allein der Durchsetzung der herrschenden Moralvorstellungen dient, so wäre ein solches Verständnis der Norm mit den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht vereinbar. Das Merkmal des öffentlichen Anstandes würde „für den Erlass einer Sperrgebietsverordnung jegliche den Verordnungsgeber lenkende und seine Entscheidungsbefugnis eingrenzende Wirkung verlieren.“²⁹

Die Fachgerichte verstehen Art. 297 Abs. 1 EGStGB allerdings als eine Norm auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr mit dem Ziel, das Zusammenleben der Menschen zu ordnen, soweit ihr Verhalten sozialrelevant ist, nach Außen in Erscheinung tritt und das Allgemeinwohl beeinflussen kann.³⁰ „Handlungen und Zustände, die eine enge Beziehung zum Geschlechtsleben haben, könnten Belange des Allgemeinwohls insbesondere dann beeinträchtigen, wenn durch einen Öffentlichkeitsbezug andere Personen, die hiervon unbehelligt bleiben wollten, erheblich belastigt würden.“³¹

Seitens der Fachgerichte wurde also der unbestimmte Rechtsbegriff des öffentlichen Anstandes in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dahin gehend konkretisiert, dass der Erlass einer SperrgebietsVO zum Schutze

von diesem dann gerechtfertigt sein kann, wenn bspw. die Eigenart des betroffenen Gebietes durch eine besondere Schutzbedürftigkeit und Sensibilität geprägt ist (z.B.: Gebiet mit hohem Wohnanteil, Schulen, Kindergärten, Kirchen, soziale Einrichtungen etc.) und wenn eine nach außen in Erscheinung tretende Ausübung der Prostitution typischerweise damit verbundene Belästigungen Unbeteiligter und „milieubedingte Unruhe“ (so etwa lautstarkes [An-]Werben von Freiern, anstößiges Verhalten gegenüber Passantinnen/Anwohnerinnen) befürchten lässt.³²

Durch die fachgerichtliche Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „Schutz öffentlichen Anstandes“ bestehen also im Ergebnis keine Bedenken an der hinreichenden Bestimmtheit des Art. 297 Abs. 1 EGStGB i.S.v. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG. Insbesondere ist durch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung widerlegt, dass der Schutz des öffentlichen Anstandes (ausschließlich) auf Moralvorstellungen gründet. Das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ist somit insgesamt gewahrt.

(bb) Verstoß gegen das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung

Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet den Gesetzgeber außerdem dazu, einzelne Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, dass den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, welche die Rechtsordnung widersprüchlich machen.³³ Im Falle widersprüchlicher Regelungen muss daher (zumindest) eine Norm ungültig bzw. unanwendbar sein.

Ein solcher Verstoß des Art. 297 Abs. 1 EGStGB gegen das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung könnte sich vorliegend aus dem Verhältnis zum „Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten“ (ProstG) vom 20.12.2011 ergeben. So argumentiert vorliegend auch die Klägerin A, dass spätestens mit dem Erlass des ProstG die Prostitution und ihre Ausübung vom Makel der Sittenwidrigkeit befreit wurden. Dementsprechend sei der Gesetzgeber – spätestens mit dem Erlass des ProstG – auch verpflichtet gewesen, die entsprechende Ermächtigung des Art. 297 Abs. 1 EGStGB aufzuheben oder zumindest abzuändern, um sich nicht im Widerspruch zu den Regelungen des ProstG zu setzen.

Fraglich ist jedoch, ob vorliegend überhaupt ein solcher Widerspruch zwischen den Regelungen des ProstG auf der einen und der Verordnungsermächtigung des Art. 297 Abs. 1 EGStGB auf der anderen Seite gegeben ist: Das aus lediglich drei Paragraphen bestehende ProstG hat in erster Linie zu einer Legalisierung der Prostitution im zivil- und sozialrechtlichen Bereich geführt. So statuiert etwa § 1 ProstG die zivilrechtliche Wirksamkeit des Entgeltanspruches von Prostituierten. Des Weiteren wird durch § 3 ProstG den Prostituierten der Zugang zur Sozialversicherung ermöglicht. Die Festlegung von etwaigen Sperrgebietszonen auf der Grundlage des Art. 297 Abs. 1 EGStGB stellt hingegen die soeben dargestellten Inhalte des ProstG keineswegs infrage. Die Festset-

²⁶ Zur Frage der Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG auf Art. 297 Abs. 1 EGStGB s.a. BVerfG NVwZ 2009, 239.

²⁷ BVerfGE 80, 1 (20 f.); BVerfGE 106, 1 (19).

²⁸ Die hinreichende Bestimmtheit des Tatbestandsmerkmals „Schutz der Jugend“ ist unproblematisch gegeben.

²⁹ BVerfG NVwZ 2009, 905 (906).

³⁰ BVerfG NVwZ 2009, 905 (906) m.w.N.

³¹ BVerfG NVwZ 2009, 905 (906).

³² BVerfG NVwZ 2009, 905 (906) m.w.N.

³³ Vgl. *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 41 f.

zung eines prostitutionsfreien Sperrgebiets ist auch nicht mit einem generellen Vorwurf der Sittenwidrigkeit der Ausübung von Prostitution im entsprechenden Sperrgebiet verbunden. Sie dient vielmehr lediglich der lokalen Steuerung der Prostitutionsausübung aus ordnungsrechtlichen Gründen und beschränkt sich dementsprechend auch lediglich auf ganz bestimmte Gebiete (Stichwort: sensible Gemeindegebiete) bzw. bestimmte Erscheinungsformen und damit einhergehende sozialtypische Begleiterscheinungen.³⁴

Mangels eines Normwiderspruchs scheidet daher vorliegend auch ein Verstoß gegen das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung aus.

(cc) Wahrung der Anforderungen von Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie

Das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip verpflichtet schließlich den parlamentarischen Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und diese nicht per Delegation der Exekutive zu überlassen.³⁵ Durch Beachtung der Ermächtigungserfordernisse des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG wird allerdings diesen Anforderungen der sog. „Wesentlichkeitstheorie“ und dem sich aus dieser ergebenden Parlamentsvorbehalt in aller Regel bereits genügt.³⁶ Wie bereits festgestellt, erfüllt Art. 297 Abs. 1 EGStGB die Anforderungen hinsichtlich der hinreichenden Bestimmtheit gem. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, sodass vorliegend von der Einhaltung der entsprechenden Anforderungen auszugehen ist.

(2) Verstoß gegen sonstiges Verfassungsrecht

Darüber hinaus muss die Ermächtigungsnorm des Art. 297 Abs. 1 EGStGB auch mit sonstigem Verfassungsrecht, insbesondere mit den Grundrechten, vereinbar sein.

(a) Berufsfreiheit

Fraglich ist, ob Art. 297 Abs. 1 EGStGB einen ungerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG darstellt.

Dazu müsste zunächst der Schutzbereich der Berufsfreiheit sowohl in persönlicher wie auch in sachlicher Hinsicht eröffnet sein.

(aa) Persönlicher Schutzbereich

Gem. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Bei der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG handelt es sich demnach um ein Staatsbürgerrecht bzw. ein „Deutschen-

Grundrecht“, sodass Träger des Grundrechts ausschließlich Deutsche i.S.d. Art. 116 GG sind.³⁷

Soweit der Geltungsbereich einzelner Grundrechte auf deutsche Staatsangehörige beschränkt ist, sind insoweit Ausländer und Staatenlose grundsätzlich über das (subsidiäre) Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.

Klägerin A ist allerdings Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaates.³⁸ Für den Grundrechtsschutz von EU-Staatsangehörigen gelten aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben besondere Grundsätze. Ob sich deshalb Unionsbürger unmittelbar auf die den deutschen Staatsangehörigen vorbehaltenen Bürgerrechte des Grundgesetzes berufen können, ist umstritten:

Für eine unmittelbare Anwendung der Deutschen-Grundrechte auch auf Unionsbürger sprechen vor allem das allgemeine Diskriminierungsverbot gem. Art. 18 AEUV und die besonderen Diskriminierungsverbote der EU-Grundfreiheiten. Die genannten Vorschriften, die wegen des Anwendungsvorrangs und des *effet utile*-Prinzips des EU-Rechts auch bei der Auslegung von deutschen Grundrechten berücksichtigt werden müssen, ordnen eine prinzipielle Gleichstellung aller EU-Bürger an. Art. 12 Abs. 1 GG müsse daher, so die eine Ansicht, europarechtskonform dahin gehend ausgelegt werden, dass sich alle EU-Bürger unmittelbar auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen können.³⁹

Einer solch extensiven Auslegung wird allerdings der eindeutige Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG entgegengehalten. Die europarechtlich gebotene Gleichbehandlung könne demnach nicht dadurch erreicht werden, dass die Unionsbürger unmittelbar in den persönlichen Schutzbereich des jeweiligen Deutschen-Grundrechts einbezogen würden, da eine derart extensive Auslegung mit dem eindeutigen Wortlaut des Verfassungstextes („alle Deutschen“) schlichtweg nicht mehr vereinbar sei („Wortlaut als äußerste Grenze jeder Auslegung“). Dementsprechend seien (auch) Unionsbürger grundsätzlich auf das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG zu verweisen. Um allerdings den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben gerecht zu werden, sei eine erweiterte Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG erforderlich: Demnach habe bei EU-Ausländern im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG eine „Schrankenübertragung“ stattzufinden, wonach die regelmäßig engeren Beschränkungsmöglichkeiten des betreffenden Deutschen-Grundrechts auf den Art. 2 Abs. 1 GG zu übertragen seien. So werde gewährleistet, dass auch für die EU-Ausländer ein

³⁴ Bestätigt wird dieses Ergebnis auch durch den Umstand, dass der im Rahmen der Beratungen zum Prostitutionsgesetz gemachte Vorschlag, Art. 297 Abs. 1 EGStGB ersatzlos zu streichen, bewusst nicht umgesetzt wurde, vgl. BVerfG NVwZ 2009, 905 (906).

³⁵ Näher hierzu *Sodan/Ziekow* (Fn. 33), § 24 Rn. 27 und § 6 Rn. 65.

³⁶ *Hömig*, in: *Hömig* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 9. Aufl. 2010, Art. 12 Rn.10.

³⁷ *Ruffert*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum GG, Stand: 1.1.2012, Art. 12 Rn. 33; *Wilms*, *Staatsrecht II* (Grundrechte), Rn. 109.

³⁸ Die Frage, ob sich A als Unionsbürgerin überhaupt auf Art. 12 GG berufen kann, gehört streng genommen in die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Verwaltungsakts, weil die Verordnung hier abstrakt auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz überprüft wird. Aus Gründen der Übersichtlichkeit ist es allerdings vertretbar, dieses Problem bereits an dieser Stelle anzusprechen.

³⁹ M.w.N.: *Ruffert* (Fn. 37), Art. 12 Rn. 33.

dem jeweiligen Deutschen-Grundrecht entsprechender Schutz erreicht werde.⁴⁰

Ausschlaggebend ist in erster Linie eine effektive und den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprechende Sicherung der Berufsfreiheit nichtdeutscher Unionsbürger. Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht von Art. 18 AEUV überzeugt es daher wenig, den Unionsbürgern die hinsichtlich der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Schrankenbereich differenziertere Gewährleistung der Berufsfreiheit zu verwehren und stattdessen auf den Art. 2 Abs. 1 GG zu verweisen.⁴¹ Was wiederum die unmittelbare Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG auf Unionsbürger anbetrifft, so bildet zunächst der Wortlaut einer nationalen Norm in der Tat die (äußerste) Grenze der Auslegung. Andererseits kann jedoch der Anwendungsort des EU-Rechts in bestimmten Konstellationen durchaus dazu führen, dass eine nationale Norm, soweit sie EU-Ausländer diskriminiert, auch entgegen ihrem klaren Wortlaut teilweise außer Anwendung bleibt. Das Tatbestandsmerkmal „Deutscher“ ist in dem Fall wegen des Vorrangs des Europarechts nicht anwendbar.⁴² Die Beschränkung des persönlichen Schutzbereichs auf Deutsche in Art. 12 Abs. 1 GG ist damit durch das Europarecht überlagert worden.

Somit ist der Schutzbereich für die Unionsbürgerin A in personeller Hinsicht eröffnet.⁴³

(bb) Sachlicher Schutzbereich

Bei Art. 12 Abs. 1 GG handelt es sich um ein „einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit“, welches sowohl die Freiheit der Berufswahl als auch die Freiheit der Berufsausübung umfassend schützt.⁴⁴ Art. 12 Abs. 1 GG zielt dabei „auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab“,⁴⁵ wobei der Schutzbereich bereits mit der Wahl des Berufes beginnt und von der Wahl des Arbeitsplatzes, über die Berufsausübung bis hin zur Beendigung der Berufstätigkeit reicht.

Vorliegend stellt sich daher zunächst die Frage, ob die seitens der A nachgegangene Prostitution einen Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG darstellt. Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG ist jede „auf Erwerb gerichtete Tätigkeit [...], die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhal-

tung einer Lebensgrundlage dient.“⁴⁶ Das zusätzliche Merkmal der „Erlaubtheit“ der entsprechenden Tätigkeit findet schon seit Längerem in der Rechtsprechung des BVerfG keine Berücksichtigung mehr.⁴⁷ Eine Begrenzung des sachlichen Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG kommt daher allenfalls noch hinsichtlich solcher Betätigungen in Betracht, die von vornherein als „schlechthin gemeinschaftsschädlich“ eingestuft werden müssen.⁴⁸ Im Übrigen ist aber laut dem BVerfG „einer die Merkmale des Berufsbegriffs grundsätzlich erfüllenden Tätigkeit der Schutz durch das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht schon dann versagt, wenn das einfache Recht die gewerbliche Ausübung dieser Tätigkeit verbietet.“⁴⁹ Eine Erwerbstätigkeit kann also die Eigenschaft eines Berufes im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG nicht bereits dadurch verlieren, dass sie durch einfaches Gesetz verboten und/oder für strafbar erklärt wird.⁵⁰

Bei der seitens der Klägerin A ausgeübten Straßenprostitution handelt es sich zunächst um eine Tätigkeit, die auf Erwerb gerichtet und auf Dauer angelegt ist und die darüber hinaus auch der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient. Des Weiteren handelt es sich dabei nicht um eine schlechthin sozial- und/oder gemeinschaftsschädliche Tätigkeit, die schon ihrem Wesen nach als verboten anzusehen wäre. Spätestens seit dem Inkrafttreten des ProstG und der dadurch erfolgten Anerkennung des Dirnenlohns als rechtswirksame Forderung kann die dauerhafte Ausübung der Prostitution nicht (mehr) vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ausgenommen werden.⁵¹ Die Prostitution bzw. die Ausübung von dieser ist daher als „Beruf“ i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG anzusehen.⁵² Der sachliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist somit eröffnet.

(cc) Eingriff

Dem erweiterten Eingriffsbegriff⁵³ zufolge ist unter einem Grundrechtseingriff jedes staatliche Handeln zu verstehen, welches dem Grundrechtsträger ein Verhalten, das in den

⁴⁰ Wilms (Fn. 37), Rn. 110 m.w.N.; Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Vorb. vor Art. 1 Rn. 116.

⁴¹ Ruffert (Fn. 37), Art. 12 Rn. 33.

⁴² Wernsmann, Jura 2000, 657 (659) m.w.N.; Hufen, Staatsrecht II – Grundrechte, § 35 Rn. 11.

⁴³ Die Bearbeiter können hier selbstverständlich beiden gängigen Lösungsansätzen – entweder unmittelbar über Art. 12 Abs. 1 GG oder aber über Art. 2 Abs. 1 GG – gleichermaßen folgen.

⁴⁴ So das BVerfG bereits in seinem grundlegenden „Apothekenurteil“ aus dem Jahre 1958 = BVerfGE 7, 377 (402). In seiner neueren Rspr. siedelt das BVerfG den Schutz freier Berufsausübung ausdrücklich bereits in Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG an, s. nur BVerfGE 85, 248 (256). Näher hierzu Sodan/Ziekow (Fn. 33), § 40 Rn. 1 f.

⁴⁵ BVerfGE 54, 301 (313).

⁴⁶ BVerfG NVwZ 2009, 905 m.w.N.

⁴⁷ Ausführlich hierzu Sodan/Ziekow (Fn. 33), § 40 Rn. 9 m.w.N.

⁴⁸ Begründet wird dieser tatbestandliche Ausschluss damit, dass solche Tätigkeiten – obwohl sie durchaus auf Erwerb gerichtet und auf Dauer angelegt, sowie der Schaffung bzw. Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dienen (können) – im absoluten Widerspruch zu zentralen verfassungsrechtlichen Wertungen stehen, vgl. dazu Sodan/Ziekow (Fn. 33), § 40 Rn. 9.

⁴⁹ BVerfGE 115, 276 (300 f.).

⁵⁰ Sodan/Ziekow (Fn. 33), § 40 Rn. 9.

⁵¹ Kämmerer, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 12 Rn. 17 m.w.N.

⁵² So auch Caspar, NVwZ 2002, 1322 (1325).

⁵³ Zur Differenzierung zwischen dem sog. klassischen und dem erweiterten Eingriffsbegriff vgl. Wilms (Fn. 37), Rn. 186 ff.

Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht.⁵⁴

Ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG setzt allerdings voraus, dass die staatliche Maßnahme nicht nur irgendwie geartete, entfernte Folgen für die berufliche Tätigkeit herbeiführt, sondern ihr subjektiv oder zumindest objektiv eine „berufsregelnde Tendenz“ zukommt.⁵⁵

Durch die Ermächtigung zum Erlass einer Sperrgebiets-VO nach Art. 297 Abs. 1 S. 1 EGStGB wird sowohl den Prostituierten als auch allen sonstigen Personen, die im Umfeld der Prostitution einer beruflichen Tätigkeit nachgehen, die Ausübung dieser Tätigkeit hierdurch erschwert, da durch Art. 297 Abs. 1 EGStGB die Möglichkeit räumlicher und zeitlicher Beschränkungen der Berufstätigkeit ermöglicht wird.⁵⁶ Die Ermächtigung des Art. 297 Abs. 1 EGStGB stellt somit einen unmittelbaren berufsbezogenen Eingriff in die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG dar.

Je nach Intensität kann bei Eingriffen in die Berufsfreiheit unterschieden werden zwischen (bloßen) Berufsausübungsregelungen als 1. Stufe, subjektiven Zulassungsvoraussetzungen als 2. Stufe und objektiven Berufswahlbeschränkungen als 3. Stufe.⁵⁷

Bloße Berufsausübungsregelungen betreffen dabei lediglich die Art und Weise der Berufsausübung, also das „Wie“ der beruflichen Tätigkeit, sodass auf dieser Stufe auch die weitestgehenden Einschränkungen der Berufsfreiheit zulässig sind.⁵⁸ Subjektive Zulassungsvoraussetzungen sind hingegen solche, die die Aufnahme eines Berufs an das Vorliegen persönlicher Eigenschaften, Fähigkeiten oder Leistungsnachweise knüpfen.⁵⁹ Bei den objektiven Berufswahlbeschränkungen handelt es sich schließlich um solche, die für die Aufnahme eines Berufs die Erfüllung objektiver, dem Einfluss des Bewerbers entzogener und von seiner Qualifikation unabhängiger Kriterien verlangen.⁶⁰

Bei der vorliegenden Ermächtigung zum Erlass einer SperrgebietsVO nach Art. 297 Abs. 1 EGStGB scheint es sich auf den ersten Blick unproblematisch um eine bloße Berufsausübungsregelung zu handeln.⁶¹ Hierfür spricht nicht zuletzt der bereits erwähnte Umstand, dass die Festsetzung von Sperrbezirken auf der Grundlage des Art. 297 Abs. 1 EGStGB lediglich der lokalen/örtlichen Steuerung der Prostitutionsausübung dient.

Insoweit ist allerdings zu beachten, dass der Wortlaut des Art. 297 Abs. 1 EGStGB nicht nur eine Differenzierung von

SperrgebietsVOen in räumlicher Hinsicht, sondern auch hinsichtlich der Art der Prostitutionsausübung ermöglicht. Handelt es sich demnach um solche Prostitution, welcher nicht auf öffentlichen Straßen, Wegen, Plätzen, Anlagen oder sonstigen Orten, die von dort aus eingesehen werden können, nachgegangen wird, so hängt die Möglichkeit eines Verbots solcher Art der Prostitutionsausübung entscheidend von der Einwohnerzahl der betreffenden Gemeinde ab. Mit steigender Einwohnerzahl (ab 20.000) scheint ein vollumfängliches Verbot insoweit sogar gar nicht mehr möglich, sondern nur noch eine räumliche Beschränkung (vgl. Art. 297 Abs. 1 Nr. 2 EGStGB). Straßenprostitution – also Prostitution welcher zuvorderst auf den soeben genannten Orten und Plätzen nachgegangen wird – kann hingegen gem. Art. 297 Abs. 1 Nr. 3 EGStGB völlig unabhängig von der Einwohnerzahl der betreffenden Gemeinde jederzeit und vollumfänglich verboten werden.

So gesehen scheint sich aber die Eingriffsintensität der Ermächtigung nach Art. 297 Abs. 1 Nr. 3 EGStGB nicht lediglich auf eine Berufsausübungsregelung i.S.e. bloßen Möglichkeit zur räumlichen bzw. zeitlichen Beschränkung der Berufstätigkeit zu begrenzen; vielmehr könnte man Art. 297 Abs. 1 Nr. 3 EGStGB im vorliegenden Fall auch als eine Ermächtigung zum Erlass eines generellen Berufsverbots der Straßenprostitution i.S.e. (objektiven) Berufszulassungsvoraussetzung (3. Stufe) verstehen.

Eine solche Einordnung setzt jedoch voraus, dass es sich bei der Straßenprostitution, im Vergleich zu den sonstigen Arten der Prostitutionsausübung (Wohnungsprostitution etc.) um ein abgegrenztes und eigenständiges Berufsbild handelt. Fraglich ist daher, ob es sich bei der seitens der klagenden A nachgegangenen Straßenprostitution um einen eigenständigen Beruf handelt oder ob die entsprechende Tätigkeit nur Bestandteil eines umfassenderen Berufes bzw. Erweiterung eines anderen Berufes ist. Als Faustformel sollte in einer solchen Konstellation danach gefragt werden, „ob der/die Einzelne durch seine/ihre entsprechende Tätigkeit in besonderer Weise aus dem Kreis der Angehörigen des Berufs herausgehoben wird, sodass die entsprechende Tätigkeit als eigenständiger Beruf anzusehen ist.“⁶² Ein Kriterium kann dabei sein, ob die entsprechende Berufsausübung bestimmte Qualifikationen erfordert.⁶³

Mag eine dahin gehende Differenzierung bei der Tätigkeit als Kassenarzt⁶⁴ oder aber für die beim BGH gem. § 164 BRAO zugelassenen Rechtsanwälte⁶⁵ noch durchaus nachvollziehbar sein, erscheint sie in der vorliegenden Konstellation jedenfalls nur wenig plausibel. So ist es auch nicht ersichtlich, dass sich die A – entsprechend der soeben genannten Faustformel – durch ihre Tätigkeit als Straßenprostituierte in irgendeiner Form aus dem Kreis der sonstigen Prostituierten

⁵⁴ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 26. Aufl. 2010, Rn. 253.

⁵⁵ BVerfGE 97, 228 (253 f.).

⁵⁶ BVerfG NVwZ 2009, 905 (907).

⁵⁷ Die Abgrenzung nach der Eingriffsintensität gem. der sog. Drei-Stufen-Theorie kann auch erst im Rahmen der Rechtfertigung erfolgen, zumal sie auch erst dort im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Bedeutung wird, vgl. *Wilms* (Fn. 37), Rn. 920.

⁵⁸ *Wilms* (Fn. 37), Rn. 928 f.

⁵⁹ *Pieroth/Schlink* (Fn. 54), Rn. 901.

⁶⁰ *Pieroth/Schlink* (Fn. 54), Rn. 895.

⁶¹ So auch BVerfG NVwZ 2009, 905 (907).

⁶² So *Epping*, Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 401.

⁶³ *Epping* (Fn. 62), Rn. 401.

⁶⁴ Nach Ansicht des BVerfG gibt es allerdings nicht den eigenständigen Beruf des „Kassenarztes“, vgl. BVerfGE 11, 30 (41); a.A. *Scholz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG-Kommentar, Stand: 2011, Art. 12 Rn. 265.

⁶⁵ Vgl. BGHZ 170, 137 (141).

ten heraushebt. Bestätigt wird diese Einschätzung auch durch die Angaben in Sachverhalt, wonach die ebenfalls der Prostitution nachgehende B, als ehemalige Straßenprostituierte nunmehr eine Anstellung in einem Wohnungsbordell gefunden hat.

Bei der Ermächtigung zum Erlass einer SperrgebietsVO nach Art. 297 Abs. 1 EGStGB handelt es sich daher – trotz der Differenzierung im Wortlaut – um eine bloße Berufsausübungsregelung (1. Stufe).⁶⁶

(dd) Rechtfertigung

Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dies setzt zunächst die prinzipielle Einschränkung des Art. 12 Abs. 1 GG voraus.

Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG enthält einen sog. Regelungsvorbehalt. Laut BVerfG erstreckt sich dieser – entgegen dem expliziten Wortlaut der Vorschrift – sowohl auf die Berufsausübung als auch auf die Berufswahl, was aber im Hinblick auf die bereits erwähnte Charakterisierung der Berufsfreiheit als einheitliches Grundrecht durchaus als folgerichtig erscheint.⁶⁷ In der Sache handelt es sich beim Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG im Übrigen um einen klassischen Eingriffsvorbehalt i.S.e. einfachen Gesetzesvorbehalts;⁶⁸ d.h. er ermächtigt den Gesetzgeber nicht nur zu bloßen „Regelungen“ i.S.v. konkretisierenden Ausgestaltungen, sondern vielmehr zu Einschränkungen im gesamten Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.⁶⁹

Von der Ermächtigung des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann dabei durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes Gebrauch gemacht werden. Die berufsausübungsregelnde (formell-gesetzliche) Vorschrift des Art. 297 Abs. 1 EGStGB stellt demnach eine Regelung i.S.d. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG dar, so dass dem Regelungsvorbehalt insoweit entsprochen wurde.

⁶⁶ A.A. – mit guten Argumenten – durchaus vertretbar.

⁶⁷ BVerfGE 7, 377 (402). Laut BVerfG enthalte Art. 12 Abs. 1 GG „ein einheitliches Grundrecht [der Berufsfreiheit] jedenfalls in dem Sinn, dass der Regelungsvorbehalt des Satzes 2 sich ‚dem Grunde nach‘ sowohl auf die Berufsausübung wie auf die Berufswahl“ erstrecke. Begründet wird dies seitens des BVerfG damit, dass sich die Begriffe ‚Wahl‘ und ‚Ausübung‘ des Berufes nicht so trennen lassen, dass jeder von ihnen nur eine bestimmte zeitliche Phase des Berufslebens bezeichne, die sich mit der anderen nicht überschneiden würde: „namentlich stellt die Aufnahme der Berufstätigkeit sowohl den Anfang der Berufsausübung dar wie die gerade hierin – und häufig nur hierin – sich äußernde Bestätigung der Berufswahl [...]“, BVerfGE 7, 377 (401).

⁶⁸ *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 12 Rn. 45.

⁶⁹ Da es sich vom Wortlaut her aber nicht um eine Einschränkung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG handelt, sondern vielmehr (lediglich) um dessen „Regelung“, sollen nach h.M. sowohl das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG als auch die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG keine Anwendung finden, vgl. *Hömig* (Fn. 36), Art. 12 Rn. 11.

Ein Gesetz vermag aber ein Grundrecht nur dann wirksam einzuschränken, wenn es formell⁷⁰ und materiell verfassungsgemäß ist.⁷¹ Hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – teilweise auch als Übermaßverbot bezeichnet – eine geradezu überragende Bedeutung zu.

Die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes werden im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG allerdings durch die seitens des BVerfG in seinem Apothekenurteil⁷² entwickelte sog. „Dreistufentheorie“ näher konkretisiert. Die Stufenlehre des BVerfG knüpft dabei an die bereits dargestellte Unterscheidung zwischen bloßen Berufsausübungsregelungen (1. Stufe), subjektiven Zulassungsvoraussetzungen (2. Stufe) und objektiven Berufswahlbeschränkungen (3. Stufe) an. Je nach festgestellter Stufe, und dementsprechend mit ansteigender Eingriffsintensität, steigen parallel auch die Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung. Wie bereits im Rahmen des Eingriffs ausführlich erörtert wurde, handelt es sich bei der vorliegenden Ermächtigung des Art. 297 Abs. 1 EGStGB zum Erlass einer SperrgebietsVO um eine Berufsausübungsregelung, mithin also um einen Eingriff auf der ersten Stufe. Entsprechend den Anforderungen der Dreistufentheorie dürfen Berufsausübungsregelungen vom Gesetzgeber bereits getroffen werden, wenn sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt sind, die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich sind und die durch sie bewirkte Beschränkung den Betroffenen zumutbar ist.⁷³

(a) Legitimer Zweck

Beide Schutzzwecke des Art. 297 Abs. 1 EGStGB – Schutz der Jugend und Schutz des öffentlichen Anstandes – müssen zunächst vernünftige Gemeinwohlanliegen darstellen. Der „Schutz der Jugend“ ist ein solcher vernünftiger Grund des Gemeinwohls:

„Der Schutz der Jugend genießt aufgrund des in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verbrieften elterlichen Erziehungsrechts und der Gewährleistungen von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG Verfassungsrang. Kinder und Jugendliche haben ein Recht auf Entfaltung ihrer Persönlichkeit im Sinne dieser Grundrechtsnormen. Sie bedürfen des Schutzes, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln. Der Staat ist daher berechtigt, von Kindern und Jugendlichen Einflüsse fernzuhalten, welche sich, zum Beispiel wegen der Kommerzialisierung sexueller Handlungen, auf ihre Einstellung zur Sexualität und

⁷⁰ An der formellen Verfassungsmäßigkeit des Art. 297 Abs. 1 EGStGB bestehen – wie bereits festgestellt – keine Bedenken (s.o.).

⁷¹ *Sodan/Ziekow* (Fn. 33), § 24 Rn. 22.

⁷² BVerfGE 7, 377 (405 ff.).

⁷³ BVerfG NVwZ 2009, 905 (907) m.w.N. aus der BVerfG-Rspr.

damit auf die Entwicklung ihrer Persönlichkeit nachteilig auswirken können.“⁷⁴

Auch mit dem Zweck des „Schutzes des öffentlichen Anstandes“ wird ein vernünftiger Grund des Gemeinwohls verfolgt. Wie bereits dargelegt erfasst der Begriff des öffentlichen Anstandes nach der einschlägigen fachgerichtlichen Rechtsprechung nicht die Wahrung der allgemeinen Sittlichkeit, sondern vielmehr „den Schutz der Allgemeinheit und Einzelner vor den mit der Ausübung einer nach außen in Erscheinung tretenden Prostitution typischerweise verbundenen Belästigungen oder Gefährdungen.“⁷⁵

Beide Schutzzwecke des Art. 297 Abs. 1 EGStGB sind deshalb als legitime Zwecke im Sinne eines vernünftigen Gemeinwohlanliegens anzusehen. Wie bereits festgestellt, muss das eingesetzte Mittel – mithin die Ermächtigung zum Erlass einer RVO – darüber hinaus auch geeignet und erforderlich sein, um den soeben dargestellten angestrebten Zweck zu erreichen:

(β) Geeignetheit

Das eingesetzte Mittel ist bereits dann geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Zweck zumindest gefördert werden kann.

Durch die Ermächtigung zum Erlass von Sperrgebiets-VOen gem. Art. 297 Abs. 1 EGStGB wird die Möglichkeit der räumlichen und zeitlichen Steuerung und Beschränkung der Prostitutionsausübung innerhalb einer Gemeinde geschaffen. Dadurch können sowohl Jugendliche als auch die Allgemeinheit von etwaigen nachteiligen Auswirkungen der Prostitution – insbesondere wenn dieser in einer öffentlich wahrnehmbaren Weise nachgegangen wird – geschützt werden. Zudem kommt dem Gesetzgeber hinsichtlich der Geeignetheit einer Maßnahme ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum zu.⁷⁶

Art. 297 Abs. 1 EGStGB ist demnach geeignet um den vom Gesetzgeber erstrebten Zweck (Schutz der Jugend und des öffentlichen Anstandes) zu erreichen.

(γ) Erforderlichkeit

Erforderlichkeit liegt grundsätzlich dann vor, wenn ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht weniger einschränkende Mittel nicht gewählt werden kann, um den angestrebten Zweck zu erreichen.⁷⁷

Gemäß der Dreistufentheorie ist bei Eingriffen in Art. 12 Abs. 1 GG hinsichtlich der Erforderlichkeit außerdem zu beachten, dass ein Eingriff stets nur auf der Stufe erfolgen darf, die mit den geringsten Grundrechtseinschränkungen ver-

bunden ist.⁷⁸ Bei Art. 297 Abs. 1 EGStGB handelt es sich allerdings um eine (bloße) Berufsausübungsregelung – mithin also um einen Eingriff auf der bereits mildesten Stufe – so dass von der Erforderlichkeit der Maßnahme im Sinne der Dreistufentheorie ausgegangen werden kann. Des Weiteren stehen dem Normgeber auch mit dem Polizei-, Bau- und Gaststättenrecht nicht gleich wirksame Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks zur Verfügung.⁷⁹

Insgesamt lässt sich somit festhalten, dass mildere, gleich wirksame Handlungsalternativen vorliegend nicht ersichtlich sind. Art. 297 Abs. 1 EGStGB erscheint demnach auch erforderlich, um den angestrebten Zweck zu erreichen.

(δ) Angemessenheit

Als letzten Schritt in der Verhältnismäßigkeitsprüfung bedarf es schließlich noch der Untersuchung der Zumutbarkeit bzw. Angemessenheit. Dabei geht es um die Herstellung einer Zweck-Mittel-Relation, um eine übermäßige Belastung des Betroffenen ermitteln zu können.⁸⁰ „Angesichts des vom Gesetzgeber verfolgten und als solchen verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Ziels, den [jeweiligen Verordnungsgeber] mit der Möglichkeit der Einrichtung von Sperrgebieten ein Instrument an die Hand zu geben, etwaigen mit der Prostitutionsausübung einhergehenden Missständen im konkreten Fall begegnen zu können, und insbesondere angesichts der hohen Bedeutung des Jugendschutzes ist es den Prostituierten [...] grundsätzlich zumutbar, mit einer Sperrgebietsverordnung konfrontiert zu werden.“⁸¹

Mithin bestehen an der Verhältnismäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage – insbesondere angesichts der hohen Bedeutung des Jugendschutzes – prinzipiell keine Bedenken.

(ee) Zwischenergebnis

Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ist somit verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

(b) Eigentumsfreiheit

Laut BVerfG schützt Art. 14 Abs. 1 GG das Erworbenes, als das Ergebnis der Betätigung, während Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, also die Betätigung selbst schützt: „Greift somit ein Akt der öffentlichen Gewalt eher in die Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit ein, so ist der

⁷⁴ BVerfG NVwZ 2009, 905 (907). Bestätigt wird diese Einschätzung nicht zuletzt auch durch den Umstand, dass der Schutz der Jugend in Art. 5 Abs. 2 GG explizit erwähnt wird.

⁷⁵ BVerfG NVwZ 2009, 905 (907).

⁷⁶ Dies trifft auch in Bezug auf die im Anschluss zu prüfende Erforderlichkeit einer Maßnahme zu, vgl. BVerfG NVwZ 2009, 905 (907) m.w.N.

⁷⁷ Hömig (Fn. 36), Art. 12 Rn. 15.

⁷⁸ Wilms (Fn. 37), Rn. 927. Es muss also stets die (Eingriffs-)Stufe gewählt werden, die den geringsten Eingriff in die Berufsfreiheit mit sich bringt.

⁷⁹ Ausführlicher hierzu BVerfG NVwZ 2009, 905 (907). Diese Argumentation, insbesondere der Hinweis auf das Polizeirecht, vermag auf den ersten Blick etwas verwirrend erscheinen, wird hier doch an sich die Rechtmäßigkeit eines Platzverweises gem. § 13 POG geprüft. Nicht zu vergessen ist allerdings, dass es an dieser Stelle einzig um die Ermächtigungsgrundlage des Art. 297 Abs. 1 EGStGB geht und damit um die Erforderlichkeit der dortigen Ermächtigung zum Erlass einer SperrgebietsVO.

⁸⁰ Sodan/Ziekow (Fn. 33), § 24 Rn. 44.

⁸¹ BVerfG NVwZ 2009, 905 (908).

Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berührt; begrenzt er mehr die Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögenswerte, so kommt der Schutz des Art. 14 GG in Betracht.⁸²

Vorliegend ist aber ausschließlich Ersteres der Fall: Der an A gerichtete Platzverweis hindert diese in erster Linie an der weiteren Prostitutionsausübung und greift somit ausschließlich in ihre Erwerbstätigkeit ein. In der Innehabung und/oder Verwendung vorhandener Vermögenswerte wird A hierdurch in keinerlei Hinsicht eingeschränkt, zumal bloße Gewinnchancen, Erwartungen, Aussichten und Verdienstmöglichkeiten prinzipiell keinen Eigentumsschutz gem. Art. 14 GG genießen.⁸³

(c) Allgemeiner Gleichheitssatz

Der allgemeine Gleichheitssatz verbietet „wesentlich Gleiches“ willkürlich ungleich oder „wesentlich Ungleiches“ willkürlich gleich zu behandeln.⁸⁴

Eine Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG setzt also zunächst voraus, dass zwei vergleichbare Sachverhalte rechtlich oder tatsächlich unterschiedlich behandelt werden. Art. 297 Abs. 1 EGStGB enthält Ermächtigungen zur Regulierung von Straßenprostitution auf der einen Seite und zur Regulierung sonstiger Arten der Prostitution (Wohnungsprostitution, Bordellprostitution etc.) auf der anderen. Da sich beides unter dem gemeinsamen Oberbegriff „Prostitutionsausübung“ zusammenfassen lässt, handelt es sich hierbei zunächst um zwei vergleichbare Sachverhalte.⁸⁵ Diese werden des Weiteren in rechtlicher Hinsicht auch unterschiedlich behandelt, da innerhalb des Art. 297 Abs. 1 EGStGB nur hinsichtlich der sonstigen Art der Prostitutionsausübung in Bezug auf ein mögliches Verbot nach der Einwohnerzahl differenziert wird. Eine Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG liegt somit vor.

Eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem führt allerdings nur dann zu einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn sie ohne sachlichen Grund, und somit „willkürlich“ erfolgt (sog. Willkürverbot). Wesentlich Gleiches wird laut BVerfG dann willkürlich ungleich behandelt, wenn „die vom Gesetzgeber für einzelne Tatbestände getroffene Sonderregelung offensichtlich nicht am Gerechtigkeitsgedanken orientiert ist, wenn sich für diese also keine vernünftigen Erwägungen finden lassen, die sich aus der Natur der Sache ergeben oder sonst wie einleuchtend sind.“⁸⁶

Fraglich ist daher, ob vorliegend ein solcher hinreichender sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung festgestellt werden kann.⁸⁷ Insoweit ist vorliegend festzuhalten, dass die

entsprechende Differenzierung innerhalb des Art. 297 Abs. 1 EGStGB zuvorderst dem Umstand geschuldet ist, dass die mit der Ausübung der Straßenprostitution verbundenen „unliebsamen Begleiterscheinungen“,⁸⁸ die sich typischerweise aus der nach außen in Erscheinung tretenden und für jedermann wahrnehmbaren Art der Prostitutionsausübung ergeben (etwa das Anwerben von vermeintlichen Freiern oder anstößiges Verhalten gegenüber Passantinnen), potenziell höher ausfallen (können) als bei den sonstigen Arten der Prostitutionsausübung, die seitens der Öffentlichkeit nicht dergestalt wahrnehmbar sind. Dementsprechend liegt vorliegend für die festgestellte Ungleichbehandlung ein vernünftiger, aus der Natur der Sache resultierender Grund vor, so dass die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist.

(d) Zwischenergebnis

Der zum Erlass entsprechender SperrgebietsVOen ermächtigende Art. 297 Abs. 1 EGStGB ist sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht verfassungsgemäß. Die SperrgebietsVO beruht daher auf einer insgesamt verfassungsgemäßen Ermächtigungsgrundlage.

(3) Verstoß gegen das Unionsrecht

Art. 297 Abs. 1 EGStGB könnte aber gegen Unionsrecht verstoßen und deshalb unanwendbar sein. In Betracht kommt ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV.

(a) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit

A ist Staatsangehörige des EU-Mitgliedstaates X und lebt in Deutschland, folglich liegt ein grenzüberschreitender Bezug vor.

Die Niederlassungsfreiheit gewährleistet die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten, Art. 49 Abs. 2 AEUV. Unter Erwerbstätigkeit ist jede Art der entgeltlichen Tätigkeit zu verstehen, die in eigener Verantwortung

nander) in Frage: Einerseits die hier angewendete Willkürformel und andererseits die in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG entwickelte sog. „neue Formel“, die insoweit einen engeren Prüfungsmaßstab schafft. Nach der Willkürformel liegt Willkür dann vor, wenn sich im Sinne einer Evidenzprüfung, (irgend-)ein vernünftiger, aus der Natur der Sache resultierender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund nicht finden lässt, vgl. *Sodan/Ziekow* (Fn. 33), § 30 Rn. 14. Ob sich die Feststellung eines sachlichen Grundes nach der Willkürformel oder nach der sog. „neuen Formel“, bei welcher sich die Prüfung stark an Verhältnismäßigkeitspunkten orientiert, richtet, hängt nicht zuletzt von den Differenzierungsmerkmalen ab: So kommt die „neue Formel“ vor allem dann zur Anwendung, wenn personelle bzw. personenbezogene Ungleichbehandlungen zur Prüfung gestellt werden. Vorliegend handelt es sich aber in erster Linie um eine sachbezogene Ungleichbehandlung, sodass die Anforderungen der Willkürformel bereits ausreichend sind.

⁸⁸ BVerfG NVwZ 2009, 905 (906).

⁸² BVerfGE 84, 113 (157).

⁸³ *Wilms* (Fn. 37), Rn. 1000.

⁸⁴ *Wilms* (Fn. 37), Rn. 1032.

⁸⁵ Diese Argumentation entspricht den bereits zuvor gemachten Ausführungen, wonach Straßenprostitution im Vergleich zu den anderen Arten der Prostitutionsausübung keinen eigenständigen Berufszweig darstellt.

⁸⁶ BVerfGE 10, 234 (246).

⁸⁷ Bei der Prüfung des Vorliegens eines hinreichenden sachlichen Grundes kommen grds. zwei Formeln (auch nebenei-

und weisungsfrei erfolgt.⁸⁹ Dabei dient das Merkmal der Selbstständigkeit der Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁹⁰ Diese Voraussetzungen liegen bei der Prostitution vor, sodass jedenfalls die Prostitution, die weisungsfrei erfolgt, eine selbstständige Erwerbstätigkeit ist.⁹¹

Im Gegensatz zur Dienstleistungsfreiheit muss im Rahmen der Niederlassungsfreiheit die Teilnahme am Wirtschaftsleben des anderen Mitgliedstaates von einer gewissen Dauerhaftigkeit geprägt sein.⁹² A ist im Sommer 2011 nach Trier gezogen und hält sich deshalb nicht nur vorübergehend in Deutschland auf. Der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ist demnach eröffnet.

(b) Gewährleistungsinhalt

Art. 49 AEUV soll in erster Linie vor Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit schützen. Art. 297 EGStGB macht allerdings den Erlass einer SperrgebietsVO in keiner Weise von der Staatsangehörigkeit der Prostituierten abhängig, sodass keine Diskriminierung vorliegt.

Der EuGH versteht aber die Niederlassungsfreiheit auch als bloßes Beschränkungsverbot, wonach ein Verstoß gegen Art. 49 AEUV schon dann vorliegt, wenn die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Freiheiten behindert oder weniger attraktiv gemacht wird.⁹³ Man könnte nun argumentieren, dass ein generelles Verbot der Straßenprostitution es für Ausländer unattraktiv macht, in Deutschland der Prostitution nachzugehen. Dies wird man nicht ohne weiteres behaupten können. Die Niederlassungsfreiheit zielt darauf ab, die Integration einer Person in andere mitgliedstaatliche Rechtsordnungen zu ermöglichen, die in diesem Sinne integrierten Personen sollen aber nicht dauerhaft privilegiert werden.⁹⁴ Ausländische Prostituierte werden hier nicht anders behandelt als ihre deutschen Kolleginnen, das Verbot von Straßenprostitution wiegt für Ausländer nicht schwerer. Daher liegt auch keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV vor.

Art. 297 EGStGB verstößt nicht gegen Unionsrecht.⁹⁵

⁸⁹ Bröhmer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 49, Rn. 10.

⁹⁰ Für viele: EuGH, Urt. v. 21.2.2006 – C-152/03 (Ritter-Coulais) = EuZW 2006, 179 Rn. 19.

⁹¹ EuGH, Urt. v. 20.11.2001 – C-268/99 (Jany) = Slg. 2001, 8615 Rn. 50; hierzu Huber, EuZW 2002, 120 (125).

⁹² Kluth, in: Calliess/Ruffert (Fn. 89), Art. 56, 57 Rn. 15.

⁹³ EuGH, Urt. v. 30.11.1995 – C-55/94 (Gebhard) = Slg. 1995, 4165 Rn. 37.

⁹⁴ Streinz, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 799.

⁹⁵ A.A. bei entsprechender Begründung vertretbar. Konsequenterweise muss man sich dann noch mit einer möglichen Rechtfertigung auseinandersetzen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird man den Mitgliedstaaten aber wohl, angesichts der sensiblen Thematik, einen weiten Handlungsspielraum zugestehen müssen. Eine etwaige Beschränkung wäre daher jedenfalls gerechtfertigt.

bb) Vereinbarkeit der Verordnung mit der Ermächtigungsgrundlage

Weiterhin müsste die erlassene SperrgebietsVO mit Art. 297 EGStGB vereinbar sein. Die VO unterscheidet in ihren ersten beiden Paragraphen zwischen Wohnungs- und Straßenprostitution. Während für Erstere nur die Trierer Innenstadt als Sperrgebiet ausgewiesen wird, wird Letztere im gesamten Gemeindegebiet verboten. Dieses Vorgehen ist von Art. 297 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 EGStGB gedeckt.⁹⁶

Fraglich ist aber, ob man die Verordnung noch auf den Schutz des öffentlichen Anstands stützen konnte. Man kann argumentieren, dass seit dem Erlass des Prostitutionsgesetzes (ProstG), das Prostituierten einen Anspruch auf Entgelt gewährt, das Verdikt der generellen Sittenwidrigkeit der Prostitution nicht mehr aufrechterhalten werden kann.⁹⁷ Zwar wurde der gesetzgeberische Vorschlag,⁹⁸ Art. 297 EGStGB ersatzlos zu streichen, nicht umgesetzt.⁹⁹ Dies ist aber kein zwingendes Argument. Auch wenn man die von Erwachsenen freiwillig und ohne kriminelle Begleiterscheinungen vorgenommene Prostitution als grundsätzlich nicht mehr sittenwidrig klassifiziert, verbleibt für Art. 297 Abs. 1 2. Var. EGStGB in Einzelfällen noch ein Anwendungsbereich (s.o.).

Aber auch der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung spricht dafür, dass eine Tätigkeit, die zivilrechtlich nicht gegen die „guten Sitten“ verstößt, auch nicht den „öffentlichen Anstand“ im Sinne des Ordnungsrechts verletzen kann.¹⁰⁰ Diese Argumentation überzeugt, sodass der öffentliche Anstand jedenfalls nicht mehr pauschal als Rechtfertigung für eine SperrgebietsVO herangezogen werden kann. Im vorliegenden Fall verhalten sich A und B nicht aggressiv und gehen der Prostitution freiwillig nach, daher liegt auch keine der Sondersituationen vor, die ihre Tätigkeit doch als Verletzung des öffentlichen Anstands qualifizieren würde. Die SperrgebietsVO konnte daher vorliegend nicht auf den Schutz des öffentlichen Anstands gestützt werden.

Möglicherweise konnte man die Verordnung aber zum Schutz der Jugend erlassen. Man könnte sich nun auf den Standpunkt stellen, dass die heutige Jugend in Sexualfragen weitgehend liberalisiert ist und durch die Konfrontation mit Prostitution nicht mehr in dem Maße in ihrer sexualpsychologischen Entwicklung gefährdet wird, wie es früher vielleicht der Fall war.¹⁰¹ Dennoch ist es nicht ausgeschlossen, dass jedenfalls manche Jugendliche durch den Anblick der Prostituierten eine falsche Vorstellung von Sexualität bekom-

⁹⁶ Weil die gesamte Trierer Innenstadt, nicht nur einzelne Straßen oder Häuserblocks, als Sperrgebiet ausgewiesen ist, liegt auch kein Verstoß gegen das Kasernierungsverbot des Art. 297 Abs. 3 EGStGB vor.

⁹⁷ I.d.S. Finger, KJ 2007, 73 (77 f.).

⁹⁸ Vgl. BT-Drs. 14/4456.

⁹⁹ Mit diesem Argument hält das Bundesverwaltungsgericht (NVwZ 2004, 743) an der bisherigen Rechtsprechung fest, wonach Art. 297 EGStGB auch weiterhin mit höherrangigem Recht vereinbar sei.

¹⁰⁰ Finger, KJ 2007, 73 (79).

¹⁰¹ Zimmermann, Die öffentlich-rechtliche Behandlung der Prostitution, 2002, S. 196 ff.

men könnten. Insoweit wird man dem Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum zugestehen müssen, inwiefern es der Reglementierung der Prostitution zum Schutz der Jugend bedarf.¹⁰² Hier besteht zudem ein räumlicher Bezug zum Jugendschutz, weil manche der Auszubildenden im IHK-Ausbildungszentrum täglich die Ruwererstraße für ihren Weg zum Unterricht benutzen.¹⁰³ Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die SperrgebietsVO zulässigerweise auf den Jugendschutz gestützt werden konnte.

Die Verordnung ist also mit der Ermächtigungsgrundlage vereinbar.

cc) Vereinbarkeit der Verordnung mit sonstigem höherrangigem Recht

Darüber hinaus muss die SperrgebietsVO auch mit sonstigem Verfassungsrecht, insbesondere mit den Grundrechten, vereinbar sein.

In Betracht kommt hier nur ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG.¹⁰⁴ Hinsichtlich des Schutzbereichs und des Eingriffs bestehen keine Unterschiede zur Prüfung anlässlich des Art. 297 Abs. 1 EGStGB. Fraglich ist jedoch, ob der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist: Dem Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG entsprechend, ist es grds. möglich von der dortigen Ermächtigung auch in Form von Rechtsverordnungen (RVO) Gebrauch zu machen („aufgrund eines Gesetzes“). Dabei sind allerdings die Anforderungen der sog. „Wesentlichkeitstheorie“ und dem sich aus dieser ergebenden Parlamentsvorbehalt zu beachten. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG erlaubt demnach Eingriffe in die Berufsfreiheit mittels einer RVO nur auf der Grundlage einer normativen Regelung, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lässt. Bei RVOen wird dem allerdings in aller Regel durch Einhaltung der Ermächtigungserfordernisse des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG bereits genügt. Dies ist vorliegend der Fall.

Fraglich ist jedoch, ob dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprochen wurde. Ein legitimer Zweck liegt insoweit vor. Die SperrgebietsVO erscheint auch grds. als geeignet um den angestrebten Zweck zu erreichen. Die Maßnahme müsste auch erforderlich gewesen sein. Wie bereits festgestellt, liegt Erforderlichkeit dann vor, wenn ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht weniger einschränkendes Mittel nicht gewählt werden kann, um den angestrebten Zweck zu erreichen.

Insoweit ist zu beachten, dass die Ermächtigungsgrundlage des Art. 297 Abs. 1 Nr. 3 (S. 2) EGStGB hinsichtlich der Straßenprostitution explizit die Möglichkeit eröffnet, das entsprechende Verbot auf bestimmte Tageszeiten zu beschränken. Hiervon hat der Ordnungsgeber im Rahmen der SperrgebietsVO allerdings keinen Gebrauch gemacht; vielmehr ist gem. § 2 SperrgebietsVO die Straßenprostitution ge-

nerell, d.h. ohne jedwede räumliche und/oder zeitliche Beschränkung verboten. Eine zeitliche Beschränkung des Verbots der Straßenprostitution – beispielsweise von 7 Uhr morgens bis 21 Uhr abends – wäre aber ein milderer Mittel, welches auch gleich wirksam wäre um den angestrebten Zweck, insbesondere den Schutz der Jugend im betreffenden Gebiet zu gewährleisten.

Das generelle Verbot der Straßenprostitution, ohne jedwede zeitliche Beschränkung erscheint daher nicht erforderlich.

Darüber hinaus könnte die SperrgebietsVO aber auch unangemessen sein. Den Belangen der Prostituierten und anderer Personen, die im Zusammenhang mit der Prostitution ihren Beruf ausüben, kommt insbesondere dann größere Bedeutung zu, wenn – wie im vorliegenden Fall – ein Sperrgebiet festgelegt wird, in dem bisher mangels SperrgebietsVO der Prostitution ungehindert nachgegangen werden konnte. Hinsichtlich der Intensität des Eingriffs ist außerdem zu beachten, dass der Erlass der Verordnung für A die Konsequenz hat, dass sie aufgrund des Erlasses (zumindest) einer Form der Prostitutionsausübung – namentlich der Straßenprostitution – überhaupt nicht mehr nachgehen kann. Diese Einschränkung geht gem. § 2 der SperrgebietsVO auch über den räumlichen Geltungsbereich des in § 1 festgelegten Sperrbezirks hinaus und ist zudem in keinerlei Hinsicht zeitlich beschränkt.

Auf der anderen Seite kommt dem Jugendschutz zwar prinzipiell eine hohe Bedeutung zu; Im konkreten Fall erscheint dieser jedoch nicht dermaßen schutzbedürftig: A bietet ihre Dienste zunächst hauptsächlich in einem Gebiet an, in welchem es selten zu Zusammenstößen mit Jugendlichen kommen kann. Zwar befindet sich in der Nähe ihres bevorzugten Standortes auch das Ausbildungszentrum der Industrie- und Handelskammer (IHK) Trier und unter den Auszubildenden befinden sich auch Jugendliche aus Ruwer; A bietet jedoch ihre Dienste vorwiegend abends an, sodass etwaige Zusammenstöße mit den Auszubildenden zu dieser Uhrzeit unwahrscheinlich sind. Die vorliegende Zweck-Mittel-Relation deutet daher auf eine übermäßige Belastung der A hin.

3. Zwischenergebnis

Der vorliegenden SperrgebietsVO mangelt es bereits an der gebotenen Erforderlichkeit; darüber hinaus sind die mit der Verordnung verbundenen Belastungen der A auch unzumutbar.

Die SperrgebietsVO stellt somit einen ungerechtfertigten Eingriff in die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG dar.

III. Ergebnis

Die SperrgebietsVO ist somit rechtswidrig und gehört nicht zur Gesamtheit aller Rechtsvorschriften. Deshalb liegt auch kein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor, sodass die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 POG nicht erfüllt sind; Der Platzverweis ist somit rechtswidrig. Die Klage der A ist zulässig und begründet und hat Aussicht auf Erfolg.

¹⁰² BVerfGE 83, 130 (140 f.).

¹⁰³ Dass A und B konkret erst abends an der Straße stehen, spielt (hier) keine Rolle. Abstrakt besteht nämlich ein räumlicher Bezug zum nahegelegenen Ausbildungszentrum.

¹⁰⁴ Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG bedürfen an dieser Stelle keiner weiteren Prüfung, da sich zu den obigen Ausführungen keine Unterschiede ergeben.