

Bekannt wurde Noel P. Keane in der Bundesrepublik durch den Prozeß um das Baby „M“. In seinem „Infertility Centre“ wurde der Vertrag zwischen Mary Beth Whitehead und William Stern geschlossen. Mehr als 180 Kinder sollen durch sein Engagement geboren sein, mehrere „Leihgeburten“ stehen aus.

Ehepaare, die sich für die Frankfurter Agentur interessierten, mußten eine Heiratsurkunde und ein ärztliches Attest, das die Unfruchtbarkeit der Frau bestätigt, vorlegen. Keane machte sich aber auch schon Gedanken über andere Kunden, für die die „Leihmutter“ phantastische Chancen eröffnen soll: z.B. Männer, die zwar ein Kind aber keine Frau wollen. Männern, die lieber einen Sohn möchten, könnte er mit der Insemination männlicher Samen behilflich sein (letzteres wird in den USA schon praktiziert, siehe dazu: Gena Corea, Die Muttermaschine, Berlin 1985, S. 195). In den USA tritt Keane vehement für die gesetzliche Verankerung der „Leihmutter“-Verträge ein.

Als wir (Frauen vom Feministischen Frauengesundheitszentrum, FINRAGE Frankfurt und andere Frauen des Feministischen Internationalen Netzwerks gegen Gen- und Reproduktionstechnologien) von der Eröffnung der Agentur erfuhren, starteten wir eine breite Kampagne; wir waren mit die ersten, die ihren Protest in der Öffentlichkeit äußerten. Zahlreiche autonome Frauengruppen, FINRAGE, Frauen/-gruppen in Parteien, Verbänden, Gewerkschaften und Kirchen haben mit uns eine große Allianz gebildet und eine sofortige Schließung der Agentur gefordert.

Nachdem sich auch die offiziellen Stellen dagegen ausgesprochen hatten und in der Existenz der Agentur einen Verstoß gegen das Adoptionsvermittlungsgesetz sahen, drohte die Stadt Frankfurt der Agentur die sofortige Schließung und Versiegelung an für den Fall, daß dort weiter „Leihmütter“-Verträge vermittelt würden. Das VG Frankfurt stellte die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Verbotsvorfügung wieder her, sodaß es zunächst so aussah, als dürfe die Agentur für die Dauer des Hauptverfahrens, das ja bekanntlich Jahre dauern kann, weiterhin Frauen als Brüterinnen vermieten und Kinder als Handelsware deklarieren. Der Hessische VGH hat mit Beschluß vom 23. 12. 87 (- 11 TH 3526/87 -) den Beschluß des VG Frankfurt aufgehoben.

Dies bedeutet zunächst das „Aus“ für die kommerzielle Vermittlung von „Leihmüttern“, zumindest in Hessen. Unsere Kampagne geht weiter. In Frankfurt haben wir ein Forum gegen „Leihmutter“ gegründet, das sich auch mit anderen Aspekten der Fortpflanzungstechnologie beschäftigen wird.

Die Kampagne hat uns viel Geld gekostet (Porto, Kopien, Telefon). Für 1988 sind dem Frauengesundheitszentrum, fast als einzigem hessischen Frauenprojekt, alle öffentlichen Mittel gestrichen worden. Für Spenden sind wir dankbar.

Fem. Frauengesundheitszentrum  
Kto.: 44 883, BLZ 500 501 02  
Stadtparkasse Frankfurt

Fem. FGZ  
Ute Winkler  
Hamburger Allee 45  
6000 Frankfurt 90  
Tel.: 069 / 43 15 23

*Monika Frommel*

## Kein Betrug zum Nachteil von Prostituierten

### Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 28.4.1987

*Die Aussicht einer Prostituierten, durch sexuelle Leistungen den versprochenen oder üblichen Lohn zu erhalten, gehört nicht zum strafrechtlich geschützten Vermögen.*

Beschluß des BGH vom 28.4.1987 - 5 StR 566/86 - (LG Bremen) (abgedruckt in: Strafverteidiger 87, 484)

Der 5. Strafsenat bestätigt mit diesem Beschluß den lapidaren Leitsatz aus dem Jahre 1953 (BGH St 4, 375): „Wer die Dirne um den vereinbarten Lohn prellt, begeht keinen Betrug.“ Eine Begründung wird nicht gegeben, die überfällige Auseinandersetzung mit der Literatur unterbleibt, und die Argumente des Landgerichts Bremen werden nicht erörtert.

Sachverhalt und Entscheidungsgründe beschäftigen sich mit Nebenfragen. Die Leserin hat das berechtigte Gefühl, hier seien strafjuristische Anfänger am Werke. Denn, um die Frage zu entscheiden, ob sich der Angeklagte wegen Betrugs strafbar gemacht hat oder nicht, so lernt man es im ersten Semester,

ist sein Verhalten unter die Merkmale des Gesetzes zu subsumieren. Was ist dem Angeklagten vorzuwerfen? Hat er die in ihrem Gewerbe noch unerfahrenen Prostituierten lediglich über seine Zahlungswilligkeit getäuscht oder hat er mehr getan? Ergänzen wir den Sachverhalt nach den Feststellungen des LG Bremen.

Danach ging der Angeklagte nach einem bestimmten Muster vor. Er wählte unerfahrene, drogenabhängige Prostituierte aus, baute eine Vertrauenssituation auf, brachte sie dazu, in seinen Wagen einzusteigen, vertröstete sie mit der Zahlung, schützte vor, den Wagen eines Freundes zu fahren und das Geld aus dem eigenen Wagen zu holen. Sobald die Frauen mit ihm aus dem Wagen ausgestiegen waren, um aus dem angeblich dem Angeklagten gehörenden Wagen das vereinbarte Geld zu erhalten, mußten diese erleben, daß jener wieder zurücklief, um mit seinem Auto davonzufahren.

In diesem trickreichen Umgehen der üblichen Vorleistung durch den Kunden liegt nicht nur eine Täuschung über die Zahlungswilligkeit. Die Täuschungshandlung bezieht sich nicht nur auf das nach herrschender Meinung rechtsunwirksame *Verpflichtungsgeschäft*, sondern auf die handelsübliche *Vorauszahlung*, also auf die von der Sittenwidrigkeit nicht erfaßte *Vermögensverfügung*. Die ganze Inszenierung, die der Angeklagte mehrfach in Abwandlungen durchgespielt hat, verfolgte den Zweck, die Geschädigten dazu zu bringen, auf die Vorauszahlung zu verzichten. Im Verzicht auf die Übergabe des Geldes liegt ebenso wie in der Vorleistung durch den Kunden eine Vermögensverfügung. Beide Fallkonstellationen müssen gleich behandelt werden.

Die begrifflichen Anforderungen an eine Vermögensverfügung im Sinne des § 263 StGB sind im übrigen gering; es genügt *jede tatsächliche Einwirkung auf das Vermögen*. Hätten die Frauen auf sofortiger Bezahlung bestanden, wäre entweder das Geschäft nicht zustande gekommen oder gegen Vorleistung. Der Vermögensschaden liegt in der Einbuße der geforderten Vorauszahlung. Der Angeklagte handelte auch mit Tatbestandsvorsatz und der erforderlichen Absicht. Die Vorteilsabsicht bezieht sich auf den kostenlos gewährten Geschlechtsverkehr. Dies genügt für die Bejahung des subjektiven Tatbestandes. Die erforderliche Stoffgleichheit zwischen dem erstrebten Vorteil und dem bei den Geschädigten eingetretenen Nachteil ist ebenfalls zu bejahen. Die Handlungen des Angeklagten erfüllen den Tatbestand des Betruges, nicht weil der Geschlechtsverkehr kostenlos gewährt wurde, dies ist nur der vom Angeklagten erstrebte Vorteil, sondern wegen des durch Täuschung erstrebten *Verzichts auf die Vorleistung*.

Prüft man die zum Verzicht auf die Vorleistung führende Täuschungshandlung, dann ergeben sich andere Rechtsprobleme als die, die der BGH in den Vordergrund seiner Überlegungen gestellt hat. Unerheblich ist die Frage, ob die Arbeitskraft einer Prostituierten zu deren rechtlich geschütztem Vermögen gehört, da die Vermögensverfügung nicht in der Ausübung des Geschlechtsverkehrs zu sehen ist, sondern im Verzicht auf die Vorauszahlung. Ebenso wenig kommt es auf die Rechtsnatur des üblicherweise nur gegen Geld gewährten Geschlechtsverkehrs an. Denn zwingend verlangt wird lediglich, daß die täuschungsbedingte Vermögensverfügung einen Vermögensschaden herbeiführen muß. Dieser ist nicht in der kostenlosen Arbeitsleistung zu sehen, sondern im Verlust des als Vorauszahlung vom Angeklagten verlangten Geldes. Daß dies ein Vermögensschaden ist, wird niemand bezweifeln. Die Bewertung des kostenlosen Geschlechtsverkehrs erfolgt erst bei der Prüfung, ob der vom Täter erstrebte Vorteil ein Vermögensvorteil ist. Hierzu genügt es, daß der Angeklagte Aufwendungen erspart hat. Wenn dies aber alles so auf der Hand liegt, fragt sich, wieso der BGH auf diese einfache und naheliegende Prüfung nicht gekommen ist.

Wir befinden uns mitten in einer verwickelten Konstruktion, mit deren Hilfe die doppelte bürgerliche Moral juristisch-technisch lebbar gemacht wird. Fragen wir also, ob die zivilrechtliche Konstruktion, die dem Beschluß des BGH zugrunde liegt, einen Sinn macht, bevor wir das strafrechtliche Problem juristisch-begrifflich zu lösen versuchen. Ich stelle folgende These auf: die zivilrechtliche Konstruktion macht Sinn.

Es gibt Verträge, die nicht binden können. Bei den Vertragsschließenden steht es frei, ob sie sich an ihre Vereinbarung halten wollen oder nicht. Nichts anderes bedeutet die Konstruktion, wonach ein sittenwidriger, schuldrechtlicher Vertrag – hier die Vereinbarung einer Prostituierten mit einem Kunden – rechtlich nicht durchgesetzt werden kann, während – wegen des Abstraktionsprinzips – die dinglichen Verfügungen wirksam bleiben und wegen § 817 Satz 2 BGB nicht kondiziert werden können.

Nicht die Sprache, wohl aber der sachliche Gehalt dieser Konstruktion ist einleuchtend. Das Versprechen, sexuelle Leistungen gegen Geld zu erbringen, kann rechtlich nicht erzwingbar sein. So zynisch dies bei einem Gewerbe wie der Prostitution, wo alles andere herrscht als Autonomie, auch klingt, es ist eine Konsequenz des Autonomieprinzips. Würde man das verpflichtende Grundgeschäft für rechtsverbindlich erklären, hätte dies unsinnige Ergebnisse zur Folge. Der Kunde könnte die Frau zum vereinbarten Geschlechtsverkehr zwingen oder umgekehrt. Störend ist lediglich die Sprache des 19. Jahrhunderts und des in dieser Zeit formulierten § 138 BGB nicht der Inhalt.

Die strafrechtlichen Konsequenzen richten sich nun danach, ob das Rechtsproblem auf der Ebene des rechtsunwirksamen Verpflichtungsgeschäftes angesiedelt wird oder auf der der wirksamen Verfügung. In der zweiten (belle) Etage der Verfügungen läßt die zur rechtlichen Konstruktion veredelte doppelte Moral die Anruchigkeit der Verpflichtungsgeschäfte verschwinden. Wie sollte es auch anders sein. Wenn es um das Vermögen als solches geht, hört der Spaß ebenso auf wie die Moral. Im Sachenrecht kommt es (im allgemeinen) auf die Frage der Sittenwidrigkeit der Verpflichtungsgeschäfte nicht mehr an; wieso soll die Prostituierte nicht in den Genuß dieser Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches kommen?

Es scheint so, als wolle der BGH ihr bis zu dem Zeitpunkt, in dem sie das Geld in ihren Händen hat, die Sittenwidrigkeit ihres Gewerbes anhängen. Nur so ist zu erklären, wieso der Leitsatz auf „die bloße Absicht, durch sexuelle Leistungen den versprochenen oder üblichen Lohn zu erhalten“, abstellt. Zwar wird zugestanden, daß das „was die Prostituierte als Entgelt erlangt hat“, rechtlich geschützt sei. Aber dies ist zu spät. Zwischen der bloßen Aussicht auf ein Entgelt und seiner Übereignung gibt es Zwischenstufen. Die sozialen Regeln der Prostitution, die zu umgehen der Angeklagte so große Mühe verwandt

hat, sehen die Vorauszahlung vor, um den Mangel der fehlenden Rechtswirksamkeit zu kompensieren. Der Verzicht auf die übliche Vorleistung ist mehr als eine rechtlich nicht geschützte Erwartung über die Zahlungswilligkeit des Kunden. Es geht um das Vermögen und nicht um die bloße Zahlungspflicht.

Klären wir also die Anforderungen, die an den Vermögensbegriff zu stellen sind. Das Landgericht Bremen meint, den geschilderten Sachverhalt nur mit Hilfe einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise zugunsten der Strafbarkeit des Angeklagten entscheiden zu können. Die Argumente klingen juristisch etwas blaß, die dahinter stehende Kriminalpolitik sentimental: „Mit dem Sinn und Zweck strafrechtlicher Vorschriften wäre es unvereinbar, den gesellschaftlich sowieso schon unterprivilegierten Mitbürgern, wie den hier Geschädigten, den Schutz des Strafrechts zu verweigern.“

Der 5. Strafsenat nimmt denn auch die Revision zum Anlaß, knapp und bündig, dem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff (RGSt 44, 230; BGHSt 2, 364) eine Abfuhr zu erteilen. Meines Erachtens hätte das Landgericht Bremen gut daran getan, die Strafbarkeit des Angeklagten nach dem herrschenden juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff zu begründen.

Nach der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre (RGSt 27, 300; BGHSt 4, 373; BGHSt 17, 300) ist strafrechtlich geschützt, was aus einem sittenwidrigen Geschäft erlangt wird. Es gelten die zivilrechtlichen Regeln der Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Da es aber im vorliegenden Fall um die Ebene der Verfügung und nicht um die der Zahlungspflicht geht, kann ein Vermögensschaden ohne Rückgriff auf die rein wirtschaftliche Betrachtungsweise bejaht werden. Bringt jemand die Prostituierte dazu, auf die Vorleistung zu verzichten, dann liegt in diesem Verzicht eine Vermögensverfügung, die losgelöst vom rechtsunwirksamen Verpflichtungsgeschäft einen Vermögensschaden im juristisch-ökonomischen Sinne herbeiführen kann.

Zu dieser Lösung kam schon das Reichsgericht (RGSt 44, 230) in einem etwas anders gelagerten Fall. Kennzeichnend ist nicht eine weite wirtschaftliche Betrachtungsweise, sondern eine streng juristisch-begriffliche Argumentation. Eine Ahnung von einer Rechtskultur, die begriffliche Argumente bevorzugt, vermittelt das Reichsgericht in dieser Entscheidung, die üblicherweise als Beleg für den wirtschaftlichen Vermögensbegriff zitiert wird, eine Lesart, die auf einem Mißverständnis der tragenden Urteilsgründe beruht (RGSt 44, 230; vgl. hierzu Lackner, LK § 263, Rdnr. 242). Es ging darum, ob beim Kauf eines objektiv untauglichen Abtreibungsmittels die *Vorleistung* ohne rechtswirksame Gegenleistung eine vermögensschädigende Vermögensverfügung sei. Das RG bejahte dies mit der Begründung, daß die Regelung des § 817 Satz 2 BGB nicht nur der Beja-

hung eines Schadens im Rechtssinne nicht entgegenstehe, sondern im Gegenteil. Gerade dort, wo das Zivilrecht keine rechtliche Durchsetzung gewähre, komme es auf die Vorleistung an. Ein Verzicht auf diese habe irreversibel einen Vermögensverlust zur Folge.

Die Begründung ist einleuchtend. Ein Schaden kann nicht deshalb geleugnet werden, weil „das Verlorene nicht im Rechtssinne zurückverlangt werden kann. Im Gegenteil. Wird nach § 263 StGB schon derjenige als in seinem Vermögen beschädigt angesehen, der die Möglichkeit hat, nachträglich einen Ausgleich seines Verlustes zu erreichen, so muß er erst recht als beschädigt gelten, wenn er diese Möglichkeit nicht hat. Die zivilrechtliche Betrachtungsweise darf bei der Behandlung der Frage nicht irreführen. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 817, S. 2) bei einem derartigen Sachverhalt dem Leistenden das Rückforderungsrecht vorenthält, so hat es damit die Tatsache des Verlustes nicht aus der Welt schaffen können. Was einmal geschehen ist, kann auch vom Gesetz nicht ungeschehen gemacht werden“ (a.a.O. S. 239/240).

Folgt man dieser Betrachtungsweise, dann kommt es nicht darauf an, ob der Zweck der Leistung sittenwidrig ist oder nicht, sondern ob die Leistung selbst einen Verlust an vermögenswerten Gütern nach sich zieht und dieser Verlust rechtlich geschütztes Vermögen betrifft.

Ganz anders die als Paradebeispiel für die wirtschaftliche Betrachtungsweise zitierte Entscheidung des OLG Hamburg aus dem Jahre 1966 (OLG Hamburg, NJW 1966, 1525; m. Bspr. Lenckner, JZ 1967, 105). Sie betrifft den umgekehrten Fall, nämlich die Strafbarkeit der Prostituierten bzw. deren Helfer. Der Leitsatz lautet: „Das Rückforderungsbegehren des ‚Freiers‘, dem die Dirne nach Erhalt des Unzuchtlohnes den dafür zugesagten Dienst verweigert, kann je nach den Umständen zum wirtschaftlichen ‚Vermögen‘ gehören.“

Die weiche Formulierung „je nach den Umständen“ hat ihren Grund in § 817 S. 2 BGB, wonach die erbrachte Leistung bei zugrundeliegendem sittenwidrigen Geschäft nicht zurückgefordert werden kann. Die rein wirtschaftliche Betrachtungsweise hat zur Konsequenz, die klare gesetzliche Regelung zu relativieren; und zwar nach den Umständen des Einzelfalls. Mit anderen Worten, man versucht das Gesetz durch Kasuistik zu „korrigieren“. Die gesetzliche Regelung, daß die vom Kunden erbrachte Vorleistung rechtlich geschützter Bestandteil des Vermögens der Prostituierten sei, wird in für den enttäuschten Kunden mitfühlenden Worten dargelegt: „Dem LG ist darin zuzustimmen, daß es dem allgemeinen Gefühl für Recht und Billigkeit stark zuwiderläuft, wenn eine Dirne den Unzuchtslohn einbehält, obwohl sie den versprochenen Dienst verweigert. Das kann aber nicht dazu führen, einen Anspruch ihres Geschäftspartners auf Rückzahlung anzuerkennen, da dem die strikte Bestimmung des § 817 Satz 2 BGB klar

entgegensteht ...". Das OLG sucht nach einem flexiblen Ausweg und verfällt auf die salomonische Formulierung, daß es bei rein wirtschaftlicher Betrachtungsweise darauf ankomme, „ob zu erwarten war, daß die Angeklagte ohne das Eingreifen der Mittäter aus einem Rest von Anstandsgefühl heraus sich z. B. auf Zureden oder Lärmen des Zeugen B. bereit gefunden hätte, das Geld herauszugeben.“

In der Literatur ist das Urteil des OLG Hamburg kritisiert worden. Es bestünde kein Grund, Ansprüche, die rechtlich nicht durchsetzbar sind, strafrechtlich abzusichern. Etwas anderes möge für schwer beweisbare Forderungen gelten. Aber immer dann, wenn eine erbrachte Leistung wegen § 817 Satz 2 BGB nicht zurückgefordert werden könne, dann handele es sich um rechtlich nicht geschütztes Vermögen. Eine Strafbarkeit wegen Betruges oder Erpressung entfalle (so Lenckner, Anm. zu OLG Hamburg, JZ 1967, S. 108).

Folgt man RG St 44, 230 und der herrschenden juristisch-ökonomischen Lehre, dann ist die Vorleistung Bestandteil des rechtlich geschützten Vermögens. Die Übertragung dieses Gedankens auf den hier zu entscheidenden Fall liegt auf der Hand. Wenn die Vorleistung eine Vermögensverfügung ist, dann ist es auch der Verzicht auf Vorauszahlung, da es keinen Grund für eine Differenzierung gibt. Beide Theorien, die wirtschaftliche wie die juristisch-ökonomische kommen zu demselben Ergebnis. Aber die juristisch-ökonomische Theorie argumentiert klarer.

#### Strafbarkeit oder Straflosigkeit?

Begriffliche Lösungen sind durch teleologische Überlegungen zu rechtfertigen, um sicher zu gehen, daß begriffliche Netze nicht zum Selbstzweck werden. Eine *Minimalforderung* hat das LG Bremen schon genannt. Entscheidungen müssen *konsistent*

sein. Nach der hier vertretenen Lösung machen sich beide strafbar, die Prostituierte ebenso wie der Kunde, wenn sie eine Vorleistung durch Täuschung erreichen bzw. den Verzicht auf jene. Damit ist aber nicht abschließend dargelegt, daß dieses Ergebnis unter teleologischen Gesichtspunkten überzeugend ist. Straftatbestände können trotz formaler Erfüllung der Tatbestandsmerkmale restriktiv ausgelegt werden.

Denkbar sind also zwei Lösungen. Entweder werden derartige Täuschungsfälle strafrechtlich verfolgt oder das Strafrecht zieht sich wegen der Besonderheit der zugrundeliegenden Problematik zurück. Eine restriktive Auslegung kann nicht, wie der BGH es vorschlägt, einseitig zu Lasten der Prostituierten über den Vermögensbegriff erfolgen, sondern nur mit Erwägungen, die auf die Selbstschutzmöglichkeiten der geschädigten Personen abstellen. Diese Meinung vertritt Barton (Strafverteidiger 1987, 485) und schlägt vor, § 263 StGB ganz allgemein nach dem *Gedanken der „Opfermitverantwortung“* als unbewußtes Selbstschädigungsdelikt zu behandeln, Betrug also immer dann zu verneinen, wenn die Geschädigten ein bewußtes Risiko für ihr Vermögen eingegangen sind. Wer die in der „Szene“ üblichen Sicherungsvorkehrungen mißachte, müsse sich den Schaden selbst zurechnen. Eine Strafbarkeit entfalle.

Die Konsequenz dieser Meinung ist eine Art Wildwest-Moral. Sie leuchtet nicht ohne weiteres ein. Haupteinwand ist der, daß besonders unerfahrene, Risiken falsch einschätzende Personen von erfahrenen Täuschern umso ungestrafter hinters Licht geführt werden könnten. Für Bartons These spricht aber folgendes: In Szenen, in denen es unüblich bis verpönt ist, die Polizei zu rufen, ist die Ansicht, das Strafrecht könne potentielle Opfer vor Betrug schützen, begründungspflichtig. Strafverfolgung wird so selektiv, daß es naheliegt, die Straftatbestände so restriktiv wie möglich auszulegen.

Aus naheliegenden Gründen stützt der BGH seine Ansicht nicht mit dieser strafrechtsskeptischen Begründung. Sie paßt nicht in das Bild, das ansonsten von den Möglichkeiten strafrechtlicher Verfolgung gezeichnet wird. Wenn man aber schon meint, mit Mitteln des Strafrechts reagieren zu müssen, dann müssen gleichgelagerte Fälle auch gleich behandelt werden. Dies ist nach den Grundsätzen, die die Rechtsprechung entwickelt hat, nicht gewährleistet. Die Prostituierte macht sich wegen Betrugs strafbar, wenn sie eine Vorleistung betrügerisch erlangt, hingegen soll es an der Strafbarkeit im umgekehrten Falle fehlen.

Vorzuwerfen ist der Strafjustiz nicht, daß sie die Strafbarkeit des Kunden im Ausgangsfall verneint hat, denn dieses Ergebnis ließe sich begründen, vorzuwerfen ist ihr die Ungleichbehandlung. Das Strafrecht wird weder die Prostituierten noch deren Kunden vor dem Zugriff von Zuhältern schützen können. Aber unhaltbar ist eine einseitige Rechtsprechung,

die viel Verständnis für die Lage des geprellten Kunden, aber wenig Sinn für die gefährliche Situation der Frauen hat, die von Prostitution leben. Vervollständigen wir das Bild einer in sich nicht konsistenten Rechtsprechung.

#### Die Probe aufs Exempel: Selbsthilfe des geprellten Freiers?

Zur „Verwerflichkeit“ der gewaltsamen Rückabwicklung an § 817 Satz 2 BGB vorbei:

In einer 1962 ergangenen Entscheidung des BGH (BGHSt 17, 328) nahm ein Kunde, der vorgeleistet und mit der Gegenleistung unzufrieden war, mit Gewalt sein – wegen § 817 Satz 2 BGB nicht bestehendes Recht – in die Hand. Nachdem ihn das Instanzgericht wegen Nötigung verurteilt hatte, erging ein aufhebendes Urteil des BGH. Zwar habe der Angeklagte kein Selbsthilferecht, da er überhaupt keinen Rückgabeanspruch habe. Aber er nahm einen solchen irrtümlich an. Einem solchen Verhalten hafte kein erhöhter Grad sittlicher Verwerflichkeit an, so daß die Nötigung nicht rechtswidrig, da nicht im Sinne des § 240 Abs. 2 „verwerflich“ sei.

Schon im Tatsächlichen werden hier Kulissen geschoben. Jeder kundige Kunde weiß, daß er ein Risiko eingeht. Er leistet vor, kann aber nicht sicher sein, ob er die Gegenleistung erhält. Die Unsicherheit ist generalpräventiv gesehen eher heilsam, weil sie sparsamen Menschen eher andere Konsumgewohnheiten nahe legt. Dessen ungeachtet unterstellen die Karlsruher Richter einen Irrtum über ein vermeintliches Selbsthilferecht. Sie hätten nun juristisch argumentieren und ausführen können, daß dies ein unbeachtlicher Verbotsirrtum sei: denn er sei unvermeidbar. Bei der Verwerflichkeitsprüfung wären Ausführungen zu erwarten gewesen über das Ausmaß der eingesetzten Gewalt. Diese war im entschiedenen Fall erheblich und brutal (Ohrfeigen und Ziehen an den Haaren). Offenbar bestand ein Bedürfnis, ex cathedra festzustellen, man dürfe Prostituierte, die sich auf ihr Recht berufen, ruhig härter anfassen.

#### Welche Normen wollen die Karlsruher Richter stabilisieren?

Wie immer die jeweils gegebenen Begründungen gewendet werden, ein Muster zeigt sich durchgängig. Vernachlässigt werden juristisch-begriffliche Argumentationen, stattdessen wird in ethisierende Formeln ausgewichen. Diese wirken wie eine Kumpanei mit den Kunden. Deren Vermögensinteressen werden strafrechtlich abgesichert, vermeintliche Selbsthilferechte werden toleriert. Die Normen, die revisionsrechtlich bekräftigt werden, sind gefährlich. Sie definieren die Prostituierte als Rechtlose und suggerieren dem Kunden ein Recht, sogar eines auf Selbstschutz am Gesetz vorbei.

#### Beschluß

OLG Stuttgart §§ 138 BGB, 114 ZPO

#### Sittenwidrigkeit gesamtschuldnerischer Kreditverpflichtung

*Ein Darlehensvertrag ist unwirksam, wenn die Gläubigerin (hier: die Bank) der geschäftlich unerfahrenen Schuldnerin (hier: eine Ehefrau mit kleinen Kindern ohne Einkommen) rät oder sie drängt, eine Verpflichtung auf sich zu nehmen, von welcher von vornherein für die Gläubigerin unübersehbar feststeht, daß die Schuldnerin sie nicht wird erfüllen können.*

Beschluß des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 3. April 1987 – 6 U 163/86 –

Aus den Gründen:

I.

Der Fall eignet sich als Musterprozeß zur Klärung der Rechtsfrage: Ist ein Darlehensvertrag unwirksam, wenn der Gläubiger dem geschäftlich unerfahrenen Schuldner rät oder ihn drängt, eine Verpflichtung auf sich zu nehmen, von welcher von vornherein (für den Gläubiger unübersehbar) feststeht, daß der Schuldner sie nicht wird erfüllen können?

1. Soweit ersichtlich, ist dieser Gesichtspunkt bislang in der Rechtsprechung als ein Indiz für den Sittenverstoß herangezogen worden (vgl. RGZ 147/344, 346 f., BGH in NJW 1966, 1451 ff., OLG Düsseldorf in ZIP 84, 167, OLG Köln ZIP 87, 363) oder aber herangezogen worden als für den Sittenverstoß „von besonderer Bedeutung“ – was immer das heißen mag – (BGH in NJW 82, 1457, OLG Frankfurt in ZIP 84, 1465). Offen geblieben ist bislang die Frage, ob dieser Gesichtspunkt allein schon ausreicht, dem Vertrag die rechtliche Wirksamkeit abzusprechen. Der Senat neigt dazu, diese Frage zu bejahen.

2. Wenn eine Ehefrau mit kleinen Kindern ohne Einkommen und ohne Vermögen von der Bank (oder dem Vermittler) gedrängt wird, den Darlehensvertrag als Mitschuldnerin zu unterschreiben – widrigenfalls der Ehemann den beantragten Kredit nicht bekommt – dann steht in der Regel fest, daß die während der Vertragszeit vereinbarten Raten (falls der Ehemann als Zahler ausfällt) von der Ehefrau auf keinen Fall erbracht werden können.

Die Bank kann allenfalls hoffen, daß irgendwann einmal – wenn die Kinder groß sind – die Frau eine Arbeit aufnehmen wird, so daß es dann etwas zu pfänden geben kann. Diese Aussicht aber führt selbst dann in der Regel zu lebenslanger Verschuldung, wenn der Zinssatz nicht gegen die guten Sitten verstößt.

II.

Der Ratenkredit (zur Ablösung eines vom Ehemann allein aufgenommenen Kredits) betrug ur-