

Urteil

BSG, SGB 4 § 7 Abs. 1, SGB 5 § 5 Abs. 1 Nr. 1, SGB 6 § 1 S 1 Nr. 1, AFG § 168 Abs. 1 S 1, BGB § 138 Abs. 1

Sexuelle Dienstleistungen per Bildschirmtext versicherungspflichtig

1. Zur Abgrenzung abhängiger Beschäftigung von selbständiger Tätigkeit bei Honorarkräften, die über Bildschirmtext Dialoge sexuellen Inhalts führen.

2. Der Versicherungspflicht einer solchen Beschäftigung steht eine etwaige Sittenwidrigkeit nicht entgegen.

(amtlicher Leitsatz)

Urteil des BSG v. 10.8.2000 – Az: B 12 KR 21/98 R

Aus dem Sachverhalt:

Streitig ist, ob ein Mitarbeiter [...] der Klägerin [...], versicherungs- und beitragspflichtig beschäftigt war und die Klägerin für ihn Beiträge zu zahlen hat.

Die Klägerin bietet Online-Dialoge im Bildschirmtextsystem (Btx) der Deutschen Telekom an. Die Dialoge läßt sie von Mitarbeitern auf der Grundlage von „Honorarverträgen“ führen. Sie bedient sich hierfür zahlreicher „Honorarkräfte“, bei denen es sich um Schüler, Studenten, Angehörige verschiedener Berufe, Arbeitslose, Hausfrauen und Rentner handelt. Deren Aufgabe be-

steht nach kurzer Schulung im wesentlichen darin, mit den Kunden der Klägerin („Anrufer“) Bildschirmdialoge in Form eines Frage- und Antwortspiels zu führen. Die Btx-Dialoge sind sexuellen Inhalts. Sowohl die „Anrufer“ als auch die Mitarbeiter der Klägerin bleiben dabei anonym. Die „Anrufer“ entrichten ihr Entgelt für die Dialoge an die Deutsche Telekom, die es nach Einbehalt ihres Gebührenanteils an die Klägerin weiterleitet. [...]

Aus den Gründen:

[...] Der Beigeladene zu 1) war i.S. des § 7 Abs. 1 SGB IV aF abhängig beschäftigt. [...]

3. Der Versicherungs- und Beitragspflicht des Beigeladenen zu 1) in seiner Beschäftigung bei der Klägerin steht nicht entgegen, daß er mit den Kunden der Klägerin Dialoge sexuellen Inhalts führte und der zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) geschlossene und durchgeführte Vertrag deshalb möglicherweise wegen Sittenwidrigkeit nichtig war.

a) Gemäß § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann sich daraus ergeben, daß es auf Betätigungen mit sexuellem Bezug gerichtet ist. [...]

Als sittenwidrig wurden Verträge angesehen, die auf die Ausübung der gewerbsmäßigen Prostitution gerichtet sind (BGHZ 67, 119, 122 ff, zum Schadensersatzanspruch einer Prostituierten trotz Sittenwidrigkeit ihrer Betätigung) oder deren Gegenstand die Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf der Bühne ist (BAG AP Nr. 34 zu § 138 BGB = NJW 1976, 1958; BVerwG NJW 1982, 665 zur Versagung einer gewerberechtlichen Erlaubnis für derartige Veranstaltungen). Ebenso haben das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) Sittenwidrigkeit bei Peep-Shows (BVerwGE 64, 274, 276; 84, 314, 317 f) und der Bundesgerichtshof (BGH) bei vertragsmäßigem Telefonsex angenommen (BGH LM Nr. 14 zu § 138 [Ce] BGB = NJW 1998, 2895, 2896). Hingegen wird die Tätigkeit einer Stripteasetänzerin nicht als sittenwidrig angesehen (BVerwGE 71, 29, 30; 84, 314, 320) und bei ihr vom Bundesarbeitsgericht (BAG) jedenfalls ein faktisches Arbeitsverhältnis angenommen (BAG AP Nr. 18 zu § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis). Schließlich wird die Sittenwidrigkeit der Vorführung pornographischer Filme (BVerwGE 71, 34, 38 zur Versagung einer Gaststättenerlaubnis) oder des Vertriebs pornographischer Schriften ebenso verneint wie die Sittenwidrigkeit von Verträgen über Zulieferungs- und Hilfsleistungen für Betriebe mit sittenwidrigen Veranstaltungen (BGHZ 63, 365, 367 zur Wirksamkeit von Pachtverträgen über Bordelle unter Aufgabe früherer Rspr; BGH NJW-RR 1987, 999 zur Wirksamkeit eines Bierlieferungsvertrages mit einem Bordell).

b) Wird der Vertrag zwischen dem Beigeladenen zu 1) und der Klägerin an § 138 Abs. 1 BGB gemes-

sen, ist die Sittenwidrigkeit zweifelhaft. Zwar sollten die Kunden der Klägerin die Möglichkeit zu sexuellen Praktiken erhalten und auf Wunsch hierzu bis zur Selbstbefriedigung animiert werden. Die entsprechenden teils oder sogar überwiegend obszönen Dialoge mit den Anrufern wurden jedoch lediglich schriftlich über ein elektronisches Medium geführt. Körperliche, akustische oder visuelle Kontakte fanden nicht statt, ebensowenig wurde eine Person zur Schau gestellt. Die Dialoge blieben auf die Dialogpartner beschränkt und waren Dritten oder der Öffentlichkeit nicht zugänglich. Allenfalls nutzte die Klägerin sie zu Abrechnungs- oder Kontrollzwecken, jedoch ohne Interesse an ihrem Inhalt. Beide Dialogpartner waren in der Gestaltung und Fortführung ihrer Texte frei. Auch die Mitarbeiter der Klägerin konnten die Dialoge abbrechen, was nach Feststellung des LSG gelegentlich auch geschehen ist. Die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) hatte somit zwar sexuellen Bezug. Er wurde aber weder zum bloßen Objekt herabgewürdigt noch wurde sein Intimbereich zur Ware gemacht. Im Zivilrecht sind Btx-Dialoge sexuellen Inhalts nicht als sittenwidrig beurteilt worden (Oberlandesgericht [OLG] Köln VersR 1998, 725, 726 = NJW-RR 1998, 1277; zustimmend Schulze, JuS 1998, 636; desgl. LG Aachen CR 1997, 153 anscheinend als Vorinstanz zu OLG Köln a.a.O.). Ebenso hat das OLG Hamm im Urteil vom 23. November 1999 (26 U 139/99) bei einem Telefondienstvertrag entschieden, bei dem es gleichfalls an persönlichen Gesprächen fehlte, vielmehr Botschaften im Rahmen eines „Zapp-Karussells“ auf virtuellen Mailboxen übermittelt wurden.

c) Der Senat läßt offen, ob der Vertrag zwischen dem Beigeladenen zu 1) und der Klägerin hiernach gegen die guten Sitten verstieß. Auch wenn das zutreffen sollte, war der Beigeladene zu 1) versicherungs- und beitragspflichtig beschäftigt.

§ 7 Abs. 1 SGB IV a.F. beschreibt für die Sozialversicherung Beschäftigung als „die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“. Versicherungs- und Beitragspflicht [kann] auch eintreten, wenn das zugrundeliegende Rechtsgeschäft zivilrechtlich nichtig ist, aber gleichwohl nichtselbständige Arbeit für einen anderen geleistet wird. Wie sich aus der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 7 Abs. 1 SGB IV ergibt (oben 1), unterscheidet diese Vorschrift zwischen dem Arbeits- und dem Beschäftigungsverhältnis. Es kommt für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses nicht darauf an, ob ein wirksamer Arbeitsvertrag geschlossen worden ist oder ob lediglich ein faktisches Arbeitsverhältnis vorliegt. Ein Beschäftigungsverhältnis i.S. des § 7 Abs. 1 SGB IV a.F. liegt jedenfalls auch vor, wenn bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages ein faktisches Arbeitsverhältnis besteht.

[...]Die Grundsätze des faktischen Arbeitsverhältnisses finden nur dann keine Anwendung, wenn dem Vertrag so schwere Rechtsmängel anhaften, daß die Anerkennung quasi-vertraglicher Ansprüche der Grundauffassung der geltenden Rechtsordnung widersprechen würde (vgl. Schaub, a.a.O., § 36 RdNr. 42). Letzteres hat das BAG zB für die Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf der Bühne angenommen (BAG AP Nr. 34 zu § 138 BGB = NJW 1976, 1958). [...]

f) [...]Es besteht [...] zumindest in Fällen, in denen das Arbeitsrecht von einem faktischen Arbeitsverhältnis ausgeht, kein Zweifel daran, daß die zivilrechtliche Fehlerhaftigkeit des Rechtsgeschäfts (Arbeitsvertrages) der Begründung eines versicherungs- und beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegensteht [...]

g) Gründe dafür, daß dies bei Arbeiten aufgrund sittenwidriger Rechtsgeschäfte grundsätzlich anders sein soll, sind nicht ersichtlich. Der Annahme eines Arbeitsverhältnisses i.S. des § 7 Abs. 1 SGB IV a.F. und damit eines (versicherungs- und beitragspflichtigen) Beschäftigungsverhältnisses steht jedenfalls bei dem vorliegenden Sachverhalt eine etwaige Sittenwidrigkeit nicht entgegen. Hiervon ist das SG Hamburg sogar für die Beschäftigung von Frauen in einer Peep-Show ausgegangen (Die Beiträge 1983, 118 ff). In der Literatur wird hingegen verbreitet die Ansicht vertreten, bei einem Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt und daher zivilrechtlich nichtig ist, komme ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis nicht zustande (vgl. z.B. Brackmann, a.a.O., Bd I/2 S 308g; Bd. II S 471; Gitter, Sozialrecht, 4. Aufl. 1996, § 7 S 75; Krejci, VSSR 1977, 301, 311, 315; Merten in GemeinschaftsKomm-SGB IV, 1992, § 7 RdNr. 27; VerbandsKomm, Herausgeber: Verband Deutscher Rentenversicherungsträger, § 7 SGB IV Anm. 2.3, Stand Juli 1999; anderer Ansicht Schuln/Igl a.a.O. § 7 RdNr. 132). Der nicht näher begründeten herrschenden Ansicht folgt der Senat in ihrer Allgemeinheit nicht. [...]

h) Sofern der Auffassung von der Ablehnung der Versicherungs- und Beitragspflicht die Vorstellung zugrunde liegen sollte, damit könne Sittenwidrigkeit eingedämmt werden, ist eher das Gegenteil der Fall. Die entsprechenden Wirtschaftszweige würden vielmehr gefördert, wenn sie von Beitragslasten frei blieben und ihnen auf dem Arbeitsmarkt hierdurch gegenüber beitragspflichtigen Unternehmen Wettbewerbsvorteile entstünden. Daß von dem damit einhergehenden Verlust an sozialrechtlichem Schutz eine nicht geringe Zahl von Beschäftigten betroffen wäre, ist angesichts einer Vielzahl von Unternehmen, die Dienste und Produkte mit sexuellem Bezug anbieten und hierfür werben, allgemein bekannt. Dabei geht die Ausweitung dieser Branche mit einer zuneh-

menden Nachfrage nach derartigen Dienstleistungen einher, wofür eine Lockerung der Sittenmaßstäbe in der Bevölkerung angeführt wird (vgl. hierzu Behm, NJW 1990, 1822, 1826; Rother, AcP 172 [1972], 498 ff.). Werden solche Dienste staatlicherseits genehmigt oder zumindest geduldet, besteht kein Grund, sie jedenfalls bei Sachverhalten der vorliegenden Art von der Versicherungs- und Beitragspflicht auszunehmen.

i) Die einzelnen Bücher des SGB enthalten keine Vorschriften, die bei Sittenwidrigkeit des Arbeitsvertrages die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder die Anordnung von Versicherungs- und Beitragspflicht ausdrücklich oder durch Bezugnahme auf § 138 Abs. 1 BGB ausschließen. Der Zweck dieser Vorschrift verlangt nicht, sie im Rahmen des § 7 Abs. 1 SGB IV a.F. entsprechend anzuwenden mit der Folge, daß sie einem versicherungs- und beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnis allgemein entgegenstünde. § 138 Abs. 1 BGB erkennt an, daß es keinen rechtlichen Zwang zu unsittlichen Handlungen geben darf (vgl. die Vorlagen der Redaktoren für die Erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB, herausgegeben von Werner Schubert, Allgemeiner Teil, Bd. 2, Abschnitt II, 2. Titel, V § 27 S. 140; Richardi in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd 1, 1992, § 44 RdNr. 11). Ein solcher zukunftsgerichteter Zwang wird durch die Anerkennung der Versicherungs- und Beitragspflicht einer aus zivilrechtlicher Sicht etwa unsittlichen, jedoch durchgeführten Beschäftigung nicht ausgeübt. Die Vertragspartner werden hierdurch für die Zukunft nicht an einer Verpflichtung zu unsittlichen Handlungen festgehalten. [...]

Anhang der Redaktion:

Aus der neueren Rechtsprechung zur Prostitution:

LG Rostock 1. Zivilkammer vom 19.10.2000 (Az: 1 S 262/00)

Der Vertrag über ein Telefonsexgespräch ist nicht sittenwidrig i.S.v. § 138 BGB (Anschluß OLG Jena, 11. Juli 2000, 9 U 393/00, OLG-NL 2000, 169; entgegen BGH, 9. Juni 1998, XI ZR 192/97, NJW, 1998, 2895).

AG Bottrop vom 21.1.2000 (Az: 8 C 475/99)

Live-Telefonsexgespräche sind ebenso wie Telefonsprechangebote vom Band oder über sogenannte virtuelle Mailboxen nicht sittenwidrig. Sie machen weder den Intimbereich zur Ware oder vermarkten den menschlichen Körper, noch würdigen sie die Gesprächspartner zum Objekt herab. Es kommt vielmehr im fraglichen Bereich lediglich zum akusti-

schen Kontakt, bei dem sexuelle Handlungen in der Regel nur vorgespielt werden (entgegen BGH, 9.6.1998, XI ZR 192/97, NJW 1998, 2895).

Fundstelle: MMR 2000, 296-297

VG Berlin 4. Kammer vom 17.1.2000 (Az: 4 A 441.99)

1. Ein Einzelfall, in dem nach vorläufiger Prüfung die Anbahnung geschlechtlicher Beziehungen und das Ausleben sexueller Neigungen in den Räumen einer Gaststätte (hier: sogenannter Swinger-Club) grundsätzlich nicht gegen die guten Sitten verstoßen, wenn sie durch Gäste freiwillig und unentgeltlich vorgenommen werden und darüber hinaus sichergestellt ist, dass Unbeteiligte und Jugendliche nicht mit dem Geschehen konfrontiert werden.

2. Es liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine verbreitete behördliche Praxis vor, das Betreiben solcher Gewerbebetriebe zu unterbinden. Für eine vielmehr zurückhaltende behördliche Praxis spricht die geringe Anzahl veröffentlichter gerichtlicher Entscheidungen zu derartigen Einrichtungen, deren Ausbreitung bereits vor mehreren Jahren begonnen hat. Die Öffentlichkeit scheint dem überwiegend mit Gleichgültigkeit gegenüberzustehen; dass sich gegen die Ausbreitung von Swinger-Clubs oder vergleichbarer Einrichtungen deutlicher Widerspruch geregt hätte, ist nicht erkennbar.

Fundstelle: GewArch 2000, 125-126

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg 11. Senat vom 19.4.2000 (Az: 11 S 1387/99)

Die als selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübte Prostitution wird von der Niederlassungsfreiheit bzw. der Dienstleistungsfreiheit des Europäischen Gemeinschaftsrechts erfasst. (Leitsatz)

Fundstelle: NVwZ 2000, 1070-1074

BFH 10. Senat vom 23.2.2000 (Az: X R 142/95)

1. Die „körperliche Hingabe gegen Entgelt“ einer Prostituierten ist eine Leistung i.S. von § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 UStG, weil diese mit ihrer Tätigkeit einen wirtschaftlichen Erfolg durch Erzielung von Einnahmen bezweckt; hierbei ist ohne umsatzsteuerrechtliche Bedeutung, dass die Leistung und das ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft sittenwidrig sind (vgl. BFH-Urteile vom 04.06.1987 V R 9/79 und vom 29.10.1987 V R 130/85). Umsatzsteuerbare Leistungen erbringt regelmäßig auch der Zuhälter an „seine“ Prostituierten (vgl. BFH-Beschluss vom 29.08.1991 V B 116/90).

2. Eine als sittlich anstößig eingestufte Vermietung von möblierten Zimmern an Prostituierte ist gewerblich (vgl. BFH-Urteil vom 12.04.1988 VIII R 256/81).

Fundstelle: NJW 2000, 2919-2920