

## Der Prostitutionsvertrag nach 3 Ob 45/12 g<sup>1)</sup>

ÖJZ 2012/82

1. Ein ewiges Lieblingsthema der Sittenwidrigkeit kommt mit der E 3 Ob 45/12 g zu einem späten, aber wohl nur vorläufigen Ende. „Fällt [Prostitution] noch unter § 879?“ Diese zweifelnde Frage hat Franz Gschnitzer schon 1934 in der ersten Auflage des *Klang*-Kommentars gestellt. Seine Unsicherheit gegenüber der hA wurde vom Wandel der Anschauung und der Befürchtung genährt, dass wenn solche Rechtsverhältnisse schutzlos seien, „zum unsittlichen Gewerbe noch unsittliche Ausbeutung hinzutritt“. <sup>2)</sup> Auf diesen Nenner lässt sich im Wesentlichen auch die nun vorliegende Entscheidung bringen. Der Entgeltanspruch der Prostituierten besteht, § 879 ABGB ist dafür kein Hindernis.

2. Die Kommerzialisierung der Sexualsphäre muss man auch heute nicht für beifallswert halten, *Graf* hat jüngst aber zu Recht angedeutet, dass diese Frage am Problem vorbeigeht und eine daran geknüpfte Verweigerung des Entgeltanspruchs dem Schutz der Prostituierten wenig dienlich sei. <sup>3)</sup> Dass eine solche Verweigerung des Anspruchs auf die Gegenleistung sonst – über die zweiseitige, vertragsrechtliche Beziehung hinausgehende, etwa gesellschaftliche – wohltätige Wirkungen entfaltet hätte, <sup>4)</sup> wird ebenfalls nicht (mehr) behauptet, sodass die Entscheidung des OGH zu teilen ist: Wenn sichergestellt ist, dass offenkundig abzulehnende weil untragbare Ansprüche auf sexuelle Dienstleistungen ausgeschlossen sind, bestehen gegen einen Entgeltanspruch für erbrachte Dienstleistungen keine durchgreifenden Bedenken. <sup>5)</sup> Das bestätigt auch ein rechtsvergleichender Blick nach Deutschland, der bei der Ausfüllung einer Generalklausel wie § 879 ABGB nicht nur erlaubt, sondern bei einer so eng verwandten Rechtsordnung auch besonders naheliegend ist. <sup>6)</sup> Das deutsche Recht gewährt in § 1 ProstG der Prostituierten nach Vornahme der Leistungen eine „rechtswirksame Forderung“. <sup>7)</sup> Dass der OGH die Kommerzialisierung der Sexualsphäre nicht pauschal zur Sittenwidrigkeit führen lässt, bedeutet indes nicht, dass sie bei Hinzutreten weiterer Momente im konkreten Einzelfall nicht nach wie vor zu bejahen sein kann. In diesem Sinne gibt *Armbrüster* Beispiele für Leistungsinhalte, die immer noch eine absolute Nichtigkeit rechtfertigen. <sup>8)</sup>

3.1. Wie erreicht der OGH das Ziel? Orientiert man sich am deutschen Prostitutionsgesetz hätte es zwei Möglichkeiten für die Gewährung eines Entgeltanspruchs gegeben: Nach hA<sup>9)</sup> ist er das Ergebnis eines einseitig verbindlichen Vertrags, dessen Inhalt nicht sittenwidrig sei. Nach aA ist die Prostitution zwar sittenwidrig, das ProstG modifiziert aber die Rechtsfolgen von § 138 BGB (der Parallelbestimmung des § 879). <sup>10)</sup> Der OGH hätte sich die Sache leicht machen und am Sittenwidrigkeitsurteil festhalten können. Die deutsche Mindermeinung ließe sich ins österr Recht etwa mit einer relativen Nichtigkeit übersetzen, auf die sich nur die Prostituierte berufen kann, sodass der Entgeltanspruch gesichert wäre. Stattdessen stellt sich der 3. Senat einer weitergehenden inhaltlichen Bewertung und folgt dem Modell des einseitig verbindlichen Vertrags. Eine Parallele dazu kann man im Maklervertrag finden: Auch der Makler muss nicht tätig werden, tut er es, erhält er sein Entgelt. <sup>11)</sup> Durch die Betonung der einseitigen Verbindlichkeit tritt das heute als problematisch empfundene Element besonders zutage: Nicht erst die Entgeltlichkeit

1) Siehe EvBl 2012/111, in diesem Heft Seite 767.

2) *Gschnitzer* in *Klang*<sup>1</sup> II/2 (1934) 192; vgl aus Deutschland *Rother*, Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung, AcP 172 (1972) 498 ff und aus der jüngeren österr Literatur *Weitzenböck*, Die geschlechtliche Hingabe gegen Entgelt, JAP 1990, 14.

3) *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 87. Siehe aber noch unten 5.3.

4) Vgl BGHZ 67, 119.

5) *AA Krejci* in *Rummel*<sup>6</sup> § 879 Rz 78; unter Hinweis auf die Rsp *Bollenberger* in *KBB*<sup>3</sup> § 879 Rz 6; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 879 Rz 11.

6) Auf die Details der Sittenwidrigkeitsprüfung (innerrechtlich-außerrechtlich) kann hier nicht eingegangen werden; vgl restriktiv *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 62, weitergehend *Bollenberger* in *KBB*<sup>3</sup> § 879 Rz 5; *F. Bydliński* in *FS Gernhuber* 830 ff.

7) § 1 Satz 1 ProstG: „Sind sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden, so begründet diese Vereinbarung eine rechtswirksame Forderung.“

8) Bsp bei *Armbrüster* in *MüKo*<sup>6</sup> (2012) § 1 ProstG Rz 20.

9) BT-Drucks 14/5958, S 6; *Armbrüster* in *MüKo*<sup>6</sup> § 1 ProstG Rz 19 mwN.

10) Vgl *Ellenberger* in *Palandt*, BGB<sup>71</sup> (2012) § 1 ProstG Rz 2, BGH (in Strafsachen) NSTZ 2011, 278, 278.

11) Krit offenbar *Fischinger* in *Staudinger* (2011) § 1 ProstG Rz 25 mit Hinweisen auf Alternativen (zB Realvertrag).

der sexuellen Dienstleistung ist das Problem, schon die Bindung ist sittenwidrig oder der Vereinbarung gar nicht zugänglich.<sup>12)</sup> Das ist stimmig, hängt die Missbilligung einer Verpflichtung zu sexuellen Handlungen ja nicht an der Entgeltlichkeit (eine Verpflichtung zu unentgeltlichen sexuellen Dienstleistungen wäre ebenso unzulässig),<sup>13)</sup> sondern an der fehlenden Disponibilität dieses Persönlichkeitsrechts. Dass die Vertragsparteien im Einzelfall vielleicht doch eine Bindung wollen, ist kein Hindernis. Eine beabsichtigte Pflicht der Prostituierten wäre nach § 879 absolut nichtig. Für den Entgeltanspruch wäre das unproblematisch, weil bei der Sittenwidrigkeit der Normzweck für die Frage der Teilnichtigkeit maßgebend ist und dieser ganz unproblematisch für die Gültigkeit des restlichen Vertrags spräche.

3.2. Hält man die angebotene Dienstleistung mit dem OGH aber inhaltlich für so unproblematisch, werden Folgeprobleme begünstigt, die bei einer Qualifikation der Tätigkeit als sittenwidrig vielleicht nicht in der Schärfe zutage getreten wären.<sup>14)</sup> Während in Deutschland der Einwand „die Leistung sei ‚nicht gut‘ gewesen“<sup>15)</sup> durch § 2 ProstG abgeschnitten wird, hat das österr Recht keinen Ausschluss des Einwands der Schlechterfüllung. Ob sich die Gerichte mit der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags (§ 1052 ABGB) in solchen Fällen wirklich beschäftigen wollen, darf bezweifelt werden. Behandelt man sexuelle Dienstleistungen aber als normalen Leistungsgegenstand, wird man sich dieses Problem auch bei Sorgfaltsverbindlichkeiten kaum ersparen können.

4.1. Der Judikaturwandel wirkt auf den ersten Blick wie eine erhebliche Verbesserung der Rechtsstellung Prostituierten. Dasselbe hat man vom deutschen ProstG erhofft. Ebenso wie dort trägt der Schein wohl auch in Österreich. Glaubt man nämlich den Stellungnahmen zum ProstG, hält sich der praktische Wert der neuen Rechtslage von flüchtigen Gefühlen wie der Verbesserung des Selbstwertgefühls von Prostituierten und der Freude an der eigenen Liberalität abgesehen<sup>16)</sup> in Grenzen. In Österreich trifft das noch mehr zu, waren hier Ansprüche für Verdienstengang (§ 1325 ABGB)<sup>17)</sup> und sogar wettbewerbsrechtliche Ansprüche registrierter Prostituierten gegen illegale Straßenkonkurrenz<sup>18)</sup> schon länger anerkannt. Die nunmehrige Entscheidung bringt also nur einen klagbaren Anspruch auf das, was nach der Rsp bei Vorkasse schon bisher nicht zurückgefordert werden konnte<sup>19)</sup> und wo die Durchsetzung auch ohne gerichtliche Hilfe funktioniert haben dürfte.<sup>20)</sup>

4.2. Das ändert nichts am Umstand, dass eine klare Entscheidung schon dogmatisch begrüßenswert ist und die Position einzelner Betroffener verbessern mag. Man kann sich des Eindrucks aber nicht erwehren, dass die bisher bekannt gewordenen Fälle (wohl nicht nur wegen der Streitwertgrenzen) wenig mit dem Schutz einzelner Prostituierten zu tun hatten. Immer ging es um horrenden Forderungen von Bordellbetreibern,<sup>21)</sup> bei denen ein Großteil der Rechnung nicht auf sexuelle Dienstleistungen, sondern auf das „Rundherum“ (insb Getränkekonsumation) entfallen ist, auf das das frühere Sittenwidrigkeitssurteil ausgestrahlt hat.<sup>22)</sup> In 3 Ob 516/89 schlug ein gut 12-stündiger Saunabesuch mit Begleitung mit S 212.000,- zu Buche; in 7 Ob 228/08 t ließ ein Besachwaltet in zwei Jahren € 100.000,- im Bordell; im vorliegenden Fall hat der Notstandshilfe beziehende Bekl bei drei Besuchen innerhalb von zwei Wochen knapp € 8.500,- anschreiben lassen, weil es entgegen seiner früheren Gepflogenheiten nicht mehr möglich war, seine Besuche mit der Bankomatkarte seiner Mutter zu bezahlen oder zu besichern. Wäre das Recht nur für die Wachsam geschrieben,<sup>23)</sup> müsste man sich daran nicht stören. Da das aber nicht (mehr) der Fall ist, erinnert man sich an die Befürchtung von BGH und OGH, die Teil der Begründung des früheren Sittenwidrigkeitsurteils waren: Die typisierte Gefahr

der Ausnützung der Freier war ein Mosaikstein der bisherigen Sittenwidrigkeitsbegründung. Nun schießt man unzweifelhaft übers Ziel hinaus, wenn man wie früher zum Schutz unvorsichtiger Freier die Prostitution für sittenwidrig erklärt,<sup>24)</sup> die referierten Fälle lassen erhöhte Wachsamkeit aber durchaus angezeigt erscheinen. Auf drei Aspekte soll hingewiesen werden:

5.1. Die Gerichte haben früher explizit auf den Leichtsin, die Unerfahrenheit, die Triebhaftigkeit und die Trunkenheit von Personen hingewiesen<sup>25)</sup> und damit ihrer Entscheidung nahezu eine wörtliche Entsprechung von § 879 Abs 2 Z 4 ABGB zugrunde gelegt. Dem Wuchertatbestand wird in Hinkunft wohl die größte Bedeutung zukommen, wenn es um eine Kontrolle der eingeklagten Summen geht. Er ist flexibel handhabbar und bietet ein müheloses Korrektiv.

5.2. In Anbetracht der eingeklagten Summen ist auch noch auf § 934 ABGB hinzuweisen. Mehr als das Doppelte des gemeinen Wertes (§ 305 ABGB) muss der Freier also nicht bezahlen, ausschlaggebend ist der Marktpreis.<sup>26)</sup> Daraus ist natürlich nicht der Schluss zu ziehen, dass der gemeine Wert einer Flasche Sekt dem Supermarktpreis entspricht, da sonst jeder Ballbesuch zu zahllosen *laesiones enormes* führen würde. Vielmehr sind Zeit und Ort der Leistung und die Handelsstufe des Vertragspartners zu berücksichtigen,<sup>27)</sup> was im vorliegenden Fall aber nicht leicht fällt.<sup>28)</sup> Hinderlich könnte für eine Geltendmachung der Verkürzung über die Hälfte allerdings § 935 ABGB sein, der die Geltendmachung bei Kenntnis des wahren Wertes ebenso ausschließt<sup>29)</sup> wie beim Kauf aus besonderer Vorliebe.

5.3. Ein letzter Gedanke soll über das auf der Hand liegende Instrumentarium hinausgehen.<sup>30)</sup> Der OGH hat mit 3 Ob 45/12 g eine 180-Grad-Wende vollzogen und vertraut die Prostitution allgemeinen Regeln an. Wenn die Gefahr der Ausbeutung der Freier wirklich so groß ist, wie früher befürchtet wurde, könnte auch an eine differenzierte Lösung gedacht werden, die zwischen Sittenwidrigkeit und normaler Dienstleistung liegt und vielleicht allen Interessen Rechnung trägt. Auch wenn Prostitution nicht mehr sittenwidrig ist, kann man wohl nicht davon ausgehen, es mit einem von der Rechtsordnung besonders erwünschten Geschäft zu tun zu haben. Die referierten Beispiele zeigen zudem, dass in kurzer Zeit viel Geld verpuffen kann. Das ist umso problematischer, wenn das Ganze auf Kredit geschieht,

12) Vgl *Flume*, Rechtsgeschäft<sup>4</sup> (1992) 368 zB für die am anderen Ende des Spektrums angesiedelte Zölibatsklausel.

13) *Fischinger in Staudinger* (2011) § 1 ProstG Rz 15.

14) Ob Ansatzpunkt einer relativen Nichtigkeit die Tätigkeit oder letztlich nicht auch nur die Verpflichtung dazu gewesen wäre, muss hier dahinstehen.

15) BT-Drucks 14/5958, S 6.

16) Vgl *Fischinger in Staudinger* (2011) Vor ProstG Rz 8

17) 2 Ob 62/81 SZ 54/70.

18) 4 Ob 78/93 wbl 1994, 97.

19) 3 Ob 516/89.

20) *Ellenberger in Palandt*, BGB<sup>71</sup> § 1 ProstG Rz 1.

21) Vgl auch 7 Ob 228/08 t und schon 3 Ob 516/89.

22) Zur Ausstrahlung auf das Umfeld 3 Ob 516/89 im Anschluss an *Krejci* in (nunmehr) *Rummel*<sup>6</sup> § 879 Rz 78.

23) Vgl Dig 42,8,24.

24) Verwunderung über den Schutz der Freier als Normzweck auch bei *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 87.

25) BGHZ 67, 119, 125; 3 Ob 516/89

26) *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 160; jüngst ausführlich *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht (2008) 48.

27) *Helmich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 305 Rz 4; *Eccher in KBB*<sup>3</sup> § 305 Rz 4; *Kisslinger in Klang*<sup>3</sup> § 305 Rz 14; *Spielbüchler in Rummel*<sup>6</sup> § 305 Rz 3, der darauf hinweist, dass in letzter Linie auch der Kostenwert eine Rolle spielen könne, dazu wiederum krit *Winner*, Wert und Preis 49 ff.

28) Zum relevanten „Markt“ *Winner*, Wert und Preis 110 ff.

29) Vgl dazu *P. Bydliński*, JAP 1983, 41; restriktiv *Winner*, Wert und Preis 52 (Bewusstseins des vollen Ausmaßes der Verkürzung).

30) Dies auch wenn damit die Gefahr verbunden ist, sich dem faktischen status quo ante anzunähern.

wie im vorliegenden Fall.<sup>31)</sup> Für die Rettung „kurzsichtiger, schwachsinniger oder leidenschaftlicher Bürger“ vor verderblicher Sucht<sup>32)</sup> hat *Franz Zeiller* im ABGB an anderer Stelle Vorsorge getroffen. Das Gesetz hat keinen Sinn darin gesehen, „den nützlichen Verkehr nicht fördernde Verträge in Schutz zu nehmen und die Gerichtshöfe mit solchen Rechtsstreitigkeiten zu überladen“. Deshalb sieht § 1271 ABGB vor, dass Wett- und Spielschulden nur Naturalobligationen begründen.<sup>33)</sup> Der Erfüllung kann man sich nach der expliziten Anordnung in § 1271 ABGB nur sicher sein, wenn der Betrag wirklich entrichtet oder hinterlegt wurde.<sup>34)</sup> Dass die Interessenlagen nicht komplett deckungsgleich sind, ist auf Grund der verschiedenen Vertragsinhalte klar. Gegen „Vorauskassa“ würde aber auch bei der Prostitution wenig sprechen, die Befürchtungen *Zeillers* erinnern sehr an die hier ein-

schlägigen Fälle. Auch der elektronische Zahlungsverkehr dürfte kein Hindernis sein, wie elektronische bezahlte Kauttionen bei Mietwagenfirmen zeigen. Wenn also die früheren Befürchtungen des OGH zutreffen, wäre eine analoge Anwendung von § 1271 ABGB ein Mittel, um allen gerecht zu werden.

*Martin Spitzer*  
WU Wien

31) Eine Anwendbarkeit des Verbraucherkreditrechts scheidet in dem Fall dadurch aus, dass die Kreditierung nicht entgeltlich erfolgte (§ 4 VKrG).

32) *Zeiller*, Kommentar III/2, 659.

33) *Karner* in KBB<sup>3</sup> §§ 1267 – 1274 Rz 6; *Nowotny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1271 Rz 1.

34) *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT<sup>4</sup> (2010) Rz 10/5.