

# Sexarbeit und (Schein-)Selbständigkeit

Mag. Hans Strasser

E-Mail: [hans.strasser@gmx.net](mailto:hans.strasser@gmx.net)



## Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung .....	1
B.	Definition der Sexarbeit .....	1
C.	Lebensrealitäten in Österreich.....	2
D.	Scheinselbständigkeit .....	3
I.	Arbeitsverträge, freie Dienstverträge und Werkverträge .....	4
1.	Weisungsgebundenheit als wesentliches Abgrenzungskriterium .....	4
2.	Weisungsgebundenheit trotz Schutzes der sexuellen Integrität? .....	10
II.	Vertragsrechtliche Einordnung der Sexarbeit.....	11
E.	Rechtsfolgen der Scheinselbständigkeit.....	14
I.	Arbeitsrecht .....	14
II.	Sozialrecht .....	15
F.	Fazit.....	16
G.	Literaturverzeichnis.....	18

## Abkürzungsverzeichnis

aA	andere(r) Ansicht
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AG	Arbeitgeber*in
AN	Arbeitnehmer*in
AngG	Angestelltengesetz BGBI 1921/292
Art	Artikel
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) BGBI 1955/189
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz BGBI 1975/218
AZG	Arbeitszeitgesetz (AZG) BGBI 1969/461
BGBI	Bundesgesetzblatt
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
ca	circa
DG	Dienstgeber*in
dh	das heißt
DN	Dienstnehmer*in
dProstG	Deutsches Prostitutionsgesetz BGBI I 2001/3983
DRdA	Das Recht der Arbeit
E	Entscheidung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) BGBI 1958/210
EuGH	Europäischer Gerichtshof

f	und der (die) folgende
ff	und die folgenden
GedS	Gedenkschrift
GSVG	Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz BGBl 1978/560
gem	gemäß
grds	grundsätzlich
hM	herrschende(r) Meinung
Hrsg	Herausgeber
idR	in der Regel
insb	insbesondere
iSv	im Sinne von
iZm	im/in Zusammenhang mit
krit	kritisch
KSchG	Konsumentenschutzgesetz BGBl 179/140
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NZ	Österreichische Notariatszeitung
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randzahl
s	siehe
sog	sogenannte (-r,-s)
StGB	Strafgesetzbuch (StGB) BGBl 1974/60
SVS	Sozialversicherung der Selbständigen

UFS	Unabhängiger Finanzsenat
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WK-StGB	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
ZellKomm	Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht
ZfVB	Beilage zur Zeitschrift für Verwaltung
zust	zustimmend

## A. Einleitung

Stellvertretend für Sexarbeiter\*innen beklagen Beratungseinrichtungen die Umstände, auf die Sexarbeiter\*innen im Zuge ihrer Tätigkeit treffen. Im Zentrum der Kritik stehen regelmäßig die restriktiven Landesgesetze, die festlegen unter welchen Bedingungen und an welchen Orten Sexarbeiter\*innen Sexualdienstleistungen erbringen können. Die meisten Landesgesetze dulden Sexarbeit ausschließlich in Bordellen, weshalb Sexarbeiter\*innen auf die Räumlichkeiten der Bordellbetreiber\*innen angewiesen sind. Dies versetzt Bordellbetreiber\*innen in der Praxis in die Lage, den Sexarbeiter\*innen vorschreiben zu können, wann, wo und wie sie ihre Leistungen erbringen.<sup>1</sup>

Ob darin arbeits- und sozialrechtlich relevante Weisungen zu erblicken sind, die auf ein Arbeitsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit hindeuten, ist Gegenstand dieser Arbeit. Diese Fragestellung weckt nicht nur rechtswissenschaftliches Interesse und erschöpft sich keineswegs in rein dogmatischen Erwägungen, sondern hat das Potenzial die „Arbeitsbedingungen“ in der Branche zu verbessern. Stellt sich nämlich heraus, dass tatsächlich ein Arbeitsvertrag vorliegt – wird die Scheinselbständigkeit also aufgedeckt –, so knüpfen daran Rechtsfolgen wie bspw Ansprüche auf Urlaubersatzleistungen, Feiertagsentgelt und – bei Vorliegen aller anderen Voraussetzungen – die Vollversicherung nach dem ASVG<sup>2</sup> an.

## B. Definition der Sexarbeit

Die Geschlechterforschung schreibt den Begriffen Sexarbeit und Prostitution unterschiedliche Bedeutungen zu. Dabei offenbaren sich ideologische Gräben, die Vertreter\*innen unterschiedlicher Prägungen des Feminismus voneinander trennen. Während der Begriff Prostitution in diesem Kontext Machtasymmetrien und Unterdrückung in den Vordergrund stellt,<sup>3</sup> betont der Ausdruck Sexarbeit die Selbstbestimmung der Dienstleistenden sowie die Freiwilligkeit der Leistungserbringung.<sup>4</sup> Dass die Begriffswahl auch innerhalb der Rechtswissenschaften mit bestimmten Wertungen einhergeht, zeigt bereits ein Blick in das

---

<sup>1</sup> iBUS, Presseaussendung zum Internationalen Hurentag am 2.6.2021, aep-ibus.at (Stand 26.6.2021); iBUS, Presseaussendung 1. Mai – Sexarbeit ist Arbeit! aep-ibus.at (Stand 26.6.2021).

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (ASVG) BGBl 1955/189.

<sup>3</sup> *Grenz*, (Un)heimliche Lust: Über den Konsum Sexueller Dienstleistungen (2007) 11 ff; *Ott*, Prostitution und die Ordnung des Sexuellen, in *Grubner/Ott* (Hrsg), Sexualität und Geschlecht. Feministische Annäherungen an ein unbehagliches Verhältnis (2014) 145.

<sup>4</sup> *Ruby*, Prostitution im feministischen Diskurs, *Soziologie Magazin* 2018, 84 (88); *McMillan/Worth/Rawstorne*, Usage of the Terms Prostitution, Sex Work, Transactional Sex, and Survival Sex: Their Utility in HIV Prevention Research, *Archives of Sexual Behavior* 2018, 1517 (1517).

Vorarlberger SittenpolizeiG<sup>5</sup>, das die Erbringung sexueller Dienstleistungen als gewerbliche Unzucht bezeichnet.<sup>6</sup> Die entsprechenden Landesgesetze der anderen Bundesländer und das StGB<sup>7</sup> definieren die Prostitution als gewerbsmäßige Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen.<sup>8</sup> Lediglich der oberösterreichische Landesgesetzgeber weicht davon ab und bezeichnet die Vornahme entsprechender Tätigkeiten als Sexualdienstleistungen.<sup>9</sup>

Da es hier nicht um die strafrechtliche Bedeutung der Prostitution gehen soll, Prostitution im allgemeinen Sprachgebrauch aber alle Formen sexueller Handlungen gegen Bezahlung – und somit auch solche im Zusammenhang mit Menschenhandel und sexueller Ausbeutung – erfasst,<sup>10</sup> liegt dieser Arbeit die Bezeichnung Sexarbeit zugrunde.

## C. Lebensrealitäten in Österreich

Die gemeldeten Pflichtuntersuchungen zeigen, dass in Österreich konstant ca 5.000 bis 6.000 Sexarbeiter\*innen tätig sind. Etwa 95 % der Sexarbeiter\*innen sind Migrant\*innen, die mehrheitlich aus Bulgarien, Rumänien und Ungarn stammen.<sup>11</sup>

Alle Landesgesetzgeber billigen unter bestimmten Voraussetzungen die Anbahnung und Vornahme sexueller Dienstleistungen in zugelassenen Bordellbetrieben. Daher gibt es auch in allen Bundesländern – mit Ausnahme Vorarlbergs – behördlich genehmigte Bordelle.<sup>12</sup> Die Wohnungsprostitution – dh die Ausübung sexueller Dienstleistungen in Privatwohnungen – hingegen ist in allen Bundesländern untersagt.<sup>13</sup> Hausbesuche sind lediglich in Oberösterreich, Niederösterreich, der Steiermark und Wien gestattet. Lediglich § 9 WPG 2011 erlaubt die Straßenprostitution.

---

<sup>5</sup> §§ 4 ff Gesetz über Angelegenheiten der Sittenpolizei (SittenpolizeiG) LGBI 1976/6.

<sup>6</sup> ME hätte es sich angeboten, in einer der Novellen des SittenpolizeiG dem Vorbild der anderen Bundesländer zu folgen und die „gewerbliche Unzucht“ durch „Prostitution“ oder „Sexualdienstleistung“ zu ersetzen.

<sup>7</sup> § 74 Abs 1 Z 9 Strafgesetzbuch (StGB) BGBI 1974/60.

<sup>8</sup> § 9 Burgenländisches Landessicherheitsgesetz (Bgl LSG) LGBI 2019/30; § 2 Kärntner Prostitutionsgesetz (K-PRG) LGBI 1990/58; § 2 NÖ Prostitutionsgesetz LGBI 4005-0; § 1 Salzburger Landessicherheitsgesetz (S-LSG) LGBI 2009/57; § 2 Steiermärkisches Prostitutionsgesetz LGBI 1998/16; § 14 Tiroler Landes-Polizeigesetz LGBI 1976/60; § 2 Wiener Prostitutionsgesetz 2011 (WPG 2011) LGBI 2011/24.

<sup>9</sup> § 2 Oberösterreichisches Sexualdienstleistungsgesetz (Oö SDLG) LGBI 2012/80.

<sup>10</sup> Krömer, Kann Sex Arbeit sein? DRdA 2016, 101 (101 f).

<sup>11</sup> 3. Bericht: Regelung der Prostitution in Österreich – Empfehlungen der Arbeitsgruppe „Prostitution“ (Mai 2018), [bundeskanzleramt.gv.at/agenda/frauen-und-gleichstellung/prostitution.html](https://bundeskanzleramt.gv.at/agenda/frauen-und-gleichstellung/prostitution.html) (28, Stand 20.6.2021).

<sup>12</sup> 3. Bericht: Regelung der Prostitution in Österreich – Empfehlungen der Arbeitsgruppe „Prostitution“ (Mai 2018), [bundeskanzleramt.gv.at/agenda/frauen-und-gleichstellung/prostitution.html](https://bundeskanzleramt.gv.at/agenda/frauen-und-gleichstellung/prostitution.html) (53, Stand 20.6.2021).

<sup>13</sup> 2. Bericht: Regelung der Prostitution in Österreich – Empfehlungen der Arbeitsgruppe „Prostitution“ (März 2015), [bundeskanzleramt.gv.at/agenda/frauen-und-gleichstellung/prostitution.html](https://bundeskanzleramt.gv.at/agenda/frauen-und-gleichstellung/prostitution.html) (66, Stand 20.6.2021).

Ob Sexarbeiter\*innen über ihre Arbeitszeiten selbst bestimmen können, hängt davon ab, in welchem Umfeld Sexarbeiter\*innen ihre Leistungen erbringen. Während in Saunabetrieben, Laufhäusern oder am Straßenstrich tätige Sexarbeiter\*innen einen vergleichsweise großen Gestaltungsspielraum haben, legen in Bordellen und Nachtclubs deren Betreiber\*innen die Arbeitszeiten fest.<sup>14</sup> Dies geht auch aus Erkenntnissen des VwGH zum AuslBG<sup>15</sup> hervor, der festhält, dass Bordellbetreiber\*innen Arbeitszeiten teilweise fix festlegen oder diese an die Öffnungszeiten der hauseigenen Bar gekoppelt sind.<sup>16</sup> Nachdem sich der UFS Graz eingehend mit der Hausordnung eines Bordells befasst hatte, stellte er fest, dass sich Sexarbeiter\*innen auf Anweisung des Betreibers bspw solange an der Bar aufzuhalten hätten, bis Kunde\*innen sie an den Tisch einladen. Außerdem seien sie an die vorgegebenen Preise gebunden und müssten dafür Sorge tragen, dass Präservative in ausreichender Zahl bereitstünden.<sup>17</sup> Auch über die Preise der Sexualdienstleistungen entscheiden Sexarbeiter\*innen selten selbst. Regelmäßig geben Bordellbetreiber\*innen und Escort-Agenturen diese vor und fordern einen Anteil des vereinbarten Entgelts als Provision.<sup>18</sup>

## D. Scheinselbständigkeit

Schließen die Vertragsparteien Vereinbarungen als Werk- oder freie Dienstverträge ab, die aufgrund ihres Inhalts aber als Arbeitsverträge zu qualifizieren sind, spricht man im arbeits- und sozialrechtlichen Kontext von Scheinselbständigkeit. Ob die Vertragsparteien den Arbeitsvertrag bewusst oder unbewusst fälschlicherweise als Werk- bzw freien Dienstvertrag behandeln, bleibt unerheblich. Stattdessen entscheidet über die vertragstypologische Einordnung, ob die Dienste aufgrund des Vertragsinhalts und der tatsächlichen Vertragsausführung in persönlicher Abhängigkeit erbracht werden.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> *Amesberger*, Sexarbeit: Arbeit – Ausbeutung – Gewalt gegen Frauen? Scheinbare Gewissheiten, *ethik und gesellschaft* 2017, 1 (21).

<sup>15</sup> Ausländerbeschäftigungsgesetz BGBl 1975/218.

<sup>16</sup> VwGH 99/09/0156 ZfVB 2002/1592; VwGH 2005/09/0086 ZfVB 2007/1439.

<sup>17</sup> UFS Graz 1.12.2011 RV/00458-G/09.

<sup>18</sup> *Amesberger*, *ethik und gesellschaft* 2017, 1 (22).

<sup>19</sup> *Kietaibl*, Arbeitsvertragliche Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit, *wbl* 2006, 207 (207); *Gerhartl*, Arbeitsrechtliche Folgen von „Scheinselbständigkeit“, *RdW* 2013, 90 (90); *Andréewitch*, Beendigungsabhängige Entgeltansprüche bei Scheinselbständigkeit, *ASoK* 2014, 325 (326); *Mertinez*, Scheinselbständigkeit: Was ist das und was ist neu? *bauaktuell*, 2018, 68 (68); den Begriff der Scheinselbständigkeit ablehnend *Tomandl*, Welchen Nutzen bringt ein neuer Dienstnehmerbegriff? *ZAS* 2008, 100 (102); *Risak*, Arbeitsrechtliche Folgen des falschen Status eines Mitarbeiters, *ZAS* 2013, 131 (131).

## I. Arbeitsverträge, freie Dienstverträge und Werkverträge

### 1. Weisungsgebundenheit als wesentliches Abgrenzungskriterium

Bei der Unterscheidung zwischen Arbeits-, Werk- und freiem Dienstvertrag kommt es im Wesentlichen auf zwei Kriterien an: der Einordnung als Dauer- bzw Zielschuldverhältnis und die persönliche (Un-)Abhängigkeit.<sup>20</sup> Nach dem für das Arbeitsvertragsrecht maßgeblichen § 1151 ABGB<sup>21</sup> entsteht ein Dienstvertrag, „wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet“. Arbeitnehmer\*innen müssen deshalb (1) für einen anderen (2) auf vertraglicher Grundlage (3) auf gewisse Zeit Dienste leisten. Sind diese drei Kriterien kumulativ erfüllt, liegt ein Arbeitsvertrag vor. Der Dienstleistung liegt ein weites Begriffsverständnis zugrunde. Dabei kann es sich grds um Tätigkeiten jedweder Art handeln, solange sie Gegenstand eines gültigen Vertrages sein können. Da die meisten Tätigkeiten unabhängig vom Vertragstypus ausgeübt werden können, kommt es bei der Unterscheidung grds nicht auf den Inhalt des Vertrages an.<sup>22</sup> Dass Arbeitsverträge auf gewisse Zeit geschlossen werden müssen, zieht nicht etwa eine bestimmte Mindestdauer der Dienstleistung nach sich, sondern erklärt bloß, dass der Arbeitsvertrag ein Dauerschuldverhältnis begründet.<sup>23</sup> Aus dem ersten Tatbestandsmerkmal – der Leistungserbringung für einen anderen – folgt das Erfordernis der persönlichen Abhängigkeit.<sup>24</sup>

Das zuletzt genannte Kriterium unterscheidet den Arbeitsvertrag vom Werk- bzw freien Dienstvertrag. Zwar liegt dem freien Dienstvertrag auch ein Dauerschuldverhältnis zugrunde, doch bleibt der freie Dienstnehmer persönlich unabhängig.<sup>25</sup> Parallel zum Arbeitsvertrag schuldet der\*die freie DN ein sorgfältiges Bemühen, wenn er\*sie die vereinbarte Leistung erbringt. Daher bleibt bei AN und freien DN der Entgeltanspruch unabhängig vom Eintritt eines bestimmten Erfolges aufrecht; der Entgeltanspruch knüpft hingegen an das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft an.<sup>26</sup> Dem Werkvertrag ist ebenso wie dem freien Dienstvertrag die persönliche Abhängigkeit fremd,<sup>27</sup> jedoch begründet er zumeist kein Dauer- sondern ein

---

<sup>20</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> (2000) § 1151 Rz 6 und 95; *Schrammel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> (2012) § 1151 Rz 22, 24 ff und 60; *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1151 Rz 48 ff, 97 ff und 106 ff (Stand 1.3.2017, rdb.at); *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm<sup>3</sup> (2018) § 1151 Rz 3, 79 und 127; *Radner* in *Gruber-Risak/Mazal*, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar<sup>33</sup> (2019) Die Abgrenzung des Arbeitsvertrages zu anderen Vertragstypen Rz 47; krit *Jabornegg*, Zur Abgrenzung des Werkvertrags vom Arbeits- und vom freien Dienstvertrag, in *GedS Rebhahn* (2019) 137 (149 f).

<sup>21</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946.

<sup>22</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1151 Rz 32; *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 Rz 77.

<sup>23</sup> *Schrammel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1151 Rz 22.

<sup>24</sup> *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 Rz 32.

<sup>25</sup> *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1151 Rz 97.

<sup>26</sup> OGH 9 ObA 53/05t DRdA 2006, 368 (*Löschnigg*) = ZAS 2007, 178 (*Körber*) = ASoK 2006, 172 (*Schwaighofer*).

<sup>27</sup> *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1151 Rz 109; *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1151 Rz 93.

Zielschuldverhältnis.<sup>28</sup> Da es die Hauptschuld des Werkunternehmers ist, das körperliche oder unkörperliche Werk herzustellen, handelt es sich – anders als beim Arbeits- bzw freien Dienstvertrag – um eine Erfolgsverbindlichkeit. Gelingt es dem Werkunternehmer nicht, das Werk in vertragsgemäßer Weise herzustellen, tritt der geschuldete Erfolg nicht ein und auch sein Anspruch auf Werklohn entfällt.<sup>29</sup>

Aus der Perspektive des Arbeitsvertragsrechts zieht die persönliche Abhängigkeit als entscheidendes Kriterium die Trennlinie zu den anderen Vertragstypen.<sup>30</sup> Die persönliche Abhängigkeit des\*der AN kommt in der funktionellen Autorität des\*der AG zum Ausdruck. Sie manifestiert sich in der organisatorischen Gebundenheit des\*der AN – insb hinsichtlich der die Arbeitszeit und den Arbeitsort betreffenden Vorgaben sowie der vom AG ausgeübten Kontrolle. Der\*die AG kann Weisungen erteilen, welche unmittelbar die Ausführung der Tätigkeit betreffen. Dies schränkt die Bestimmungsfreiheit des\*der AN erheblich ein, weil er\*sie dem Weisungsrecht des\*der AG unterworfen ist.<sup>31</sup> Die persönliche Abhängigkeit setzt nicht das Vorliegen aller dieser Merkmale voraus, sondern ist bereits dann erfüllt, wenn sie nach der Methodik des beweglichen Systems überwiegen.<sup>32</sup> Zwar stellen auch verwaltungsrechtliche Vorschriften – insb § 4 Abs 2 ASVG – auf die persönliche Abhängigkeit ab, dennoch sind die Begriffe im arbeits- und sozialrechtlichen Kontext nicht vollkommen deckungsgleich.<sup>33</sup> Die folgenden Unterkapitel erörtern die Kernelemente der persönlichen Abhängigkeit.

#### a) *Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung*

Der Arbeitsvertrag setzt die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung voraus.<sup>34</sup> Dabei geht es nicht darum, bestimmen zu können, wie der\*die AN die Arbeit erbringt, sondern um die Fremdbestimmung bei der Verfügung über die Arbeitskraft. Da immer häufiger Klauseln in Verträge Einzug halten, welche die Verpflichtung zur persönlichen Dienstleistung relativieren,

---

<sup>28</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1151 Rz 95; *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 Rz 3; *Schopper* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> (2020) § 1165 Rz 29 weist zurecht darauf hin, dass es auch als Dauerschuldverhältnis angelegte Werkverträge gibt.

<sup>29</sup> OGH 9 ObA 77/91 wbl 1992, 60.

<sup>30</sup> *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1151 Rz 54.

<sup>31</sup> RIS-Justiz RS0021306, zuletzt OGH 9 ObA 43/20v ecollex 2021, 462.

<sup>32</sup> OGH 8 ObA 55/07g ecollex 2008, 988 (*Peschek/Unterrieder*) = ecollex 2008, 1043 = RdW 2009, 40; *Schrammel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1151 Rz 24; *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1151 Rz 54.

<sup>33</sup> *Müller*, Arbeitsrecht und Sozialrecht – Probleme der Divergenz von Rechtsprechung, DRdA 1998, 305; *Tomandl*, Der rätselhafte freie Dienstnehmer, ZAS 2006, 248 (249); *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1151 Rz 54.

<sup>34</sup> OGH 9 ObA 160/170 SZ 61/92.

ist es oft schwierig zu beurteilen, ob Arbeitsrecht zur Anwendung gelangt. Namentlich sind dies Vertretungs- sowie Ablehnungsklauseln und die Arbeit nach Konsensprinzip.<sup>35</sup> Bei der Beurteilung dieser Vertragsklauseln gilt es insb den zwingenden Charakter des Arbeitsrechts zu berücksichtigen. Er gebietet es, nicht bloß die den Vertrag herbeiführenden Willenserklärungen, sondern auch die konkrete Vertragsdurchführung zu berücksichtigen.<sup>36</sup> Darüber hinaus ist auch entscheidend, ob die tatsächliche Wahrnehmung solcher – ein gewisses Maß an Selbstbestimmung eröffnender – Klauseln bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist. Auch die Perspektive kann Einfluss auf die Beurteilung nehmen. So kann es uU auf die reale Möglichkeit des\*der AG ankommen, über die Arbeitskraft der zur Leistung verpflichteten Person zu verfügen.<sup>37</sup>

Die Pflicht zur persönlichen Leistung charakterisiert den Arbeitsvertrag. Die geschuldeten Dienstleistungen hat der\*die AN daher grds in eigener Person zu erbringen.<sup>38</sup> Da § 1153 ABGB davon abweichende Vereinbarungen erlaubt, kann eine geeignete Person den\*die AN ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen vertreten.<sup>39</sup> Ein Arbeitsvertrag liegt aber dann nicht vor, wenn sich der\*die zur Leistung Verpflichtete aufgrund einer Vertretungsklausel frei und ohne Zustimmung des\*der Leistungsempfänger\*in vertreten lassen kann.<sup>40</sup> Erfordert die zulässige Vertretung hingegen die Genehmigung durch den\*die Leistungsempfänger\*in, schließt dies die Qualifikation als Arbeitsvertrag noch nicht aus.<sup>41</sup> Der Arbeitsvertrag scheidet nach Rsp und hM erst aus, „wenn das Vertretungsrecht tatsächlich genutzt wird oder bei objektiver Betrachtung zu erwarten ist, dass eine solche Nutzung erfolgt“.<sup>42</sup>

Räumt eine Vertragsklausel dem\*der Arbeitenden die Möglichkeit ein, einzelne Arbeitseinsätze ohne Begründung abzulehnen, reduziert dies die persönliche Abhängigkeit. Dabei handelt es sich um einen schuldrechtlichen Vertrag mit einseitigem Gestaltungsrecht des\*der Arbeitenden.<sup>43</sup> Wann eine solche Ablehnungsklausel das Vorliegen eines Arbeitsvertrags ausschließt, orientiert sich am Vertragstext, der Absicht der Parteien sowie der

---

<sup>35</sup> *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1151 Rz 62; *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 Rz 86.

<sup>36</sup> *Rebhahn*, Dienstnehmerbegriff und persönliche Abhängigkeit bei Vertretungsbefugnis, wbl 1998, 277.

<sup>37</sup> OGH 9 ObA 40/16x DRdA 2017, 121 (*Reiner*) = wbl 2016, 644 = *ecolex* 2016, 905; *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 Rz 88; aA *Tomandl*, ZAS 2008, 100 (105).

<sup>38</sup> OGH 4 Ob 116/84 JBl 1986, 60.

<sup>39</sup> *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 Rz 90.

<sup>40</sup> RIS-Justiz RS0118332, zuletzt in OGH 9 ObA 50/18w DRdA-*inf*as 2018, 284.

<sup>41</sup> OGH 8 ObA 2158/96b wbl 1997, 481 = RdW 1998, 632 = ASoK 1997, 365.

<sup>42</sup> RIS-Justiz RS0118332, zuletzt in OGH 9 ObA 50/18w DRdA-*inf*as 2018, 284; zust *Rebhahn*, wbl 1998, 277; *Naderhirn*, Arbeitnehmerbegriff und Vertretungsbefugnis, RdW 2004, 422; krit *Tomandl*, ZAS 2006, 248.

<sup>43</sup> *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 Rz 93.

tatsächlichen Gestaltung durch den\*die Arbeitende.<sup>44</sup> Ebenso wie die Vertretungsklausel ist auch die Ablehnungsklausel nach Ansicht des OGH bloß dann beachtlich, wenn sie tatsächlich genutzt wird oder die Nutzung bei objektiver Betrachtung zu erwarten war.<sup>45</sup> Kann der\*die Leistungsempfänger\*in aber in einer Weise über die Arbeitskraft verfügen, als wäre eine uneingeschränkte Arbeitspflicht vereinbart, so kann trotz Ablehnungsklausel ein Arbeitsvertrag vorliegen. Anders ist die Vereinbarung hingegen zu beurteilen, wenn der\*die Arbeitende Einsätze wiederholt ablehnt und das Rechtsverhältnis dennoch aufrecht bleibt.<sup>46</sup> Allein die Berechtigung des\*der Arbeitenden das Vertragsverhältnis jederzeit mit sofortiger Wirkung zu beenden, erlaubt noch keinen Rückschluss auf die persönliche Abhängigkeit während des noch aufrechten Vertragsverhältnisses.<sup>47</sup>

Teilweise vereinbaren die späteren Vertragsparteien zunächst nur eine Rahmenabrede. Diese regelt die Rechtsfolgen, die eintreten sollen, wenn sich der\*die Arbeitende und der\*die Leistungsempfänger\*in in der Zukunft für den Arbeitseinsatz entscheiden (Konsensprinzip). Anders als die Ablehnungsklausel ist die Rahmenabrede der Vereinbarung der Arbeitspflicht zeitlich vorgelagert.<sup>48</sup> Eine Analyse der Gesamtbeziehung der einzelnen Arbeitseinsätze kann bereits zu dem Ergebnis führen, dass ein Arbeitsvertrag vorliegt. Das ist der Rsp zufolge der Fall, wenn die Parteien trotz der Rahmenabrede mit Konsensprinzip tatsächlich ein durchgehendes Dauerschuldverhältnis anstreben, in dem der\*die AN dem\*der Leistungsempfänger\*in untergeordnet ist.<sup>49</sup> Entsteht aufgrund der Rahmenvereinbarung kein durchgehendes Arbeitsverhältnis, begründet die Rahmenabrede entweder ein durchgehendes freies Dienstverhältnis (bei Fehlen der persönlichen Abhängigkeit) oder unverbundene Arbeitsverträge iSd „fallweisen Beschäftigung“ nach § 33 Abs 3 ASVG.<sup>50</sup> Da selbst für die einzelnen (unverbundenen) Arbeitseinsätze das Verbot der befristeten Kettenarbeitsverträge gilt, kann aufgrund der Kettenregel uU tatsächlich ein dauernder Arbeitsvertrag vorliegen. Gegen eine unzulässige Verkettung der einzelnen Einsätze spricht es, wenn die Zeiten der Unterbrechung jene der Beschäftigung erheblich übersteigen.<sup>51</sup> Entsprechen die Beschäftigungszeiten eher denen von Teilzeitbeschäftigten und weniger denen von bloß

---

<sup>44</sup> OGH 9 ObA 40/16x DRdA 2017, 121 (*Reiner*) = wbl 2016, 644 = ecolex 2016, 905.

<sup>45</sup> OGH 9 ObA 118/07d DRdA 2009, 406 (*Mosler*) = ecolex 2008, 988 (*Pesчек/Unterrieder*) = wbl 2008, 188.

<sup>46</sup> *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1151 Rz 93.

<sup>47</sup> OGH 8 ObA 45/03f RdW 2004, 422 (*Naderhirn*) = MR 2004, 38 = DRdA 2004, 171 = JBl 2004, 465.

<sup>48</sup> *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1151 Rz 94.

<sup>49</sup> OGH 8 ObA 277/01w ecolex 2002, 761 (*Mazal*) = wbl 2004, 365 (*Posch*) = DRdA 2002, 505 = JBl 2003, 126; OGH 8 ObA 35/05p ecolex 2005, 786 = DRdA 2005, 547; OGH 8 ObA 35/05p ecolex 2005, 786 = DRdA 2005, 547.

<sup>50</sup> *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1151 Rz 97.

<sup>51</sup> OGH 8 ObA 50/13f PVInfo 2014, 18 (*Rauch*) = DRdA 2014, 346 (*Risak*) = ZS 2014, 316 (*Ogriseg*).

fallweise Beschäftigten, indiziert dies das Vorliegen eines dauernden Arbeitsverhältnisses.<sup>52</sup> Außerdem gilt es zu berücksichtigen, ob auf Seiten des\*der AN liegende wirtschaftliche oder soziale Gründe den Einsatz im Rahmen einer fallweisen Beschäftigung rechtfertigen.<sup>53</sup>

b) *Bestimmung des Arbeitsorts und der Arbeitszeit*

Die Unselbständigkeit des\*der AN kann auch in der Fremdbestimmung des Arbeitsorts sowie der Arbeitszeit zum Ausdruck kommen. Ihren Rechtsgrund findet die (zulässige) Festlegung der Arbeitszeit durch den\*die AG entweder direkt im Arbeitsvertrag<sup>54</sup> oder in den Arbeitsvertrag konkretisierenden Weisungen. Dass der\*die Arbeitende die Dienstleistung an einem bestimmten Ort erbringen muss, schließt weder den freien Dienstvertrag noch den Werkvertrag aus, wenn dies Sacherfordernissen oder gesetzlichen Vorgaben geschuldet ist. Tritt dazu aber eine Präsenzpflicht zu bestimmten Zeiten sowie eine Rechenschaftspflicht bei Abwesenheiten, stehen dem starke Argumente für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags gegenüber.<sup>55</sup> Hinsichtlich der Kontrolle der Arbeitszeit liegen aber nur dann Indizien für einen Arbeitsvertrag vor, wenn dies nicht nur der Abrechnung dient.<sup>56</sup> Im Hinblick auf Weisungen bezüglich der Arbeitszeit ist der\*die AG heute stark eingeschränkt. So gibt etwa § 19c AZG<sup>57</sup> strikte Bedingungen vor, unter denen der\*die AG die Arbeitszeiten ausnahmsweise einseitig ändern kann.<sup>58</sup> Aufgrund dieser Einschränkung des Weisungsrechts steht nunmehr die Bindung an die zuvor festgelegte Arbeitszeit sowie deren Kontrolle im Vordergrund.<sup>59</sup>

c) *Einbindung in die betriebliche Organisation*

Ganz allgemein spricht es für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, wenn der\*die AN in die betriebliche Organisation des\*der AG integriert ist.<sup>60</sup> Zum Ausdruck gelangt sie durch die Einbindung in die am Arbeitsplatz vorherrschende Hierarchie. Ihr entspringen sowohl Berichts-

---

<sup>52</sup> OGH 8 ObA 13/14s wbl 2014, 523 = DRdA 2014, 595.

<sup>53</sup> OGH 8 ObA 50/13f PVInfo 2014, 18 (*Rauch*) = DRdA 2014, 346 (*Risak*) = ZS 2014, 316 (*Ogriseg*).

<sup>54</sup> Die Lage der Normalarbeitszeit und deren Änderung ist zwischen den Parteien zu vereinbaren. Fehlt eine Vereinbarung, hat dies nicht die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags zur Folge; idR dürfte dann die tatsächliche Arbeitszeiteinteilung ausschlaggebend sein; *Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm*<sup>3</sup> (2018) § 19c AZG Rz 15 f.

<sup>55</sup> *Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*<sup>1.03</sup> § 1151 Rz 75.

<sup>56</sup> OGH 9 ObA 46/13z DRdA 2014, 143.

<sup>57</sup> Bundesgesetz vom 11. Dezember 1969 über die Regelung der Arbeitszeit (AZG) BGBl 1969/461.

<sup>58</sup> *Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm*<sup>3</sup> § 19c AZG Rz 25.

<sup>59</sup> *Rebhahn in Neumayr/Reissner, ZellKomm*<sup>3</sup> § 1151 Rz 106.

<sup>60</sup> Bereits Haushalte können eine solche Betriebsorganisation aufweisen; RIS-Justiz RS0021375, zuletzt in OGH 9 ObA 43/20v ecolx 2021, 462.

und Koordinationspflichten als auch die Pflicht sich überwachen und kontrollieren zu lassen.<sup>61</sup> Zwar steht es auch dem Vertragspartner des Werkunternehmers bzw des freien Dienstnehmers zu, die Leistung zu kontrollieren, beim Arbeitsvertrag erstrecken sich die Kontrollbefugnisse aber darüber hinaus. Schreibt der\*die Leistungsempfänger\*in daher die persönliche Leistungserbringung zu bestimmten Zeiten an bestimmten Orten sowie den Arbeitsablauf vor und kontrolliert dies auch, liegen starke Indizien für einen Arbeitsvertrag vor.<sup>62</sup>

#### d) *Persönliche Weisungen*

Arbeitsverträge, die für längere Zeit wahren sollen, können naturgemäß nicht bis ins letzte Detail konkretisiert sein. Während die Parteien den Vertrag erfüllen, wird dieser deshalb typischerweise durch Weisungen des\*der AG konkretisiert.<sup>63</sup> Beim Weisungsrecht handelt es sich um ein einseitiges Gestaltungsrecht des\*der AG.<sup>64</sup> Je nach Inhalt der Weisung lässt sich zwischen persönlichen und fachlichen bzw sachlichen Weisungen unterscheiden. Letztere betreffen entweder den Arbeitsprozess oder spezifizieren das erwünschte Ergebnis. Persönliche Weisungen zielen hingegen auf das arbeitsbezogene Verhalten ab und betreffen vielmehr die Person des\*der AN und beziehen sich daher bspw auf die Art der Kommunikation, den Zustand der Kleidung und ein gepflegtes Äußeres.<sup>65</sup> Den Arbeitsvertrag charakterisierende Weisungen sind insb solche, mit denen der\*die AG die Art und Weise der Durchführung der Arbeiten beeinflusst.<sup>66</sup> Häufig gelingt es nicht, eine trennscharfe Linie zwischen persönliche und fachliche bzw sachliche Weisungen zu ziehen.<sup>67</sup> Zwar können sachliche und fachliche Weisungen auch Werk- oder freien Dienstverträgen entspringen, weil deren Intensität aber im Arbeitsvertrag regelmäßig erheblich stärker ausgeprägt ist, beeinflussen auch sie die vertragstypologische Einordnung.<sup>68</sup>

---

<sup>61</sup> *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1151 Rz 85.

<sup>62</sup> OGH 8 ObA 2158/96b wbl 1997, 481 = RdW 1998, 632 = ASoK 1997, 365.

<sup>63</sup> *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1151 Rz 77; *Schrammel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1151 Rz 44.

<sup>64</sup> *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1151 Rz 41.

<sup>65</sup> *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1151 Rz 82.

<sup>66</sup> *Schrammel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1151 Rz 46.

<sup>67</sup> *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1151 Rz 78.

<sup>68</sup> *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1151 Rz 73.

## 2. Weisungsgebundenheit trotz Schutzes der sexuellen Integrität?

Klagbare schuldrechtliche Verpflichtungen zur Vornahme sexueller Handlungen sind mit dem durch Art 8 EMRK<sup>69</sup> garantierten Recht auf Achtung der sexuellen Selbstbestimmung unvereinbar und deshalb gem § 879 ABGB nichtig.<sup>70</sup> Folgerichtig muss dies auch für fachliche bzw sachliche sowie persönliche Weisungen gelten, die immer dann nichtig sind, wenn sie mit dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung der Sexarbeite\*innen kollidieren.<sup>71</sup> Die unverzichtbare Achtung der Menschenwürde bleibt gewahrt, wenn Sexarbeiter\*innen die Bereitschaft sexuelle Dienstleistungen vorzunehmen, jederzeit widerrufen können.<sup>72</sup> Außerhalb dieser Schutzsphäre sind zulässige Weisungen aber keineswegs ausgeschlossen und auch bei der Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit beachtlich.

Gegen das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung verstoßen jedenfalls Weisungen, welche die Art und Weise der sexuellen Handlung betreffen. Dazu zählt insb die Aufforderung zu Unsafe-Sex-Praktiken. Ebenso wenig kann der\*die Bordellbetreiber\*in vorschreiben, gegenüber welchen Kund\*innen Sexarbeiter\*innen ihre Leistungen erbringen müssen.<sup>73</sup> Auch ein sog Nackheitsgebot – also die Vorgabe zur Anbahnung sexueller Dienstleistungen bereits keine Kleidung zu tragen – findet im Weisungsrecht keine Deckung und verstößt gegen Art 8 EMRK.<sup>74</sup> Unproblematisch erscheint hingegen die Weisung, Kund\*innen zum Konsum von Speisen und Getränken zu animieren. Selbst die Weisung, sich bloß für die Erbringung sexueller Dienste örtlich und zeitlich bereit zu halten, ist zulässig.<sup>75</sup> Schwieriger fällt hingegen die Beurteilung von Weisungen iZm Telefonsexdienstleistungen, weil hier die Eingriffsintensität verglichen mit Sexualdienstleistungen zwischen körperlich anwesenden Personen geringer erscheint.<sup>76</sup> Im Ergebnis dürften aber auch hier Weisungen unzulässig sein, welche die Dienstleistung selbst betreffen.<sup>77</sup>

---

<sup>69</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) BGBl 1958/210.

<sup>70</sup> OGH 3 Ob 45/12g ÖJZ 2012, 577 (*Fucik*) = ÖJZ 2012, 784 (*Spitzer*) = ÖJZ 2013, 53 (*Schoditsch*) = NZ 2014, 400 (*Klausberger*).

<sup>71</sup> *Krömer*, DRdA 2016, 101 (103).

<sup>72</sup> OGH 3 Ob 45/12g ÖJZ 2012, 577 (*Fucik*) = ÖJZ 2012, 784 (*Spitzer*) = ÖJZ 2013, 53 (*Schoditsch*) = NZ 2014, 400 (*Klausberger*).

<sup>73</sup> *Krömer*, DRdA 2016, 101 (103).

<sup>74</sup> *Pichler*, Sexarbeit in Österreich – Mögliche Entwicklungen der Prostitution im arbeitsrechtlichen Kontext (2010) 130 f; *Krömer*, DRdA 2016, 101 (103).

<sup>75</sup> *Krömer*, DRdA 2016, 101 (103).

<sup>76</sup> OGH 2 Ob 23/03a ecolex 2003, 751 = MR 2003, 335 = RdW 2004, 19.

<sup>77</sup> *Krömer*, DRdA 2016, 101 (103).

§ 216 Abs 2 dritter Fall StGB<sup>78</sup> stellt dirigierende Zuhälterei unter Strafe.<sup>79</sup> Sie liegt vor, wenn der\*die Zuhälter\*in die Bedingungen vorschreibt, unter denen der\*die Sexarbeiter\*in die entsprechenden Leistungen erbringt. Das Verbot erfasst insb Vorgaben hinsichtlich der Zeit, des Orts sowie der Art der vorzunehmenden Handlungen, die in ihrer Intensität über bloße Ratschläge und Empfehlungen hinausgehen und das Opfer in seiner Selbstbestimmung erheblich beeinträchtigen.<sup>80</sup> Befolgt das Opfer die Anweisungen nicht, hat es erhebliche Nachteile zu befürchten.<sup>81</sup> Weisungen, die zwar mit Art 8 EMRK konform sind, weil sie nicht die Vornahme der sexuellen Handlung selbst betreffen, sondern bloß Zeit und Ort der Sexdienstleistung determinieren, können unter das Verbot der dirigierenden Zuhälterei fallen und deshalb ebenso unzulässig sein. Befolgt der\*die AN im Arbeitsvertrag gedeckte Weisungen hinsichtlich der Arbeitszeit bzw des Arbeitsorts wiederholt nicht, kann dies negative Konsequenzen für den\*die AN nach sich ziehen, die uU in der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gipfeln. Wenn der\*die Sexarbeiter\*in den Weisungen nicht Folge leistet, droht zwar grds die Beendigung der Vertragsbeziehungen – sie ist aber keinesfalls gewiss. Zwar sei diese Konsequenz aus Sicht des\*der Sexdienstleistenden – sofern sie denn eintritt – durchaus ungünstig, an die von § 216 StGB geforderten Nachteile reiche sie laut *Krömer* aber nicht heran.<sup>82</sup>

Die soeben angestellten Erwägungen zeigen, dass Weisungen iZm Sexarbeit nur in einem sehr eng umgrenzten Bereich möglich sind, nämlich dort, wo sie weder mit dem Schutz der sexuellen Integrität gem Art 8 EMRK noch mit dem Verbot der dirigierenden Zuhälterei iSv § 216 Abs 2 StGB kollidieren.

## II. Vertragsrechtliche Einordnung der Sexarbeit

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1989 erachtete der OGH Sexarbeit noch als sittenwidrig. Sie verstoße gegen § 879 Abs 1 ABGB, weil sie regelmäßig den Leichtsinns, die Unerfahrenheit, die Triebhaftigkeit und die Trunkenheit der Kund\*innen ausnutze und außerdem eine missbilligende Kommerzialisierung der Sexualität, eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsschutzes sowie eine Gefahr für familienrechtliche Institutionen mit ihr

---

<sup>78</sup> Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (StGB) BGBl 1974/60.

<sup>79</sup> Dabei handelt es sich um mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bedrohte, qualifizierte Zuhälterei.

<sup>80</sup> *Tipold* in *Leukauf/Steininger*, StGB Online<sup>4</sup> (2020) § 216 Rz 11.

<sup>81</sup> *Philipp* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB<sup>2</sup> (2020) § 216 Rz 14.

<sup>82</sup> *Krömer*, DRdA 2016, 101 (104).

einhergehe.<sup>83</sup> Erst im Jahr 2012 vollzog der OGH eine Kehrtwende, als er feststellte, dass Sexarbeit nicht generell gegen die guten Sitten verstößt. Zwar widerspricht ein klagbarer Anspruch nach wie vor dem Schutz der sexuellen Integrität nach Art 8 EMRK. Dass Sexarbeiter\*innen die Bereitschaft zu sexuellen Handlungen jederzeit widerrufen können, wahrt im Ergebnis aber ihre im Kern unverzichtbare Menschenwürde.<sup>84</sup> Diese Wertung entspricht der deutschen Rechtslage, die von einer expliziten gesetzlichen Regelung profitiert. Dem rechtswirksam vereinbarten Entgeltanspruch steht gem § 1 dProstG<sup>85</sup> kein Anspruch auf Vornahme bzw Duldung der sexuellen Handlung gegenüber.<sup>86</sup> Eines darüberhinausgehenden Schutzes der Sexarbeiter\*innen bedürfe es iZm der Nichtigkeitssanktion des § 879 Abs 1 ABGB hingegen nicht, vielmehr ziehe die Nichtigkeit negative Konsequenzen für Sexarbeiter\*innen nach sich, weil das Fehlen eines klagbaren Entgeltanspruchs einer Ausbeutung der Sexarbeiter\*innen gleichkäme. Für den Schutz der Kund\*innen genügt nach Ansicht des OGH der Wuchertatbestand nach § 879 Abs 1 ABGB. Im Ergebnis liege ein einseitig verbindlicher Vertrag vor.<sup>87</sup>

Wie der OGH dies dogmatisch begründet, bleibt bedauerlicherweise offen. Da die österreichische Rechtsordnung – anders als die deutsche – keine ausdrückliche Regelung kennt, kommt allenfalls eine ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 914 ff ABGB in Betracht, die allerdings am hypothetischen Parteiwillen scheitern dürfte.<sup>88</sup> Die Literatur führt zudem auch gewährleistungsrechtliche Probleme ins Treffen: Aus gesellschaftlicher Perspektive könne es nicht erstrebenswert sein, Sexarbeiter\*innen ins Gewährleistungsrecht zu drängen. Um dies zu vermeiden müsse man – um den Wertungen des OGH zu entsprechen – den Vertragsparteien folglich einen konkludenten Gewährleistungsausschluss unterstellen. Dem stehen aber nicht nur die Unzulässigkeit des Gewährleistungsausschlusses im Verbrauchergeschäft nach § 9 Abs 1 KSchG<sup>89</sup> sondern auch die allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung entgegen.<sup>90</sup> *Klausberger* geht hingegen davon aus, dass es bereits der Natur der Sache widerspreche, davon auszugehen, dass Sexarbeiter\*innen ihren Kund\*innen einen konkreten Erfolg schulden.

---

<sup>83</sup> OGH 3 Ob 516/89 JBl 1989, 784.

<sup>84</sup> OGH 3 Ob 45/12g ÖJZ 2012, 577 (*Fucik*) = ÖJZ 2012, 784 (*Spitzer*) = ÖJZ 2013, 53 (*Schoditsch*) = NZ 2014, 400 (*Klausberger*); bestätigt durch OGH 6 Ob 124/12x Zak 2012, 417.

<sup>85</sup> Gesetz zur Rgelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG) BGBl I 2001/3983.

<sup>86</sup> *Armbrüster* in MüKo BGB<sup>8</sup> (2018) § 1 ProstG Rz 7.

<sup>87</sup> OGH 3 Ob 45/12g ÖJZ 2012, 577 (*Fucik*) = ÖJZ 2012, 784 (*Spitzer*) = ÖJZ 2013, 53 (*Schoditsch*) = NZ 2014, 400 (*Klausberger*); krit *Spitzer*, Der Prostitutionsvertrag nach 3 Ob 45/12g, ÖJZ 2012, 784.

<sup>88</sup> *Schoditsch*, Zivilrecht und Prostitutionsverhältnisse: Handlungsbedarf für den Gesetzgeber? ÖJZ 2013, 53 (56); *Klausberger*, Contra bonos mores? Zur Sittenwidrigkeit sexueller Handlungen gegen Entgelt, NZ 2014, 400 (401).

<sup>89</sup> Bundesgesetz vom 8. März 1979 mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (KSchG) BGBl 179/140.

<sup>90</sup> *Spitzer*, ÖJZ 2012, 754 (755); *Schoditsch*, ÖJZ 2013, 53 (57).

Vertragsgegenstand sei nur das sorgfältige Bemühen.<sup>91</sup> Die Gewährleistungsvorschriften kommen nicht zur Anwendung.<sup>92</sup>

All dies erschwert die vertragsrechtliche Einordnung erheblich. Folgt man *Klausberger*, kann es sich nicht um einen Werkvertrag handeln, weil Sexarbeiter\*innen keinen konkreten Erfolg schulden. Stattdessen dürfte es sich um Sorgfaltsverbindlichkeiten handeln, die entweder als Arbeits- oder freier Dienstvertrag einzustufen sind. Welcher dieser beiden Vertragstypen vorliegt, hängt von der Ausprägung der persönlichen Abhängigkeit ab. Da die einschlägigen Landesgesetze Sexarbeit zumeist nur in Bordellen – teilweise auch in Form von Hausbesuchen oder am Straßenstrich – gestatten,<sup>93</sup> erscheint zunächst die persönliche Abhängigkeit gegenüber Bordellbetreiber\*innen relevant. Dem ist vorwegzunehmen, dass aus arbeitsvertraglicher Perspektive nur zulässige Weisungen – also jene die weder gegen den Schutz der sexuellen Integrität nach Art 8 EMRK noch das Verbot der dirigierenden Zuhälterei nach § 216 Abs 2 StGB verstoßen – zu berücksichtigen sind.<sup>94</sup>

Für den Arbeitsvertrag spricht – sofern man mit *Krömer* von einer Vereinbarkeit mit dem Verbot der dirigierenden Zuhälterei ausgeht –,<sup>95</sup> wenn Bordellbetreiber\*innen – wie in der Praxis üblich –<sup>96</sup> die Arbeitszeit sowie den Arbeitsort vorgeben. Weisen Bordellbetreiber\*innen die in ihrem Lokal tätigen Sexarbeiter\*innen an, sich zur Anbahnung sexueller Dienstleistungen an der Bar aufzuhalten, bis sie von Gästen an einen Tisch eingeladen werden, ist dies aus arbeitsrechtlicher Perspektive ebenso relevant wie andere Verhaltens- und Hygienevorschriften. Für letztere gilt freilich, dass sie nur dann beachtlich sind, wenn sie nicht die Ausführung der sexuellen Handlung selbst betreffen.<sup>97</sup> Anders als Vorgaben bezüglich der Arbeitszeit und des Arbeitsorts, die nicht bloß die sexuelle Handlung selbst, sondern auch das bloße Bereithalten für Sexualdienstleistungen betreffen, greifen Entgeltvorgaben mE in den Schutzbereich der sexuellen Integrität ein. Letztere verwehren den Sexarbeiter\*innen nämlich autonom zu entscheiden, für welchen Preis sie ihre Dienste anbieten und verletzen daher das von Art 8 EMRK geschützte Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Im Ergebnis bedarf es demnach stets einer Beurteilung des Einzelfalls. Überwiegen die auf eine persönliche Abhängigkeit hindeutenden Elemente, liegt ein Arbeitsvertrag vor.

---

<sup>91</sup> *Klausberger*, NZ 2014, 400 (402 f).

<sup>92</sup> *Reischauer in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> (2018) § 923 Rz 27.

<sup>93</sup> S dazu im Detail Kapitel C Lebensrealitäten in Österreich, S 2.

<sup>94</sup> *Schrammel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 1151 Rz 44.

<sup>95</sup> *Krömer*, DRdA 2016, 101 (104).

<sup>96</sup> S dazu im Detail Kapitel C Lebensrealitäten in Österreich, S 2.

<sup>97</sup> S dazu im Detail Kapitel D.I.2, S 10ff.

## E. Rechtsfolgen der Scheinselbständigkeit

### I. Arbeitsrecht

Aus arbeitsrechtlicher Perspektive kann aufgedeckte Scheinselbständigkeit insb zu Entgeltnachzahlungen führen. Beenden die Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis, werden dadurch alle bereits verdienten Entgelte fällig. Im Falle der Scheinselbständigkeit stellt sich sodann die Frage, welche Faktoren die Höhe des Entgelts bestimmen. Die Berechnung des noch offenen Entgelts könnte entweder aufgrund des kollektivvertraglichen Mindestentgelts – in Betracht kommt mangels eines Kollektivvertrags für Sexarbeiter\*innen der für das Gastgewerbe geltende Kollektivvertrag –<sup>98</sup> oder aber unter Berücksichtigung des tatsächlich pro Arbeitsstunde vereinbarten Honorars als Brutto-Stundenentgelt erfolgen. Unter expliziter Ablehnung *Kietaibls* Vorschlags, der das Entgelt nachträglich mit Verweis auf eine erst später zum Vorschein kommende Vertragslücke anpassen möchte,<sup>99</sup> räumt der OGH der Berechnung aufgrund des bisher tatsächlich geleisteten Entgelts den Vorzug ein.<sup>100</sup> Liegt zwischen Sexarbeiter\*in und Bordellbetreiber\*in demnach ein Arbeitsverhältnis vor, so gebührt dem\*der Sexarbeiter\*in bei Beendigung das noch ausstehende Entgelt in der zuvor vereinbarten Höhe. Überstundenzuschläge, Feiertagsentgelt sowie Urlaubersatzleistungen sind ebenso anhand der Parteienvereinbarung zu berechnen.<sup>101</sup> Dem EuGH zufolge tritt die Verjährung des Urlaubsanspruchs bei Scheinselbständigen nicht ein, weil der\*die AG dem\*der AN die Konsumation des Urlaubs verweigert hat.<sup>102</sup>

Darüber hinaus müssen AG den als AN zu qualifizierenden Sexarbeiter\*innen bei frist- bzw terminwidriger Auflösung des Arbeitsverhältnisses Kündigungsentschädigung leisten. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die durch die sog Arbeiter-GleichstellungsNov<sup>103</sup> bewirkte Angleichung der Kündigungsfristen, denn ab 1.7.2021 profitieren auch Arbeiter\*innen von den bisher ausschließlich im AngG<sup>104</sup> geregelten

---

<sup>98</sup> Kollektivvertrag Arbeiterinnen und Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe vom 1. Mai 2019, <https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/rahmen-kv-hotel-gastgewerbe-arbeiter-2019.pdf> (Stand 22.8.2021).

<sup>99</sup> *Kietaibl*, wbl 2006, 207.

<sup>100</sup> OGH 9 ObA 51/12h EvBl 2013, 260 (*Rohrer/Risak*) = RdW 2012, 736 = ASoK 2013, 77 = ecolex 2013, 158; zust Andréewitch, ASoK 2014, 325 (326 f).

<sup>101</sup> *Gerhartl*, RdW 2013, 90 (92).

<sup>102</sup> EuGH C-214/16, *King*, ECLI:EU:C:2017:914.

<sup>103</sup> Bundesgesetz, mit dem das Angestelltengesetz, das Gutsangestelltengesetz, das Entgeltfortzahlungsgesetz, Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz, das Berufsausbildungsgesetz, das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Landarbeitsgesetz 1984 geändert werden BGBl I 2017/153.

<sup>104</sup> Bundesgesetz vom 11. Mai 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten (Angestelltengesetz) BGBl 1921/292.

längeren Kündigungsfristen.<sup>105</sup> Ebenso wie der Kündigungsentschädigung liegt auch der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall das vereinbarte Entgelt als Berechnungsbasis zugrunde.<sup>106</sup> Liegt zwischen Sexarbeiter\*in und Bordellbetreiber\*in tatsächlich ein Arbeitsvertrag vor, ist außerdem das aus § 879 ABGB abgeleitete Verbot von Kettenarbeitsverträgen zu beachten. Demnach führt die mehrmalige Befristung ohne sachliche Rechtfertigung zu einem unbefristeten Arbeitsvertrag.<sup>107</sup>

## II. Sozialrecht

Gehen die Vertragsparteien fälschlicherweise von einem freien Dienstvertrag aus, obwohl sie tatsächlich einen Arbeitsvertrag begründet haben, ist dies aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive weitgehend unproblematisch. Denn dienstnehmerähnliche freie DN behandelt das ASVG unter den Voraussetzungen des § 4 Abs 4 ASVG gleich wie DN iSd § 4 Abs 2 ASVG. Komplizierter gestaltet sich hingegen die Situation, wenn zu Unrecht eine Pflichtversicherung nach GSVG<sup>108</sup> angenommen wurde. Letzteres zieht nämlich insb für den\*die AG erhebliche finanzielle Konsequenzen nach sich, weil § 60 ASVG – abgesehen von den dort eng umrissenen Ausnahmen – dem DG aufträgt, sowohl den DN- als auch den DG-Beitrag zu entrichten.

Mit Hilfe des Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetzes<sup>109</sup> möchte der Gesetzgeber Rechtssicherheit bei der Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit schaffen und erkennt damit die erhebliche Mehrbelastung von DG durch Nachtragsvorschriften an.<sup>110</sup> Das SV-ZG kennt drei Arten der verbindlichen Zuordnung: auf Antrag der versicherten Person bzw ihres Auftraggebers, anlässlich der Anmeldung als „neuer Selbständiger“ nach § 2 Abs 1 Z 4 GSVG oder anlässlich einer amtswegigen Sachverhaltsfeststellung.<sup>111</sup> Konsequenz der Neuordnung ist die betragsrechtliche Rückabwicklung. Die fälschlicherweise an die SVS geleisteten Beiträge überweist die SVS an den Träger der Krankenversicherung. Der Betrag wird auf die ASVG-Beitragsschuld des\*der

---

<sup>105</sup> § 1159 ABGB idF BGBl I 2017/153 iVm § 1503 Abs 15 ABGB idF BGBl I 2020/131; *Wiesinger*, Kündigung von Arbeitern – Überblick über die ab 1.1.2021 geltende Rechtslage, ZAS 2020, 306.

<sup>106</sup> *Radner* in *Gruber-Risak/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>33</sup> (2019) Die Abgrenzung des Arbeitsvertrages zu anderen Vertragstypen Rz 57f.

<sup>107</sup> *Risak*, ZAS 2013, 131 (135).

<sup>108</sup> Bundesgesetz vom 11. Oktober 1978 über die Sozialversicherung der in der gewerblichen Wirtschaft selbständig Erwerbstätigen (GSVG) BGBl 1978/560.

<sup>109</sup> Sozialversicherungs-Zuordnungsgesetz (SV-ZG) BGBl I 2017/125.

<sup>110</sup> Vgl OGH 9 ObA 36/17k ÖJZ 2018, 837 (*Kietaibl*) = DRdA 2018, 257 (*Julcher*) = JBl 2018, 328 (*Grillberger*) = ZAS 2018, 290 (*Pfalz*).

<sup>111</sup> *Radner* in *Gruber-Risak/Mazal*, Arbeitsrecht<sup>33</sup> (2019) Die Abgrenzung des Arbeitsvertrages zu anderen Vertragstypen Rz 57j.

DG angerechnet. Als Bemessungsgrundlage dient das dem\*der Scheinselbständigen geleistete Brutto-Entgelt.<sup>112</sup> Wirtschaftlich belastet dies den\*die DN, weil er\*sie dadurch einen erheblichen Teil der Sozialversicherungsbeiträge des\*der DG trägt.<sup>113</sup>

Noch bevor der OGH feststellte, dass Sexarbeit nicht gegen die guten Sitten verstößt, hatte der VwGH ausgesprochen, dass Sexarbeiter\*innen in einem Bordell idR im Rahmen eines Dienstverhältnisses oder zumindest arbeitnehmerähnlich tätig sind.<sup>114</sup> Eine Vollversicherung kommt für Sexarbeiter\*innen – abhängig vom Vorliegen persönlicher Abhängigkeit – sowohl als DN iSv § 4 Abs 2 ASVG als auch als dienstnehmerähnliche freie DN gem § 4 Abs 4 ASVG in Betracht.<sup>115</sup>

## F. Fazit

Sexarbeiter\*innen gehen ihren Tätigkeiten in Österreich zumeist in Bordellen nach. Dort legen Bordellbetreiber\*innen häufig die Arbeitszeiten der Sexarbeiter\*innen fest bzw sind diese an die Öffnungszeiten der hauseigenen Bar gekoppelt. Darüber hinaus sind auch Fälle bekannt, in denen die Hausordnung konkrete Verhaltensvorschriften für Sexarbeiter\*innen enthalten, die etwa vorgeben, wie sich Sexarbeiter\*innen gegenüber den Gästen zu verhalten hätten. Regelmäßig geben Bordellbetreiber\*innen auch die Preise vor, die für die Sexualdienstleistungen zu entrichten sind.

Der OGH stellte im Jahr 2012 fest, dass Sexarbeit nicht gegen die guten Sitten verstößt, ohne darauf einzugehen, wie diese vertragstypologisch einzuordnen ist. Wie die Erfahrungen von Sexarbeiter\*innen in der Praxis zeigen, liegen zahlreiche Indizien vor, die auf eine persönliche Abhängigkeit hindeuten und die Anwendbarkeit zwingenden Arbeitsrechts zur Folge haben. Dabei gilt es zu beachten, dass Weisungen, welche die Art und Vornahme der Sexualdienstleistung selbst betreffen, in einem Spannungsverhältnis zum durch Art 8 EMRK garantierten Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und zum Verbot der dirigierenden Zuhälterei nach § 216 Abs 2 StGB stehen. Dennoch gilt: Überwiegen – die Sexualdienstleistungen nicht unmittelbar betreffende – Weisungen, die zur persönlichen Abhängigkeit des\*der

---

<sup>112</sup> VwGH 2013/08/0241 ARD 6438/16/2015.

<sup>113</sup> Radner in Gruber-Risak/Mazal, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar<sup>33</sup> (2019) Die Abgrenzung des Arbeitsvertrages zu anderen Vertragstypen Rz 57q.

<sup>114</sup> VwGH 2004/09/0043 SVSlg 52.865.

<sup>115</sup> Krömer, DRdA 2016, 101 (105); Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 4 ASVG Rz 72 (Stand 1.17.2020, rdb.at).

Sexarbeiter\*in führen, liegt kein Werk- bzw freier Dienstvertrag, sondern ein Arbeitsvertrag vor.

Die dadurch aufgedeckte Scheinselbständigkeit zieht arbeits- und sozialrechtliche Konsequenzen nach sich. Aus arbeitsrechtlicher Sicht betrifft dies vor allem das bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gebührende offene Entgelt sowie Überstundenzuschläge, Feiertagsentgelt und Urlaubersatzleistungen. Weiters sind Kündigungsfristen und -termine sowie das Verbot der Kettenarbeitsverträge zu beachten. Im Hinblick auf das Sozialrecht hat das Aufdecken der Scheinselbständigkeit – wenn bisher von einer Pflichtversicherung nach GSVG ausgegangen wurde – zur Folge, dass der\*die Bordellbetreiber\*in die nach ASVG fälligen DN- und DG-Beiträge schuldet. Bereits an die SVS geleistete Beiträge überweist diese an die ÖGK und werden auf die noch ausstehenden DN-Beiträge angerechnet.

## G. Literaturverzeichnis

*Amesberger, Helga*

- Sexarbeit: Arbeit – Ausbeutung – Gewalt gegen Frauen? Scheinbare Gewissheiten, ethik und gesellschaft 2017, 1

*Andréewitch, Karolin*

- Beendigungsabhängige Entgeltansprüche bei Scheinselbständigkeit, ASoK 2014, 325

*Armbrüster, Christian*

- in MüKo BGB<sup>8</sup> (2018) § 1 ProstG

*Gerhartl, Andreas*

- Arbeitsrechtliche Folgen von „Scheinselbständigkeit“, RdW 2013, 90

*Grenz, Sabine*

- (Un)heimliche Lust: Über den Konsum Sexueller Dienstleistungen (2007)

*Jabornegg, Peter*

- Zur Abgrenzung des Werkvertrags vom Arbeits- und vom freien Dienstvertrag, in GedS Rebhahn (2019) 137

*Kietaibl, Christoph*

- Arbeitsvertragliche Rückabwicklung bei aufgedeckter Scheinselbständigkeit, wbl 2006, 207

*Klausberger, Philipp*

- Contra bonos mores? Zur Sittenwidrigkeit sexueller Handlungen gegen Entgelt, NZ 2014, 400

*Krejci, Heinz*

- in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> (2000) § 1151

*Krömer, Daniela*

- Kann Sex Arbeit sein? DRdA 2016, 101

*McMillan, Karen/Worth, Heather/Rawstorne, Patrick*

- Usage of the Terms Prostitution, Sex Work, Transactional Sex, and Survival Sex: Their Utility in HIV Prevention Research, *Archives of Sexual Behavior* 2018, 1517

*Mertinez, Anna*

- Scheinselbständigkeit: Was ist das und was ist neu? *bauaktuell*, 2018, 68

*Mosler, Rudolf*

- in *Neumayr/Reissner, ZellKomm*<sup>3</sup> (2018) § 19c AZG
- in *Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm* § 4 ASVG (Stand 1.17.2020, rdb.at)

*Müller, Rudolf*

- Arbeitsrecht und Sozialrecht – Probleme der Divergenz von Rechtsprechung, *DRdA* 1998, 305

*Naderhirn, Johanna*

- Arbeitnehmerbegriff und Vertretungsbefugnis, *RdW* 2004, 422 (EAnm)

*Ott, Veronika*

- Prostitution und die Ordnung des Sexuellen, in *Grubner/Ott* (Hrsg), *Sexualität und Geschlecht. Feministische Annäherungen an ein unbehagliches Verhältnis* (2014) 145

*Philipp, Thomas*

- in *Höpfel/Ratz, WK StGB*<sup>2</sup> (2020) § 216

*Pichler, Bernhard*

- Sexarbeit in Österreich – Mögliche Entwicklungen der Prostitution im arbeitsrechtlichen Kontext (2010)

*Radner, Thomas*

- in *Gruber-Risak/Mazal, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar*<sup>33</sup> (2019) Die Abgrenzung des Arbeitsvertrages zu anderen Vertragstypen

*Rebhahn, Robert*

- Dienstnehmerbegriff und persönliche Abhängigkeit bei Vertretungsbefugnis, wbl 1998, 277
- in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1151 (Stand 1.3.2017, rdb.at)
- in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm<sup>3</sup> (2018) § 1151

*Reischauer, Rudolf*

- in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> (2018) § 923

*Risak, Martin*

- Arbeitsrechtliche Folgen des falschen Status eines Mitarbeiters, ZAS 2013, 131

*Ruby, Sophie Maria*

- Prostitution im feministischen Diskurs, Soziologie Magazin 2018, 84

*Schoditsch, Thomas*

- Zivilrecht und Prostitutionsverhältnisse: Handlungsbedarf für den Gesetzgeber? ÖJZ 2013, 53

*Schopper, Alexander*

- in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> (2020) § 1165

*Schrammel, Walter*

- in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> (2012) § 1151

*Spitzer, Martin*

- Der Prostitutionsvertrag nach 3 Ob 45/12g, ÖJZ 2012, 784

*Tipold, Alexander*

- in *Leukauf/Steininger*, StGB Online<sup>4</sup> (2020) § 216

*Tomandl, Theodor*

- Der rätselhafte freie Dienstnehmer, ZAS 2006, 248
- Welchen Nutzen bringt ein neuer Dienstnehmerbegriff? ZAS 2008, 100

*Wiesinger, Christoph*

- Kündigung von Arbeitern – Überblick über die ab 1.1.2021 geltende Rechtslage, ZAS 2020, 306