
Vorstoss-Nr: 251-2010
Vorstossart: **Motion**

Eingereicht am: 01.12.2010

Eingereicht von: Zumstein (Bützberg, FDP) (Sprecher/ -in)
Mühlheim (Bern, Grüne)
Wasserfallen (Bern, SP)
Schöni-Affolter (Bremgarten, glp)
Kohli (Bern, BDP)
Leuenberger (Trubschachen, BDP)
Meyer (Roggwil, SP)

Weitere Unterschriften: 23

Dringlichkeit:

Datum Beantwortung: 06.07.2011
RRB-Nr: 1181/2011
Direktion: POM



Unselbstständige Tätigkeit und Prostitution - Kein Widerspruch

Der Regierungsrat wird beauftragt, gesetzliche Grundlagen zu erarbeiten, welche die unselbstständige Tätigkeit in der Prostitution ermöglichen.

Begründung:

Die gesetzlichen Regelungen im Rotlichtbereich führen bei Prostituierten nicht zu jenem Schutz, der ihnen zukommen sollte, sondern zementieren die nach wie vor herrschende Doppelmoral gegenüber diesem Gewerbe.

Unter anderem ist der Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einer Prostituierten nicht möglich, weil in diesem Bereich keine Vorschriften zur Art der Dienstleistungen oder zur Preisgestaltung gemacht werden dürfen.

Prostituierten entgeht dadurch die Möglichkeit, in den Genuss der Schutzbestimmungen des Arbeitsrechts und der Sozialversicherungen zu kommen. Dies, obwohl sie in Tat und Wahrheit grösstenteils in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen.

In unserem Nachbarland Deutschland wurde mit dem Prostitutionsgesetz im Jahre 2002 ausdrücklich festgehalten, dass die Dienstleistung einer Prostituierten entgeltlich ist und dass bei der Prostitution durch ein eingeschränktes Weisungsrecht eine abhängige Tätigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne zulässig ist.

Der Kanton St. Gallen hat für Sexarbeiterinnen einen Musterarbeitsvertrag ausgearbeitet. Die Arbeitnehmerin gibt einen zwischen den Parteien zu vereinbarenden Anteil von ihrem Umsatz dem Arbeitgeber bzw. der Arbeitgeberin ab. Die Sozialversicherungsbeiträge werden von ihrem Anteil am erwirtschafteten Umsatz berechnet. Durch diese Art der Entlohnung entsteht kein Konflikt mit dem Tatbestand der Förderung der Prostitution.

Der Beruf einer Sexarbeiterin ist nicht ein Beruf wie jeder andere. Die gesetzlichen Bestimmungen sollen jedoch nicht diskriminieren, sondern den Weg zur gesellschaftlichen Akzeptanz ebnen und den bestmöglichen Schutz bieten.

Antwort des Regierungsrates

Die Motionärinnen und Motionäre fordern den Regierungsrat auf, gesetzliche Grundlagen zu erarbeiten, welche die unselbständige Tätigkeit im Prostitutionsgewerbe ermöglichen. Dies in erster Linie zur Verbesserung des sozialversicherungsrechtlichen Schutzes der Prostitution ausübenden Personen.

Die Prostitution ist grundsätzlich ein legales Gewerbe, aber kein Gewerbe wie jedes andere. Die Ausbeutungs- und Missbrauchsgefahr sowie die gesundheitlichen Risiken sind höher als bei anderen Tätigkeiten. Der Regierungsrat erachtet es wie die Motionärinnen und Motionäre als sehr wichtig, den Schutz der Prostitution ausübenden Personen zu verbessern. Ausbeutung und Missbrauch müssen soweit möglich verhindert werden. Der Entwurf des neuen Gesetzes über das Prostitutionsgewerbe (PGG), welcher voraussichtlich im November 2011 in erster Lesung im Grossen Rat beraten wird, zielt genau darauf ab. Er enthält ein Massnahmenpaket, mit welchem die Arbeitsbedingungen im Rotlichtmilieu verbessert werden sollen. Dazu gehört auch die Verbesserung des sozialversicherungsrechtlichen Schutzes.

Die Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit gestaltet sich nicht immer einfach. Sie kann je nach Rechtsgebiet unterschiedlich sein und wird in einigen Rechtsgebieten bereits von Gesetzes wegen definiert¹. Letztendlich obliegt die Auslegung und Würdigung den rechtsanwendenden Behörden und der Justiz. Für das Prostitutionsgewerbe ist die Unterscheidung insbesondere im Sozialversicherungs-, Steuer- und Ausländerrecht von Bedeutung. Bekanntlich handelt es sich dabei um Rechtsgebiete, in welchen von Verfassung wegen allein der Bund legislieren darf (Sozialversicherungs- und Ausländerrecht) bzw. wo Staatsverträge und das Bundesrecht die kantonalen Spielräume stark einschränken (so geschehen im Steuerrecht mit den diversen Doppelbesteuerungsabkommen und dem Steuerharmonisierungsgesetz [StHG; SR 642.14]). Auch bei der von den Motionärinnen und Motionären erwähnten zivilrechtlichen Problematik der Sittenwidrigkeit eines Arbeitsvertrags mit Sexarbeiterinnen und Sexarbeitern handelt es sich um eine ausschliessliche Bundeszuständigkeit. Der Kanton Bern hat folglich rechtlich gesehen gar keine Möglichkeit, eigene gesetzliche Grundlagen zur Frage der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Prostitutionsgewerbe zu erlassen. Würde er dies dennoch tun, wäre die kantonale Regelung bundesrechtswidrig und damit nicht anwendbar (Artikel 49 Absatz 1 der Schweizerischen Bundesverfassung [BV; SR 101]). Die Motion muss allein aus diesem Grund abgelehnt werden.

Der Regierungsrat hat jedoch Verständnis für das Grundanliegen der Motionärinnen und Motionäre. Auch er vertritt die Auffassung, dass eine unselbständige Prostitutionstätigkeit unter gewissen Umständen Vorteile für die Sexarbeiterinnen und Sexarbeiter – beispielsweise in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht – mit sich bringen kann. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, dass in der schweizerischen Rechtslandschaft Entwicklungen im Gange sind, die dem Anliegen der Motionärinnen und Motionäre entgegenkommen. Dabei ist jedoch zunächst in Erinnerung zu rufen, dass es sich bei der Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit im Prostitutionsgewerbe um ein sehr heikles Thema handelt. Schliesslich besteht für potentielle Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber stets die Gefahr, sich dem strafrechtlichen Vorwurf der Förderung der Prostitution nach Art. 195 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311) auszusetzen. Unbestritten ist in der Rechtslehre zudem, dass eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer sich im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nicht dazu verpflichten kann, Dritten gegenüber sexuelle Dienstleistungen zu erbringen. Eine derartige Abrede verletzt eine ganze Reihe von Rechtsnormen: das verfassungs- und zivilrechtlich verankerte Persönlichkeitsrecht sowie Straf- und Völkerrechtsnormen. Ein Vertrag mit sexueller Leistungspflicht ist demnach un-

¹ Im Ausländerrecht richtet sich die Unterscheidung entweder nach dem Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999 (FZA; SR 0.142.112.681) oder Art. 1a und 2 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE; SR 142.201).

gültig (vgl. zum Ganzen HÜRLIMANN, Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Diss. 2004, S. 230 ff.). Die Meinungen, ob eine unselbständige Erwerbstätigkeit im Prostitutionsgewerbe überhaupt möglich ist, gehen nach wie vor weit auseinander.

Die Koordinationsstelle des Bundes gegen Menschenhandel und Menschen schmuggel führt auf ihrer Homepage² aus, dass Sexarbeiterinnen und Sexarbeiter ihre Tätigkeit nur als selbständig Erwerbende ausüben könnten, denn Arbeitsverträge würden Arbeitspflichten der Arbeitnehmenden und Weisungsrechte der Arbeitgeber beinhalten, die nicht mit dem Grundsatz der sexuellen Selbstbestimmung vereinbar seien. Je mehr den Sexarbeiterinnen und Sexarbeitern von einem Betriebsinhaber oder Zuhälter die Ausübung der Tätigkeit vorgeschrieben werde und sie dabei überwacht würden, umso eher würde ein strafbares Verhalten wegen Förderung der Prostitution im Sinne von Art. 195 StGB vorliegen.

In der Rechtslehre sind Versuche einer rechtlichen Neubeurteilung des Verhältnisses zwischen Salonbetreiberin bzw. -betreiber und der Prostitution ausübenden Person unternommen worden (vgl. HÜRLIMANN, a.a.O., S. 230 ff.). Demnach liesse sich der Vertrag als sogenannter arbeitsvertragsähnlicher Innominatvertrag auslegen: Er besteht einerseits aus der Abrede der entgeltlichen Präsenz der Prostitution ausübenden Person in einem Salon und andererseits aus der Abrede, dass sich diese Person während der Präsenzzeit grundsätzlich für das Erbringen sexueller Dienstleistungen zur Verfügung stellt, jedoch selbstbestimmt und ohne jegliche Einflussnahme oder Anweisungen durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber. Letztendlich ist jeder Vertrag im Einzelfall zu prüfen (so auch HÜRLIMANN, a.a.O., S. 233). Eine pauschale, allgemeingültige rechtliche Einordnung des Verhältnisses zwischen Salonbetreiberin bzw. -betreiber und der Prostitution ausübenden Person ist kaum möglich.

Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen beurteilte die Tätigkeit der Sexarbeiterinnen in einem Salon in seinem Entscheid vom 9. Februar 2011³ mit Blick auf die konkreten Umstände als unselbständig im Sinne des Sozialversicherungsrechts. Der Entscheid wurde an das Bundesgericht weitergezogen. Dessen Urteil steht noch aus. Das Bundesgericht liess in seinem das Ausländerrecht betreffenden Urteil 6B_412/2009 vom 24. August 2009 bereits durchblicken, dass es unter bestimmten Umständen die Erwerbssituation einer Prostituierten als unselbständig erachte. Zu berücksichtigen ist jedoch stets, dass sich daraus keine allgemein gültigen Schlüsse ziehen lassen: Zum einen beziehen sich die genannten Urteile jeweils auf ein bestimmtes Rechtsgebiet und zum anderen auf spezifische Salonstrukturen, wo eine Geschäftsführerin oder ein Geschäftsführer die tragende unternehmerische Rolle inne hat. Aus den erwähnten Urteilen lässt sich nicht ableiten, wie sich die Lage beispielsweise in der Strassenprostitution oder bei Sexarbeiterinnen darstellt, die gemeinsam eine Wohnung zur Ausübung der Prostitution mieten.

Insgesamt ergibt sich jedoch, dass die Frage der Selbständigkeit bzw. Unselbständigkeit einer erwerbstätigen Person bereits heute von den rechtsanwendenden Behörden beantwortet werden kann. Neue rechtliche Bestimmungen braucht es nicht zwingend. Und wenn, müssten diese auf Bundesebene erlassen werden.

Eine unselbständige Erwerbstätigkeit kann zwar sozialversicherungsrechtlich gewisse Vorteile bieten (beispielsweise aufgrund der Arbeitgeberbeiträge), ein umfangreicher sozialversicherungsrechtlicher Schutz ist jedoch auch für Selbständige ohne Weiteres möglich. Selbständige unterliegen jedoch vielfach keinem gesetzlichen Obligatorium im Sozialversicherungswesen und müssen aus eigenem Antrieb, mithin freiwillig, tätig werden. Nicht zu verkennen ist zudem, dass zahlreiche Sexarbeiterinnen und Sexarbeiter aus dem EU-Raum nur wenige Wochen in der Schweiz die Prostitution ausüben, was den Vorsorgeaspekt stark relativiert. Der Entwurf des PGG räumt der Information der Prostitution ausübenden Personen einen hohen Stellenwert ein. Das Informationsangebot soll nach Vorstellung des Regierungsrats verstärkt auch sozialversicherungsrechtliche Fragen umfas-

² vgl. www.ksmm.admin.ch (Stand vom 18.05.2010)

³ AHV 2010/13

sen. Bekanntlich informieren die Behörden und privaten Institutionen, die im Auftrag des Kantons Beratungsdienste anbieten, schon heute über sozialversicherungsrechtliche Themen. Damit wird dem Grundanliegen der Motionärinnen und Motionäre, den sozialversicherungsrechtlichen Status von Sexarbeiterinnen und Sexarbeitern zu verbessern, in gewisser Weise bereits Rechnung getragen.

Einige Kantone geben Musterarbeitsverträge ab, die eine unselbständige Erwerbstätigkeit von Sexarbeiterinnen und Sexarbeitern vorweg nehmen. Diese Massnahme kann dazu dienen, die Rechtsstellung von Sexarbeitenden zu verbessern. Es steht den Salonbetreiberinnen und Salonbetreibern sowie den Prostitution ausübenden Personen bereits heute frei, Arbeitsverträge abzuschliessen. Der Regierungsrat erachtet die Rechtsprechung im heutigen Zeitpunkt aber als zu wenig ausgereift und klar und die Rechtslage deshalb als zu unsicher, um die Abgabe von Musterverträgen zu beschliessen. Ausserdem erscheint ihm problematisch, den sehr unterschiedlichen Konstellationen im Prostitutionsgewerbe mit einem Mustervertrag gerecht zu werden. Der Regierungsrat wird die Rechtsprechung in dieser Angelegenheit jedoch beobachten und zu gegebener Zeit eine Neubeurteilung vornehmen.

Der Regierungsrat begrüsst die derzeitige Tendenz der Rechtsprechung zur Frage der Selbständigkeit und Unselbständigkeit im Prostitutionsgewerbe. Sie dient nicht zuletzt auch der Entstigmatisierung des Prostitutionsgewerbes. Zweifelsohne könnte der Gesetzgeber auf Stufe Bund – beispielsweise analog zum deutschen Prostitutionsgesetz⁴ – Grundlagen schaffen, die den Konflikt zwischen dem Zivil- und Strafrecht im Prostitutionsgewerbe beseitigen bzw. entschärfen. Dem Kanton steht hier, wie gesehen, von Verfassung wegen keinerlei gesetzgeberische Kompetenz zu. Neue kantonale Rechtsgrundlagen wären bundesrechtswidrig und damit nichtig. Entsprechend kann der Forderung der Motionärinnen und Motionäre nicht nachgekommen werden. Die Motion ist deshalb abzulehnen.

Antrag: Ablehnung

An den Grossen Rat

⁴ Gesetz der Bundesrepublik Deutschland zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz; ProstG; BGBl. I S. 3983):

§ 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.