



KLAGSVERBAND ZUR DURCHSETZUNG DER RECHTE VON DISKRIMINIERUNGSOPIERN
Schönbrunner Straße 119/13, 1050 Wien
Eingang: Am Hundsturm 7
W: www.klagsverband.at
M: info@klagsverband.at
T: +43-1-961 05 85

An das
Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
Stubenring 1
1010 Wien

per Email: stcllungnahmen@sozialministerium.at
bcgutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Wien, am 17. November 2015

Bctriff: Entwurf eines Sozialrechts-Änderungsgesetzes 2015

Der Klagsverband dankt für die Möglichkeit der Teilnahme am Begutachtungsverfahren zum oben genannten Gesetzesentwurf.

Vorausschickend wird darauf aufmerksam gemacht, dass die Begutachtungsfrist zu Novellen in der Regel sechs Wochen (abgesehen von besonderen Fällen) nicht unterschreiten soll. Die 14-tägige Begutachtungsfrist zum Entwurf eines Sozialrechts-Änderungsgesetzes 2015 widerspricht den bestehenden legislatischen Richtlinien auf Bundesebene¹.

Inhaltlich nehmen wir zum Entwurf eines Sozialrechts-Änderungsgesetzes 2015 **mit Hinblick auf die Regelungen, die SexarbeiterInnen betreffen**, folgendermaßen Stellung:

1. Terminologie

Die Materialien zum Entwurf² verwenden teilweise den Begriff der Prostitution ohne diese Stellen dezidiert als Zitat zu kennzeichnen. Mit dem Begriff der Prostitution werden jedoch Vorstellungen und Bilder von krimineller sexueller Ausbeutung wie Menschenhandel und Zuhälterei verbunden und in den Vordergrund gerückt. Ein erster Schritt zur Enttabuisierung dieses Arbeitsfeldes ist eine sprachliche Klarstellung und die bewusste Verwendung von Be-

¹ <http://www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=30088> (17.11.2015).

² Siehe zB 169/ME XXV.GP – Ministerialentwurf - Erläuterungen S. 6.



grifflichkeiten. Sexarbeit ist in Österreich erlaubt und der Rahmen der Ausübung wird in den jeweiligen Landesgesetzen geregelt.

Begrüßenswert ist daher, dass der Gesetzesentwurf durchgehend von den Begriffen „Prostitution und Prostituierte“ Abstand nimmt. Die im Entwurf verwendete Bezeichnung SexdienstleisterInnen ist dennoch zu kritisieren, vermeidet bzw. umgeht diese Terminologie doch den Begriff der Arbeit.

Die Verwendung der Bezeichnungen Sexarbeit und SexarbeiterIn verdeutlicht, dass es sich hier um zu entlohnende Arbeit handelt und rückt damit die Forderungen nach einem umfassenden Arbeits- und Sozialrecht und die damit einhergehende gesellschaftliche Akzeptanz dieser Berufsgruppe in den Fokus. Der Begriff SexarbeiterIn sollte daher auch Eingang in die Legistik (Gesetze und Materialien) finden, um Diskriminierung und Stigmatisierung nicht nur gesellschaftlich, sondern auch rechtlich entgegenzuwirken.

Der Klagsverband regt an, durchgehend die Begriffe Sexarbeit und SexarbeiterIn zu verwenden.

2. Ausnahme von der Vollversicherung nach dem ASVG

Das Novellierungsvorhaben umfasst die Ausnahme von SexarbeiterInnen von der Vollversicherung nach dem ASVG und die Einbeziehung dieser Personen in die Kranken- und Pensionsversicherung nach dem GSVG und in die Teilversicherung nach dem ASVG (§§ 5 Abs. 1 Z 17, 8 Abs. 1 Z 3 lit. b, 10 Abs. 2a, 12 Abs. 1a, 37, 74 Abs. 1 und 3 sowie 181 Abs. 1 ASVG; §§ 2 Abs. 1 Z 5, 6 Abs. 4a und 7 Abs. 4a GSVG). Zusätzlich wird klargestellt, dass SexarbeiterInnen sozialversicherungsrechtlich immer als Selbstständige gelten.

Neben dem generellen Ausschluss von der Einordnung als freie DienstnehmerIn wird durch die vorgeschlagene Gesetzesänderung darüber hinausgehend eine gesetzliche Fiktion geschaffen, dass alle SexarbeiterInnen jedenfalls selbstständig arbeiten – unabhängig von den tatsächlichen Arbeitsbedingungen.

Die Erläuterungen zum Ministerialentwurf führen zu dieser Maßnahme weiter aus, dass die Frage der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung hinsichtlich der Erbringung von Sexdienstleistungen ungeklärt ist und es an einschlägiger Judikatur mangelt. Darüber hinaus wird auf das Urteil des Obersten Gerichtshofes aus dem Jahr 2012³ verwiesen, wonach die Vereinbarung zwischen SexarbeiterInnen und ihren KundInnen nicht generell sittenwidrig im

³ OGH 18.4.2012, 3 Ob 45/12g.



Sinne des § 879 Abs. 1 ABGB ist. Eine klagbare schuldrechtliche Verpflichtung zu sexuellen Handlungen widerspreche dem durch Art. 8 EMRK⁴ garantierten Recht auf Achtung der sexuellen Selbstbestimmung.

2.1. Begründung eines Arbeitsvertrages

Aus arbeitsrechtlicher Sicht könne schlussfolgernd aus dieser OGH-Entscheidung ein Arbeitsvertrag nicht begründet werden, da dieser seinem Wesen nach auf die Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen hinausläuft.⁵

Dieser Schlussfolgerung kann grundsätzlich nicht zugestimmt werden. Setzt sich der OGH doch im oben angeführten Urteil ausschließlich mit der Sittenwidrigkeit von Verträgen über sexuelle Dienstleistungen auseinander und trifft keine Aussage dahingehend, dass Arbeitsverträge grundsätzlich als unzulässig erachtet werden müssen. Grundlage eines Arbeitsvertrages muss jedoch nicht zwingend ein Weisungsrecht in der „Kerntätigkeit“ sein. Es existieren bereits heute zahlreiche Arbeitsverhältnisse bei denen trotz Vorliegen eines Arbeitsvertrages ganz bzw. teilweise Weisungsfreiheit gegeben ist. Weisungen im Bereich der Sexarbeit bestimmte KundInnen zu akzeptieren oder bestimmte Dienstleistungen zu erbringen sind ohnehin aufgrund der strafrechtlichen Regelung in § 216 StGB⁶ verboten.

Das Weisungsrecht ist immer den allgemeinen Schranken der Rechtsordnung unterworfen und muss mit den schutzwürdigen Rechtsgütern, den spezifischen Normen des Arbeitsrechts⁷ und den arbeitsvertraglichen Grenzen im Einklang stehen. ArbeitnehmerInnen sind

⁴ Artikel 8 EMRK - Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

(1) Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

(2) Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

⁵ 169/ME XXV.GP – Ministerialentwurf – Erläuterungen, S 7.

⁶ § 216 StGB - Zuhälterei

(1) Wer mit dem Vorsatz, sich aus der Prostitution einer anderen Person eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, diese Person ausnützt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Wer mit dem Vorsatz, sich aus der Prostitution einer anderen Person eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, diese Person ausbeutet, sie einschüchtert, ihr die Bedingungen der Ausübung der Prostitution vorschreibt oder mehrere solche Personen zugleich ausnützt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(3) Wer die Tat (Abs. 1 und 2) als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(4) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren ist auch zu bestrafen, wer durch Einschüchterung eine Person davon abhält, die Prostitution aufzugeben.

⁷ zB. hinsichtlich Arbeitszeit (wie AZG, ARG) und Arbeitsschutz (wie ASchG, BauKG, AAV).



lediglich verpflichtet, den durch den Gegenstand der Arbeitsleistung gerechtfertigten Weisungen Folge zu leisten.⁸ Unstrittig ist, dass nicht sämtliche organisatorischen und fachlichen Einzelheiten vom Weisungsrecht umfasst sind. In besonderen Fällen kann das dazu führen, das ein/e ArbeitgeberIn keine fachlichen Anweisungen zu geben vermag, und der/die ArbeitnehmerIn dennoch in das betriebliche Organisationsgefüge eingegliedert ist.⁹ Dieses latente Weisungsrecht führt zu einer sog. „stillen Autorität“ des Dienstgebers/der Dienstgeberin.¹⁰

Das deutsche Prostitutionsgesetz (ProstG)¹¹ zeigt, dass Arbeitsverträge auf der Basis klarer gesetzlicher Regelungen grundsätzlich und grundrechtlich möglich sind. Bereits seit 2002 werden danach Arbeitsverträge mit eingeschränktem Weisungsrecht über sexuelle Dienstleistungen explizit zugelassen. In § 1 des dt. ProstG¹² wurde die Sittenwidrigkeit von zivilrechtlichen Verträgen aufgehoben und durch strafrechtliche Änderungen auch die Ermöglichung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse angestrebt. Spätestens mit dieser Entscheidung hat der dt. Gesetzgeber die Ausübung der Prostitution auch unter den Schutz der Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 des dt. Grundgesetzes gestellt.

Der Klagsverband fordert deshalb eine Klarstellung, dass für Arbeitsverträge im Bereich der Sexarbeit nur ein eingeschränktes Weisungsrecht besteht, das keinesfalls die Kerntätigkeit umfasst.

2.2. Begründung der Ausnahme von der Vollversicherung nach dem ASVG

Die Materialien führen den generellen Ausschluss von SexarbeiterInnen aus § 4 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit Abs. 2 ASVG zudem auf die Besonderheiten der Erbringung von sexuellen Dienstleistungen und dem in Art. 8 EMRK garantierten Recht auf sexuelle Selbstbestimmung zurück.¹³

⁸ Löschnigg, Arbeitsrecht¹², 3/010.

⁹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹², 4/004.

¹⁰ Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971), 68; Pescheck/Micheler, (Schein-)Werkverträge, Kettenarbeitsverhältnisse, kollektive Rechtsgestaltung und betriebliche Mitbestimmung bei Wissenschaftlern (1996), 26 ff.

¹¹ <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/prostg/gesamt.pdf> (12.11.2015).

¹² § 1 dt. ProstG

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.

¹³ 169/ME XXV.GP – Ministerialentwurf - Erläuterungen S. 7.



Eine Darlegung der Gründe für diesen Rückschluss erfolgt jedoch nicht und die Besonderheiten der sexuellen Dienstleistungen, die per se einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK darstellen sollen, werden nicht konkretisiert.

Der OGH¹⁴ verneinte in seiner Entscheidung die generelle Sittenwidrigkeit von Verträgen über sexuelle Dienstleistungen ua. mit der Begründung, dass Sexarbeit in Österreich nicht verboten ist und landesgesetzliche Vorschriften eingehend die Rahmenbedingungen für die Ausübung von Sexarbeit regeln. Allein ein klagbarer Anspruch auf Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung wird mit dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als unvereinbar gesehen, nicht das Erbringen einer sexuellen Dienstleistung per se.

2.3. Unvereinbarkeit der persönliche Abhängigkeit mit Art. 8 EMR

Nach Ansicht des Gesetzgebers ist eine Prüfung der persönlichen Abhängigkeit, die für das Vorliegen eines sozialversicherungsrechtlichen Dienstverhältnisses an sich notwendig wäre, mit dem in Art. 8 EMRK verankerten Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung nicht vereinbar. Wiederum fehlt es in den Materialien an einer Begründung dieser Ansicht.

Wesentliches Ergebnis und zugleich eine wesentliche Empfehlung der FRA-Studie zum Thema „Schwere Ausbeutung ausländischer ArbeitnehmerInnen in der EU“¹⁵ ist, dass Fälle von Ausbeutung leichter entdeckt und verfolgt werden können, wenn die Kontrollbehörden (Gebietskrankenkassen, Arbeitsinspektorate, Finanzpolizei, Polizei etc.) effektiv zusammen arbeiten.

Wie jede Kontrolle, die unter Wahrung der Rechte und Würde der Betroffenen erfolgt, erhöht auch die Prüfung von Arbeitsbedingungen den Schutz vor unzulässigen Weisungen und Ausbeutung. Nicht einsichtig erscheint es vor diesem Hintergrund, dass eine Überprüfung solcher Rahmenbedingungen gegen Art. 8 MRK verstoßen sollte.

Der Klagsverband fordert daher eine stärkere Kontrolle der tatsächlichen Arbeitsbedingungen von SexarbeiterInnen und eine Kooperation der kontrollierenden Behörden.

¹⁴ OGH 18.4.2012, 3 Ob 45/12g.

¹⁵ http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2015-severe-labour-exploitation_en.pdf (12.11.2015).



2.4. sozial- und lohnsteuerrechtliche Widersprüche

Durch die vorgeschlagene Ausnahme von der Vollversicherung nach dem ASVG soll nach Ansicht des Gesetzgebers auch dann kein sozialversicherungsrechtliches Dienstverhältnis vorliegen, wenn seitens der Finanzverwaltung in einem Abgaben- und Haftungsbescheid im Spruch als Hauptfrage rechtskräftig festgestellt sein sollte, dass Lohnsteuerpflicht besteht. Die gesamte einschlägige Personengruppe soll daher im Sinne der obigen Ausführungen in Hinkunft wie selbstständig Erwerbstätige der Pflichtversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung nach dem GSVG sowie der Teilpflichtversicherung in der Unfallversicherung nach dem ASVG unterliegen.

Der mit 1. Juli 2015 wirksame Erlass¹⁶ des Bundesministeriums für Finanzen zur Besteuerung von Sexdienstleistungen stellt einen Auslegungsbehelf zum Einkommensteuergesetz 1988, (BGBl. Nr. 400/1988) dar. Die Steuererhebung hat sohin grundsätzlich nach den im jeweiligen Fall vorliegenden tatsächlichen Verhältnissen zu erfolgen. Danach ist zu beurteilen, ob nichtselbständige Einkünfte (§ 25 EStG 1988) oder selbständige (gewerbliche) Einkünfte (§ 23 EStG 1988) vorliegen. Im Rahmen der geplanten Änderungen im Sozialversicherungsrecht sollen dann die tatsächlichen Verhältnisse der SexarbeiterInnen völlig irrelevant sein.

Das stellt in sich einen Widerspruch dar und erhöht die Rechtsunsicherheiten sowohl für SexarbeiterInnen als auch RechtsanwenderInnen. Das generelle Einstufen von SexarbeiterInnen als Selbstständige entspricht zudem nicht den tatsächlichen Arbeitsbedingungen und führt wie bereits angesprochen zu einer gesetzlichen Fiktion.

Das Bestehen eines Dienstverhältnisses im sozialrechtlichen Sinn ist ohnehin nicht an das Vorliegen eines Arbeitsvertrages im Sinne des Zivilrechts gebunden. Aus lohnsteuerrechtlicher Sicht sind SexarbeiterInnen durch den Verweis des § 4 Abs. 2 ASVG auf § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a EStG 1988 jedenfalls dann als DienstnehmerInnen zu betrachten, wenn sie in die Organisation des Betriebes eingegliedert¹⁷ und weisungsgebunden sind, wobei keine uneingeschränkte Weisungsgebundenheit vorausgesetzt wird. Eine festgestellte Lohnsteuerpflicht zieht automatisch die DienstnehmerInnen-Eigenschaft entsprechend des ASVG nach sich¹⁸.

Der Klagsverband fordert den Bundesgesetzgeber auf, einheitliche gesetzliche Regelungen hinsichtlich der lohn- und sozialversicherungsrechtlichen Stellung von SexarbeiterInnen

¹⁶ <https://findok.bmf.gv.at/findok/resources/pdf/4f5359c4-10a6-4bca-b4b7-fd9d9430cbfa/68963.1.X.X.pdf> (12.11.2015).

¹⁷ VwGH 25.10.1994, 90/14/0184.

¹⁸ Mosler in SV-Komm, § 4 ASVG, Rz 163.



anhand der tatsächlichen Arbeitsbedingungen zu normieren und SexarbeiterInnen, die in die betriebliche Organisation eines Betriebes eingebunden sind, den Zugang zur ASVG-Vollversicherung zu gewähren.

3. Zusammenfassung

Sexuelle Dienstleistungen werden überwiegend von Frauen – und in der Gruppe der Frauen von vielen Migrantinnen – erbracht. Der generelle Ausschluss von einer ASVG-Vollversicherung stellt sohin eine **verbotene Diskriminierung** im Sinne der Gleichbehandlungs-Richtlinie¹⁹ und der Antirassismus-Richtlinie²⁰ dar.

Der geplante generelle Ausschluss von der Vollversicherung des ASVG bringt SexarbeiterInnen keinen erhöhten Schutz vor Ausbeutung oder sonstige Vorteile. Vielmehr erhöht eine derartige Regelung die Ausbeutungsfahr, weil Kontrollmöglichkeiten wegfallen und schafft rechtliche Widersprüche zwischen Sozialversicherungs- und Steuerrecht. Darüber hinaus werden SexarbeiterInnen von den mit einer ASVG-Vollversicherung verbundenen möglichen Vorteilen, wie Krankengeld, Mutterschutz, Karenz etc., **ohne eine sachliche Rechtfertigung** ausgeschlossen.

Die geplanten Bestimmungen konterkarieren die derzeitigen gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen in Richtung Anerkennung der Erbringung von sexuellen Dienstleistungen als Arbeit, verstärken die Möglichkeit der Ausbeutung und sind diskriminierend.

Der Klagsverband regt daher zusammenfassend an:

- die Begriffe Sexarbeit und SexarbeiterIn durchgehend zu verwenden
- eine Klarstellung zu Arbeitsverträgen für den Bereich der Sexarbeit, dass ein eingeschränktes Weisungsrecht besteht, das keinesfalls die Kerntätigkeit umfasst
- einheitliche gesetzliche Regelungen hinsichtlich der lohn- und sozialversicherungsrechtlichen Stellung von SexarbeiterInnen anhand der tatsächlichen Arbeitsbedingungen zu normieren
- neue gesetzliche Regelungen diskriminierungsfrei auszugestalten
- SexarbeiterInnen bei Eingliederung in eine Betriebsorganisation den Zugang zur Vollversicherung nach dem ASVG zu ermöglichen

¹⁹ RL 2006/54/EG.

²⁰ RL 2000/43/EG.



- stärkere Kontrolle der tatsächlichen Arbeitsbedingungen von SexarbeiterInnen und eine Kooperation der kontrollierenden Behörden
- ExpertInnen in die Novelle einzubeziehen und SexarbeiterInnen gezielt über ihre Rechte und Pflichten zu informieren.

Der Klagsverband hofft, mit dieser Stellungnahme einen Beitrag zu mehr Gleichstellung und Diskriminierungsfreiheit in Österreich zu leisten!

Mag.^a Andrea Ludwig

Leiterin der Rechtsdurchsetzung