

Susanne Pötz-Neuburger

Billig und ungerecht —

Über den anständigen Umgang der Rechtsprechung mit Prostituierten

Prostituierte sitzen uns selten gegenüber in unseren Büros. Wer hätte je eine Prostituierte darüber beraten, ob die von ihr gezahlte Miete wucherisch überhöht und deshalb herabzusetzen sei? Oder darüber, ob der von ihr mit dem Freier vereinbarte Lohn nun vor dem Amtsgericht oder dem Arbeitsgericht einzuklagen sei — oder vor keinem von beiden?

Wenn sie nicht gerade aus der Prostitution aussteigen und uns für die Vertretung der Nebenklage gegen den Zuhälter in Anspruch nehmen, so benötigen sie nicht unseren Rat.

Prostituierte kennen ihre Rechte — oder besser, sie wissen, daß sie keine haben.

Die Prostitution als das „älteste Gewerbe der Welt“ ließe sich bei rationaler Betrachtung unschwer in das bürgerliche Rechtssystem einordnen, mit mehr oder weniger ausgewogenen Rechten und Pflichten beider Vertragspartner und mit einer — zumindest theoretisch — gleichen Möglichkeit, Täter und Opfer einer Straftat zu werden. Daß es nicht so ist, wissen alle.

Es drängt sich die Vermutung auf, daß Prostitution ein rechtlich ungeschützter Bereich ist, damit sie sich nicht ausbreitet, möglichst verschwindet. Wenn es dem Gesetzgeber wirklich darum ginge, läge es nahe, die Prostitution einfach zu verbieten — über die Wirksamkeit derartiger Verbote läßt sich allerdings streiten. Schon das Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches von 1871 enthielt jedoch keine generelle Strafbarkeit der Prostitution und es hat weder vor noch nach 1871 ernsthafte Ansätze hierzu gegeben.

Es geht also nicht um Abschaffung der Prostitution. Im Gegenteil: Ziel staatlicher Prostitutionspolitik seit dem 19. Jahrhundert ist der Ausschluß der Prostitution aus der Öffentlichkeit verbunden mit ihrer Institutionalisierung und Reglementierung¹. Dies läßt sich gerade im Bereich des Strafrechts eindeutig nachweisen².

Wo es um nichtstaatlichen, sozusagen privaten Umgang mit der Prostitution geht, wird bei genauerer Betrachtung deutlich, daß Prostitution kaum jemandem schadet, aber vielen nützt:

den Freiern zunächst, den Bordellbesitzern, Vermietern, Wirten, den Taxifahrern, Polizisten, in großen Städten, wie z. B. Hamburg, einem ganzen Zweig des Tourismusgewerbes, und nicht zu vergessen, dem Fiskus.

Sie alle profitieren, ja leben von dieser rechtlosen, aber beileibe nicht unrechtmäßigen Arbeit der Prostituierten. Und wo solch ein umfangreicher Wirtschaftszweig mit respektablem Anteil am Bruttosozialpro-

dukt entstanden ist, da kann man(n) es auch am rechtlichen Schutz nicht fehlen lassen.

Ich will daher untersuchen, wie Gesetzgeber und Rechtsprechung den Warenaustausch zwischen der Prostituierten und dem Freier bewerten. Dabei vermute ich, daß die herrschende Meinung die rechtliche Einordnung der Prostitution und ihres Umfeldes — scheinbar in ständigem Widerstreit von Moral und Liberalität befangen — deutlich ausrichtet an der Unterscheidung zwischen schützenswerten und nicht schützenswerten wirtschaftlichen Interessen. Dabei dürfte sie sich in vielfältige dogmatische und systematische Widersprüche verwickeln³.

Grundlage der Verweigerung von Rechtsschutz für die Arbeit der Prostituierten bildet seit jeher⁴ § 138 BGB. Der zwischen der Prostituierten und dem Freier zustandgekommene Vertrag verstoße gegen die guten Sitten und sei daher nichtig⁵. Beim Begriff der Sittenwidrigkeit wird gemeinhin auf eine Definition des Reichsgerichts⁶ zurückgegriffen, wonach das Rechtsgeschäft dem *Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden* widersprechen muß.

Ich frage mich, wessen Anstandsgefühl die Rechtsanwender eigentlich meinen. Offenbar zählen sie Zehntausende von Männern, die täglich Prostituierte aufsuchen, nicht zu den billig und gerecht Denkenden. Verdrängen sie etwa ihren eigenen Anteil an der Nachfrage nach Prostitution?

In der BRD gibt es — soweit ich sehe — soziologische Untersuchungen nur über Prostituierte. Hingegen wurden in den USA auch Freier Gegenstand wissenschaftlichen Interesses, darunter 1.242 Klienten von Call-Girls, die speziell Männer mit masochistischen Vorlieben bedienten. Die Untersuchung⁷ ergab, daß 17 % dieser Männer bevorzugt eine Sklavenrolle gegenüber der Prostituierten einnahmen. Bei diesen Männern waren die Berufsgruppen der Rechtsanwälte und Richter sowie der gehobenen Manager am häufigsten vertreten. Daß solche Männer, die das „Rückgrat der Nation“ bilden — so die Formulierung aus einem offiziellen Bericht der US-Regierung zum Thema — in erheblichem Umfang gelegentlich oder regelmäßig Prostituierte aufsuchen, ist auch anderweitig nachgewiesen⁸.

Angesichts dessen versagt meine Phantasie bei der Suche nach billig und gerecht Denkenden. Mindestens Männer aus ihrer eigenen sozialen Schicht sollten die Rechtsanwender doch dazu zählen. Dann aber geht die Gleichung keinesfalls auf: Auf ein verletztes Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden können sie sich beim besten Willen nicht zurückziehen. Wenn sie es trotz so leicht durchschau-

barer fehlerhafter Subsumtion seit Juristengenerationen doch tun, so muß ein grundlegendes männliches Interesse gebieten, dem Geschlechtsverkehr gegen Entgelt die Anerkennung als wirksames Rechtsgeschäft zu versagen. Kühne⁹ vermutet zu Recht, daß der Schutz des Gefühls männlicher Vorherrschaft dahintersteckt:

Gehen wir davon aus, daß es in unserer Kultur die Grundlage des virilen Superioritätsgefühls ist, in jeder Duldung des Geschlechtsakts durch die Frau einen Triumph männlicher Stärke zu sehen, dann ist es unumgänglich, den auch nur von einer Dirne gewährten Geschlechtsverkehr als wirtschaftlichen Vorgang zu leugnen. Solange der Mann seine Zahlungen nicht als eine Entgeltung einer aus gleicher Kategorie gebotenen Leistung der Frau anzusehen braucht, kann er die Fiktion des Geschlechtsaktes als männlichen Erfolgsnachweis aufrechterhalten. Wird die Hingabe jedoch nicht mehr in Persönlichkeitswerten, sondern ausschließlich in wirtschaftlichen Begriffen von Leistung und Gegenleistung definiert, bleibt kein Raum mehr für die Vorstellung, eine Frau „besessen“ zu haben.

Welches sind nun die Rechtsfolgen des höchst richterlichen Urteils, das Geschäft der Prostituierten mit dem Freier sei unwirksam? Die Prostituierte hat keinen Anspruch auf den vereinbarten Lohn. Folgerichtig macht sich der Freier, der eine Prostituierte um den vereinbarten Lohn prellt, nicht wegen Betrugs strafbar¹⁰. Nur am Rande sei angemerkt, daß aber die Rechtsprechung durchaus einen Weg gefunden hat, die Prostituierte wegen Betrugs zu verurteilen, wenn sie ihrerseits den vereinbarten und bezahlten Geschlechtsverkehr verweigert¹¹.

Die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, die fehlende Einklagbarkeit der Forderung, hat zur Folge, daß viele Prostituierte nur gegen Vorkasse arbeiten, wobei ihnen die Rechtsordnung dieses Geld immerhin beläßt, indem sie Kondiktionsansprüche an § 817 BGB scheitern läßt. Das muß auch so sein, irgendetwas muß die Prostituierte schließlich zu Geld kommen, gerade wenn sie keinen Rechtsanspruch darauf hat. Andernfalls würde man(n) die Institution der Prostitution ernsthaft gefährden.

Der an sich ja naheliegendere Weg, das Geschäft über den entgeltlichen Geschlechtsverkehr für wirksam zu erklären mit der Folge der Durchsetzbarkeit des Lohnanspruchs, hätte aus der Sicht der Männer eine fatale Folge: Damit eine Prostituierte ihren Lohn einklagen könnte, müßte der Freier aus seiner Anonymität heraustreten, sozusagen Name und ladungsfähige Anschrift zuvor preisgeben. Man(n) stelle sich eine solche Situation vor.

Damit der Warenaustausch Geschlechtsverkehr gegen Entgelt trotz Sittenwidrigkeit weiter stattfinden kann, erklärt ihn die Rechtsprechung nicht insgesamt für sittenwidrig. Dank des Abstraktionsprinzips läßt sich ja die Übereignung des Geldes von der Vereinbarung trennen. Und da die Sittenwidrigkeit auf der Verletzung von Interessen der Allgemeinheit – und nicht der Verletzung der Interessen des Geschäftspartners – beruhe, werde die Übereignung des

Geldes wirksam¹² und die Prostituierte daher Eigentümerin. Es ist müßig, in dieser Argumentation nach juristischer Logik zu suchen.

Es steckt eine andere Logik dahinter: Der Begriff der Sittenwidrigkeit wird dort nicht überstrapaziert, wo es um den Geldverkehr und um die Rechtsgeschäfte geht, die im sogenannten Umfeld der Prostitution getätigt werden:

Früher wurde der Vertrag über Kauf oder Pacht eines Bordells noch folgerichtig wie der Vertrag über den entgeltlichen Geschlechtsverkehr behandelt, also unwirksam erklärt¹³. Gleichwohl ermöglichten Strafrechtler schon damals durch „feinsinnige Auslegung“¹⁴ des § 180 Abs. 2 a.F. StGB (Kuppeleiparagraph) trotz der – scheinbar – eindeutigen Formulierung im weitesten Umfang das straflose Führen von Bordellen und bordellähnlichen Betrieben. Diese Zustände wurden mit der Neufassung des § 180 a StGB durch das 4. StRG 1973 sanktioniert.

So ruhte denn bald auch der Segen des Zivilrechts auf dem expandierenden Wirtschaftszweig: Bordellverträge sind nunmehr wirksam¹⁵, Mietverträge mit Prostituierten ebenfalls¹⁶. § 180 Abs. 1 StGB zählt umfassend auf, was erlaubt und auch zivilrechtlich wirksam, d. h. durchsetzbar, einklagbar, gesellschaftlich anerkannt ist: Das Gewähren von Wohnung, Unterkunft (Absteige) oder Aufenthalt (Kontakthöfe) sowie die damit üblicherweise verbundenen Nebenleistungen.

An die Stelle von Einnahmen aus strafbarer Kuppelei sind die aus straffreier Vermietung getreten. Männer, die in der Hauptzahl Eigentümer von Häusern, Grundstücken und Wohnungen sind, wie auch der Staat mit seinen Eros-Centren haben sich die juristische Grundlage geschaffen, als ehrenwerte Geschäftsleute von der Arbeit der Prostituierten zu profitieren. Ein Schutz der Prostituierten vor überhöhten Mietforderungen ist nicht in Sicht. Ist die übermäßig hohe Miete nicht jeweils durch die „üblichen Nebenleistungen“ gerechtfertigt?

So ist die Prostituierte nicht nur ein Objekt der Begierde und der Machtausübung des Mannes, sondern – mit ausdrücklicher Billigung der Rechtsordnung – vor allem auch ein Objekt ungenierter wirtschaftlicher Ausbeutung.

Es war nur folgerichtig, wenn sich auch die Finanzgerichte mit der Prostitution befaßten. Daß Prostituierte steuerpflichtig sind, hat der Bundesfinanzhof zunächst durch Urteil des Großen Senats vom 23.6.1964¹⁷ und später durch weitere Entscheidungen¹⁸ klargestellt. Dabei hatte es der BFH verhältnismäßig leicht, weil nach § 5 Steueranpassungsgesetz die Sittenwidrigkeit eines Verhaltens steuerlich irrelevant ist.

Schwerer tat es sich dann bei der Subsumtion der Tätigkeit einer Prostituierten unter die Steuerstatbestände des Einkommensteuergesetzes. Das „älteste Gewerbe“ sollte offenbar keinesfalls gemäß §§ 2 Abs. 3 Nr. 2, 15 Nr. 1 EStG Einkünfte aus Ge-

werbebetrieb versteuern. Der Große Senat vermochte nämlich „nicht anzuerkennen, daß es sich bei der gewerbsmäßigen Unzucht um ein solches, sich am Wirtschaftsleben beteiligendes Unternehmen handelt“. So fand er denn eine überaus überzeugende ablehnende Begründung: die gewerbsmäßige Unzucht stelle das „Zerrbild eines Gewerbes“ dar¹⁹. Dem widerspricht offenbar nicht, daß die Einnahmen von Bordellvermietern ohne weiteres als Einkünfte aus Gewerbebetrieb besteuert werden²⁰, was die rechtliche Anerkennung dieser Tätigkeit (siehe oben) abrundet.

Die Prostituierte wird im Ergebnis nach §§ 2 Abs. 3 Nr. 7, 22 Nr. 3 EStG (Einkünfte aus Leistungen) besteuert, den der BFH als eine Art Auffangstatbestand ansieht²¹.

Bleibt aus dem Bereich des Steuerrechts noch zu erwähnen, daß der BGH in einer neueren Entscheidung²² zu der Frage Stellung nehmen mußte, ob Prostituierte, die in einem Bordell wohnen und arbeiten, lohnsteuerpflichtig seien²³. Dies verneinte er mit der Begründung, Voraussetzung für eine derartige Besteuerung nach § 19 Abs. 1 EStG sei das Vorliegen eines Dienstverhältnisses. Soweit die geschuldete Leistung hauptsächlich in der Ausübung des Geschlechtsverkehrs gegen Entgelt bestünde, sei der Dienstvertrag gem. § 138 BGB sittenwidrig und nichtig und könne deshalb kein Dienstverhältnis begründen. Nun ist uns bekannt, daß in Fällen nichtiger Dienstverträge üblicherweise ein faktisches Arbeitsverhältnis entsteht, das selbstverständlich lohnsteuer- und versicherungspflichtig ist. Nicht so bei der Prostituierten²⁴. Schon das BAG hatte 1976 entschieden:

Besteht die nach einem Arbeitsvertrag geschuldete Leistung in der Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf einer Bühne, so ist dieser Arbeitsvertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten § 138 BGB) nichtig. Da solchenfalls die Beschäftigung des Arbeitnehmers nach ihrem Inhalt und Zweck selbst unsittlich ist, kommen bei dieser Fallgestaltung auch Ansprüche aus einem ‚faktischen Arbeitsverhältnis‘ nicht in Betracht²⁵.

Das BAG beruft sich u. a. darauf, daß die mit dem Vertrag übernommene Verpflichtung zu derartigem Verhalten jedenfalls mit dem verfassungsrechtlich geschützten menschlichen Persönlichkeitsrecht unvereinbar sei – und versagt ausgerechnet mit diesem Hinweis den Prostituierten den arbeitsrechtlichen Schutz.

Im Haftungsrecht bieten zwei Urteile in unserem Zusammenhang interessante Problemlösungen: In beiden Fällen war eine Prostituierte Opfer eines Verkehrsunfalls geworden und wegen der erlittenen Verletzungen zeitweise außerstande, ihrem Beruf nachzugehen und Einnahmen zu erzielen.

Das OLG Düsseldorf²⁶ gab ihrem Anspruch dem Grunde nach statt. Es stellte in bemerkenswerter Kürze und Klarheit fest, daß die Prostituierte angesichts der Wirksamkeit der Übereignung des Lohnes an sie in der Lage sei, rechtmäßig Einkommen zu erzielen. Wenn die Rechtsordnung dies dulde, so könne sich der Schädiger nicht unter Hinweis auf die Sittenwidrigkeit der schuldrechtlichen Verträge, deren Partner er nicht sei, seiner Ersatzpflicht entziehen.

Ob der Prostituierten aufgrund dieses Urteils ihr Verdienstausfall in voller Höhe ersetzt wurde, scheint mir dennoch höchst unwahrscheinlich: in seinem

Hinweis für weitere Ermittlungen zur Höhe des Verdienstausfalls erklärt das Gericht es für „zweckmäßig“, die Klägerin aufzufordern, ihre Steuerbescheide vorzulegen.

Dem BGH²⁷ ging eine solche Rechtsauffassung entschieden zu weit, und so brachte er die Dinge 1976 wieder ins Lot. Das Urteil hat eine lesenswerte Begründung und diese ein verblüffendes Ergebnis:

- Der BGH begründet ausführlich, daß
- trotz in manchen Bereichen veränderter Moralvorstellungen,
 - trotz der Duldung der Prostitution durch den Gesetzgeber,
 - trotz des Eingriffs der Öffentlichen Hand in die Organisation der Erwerbsunzucht beispielsweise durch die „Einrichtung von Frauenhäusern usw.“
 - trotz der Besteuerung des Dirnenlohns als Einkommen aus einer Leistung (§ 22 EStG)

das soziale Unwerturteil über die Prostitution unverändert gerechtfertigt sei. Dies allein schon deshalb, weil die Prostituierte ihre eigene Person entwürdigte, die Unverzichtbarkeit der personalen Würde aber der Gesellschaft auch ohne Rücksicht auf den Willen ihres Trägers angelegen sein müsse.

Daß das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch für Prostituierte gelten könnte, zieht der BGH offenbar nicht in Betracht.

Wer nach all diesen Ausführungen des Urteils annimmt, nun werde die Schadensersatzklage abgewiesen wegen allgemeiner Sittenwidrigkeit des Einkommenserwerbs, täuscht sich. Der BGH gibt nun nämlich zu bedenken, die verletzte Prostituierte könne dann der Öffentlichen Hand zur Last fallen, stellt daraufhin lapidar fest:

ein solches Ergebnis schösse indessen über die gebotene sozialetische Korrektur so weit hinaus, daß es in anderer Richtung anstößig wäre

und findet nun ohne weitere Umwege eine Lösung: nach alledem hält es der Senat für angemessen, den Schadensersatz für entgangenen Dirnenlohn ... nach oben zu begrenzen durch die Höhe eines existenz-

deckenden Einkommens, das auch in einfachen Verhältnissen von jedem gesunden Menschen erfahrungsgemäß zu erreichen ist.

Angesichts einer solchen „Rechtsfindung“ fehlen der Verfasserin die abschließenden Worte.

- 1 vgl. Regina Schulte, Sperrbezirke, Frankfurt/Main 1979, S. 170
- 2 eine ausführliche Darstellung der Reglementierung der Prostitution, insbesondere des Problems der Sperrbezirke, aus feministisch-juristischer Sicht steht noch aus.
- 3 Hierzu ausführlich: Kühne, Prostitution als bürgerlicher Beruf? in ZRP 75, 184 ff.
- 4 mit dieser ausdrücklichen „Begründung“ BGH NJW 76, 1884
- 5 BGHZ 67, 122; OLG Celle, NJW 70, 1852; zuletzt OLG Düsseldorf, MDR 75, 661
- 6 RGZ 80, 221; 97, 225; BGH NJW 53, 257
- 7 M. Stein, zit. nach Bernard Schaffer, Psychologie heute, 1980, S. 56 ff
- 8 vgl. die Ergebnisse der Untersuchung von Janus, Bess und Saltus: A Sexual Profile of Men in Power, New York 1977
- 9 Kühne, a.a.O. S. 188
- 10 BGHSt 4, 373
- 11 BGHSt 2, 364; vgl. hierzu auch Kühne, a.a.O. S. 186
- 12 BGH NJW 54, 1292; BGHSt 6, 379; OLG Düsseldorf NJW 70, 1852; Palandt-Heinrichs, BGB § 138, 3c
- 13 BGHZ 41, 341
- 14 Kühne, a.a.O. S. 186
- 15 BGHZ 63, 365; OLG Hamm, NJW 75, 653
- 16 BGH NJW 70, 1179
- 17 BFHE 70, 73
- 18 BFHE 97, 378; HFR 70, 425
- 19 BFHE 80, 73
- 20 OFH, StuW 1950, Nr. 28; BFHE 97, 378 (381)
- 21 Zur Fragwürdigkeit der Argumentation des BFH vgl. Kühne, a.a.O. S. 186 f. Zur steuersystematischen Einordnung der Prostitution vgl. noch Brezing, StuW 1971, 171
- 22 BGH NJW 80, 2591
- 23 Die Bordellwirtin war u. a. wegen Steuerhinterziehung (Nichtabführung von Lohnsteuer) angeklagt.
- 24 BGH wie vor
- 25 BAG, NJW 76, 1958
- 26 OLG Düsseldorf, NJW 70, 1852
- 27 BGH NJW 76, 1884

Gisela Frederking, Gisela Friedrichs Schritt aus der Abhängigkeit — Nebenklagevertretung von Prostituierten in Zuhälterverfahren

Rita ist 27 Jahre alt und seit 1976 Prostituierte in Hamburg-St. Pauli. Sie hat in dieser Zeit teilweise mit und teilweise ohne einen Zuhälter gearbeitet. Mit den Jahren ist sie drogenabhängig geworden, um die Arbeit ertragen zu können. Etwa 1982 hat sie den Entschluß gefaßt, sich aus der Prostitution zu lösen.

In dieser Situation verliebte sie sich in Frankie, den sie vom Milieu her kennt, jedoch ohne zu wissen, daß er ein Zuhälter ist. Als sie nach kurzer Zeit zu ihm zieht, wird ihr bewußt, daß er eine zuhälterische Beziehung zu Marion unterhält. Es entsteht ein Konkurrenzverhältnis zwischen den beiden Frauen um die Gunst von Frankie.

Frankie nutzt die Verliebtheit von Rita aus, indem er ihr eine gemeinsame Zukunft in Aussicht stellt. Um das nötige Geld für den Erwerb einer Gaststätte zu beschaffen, schlägt er ihr vor, wieder als Prostituierte zu arbeiten. Rita, die immer noch sehr verliebt ist, willigt ein und nimmt freiwillig ohne großes Zögern 6 Wochen, nachdem sie ihn kennengelernt hat, die Prostitution wieder auf. Sie geht sogar gemeinsam mit Marion der Straßenprostitution nach.

Frankie, der nur von Sozialhilfe lebt, nimmt ihr von Anfang an das gesamte verdiente Geld ab. Mit der Zeit wird er anspruchsvoller, kontrolliert sie in