

ex / ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 2/2017

Nahrung alimentation food

CHARLOTTE BLATTNER

**Tiere lebend essen: Tierschutzstrafrechtliche Analyse
eines wachsenden Food-Trends**

SEBASTIAN REICHLÉ / ROMAN SCHISTER

Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags?

STEPHANIE BERNET

**Das Kindeswohl im Spannungsfeld zwischen
Elternrechten und staatlichem Bildungsauftrag**



Weitere Infos zur Zeitschrift: www.ex-ante.ch

Für Abonnemente und Einzelhefte: verlag@dike.ch

Herausgeber / éditeurs

Stephanie Bernet
Kaspar Ehrenzeller
Nadia Kuźniar
Roman Schister

Redakteure / rédacteurs

Gabriel Gertsch
Rehana Harasgama
Alex Kistler
Natalie Lisik
Fiona Savary
Axel Schmidlin
Martin Seelmann

Vertrieb und Abonnementsverwaltung /

Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG
Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, E-Mail verlag@dike.ch, www.dike.ch
Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, Dezember) / Parution deux fois l'an (juin, décembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:
CHF 69.– inkl. MWSt/TVA incluse

Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 55.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden / La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post

herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.

Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur www.ex-ante.ch.

ISSN 2297-9174

ISBN 978-3-03751-994-3

Rehana C. Harasgama, Dr. iur.

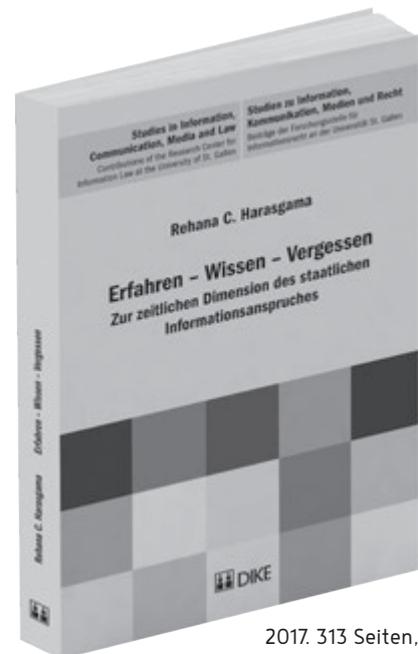
Erfahren – Wissen – Vergessen

Zur zeitlichen Dimension des staatlichen Informationsanspruches

Neue Technologien wie **Big Data Analytics, Cloud-Computing und das Internet der Dinge** gehören vermehrt zum Alltag. Diese Technologien können Datenschutzrisiken bergen, wie die Nutzung von Daten entgegen ihrem ursprünglichen Zweck oder unbefugte Zugriffe auf Daten. **Können und dürfen staatliche Behörden diese technologischen Möglichkeiten zur Erfüllung ihrer Aufgaben einsetzen?** Bei der Beantwortung dieser Frage stehen der Datenschutz der Schweiz, der EU und der USA sowie die Analyse geltender Aufbewahrungs- und Lösungsfristen von Personendaten im Fokus. Die vorliegende Dissertation gibt Handlungsempfehlungen, damit Behörden Personendaten nach Erreichung der maximalen Aufbewahrungs- oder Lösungsfrist (weiter-)bearbeiten können, ohne den Datenschutz auszuhöhlen.

Die **Autorin** war Substitutin in einer renommierten Wirtschaftskanzlei und wird weiterhin im Bereich des Datenschutzrechts tätig sein.

Zielgruppe dieser Dissertation sind alle, die sich für die Schnittstelle von Datenschutz und neue Technologien im Staat interessieren.



2017. 313 Seiten,
broschiert, CHF 78.–
ISBN 978-3-03751-935-6



Dike Verlag AG · Weinbergstrasse 41 · 8006 Zürich · Tel. 044 251 58 30 · www.dike.ch · verlag@dike.ch

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

**Anstelle eines Vorworts: Nahrung als Recht? /
En lieu et place d'avant-propos : L'alimentation
comme droit ?** 1

**Tiere lebend essen: Tierschutzstrafrechtliche Analyse
eines wachsenden Food-Trends**
CHARLOTTE BLATTNER 5

Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags?
SEBASTIAN REICHLE / ROMAN SCHISTER 19

**Das Kindeswohl im Spannungsfeld zwischen Elternrechten
und staatlichem Bildungsauftrag**
Bedeutung der Berücksichtigung der subjektiven Dimension
des Kindeswohls im Rahmen schulischer Dispensationsgesuche
STEPHANIE BERNET 30

Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags?

SEBASTIAN REICHLÉ / ROMAN SCHISTER*

SCHLAGWÖRTER	Deutschland – Nichtigkeit – Österreich – Prostitution – Schweiz – Sexarbeit – Sittenwidrigkeit – Vertragsinhalt
ZUSAMMENFASSUNG	Der sogenannte Sexdienstleistungsvertrag (oder nach älterer Terminologie: Prostitutionsvertrag) ist gemäss geltender Rechtsprechung des Bundesgerichts nichtig, weil er gegen die guten Sitten verstösst. Der Sittenbegriff ist jedoch unbestimmt und unterliegt einem steten Wandel. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, wie sich die veränderten Moralvorstellungen in Rechtsprechung und Lehre in der Schweiz, Deutschland und Österreich niedergeschlagen haben. Es wird vertreten, dass der Sexdienstleistungsvertrag nicht (mehr) sittenwidrig ist. Auf ihn ist in erster Linie das Auftragsrecht anzuwenden. Die Notwendigkeit einer neuen gesetzlichen Grundlage wird verneint.
RÉSUMÉ	Le contrat de fourniture de prestations d'ordre sexuel (ou selon une ancienne terminologie, le contrat de prostitution) est nul selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, dès lors qu'il est contraire aux mœurs. La notion de mœurs est toutefois une notion vague qui évolue constamment. La présente contribution explique comment les changements de valeurs morales se répercutent dans la jurisprudence et la doctrine en Suisse, Allemagne et Autriche. Les auteurs sont d'avis que le contrat de fourniture de prestations d'ordre sexuel n'est (désormais) plus contraire aux mœurs. Il convient en premier lieu de lui appliquer les règles du contrat de mandat sans qu'il soit nécessaire d'adopter une nouvelle base légale.
ABSTRACT	Under Swiss law so-called contracts for prostitution are considered void as they are <i>contra bonos mores</i> or «immoral» according to article 20 paragraph 1 of the Code of Obligations. Yet what is considered to offend against common decency is unclear, and the definition of the term «immoral» can change over time. The authors outline how this change has affected court rulings and academia in Switzerland, Germany and Austria. They argue that contracts for prostitution are not <i>contra bonos mores</i> (any more). Such contracts are primarily governed by the provisions on the mandate; it is not necessary to introduce special legislation.

I. Ausgangslage

Das Obligationenrecht äussert sich zum Schicksal sittenwidriger Verträge in Art. 20 Abs. 1 deutlich: «Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.» Darüber, was unter den «guten Sitten» zu verstehen ist, macht das Gesetz jedoch keine genaueren Angaben. Es handelt sich mithin um einen unbestimmten Rechtsbegriff.¹ Die

Konkretisierung der Generalklausel ist weitgehend den Gerichten überlassen, die bei der Anwendung der Norm einen grossen Ermessensspielraum geniessen. Mit der Ausgestaltung als Generalklausel hat der Gesetzgeber vorausschauend berücksichtigt, dass das Verständnis über die Sittlichkeit eines Sachverhalts einem steten Wandel unterworfen ist. Dieser Wandel zeigt sich an zahlreichen Beispielen; eines davon ist das Konkubinat. Ob diese Lebensform sittenwidrig ist, war bis Ende des letzten Jahrhunderts umstritten und wurde vom Bundesgericht noch 1985 offengelassen.² Heute hingegen ist das Konkubinat durchwegs als sittliche Form des Zusammenlebens anerkannt.³

Unter der Generalklausel haben Lehre und Rechtsprechung diverse Fallgruppen von Verträgen mit sittenwidrigem Inhalt identifiziert. Eine dieser Gruppen bilden Verträge, in der sich eine Person gegen Zahlung eines Entgelts zur Vornahme sexueller Handlungen verpflichtet (sogenannte Prostitutions- oder – in neuerer Terminologie – Sexdienstleistungsverträge). Diese Einordnung entspricht

* Sebastian Reichle, M.A. HSG in Law, Rechtsanwalt, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, sebastian.reichle@unisg.ch; Roman Schister, M.A. HSG in Law and Economics, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, roman.schister@unisg.ch. Wir danken Dr. Bernhard Stehle für die aufmerksame und kritische Durchsicht des Manuskripts.

1 BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 169.

2 BGE 111 II 295, 298, E. 2a.

3 BSK-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 38a.

ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung und wurde erst jüngst in einer Entscheidung aus dem Jahre 2011 bestätigt.⁴ Dass sich der Sachverhalt rechtlich auch anders würdigen lässt, zeigt ein 2013 vom Bezirksgericht Horgen gefälltes Urteil, in welchem ein Sexdienstleistungsvertrag aufgrund der veränderten Wertvorstellungen nicht mehr als sittenwidrig beurteilt wurde.⁵

Der vorliegende Beitrag nimmt den Widerspruch in diesen Entscheidungen zum Anlass, um der Frage nach der Sittenwidrigkeit von Sexdienstleistungsverträgen nachzugehen. In einem ersten Schritt ist dabei auf Bedeutung und Funktion der Sittenwidrigkeit im Vertragsrecht einzugehen (II.). Alsdann wird der aktuelle Meinungsstand zur Frage der Gültigkeit von Sexdienstleistungsverträgen in der Schweizer Lehre und Rechtsprechung aufgearbeitet (III.), bevor ein Blick auf die deutsche und österreichische Rechtslage geworfen wird (IV.). Schliesslich sind die gewonnenen Erkenntnisse zusammenzuführen und die Frage nach einem Anpassungsbedarf in der hiesigen Rechtsordnung zu stellen (V.).

II. Sittenwidrigkeit als Schranke der Vertragsfreiheit

Im Grundsatz sind die Parteien frei, den Inhalt eines Vertrags zu bestimmen. Diese in Art. 19 Abs. 1 OR geregelte Vertragsinhaltsfreiheit ist ein Grundpfeiler unseres Vertragsrechts. Die Vertragsfreiheit gilt aber nicht unbegrenzt. Die Rechtsordnung will die Privatautonomie dort einschränken, wo die grundsätzlichen Interessen einer Vertragspartei, eines Dritten oder der Allgemeinheit tangiert werden.⁶ Diesem Gedanken tragen Art. 19 Abs. 2 OR, Art. 20 Abs. 1 OR und Art. 21 OR Rechnung. Im Obligationenrecht bilden sie die erste Anlaufstelle für die Bestimmung der gesetzlichen Schranken der Privatautonomie.⁷ Laufen Verträge den zwingenden Bestimmungen des Privatrechts, der öffentlichen Ordnung, den guten Sitten oder dem Persönlichkeitsrecht zuwider, haben sie einen unmöglichen Inhalt oder führen sie zur Übervorteilung einer Vertragspartei, versagt ihnen das Gesetz die volle Anerkennung als rechtmässige Verträge. Ist eine Übervorteilung gegeben, ist der Vertrag anfechtbar, in den anderen Fällen sieht Art. 20 OR die Nichtigkeit – oder zumindest die teilweise Nichtigkeit – des Vertrags vor.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind sittenwidrige Verträge solche, «die gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen».⁸ Mit dem Kriterium der Sittenwidrigkeit soll folglich sichergestellt werden,

dass im Windschatten der Vertragsfreiheit keine Verträge geschlossen werden, die zwar nicht gegen positives Recht verstossen, aber dennoch den allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen zuwiderlaufen. Die Sittenwidrigkeit gibt den Gerichten mit anderen Worten ein Instrument an die Hand, um Verträge auf ihre Kompatibilität mit Moralvorstellungen zu prüfen, die der Gesetzgeber – aus welchen Gründen auch immer – nicht in das positive Recht überführt hat.⁹ Liegt derweil ein Verstoss gegen eine Rechtsnorm vor, ist ein Rückgriff auf die guten Sitten nicht erforderlich.¹⁰ In diesen Fällen dient allein das ebenfalls in Art. 20 Abs. 1 OR normierte Kriterium der Widerrechtlichkeit als sachgerechter Beurteilungsmassstab.

Der im vorhergehenden Absatz zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts lassen sich zwei Anknüpfungspunkte für die Konkretisierung der guten Sitten entnehmen: Zum einen hat das Gericht die geltende Rechtsordnung auf die ihr immanenten Wertvorstellungen zu untersuchen und diese in das Sittlichkeitskriterium einfließen zu lassen. Zum anderen muss auch, wie es das deutsche Reichsgericht bereits im Jahre 1901 formulierte, das «allgemeine Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden»¹¹, das heisst eine nicht in das Recht überführte soziale Wertung, berücksichtigt werden.¹² Dass die dem deutschen Recht entnommene Formel problembe-laden und keine Konkretisierungshilfe¹³ ist, versteht sich

4 Urteil des BGer 6B_188/2011 vom 26. Oktober 2011.

5 Urteil des BezGer Horgen FV120047 vom 9. Juli 2013 (ZR 2013, 296 ff.), E. 2.1.3.

6 Staudinger-SACK/FISCHINGER (2017), § 138 BGB N 1; Schwim-mann/Kodek-RIEDLER, § 879 ABGB N 1.

7 Vgl. etwa ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationen-recht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, N 13.03 ff.

8 Urteil des BGer 4C.386/2005 vom 3. Februar 2006, 458, E. 4.1. Im Urteil des BGer 4C.172/2000 vom 28. März 2001, E. 5c, sprach das Bundesgericht in Anlehnung an die dem deut-schen Recht entnommene Formulierung vom «allgemeine[n] Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden».

9 KOLLER (Fn. 7), N 13.174; MANFRED WOLF/JÖRG NEUNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., München 2016, § 46 N 1. Staudinger-SACK/FISCHINGER (2017), § 138 BGB N 2, verweisen darauf, dass es in der heutigen diversifi-zierten Welt ohnehin nicht möglich sei, für alle Konstellatio-nen eine Verbotsnorm aufzustellen.

10 Beispielhaft für Deutschland und Österreich Soergel-HEFER-MEHL, § 138 BGB N 63; WOLF/NEUNER (Fn. 9), § 46 N 6; Rum-mel/Lukas-KREJCI, § 879 ABGB N 55.

11 RGZ 48, 114, 124; einlässlich zum deutschen Recht etwa GUN-THER ARZT, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, Geschichtliche Wurzel, theoretische Begründung und prakti-sche Auswertung, Dissertation, Tübingen 1962.

12 BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 164; CHK-KUT, Art. 19–20 OR N 20, mit weiteren Hinweisen.

13 Zur Diskussion in Österreich Rummel/Lukas-KREJCI, § 879 ABGB N 47.

von selbst.¹⁴ Sie stellt zwar klar, dass sich die guten Sitten nicht an der moralischen Eigenwertung eines Richters

messen können,¹⁵ lässt die Frage, wie die Sitten fassbar gemacht und gemessen werden können und welcher Personenkreis für die Beurteilung herangezogen werden soll, jedoch offen.¹⁶

-
- 14 Einlässlich hierzu ARZT (Fn. 11), 26 ff., der insbesondere vertritt, dass die Anstandsformel – wenn auch nicht ausschliesslich – einer demokratisch ermittelten Mehrheitsauffassung entsprechen sollte: «Aber damit darf auch nicht der Eindruck erweckt werden, als gäbe es zwischen demokratischem Mehrheitsprinzip und Anstandsformel gar keine Bezüge, als sei jede Rücksichtnahme auf die im Volke h.A. in Bausch und Bogen abzulehnen.» (71).
- 15 WOLF/NEUNER (Fn. 9), § 46 N 8. Besonders anschaulich Rummel/Lukas-KREJCI, § 879 ABGB N 45: «Der Rechtsanwender hat sich vielmehr an anderen Gesichtspunkten als seinen eigenen zu orientieren. Es lässt sich freilich nicht leugnen, dass die eigenen Vorstellungen des Rechtsanwenders auf sein Bild von diesen «anderen Gesichtspunkten» von Einfluss sind.» Die in dieser Hinsicht bestehende Gefahr fasste BAUMBACH in einem noch immer gerne zitierten, ironischen Satz zusammen: «Letzten Endes entscheidet darum das Anstandsgefühl älterer Richter in hoher Stellung, die das praktische Geschäftsleben ganz überwiegend nie kennen gelernt haben.» (ADOLF BAUMBACH, Verschulden und Sittenwidrigkeit im Wettbewerbsrecht, JW 1930, 1643 ff., 1644; anderer Auffassung Staudinger-SACK/FISCHINGER [2017], § 138 BGB N 60). Nicht minder kritisch äusserte sich ARMIN EHRENZWEIG, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II/2, Wien 1928, 51 (zitiert bei PHILIPP KLAUSBERGER, Contra bonos mores?, Zur Sittenwidrigkeit sexueller Handlungen gegen Entgelt, NZ 2014, 400 ff., 403): «Die Fragen, die der Richter mit Hilfe der guten Sitten lösen soll, sind zumeist besonders schwierige und zweifelhafte Fragen der Interessenabwägung. Auch die «billig und gerecht Denkenden» lassen dann den Richter im Stiche. Sie sind uneinig, oder sie haben überhaupt keine Meinung und erwarten mit Spannung den Ausspruch des Richters.»
- 16 ARZT (Fn. 11), 85.
- 17 THEO MAYER-MALY, Werte im Pluralismus, JBl 1991, 681 ff., 689.
- 18 Anderer Auffassung ERNST A. KRAMER/THOMAS PROBST, Grundkurs Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Basel 2013, N 210.
- 19 Für das österreichische Recht Rummel/Lukas-KREJCI, § 879 ABGB N 51 ff.; Urteil des OGH 3 Ob 45/12g vom 18. April 2012, E. 4.6.1, mit weiteren Hinweisen; KLAUSBERGER (Fn. 15), 403.
- 20 Ausführlich Soergel-HEFERMEHL, § 138 BGB N 3 ff.; WOLF/NEUNER (Fn. 9), § 46 N 16; Rummel/Lukas-KREJCI, § 879 ABGB N 51; Schwimann/Kodek-RIEDLER, § 879 ABGB N 8; THOMAS SCHODITSCH, Zivilrecht und Prostitutionsverhältnisse, Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?, ÖJZ 5/2013, 53 ff., 53 f.; siehe auch Staudinger-SACK/FISCHINGER (2017), § 138 BGB N 96 ff.; ANDREAS FURRER/MARKUS MÜLLER-CHEN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 2012, Kap. 5 N 91.
- 21 Siehe hierzu Staudinger-SACK/FISCHINGER (2017), § 138 BGB N 106.
- 22 BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 174; KOLLER (Fn. 7), N 13.175.
- 23 EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 288.
- 24 HANS GIGER, Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Ein Beitrag zur Lehre über das Sanktionensystem im

Untauglich und überholt ist zumindest die früher noch anzutreffende Auffassung, der Richter habe die «Moral von Hinz und Kunz»¹⁷ zu ermitteln. Dieser Ansatz scheidet schon am praktischen Problem der pluralistischen Gesellschaft; übereinstimmende Wertvorstellungen sind nur noch schwer auszumachen.¹⁸ Gewichtiger jedoch ist, dass in einer entwickelten Rechtsordnung, die sich in erster Linie am gesetzten Recht orientiert, ohnehin wenig Platz für nicht positivierte, sozialethische Prinzipien verbleibt.¹⁹ Der Orientierung an den Wertvorstellungen, welche der Rechtsordnung immanent sind, kommt daher besondere Bedeutung zu. Das Gericht hat ausgehend von den Grundfesten der Verfassung und den darauf aufbauenden Gesetzen den Wertmassstab zu ermitteln und anhand von diesem zu prüfen, ob ein Vertrag sittenwidrig ist.²⁰ Glaubt der Richter, auf aussergesetzliche Kriterien wie etwa die «allgemeinen Rechtsüberzeugungen»²¹ oder Standesauffassungen zur Beurteilung der guten Sitten zurückgreifen zu müssen, hat er sich in Zurückhaltung zu üben. Lässt sich nämlich dem gesetzten Recht kein Hinweis auf eine bestimmte Rechtsauffassung entnehmen, ist fraglich, ob es sich überhaupt um eine «allgemeine Rechtsüberzeugung» handelt.

In der Rechtsanwendung und bei der Konkretisierung des Sittenbegriffs ist das Ziel der Art. 19 und 20 OR im Auge zu behalten. Diese Normen wollen nicht bloss moralisch hochstehende Verträge zulassen.²² Vielmehr sind sie ein «Notventil»²³, die ein ethisches Mindestmass der Verträge sicherstellen wollen.²⁴ Es kann mit anderen Worten nicht bei jeder Unangemessenheit, die dem Spiessbürger missfällt, von Sittenwidrigkeit ausgegangen werden.²⁵ Alles andere würde dem liberalen Grundcharakter unserer gesamten Rechtsordnung und des Vertragsrechts im Besonderen zuwiderlaufen.²⁶ Gleich wie das Moralverständnis des Spiessbürgers kann aber auch nicht jenes des Halunken als Massstab dienen. Namentlich in Deutschland wird daher postuliert, auf einen durchschnittlichen, konsensfähigen Massstab abzustellen.²⁷ Dies ist sachgerecht, führt in der Praxis bei genauer Betrachtung aber wieder zu der vorne bereits vertretenen Auffassung, dass bei der Ausfüllung des Sittenbegriffs vom Gesetz auszugehen ist. Nach demokratischem Verständnis ist zu Gesetz gewordenes Recht die geeignetste Anlaufstelle, um die konsensfähigen Moralvorstellungen in einer pluralistischen Gesellschaft zu beurteilen.

Die bisher ergangene Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Verträgen lässt sich in Fallgruppen zusammenfassen. Es ist nicht Ziel dieses Beitrags, auf alle diese

Fallgruppen einzugehen. Überblicke finden sich in Kommentaren und Lehrbüchern.²⁸ So viel sei gesagt: Eine Kategorie bilden Verträge im sexuellen Bereich. Zu diesen gehört auch der Sexdienstleistungsvertrag, auf den nachfolgend genauer eingegangen wird.

III. Meinungsstand zum Sexdienstleistungsvertrag in der Schweiz

A. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht betrachtet Verträge über die Vornahme sexueller Handlungen gegen Geld seit jeher als sittenwidrig und unwirksam.²⁹ Diese Rechtsprechung verunmöglicht Prostituierten insbesondere, das mit den Freiern vereinbarte Entgelt auf dem Gerichts- oder Betreuungsweg durchzusetzen.³⁰ Als Konsequenz hiervon verlangen Sexarbeiterinnen von Freiern regelmässig Vorauszahlung,³¹ die nach Erfüllung des Vertrags nicht mehr zurückgefordert werden kann.³² Bei Stammkunden oder in bestimmten Situationen wird jedoch häufig von einer Vorauszahlung abgesehen.³³ Auch denkbar ist, dass die Erbringung einer sexuellen Dienstleistung mehr Zeit in Anspruch nimmt, als ursprünglich vereinbart, oder in relativ spontaner Art weitere Dienste vereinbart werden, die nach erbrachter Dienstleistung zusätzlich zu vergüten sind. In solchen Situationen schafft die bundesgerichtliche Rechtsprechung enorme Rechtsunsicherheit.

Dass der Sexdienstleistungsvertrag für das Bundesgericht sittenwidrig ist, ist keineswegs selbstverständlich. Andere Verträge aus dem sexuellen Bereich werden teilweise anders beurteilt. So verstösst etwa der Telefonsexvertrag nicht gegen die guten Sitten, da die Erbringung von erotischen oder pornografischen Leistungen über das Telefon nicht einem entgeltlichen Anbieten des Körpers gleichkommt.³⁴ Und auch die vertraglich vereinbarte Veröffentlichung von erotischen Fotos im Internet ist nach höchstrichterlicher Auffassung nicht sittenwidrig.³⁵ Ausserhalb des Vertragsrechts wird das Einkommen der Prostituierten sodann regelmässig gleichbehandelt wie jedes andere Erwerbseinkommen: Auf ihrem Lohn werden Einkommenssteuern³⁶ und Sozialversicherungsabgaben³⁷ erhoben. Auch ist der Dirnenlohn pfändbar³⁸ und kann haftpflichtrechtlich als Schadenersatzposition³⁹ geltend gemacht werden. Der aus dem Prostitutionsgewerbe erzielte Umsatz ist grundsätzlich mehrwertsteuerpflichtig.⁴⁰

Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung geniesst die Prostitution zudem den Schutz der verfassungsmässig garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).⁴¹ Auch strafrechtlich ist die Sexarbeit seit der Ein-

führung des gesamtschweizerischen Strafgesetzbuches⁴² im Jahr 1942 ein legales Gewerbe.

schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1989, 67; WOLF/NEUNER (Fn. 9), § 46 N 1.

25 Staudinger-SACK/FISCHINGER (2017), § 138 BGB N 111 ff.

26 Für das deutsche Recht siehe hierzu differenziert Staudinger-SACK/FISCHINGER (2017), § 138 BGB N 98.

27 Palandt-ELLENBERGER, § 138 BGB N 2; Soergel-HEFERMEHL, § 138 BGB N 4; WERNER ROTHER, Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung, AcP 1972, 498 ff., 502; Staudinger-SACK/FISCHINGER (2017), § 138 BGB N 116.

28 Siehe etwa BSK-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 38 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN (Fn. 20), Kap. 5 N 99 ff.; INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 32.16 ff.

29 BGE 129 III 604, 617, E. 5.3; 111 II 295, 301, E. 2e; 101 Ia 473, 476, E. 2b; 91 IV 69, 69, (einzige Erwägung); 18 324, 328, E. 4; in diesem Sinne auch obiter im Urteil des BGer 6B_188/2011 vom 26. Oktober 2011, E. 2.3; 4C.50/2003 vom 5. Juni 2003, E. 5.3.

30 In diesem Sinne BRIGITTE HÜRLIMANN, Prostitution, Ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Zürich 2004, 29.

31 HÜRLIMANN (Fn. 30), 150.

32 Siehe hierzu sogleich Abschnitt III. B.

33 BRIGITTE HÜRLIMANN, Rechtliche Regelung der Prostitution in der Schweiz, in: Konferenz der städtischen Polizeidirektorinnen und Polizeidirektoren (KSPD) (Hrsg.), Rotlichtmilieu und Quartierverträglichkeit, Referate der Tagung vom 6. September 2007, Zürich 2008, 7 ff., 12.

34 BGE 129 III 604, 617, E. 5.3.

35 BGE 136 III 401, 409, E. 5.4.2.

36 BGE 111 II 295, 300, E. 2d.

37 BGE 107 V 193, 195, E. 2b.

38 BGE 111 II 295, 300, E. 2d; 91 IV 69, 69 f. (einzige Erwägung).

39 BGE 111 II 295, 301, E. 2e.

40 Urteil des BGer 2C_430/2008 vom 18. Februar 2009, E. 3.4.

41 BGE 137 I 167, 172, E. 3.1; 111 II 295, 300 f., E. 2d; 101 Ia 473, 476, E. 2b. In BGE 99 Ia 504, E. 4, wurde diese Frage dagegen noch offengelassen.

42 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0.

43 BGE 18 324.

44 FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/JESSICA KIM SOMMER, Sittenwidrig oder nicht?, Das Berner Prostitutionsgesetz vom 7. Juni 2012 und die Diskussion um den Prostitutionsvertrag, in: Kunz/Weber/Lienhard/Fagnoli/Kren Kostkiewicz (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, 57 ff., 62.

45 Vgl. BGE 111 II 295, 301, E. 2d.

46 Urteil des BGer 6B_188/2011 vom 26. Oktober 2011, E. 2.3.

47 BRIGITTE HÜRLIMANN, Scheinheiligkeit und Sexualität, Legale oder sittenwidrige Prostitution?, in: Fink/Steiner/Brägger/Graf (Hrsg.), Sexualität, Devianz, Delinquenz, Bern 2014, 15 ff., 23.

48 HÜRLIMANN (Fn. 47), 23.

49 PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, N 672; THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das

Mit Ausnahme eines Urteils aus dem 19. Jahrhundert⁴³ war die Sittlichkeitsfrage des Sexdienstleistungsvertrags nie *ratio decidendi* einer Bundesgerichtsentscheidung.⁴⁴ Das Gericht beschränkte sich in zahlreichen Urteilen auf die knappe Feststellung, dass die Prostitution sittenwidrig und eine Vereinbarung über die Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt nichtig sei.⁴⁵ In dieser Tradition äusserte sich zuletzt 2011 die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts in einer Nebenbemerkung. Sie hielt fest, es sei zivilrechtlich weiterhin von der «Unsittlichkeit des auf entgeltlichen Geschlechtsverkehr gerichteten Prostituiertenvertrags» auszugehen.⁴⁶ Die Bedeutung dieser Feststellung ist jedoch zu relativieren. Auf Nachfrage von HÜRLIMANN bestätigte ein an diesem Entscheid beteiligter Bundesrichter, dass man sich über diesen Satz keine Gedanken gemacht, sondern einfach die eigene Rechtsprechung wiedergegeben habe.⁴⁷ Der Schluss liegt daher nahe, dass diese Nebenbemerkung nicht als bewusste und gewollte Bestätigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Prostitutionsabrede zu interpretieren ist.⁴⁸

B. Traditionelle Lehrmeinungen

In der Lehre wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach Sexdienstleistungsverträge sittenwidrig

sind, bis in das 21. Jahrhundert hinein überwiegend befürwortet.⁴⁹ Unter anderem halten KOLLER und SCHMID die bisherige Spruchpraxis des Bundesgerichts im Ergebnis für sachgerecht.⁵⁰ Für SCHMID stimmt diese Rechtsprechung auch mit der Auffassung des Bundesgerichts überein, wonach die Intimsphäre zum Kernbereich der Persönlichkeit gehöre und deshalb ein absoluter Bindungsausschluss gelte.⁵¹

Wurde der Vertrag einmal erfüllt, besteht nach einheitlicher Auffassung trotz der Sittenwidrigkeit kein Rückstattungsanspruch.⁵² Insbesondere soll der Freier das bezahlte Entgelt nicht zurückfordern können. Dies ergebe sich – je nach Auffassung – aus dem Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB, Art. 63 Abs. 1 OR⁵³, der die Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld ausschliesst, wenn der Zahlende wusste, dass keine Schuldpflicht besteht,⁵⁴ oder aus Art. 66 OR⁵⁵, nach dem Zahlungen zur Erreichung eines unsittlichen Erfolges nicht zurückgefordert werden können.⁵⁶

Unter der Annahme, dass Sexdienstleistungsverträge auch heute noch sittenwidrig sind, überzeugt die Begründung mit Art. 2 Abs. 2 ZGB teilweise. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es, die Durchsetzung bloss formaler Rechte zu verhindern, falls diese in einem offensichtlichen Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen stehen.⁵⁷ Es erscheint offensichtlich rechtsmissbräuchlich, wenn etwa ein Freier sich nach beidseitiger Erfüllung auf die Sittenwidrigkeit beruft, um den vorausbezahlten Lohn wieder zurückfordern zu können. Dies gilt vor allem für Fälle, in welchen ihm die Nichtigkeit dieses Geschäfts von Anfang an bewusst war. Erfährt er von der Unwirksamkeit hingegen erst im Nachhinein, so erscheint Art. 2 Abs. 2 ZGB in dogmatischer Hinsicht nicht mehr die passende Bestimmung zu sein, um die Lohnsicherung einer Prostituierten zu gewährleisten. Art. 2 Abs. 2 ZGB verweigert nämlich den Rechtsschutz nur bei offenbarem Rechtsmissbrauch, und damit nur ausnahmsweise. Offenbarer Rechtsmissbrauch ist zurückhaltend anzunehmen und im Zweifel das formelle Recht zu schützen.⁵⁸

Art. 63 Abs. 1 OR bringt das Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens speziell für die ungerechtfertigte Bereicherung zum Ausdruck.⁵⁹ Die Anwendung dieser Bestimmung selbst nach beidseitig erbrachter Leistung dürfte des Öfteren schon daran scheitern, dass heutzutage ein Grossteil der Bevölkerung davon ausgeht, dass Sexdienstleistungsverträge gültig sind. Unter dieser Annahme kann Art. 63 Abs. 1 OR einer Rückforderung regelmässig nicht mehr entgegenstehen, da sich die betroffenen Personen diesfalls über die Schuldpflicht tatsächlich im Irrtum befunden haben.

Mit Art. 66 OR wird dem Verbot rechts- und sittenwidriger Geschäfte Nachdruck verliehen. Infolge Rechts-

schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 7 N 28; KOLLER (Fn. 7), N 13.177, 13.185 und 13.195; BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 189; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1, 3. Aufl., Zürich 1979, 256. Ein grosser Teil der Lehre beschränkt sich zudem darauf, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrages wiederzugeben, ohne dazu eine klare Position einzunehmen. In diesem Sinne anstelle vieler: CHK-KUT, Art. 19–20 OR N 25; SCHWENZER (Fn. 28), N 32.28.

50 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 49), N 672; KOLLER (Fn. 7), N 13.177.

51 Vgl. Verweis auf BGE 136 III 401, 407, E. 5.4 bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 49), N 672; ähnlich KOLLER (Fn. 7), N 13.185.

52 Anstelle vieler siehe etwa HÜRLIMANN (Fn. 30), 149; BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 189; KOLLER (Fn. 7), N 13.195.

53 «Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat.»

54 So noch in der Voraufgabe ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 13 N 170, Fn. 64.

55 «Was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist, kann nicht zurückgefordert werden.»

56 HÜRLIMANN (Fn. 30), 149; BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 189.

57 Anstatt vieler BGE 131 V 97, 102, E. 4.3.1.

58 BSK-HONSELL, Art. 2 ZGB N 27.

oder Sittenwidrigkeit verliert der Bereicherungsanspruch seine Klagbarkeit. Dogmatisch liegt nur noch eine unvollkommene (Natural-)Obligation vor.⁶⁰ Als Schulbeispiel für die Anwendung dieser Bestimmung dient die Verweigerung der Rückforderung des Gaunerlohns.⁶¹ In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 66 OR den Nachweis der absichtlichen Herbeiführung im Zeitpunkt der massgeblichen Leistung.⁶² Sofern der Bereicherungsgläubiger sich nicht bewusst war, dass der angestrebte Erfolg rechtswidrig oder unsittlich ist, greift Art. 66 OR nach herrschender Lehre nicht.⁶³ Bei der Beurteilung des massgebenden Sachverhalts ist freilich ein objektiver Massstab anzulegen und darauf abzustellen, was eine durchschnittliche Person in der Situation des Bereicherungsgläubigers gewusst hätte.⁶⁴ In Anbetracht des gesellschaftlichen Wandels im Umgang mit Prostitution ist auch in diesem Zusammenhang fraglich, ob der durchschnittliche Bürger überhaupt noch von der Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags ausgeht.

Das Rechtsmissbrauchsverbot dürfte für die Frage der Rückforderung des für sexuelle Dienstleistungen bezahlten Entgelts womöglich noch als sachgerechte Norm zu betrachten sein. Die Berufung auf einzelne der hier diskutierten Bestimmungen hilft jedoch nicht weiter, um nach erfolgter sexueller Dienstleistung den «unsittlichen Vergütungsanspruch» durchzusetzen. Es ist dogmatisch kaum begründbar, bewusst gemeinsam ein von der Rechtspraxis als sittenwidrig eingestuftes Geschäft zu vereinbaren und zu vollziehen, und im Nachhinein Art. 2 Abs. 2 ZGB anzurufen, um die Bezahlung zu fordern.

C. Allgemeiner Gesinnungswandel

Seit den 1980er-Jahren unterlagen die Moralvorstellungen über die Prostitution einem tiefgreifenden Wandel.⁶⁵ Das Prostitutionsgewerbe wird heutzutage in Nachbarländern⁶⁶, zahlreichen Kantonen⁶⁷, Städten⁶⁸ und Gemeinden reguliert. Damit geht die Entwicklung einher, in Rechtserlassen Sexdienstleistungsverträge zunehmend als rechtsgültige Vereinbarungen anzuerkennen.⁶⁹ Im Jahre 2013 stellte sich mit dem Bezirksgericht Horgen zudem erstmals ein schweizerisches Gericht auf den Standpunkt, aufgrund der veränderten Moralvorstellungen seien Sexdienstleistungsverträge zumindest für den Grossraum Zürich nicht als sittenwidrig anzusehen.⁷⁰ In der Konsequenz sprach das Bezirksgericht der beklagten Sexarbeiterin im konkreten Fall die für bereits erbrachte sexuelle Dienstleistungen noch ausstehende Teilforderung von 2800 Franken zu.⁷¹

Dieses unterinstanzliche Urteil entspricht der in der neueren Lehre grösstenteils vertretenen Meinung,⁷² dass

Sexdienstleistungsverträge nicht mehr sittenwidrig sind.⁷³ Ein Wandel ist selbst bei einzelnen Autoren auszuma-

59 BSK-SCHULIN, Art. 63 OR N 1.

60 BSK-SCHULIN, Art. 66 OR N 1.

61 Weiterführend BSK-SCHULIN, Art. 66 OR N 3.

62 BSK-SCHULIN, Art. 66 OR N 2.

63 BK-RÜEDI, Art. 66 OR N 10 und 241; SCHWENZER (Fn. 28), N 56.11; VON TUHR/PETER (Fn. 49), 490; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Étude systématique de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux bonnes moeurs en droit suisse des contrats*, Fribourg 1988, N 1794.

64 BK-RÜEDI, Art. 66 OR N 10.

65 Urteil des BezGer Horgen FV120047 vom 9. Juli 2013 (ZR 2013, 296 ff.), E. 2.1.3; ähnlich der Bundesrat in der Interpellation Caroni (12.3187) «Privatrechtliche Anerkennung des Prostituiertenlohns» vom 15. März 2012.

66 Hierzu die nachfolgenden Ausführungen zur Rechtslage in Deutschland und Österreich (Abschnitt IV.).

67 Vgl. insbesondere das am 1. April 2013 im Kanton Bern in Kraft getretene Gesetz über das Prostitutionsgewerbe vom 7. Juni 2012 (PGG), BSG 935.90, inkl. der gestützt darauf erlassenen Verordnung über das Prostitutionsgewerbe vom 5. Dezember 2012 (PGV), BSG 935.901, die baselstädtische Verordnung über die Strassenprostitution vom 19. Dezember 2006, SGS 724.500, oder das freiburgische Gesetz vom 17. März 2010 über die Ausübung der Prostitution, SGF 940.2.

68 Siehe z.B. Art. 2 der Prostitutionsgewerbeverordnung der Stadt Zürich vom 7. März 2012 (PGV), AS 551.140, oder Art. 6 des Polizeireglements vom 16. November 2004 der Stadt St. Gallen, sRS 412.11.

69 Urteil des BezGer Horgen FV120047 vom 9. Juli 2013 (ZR 2013, 296 ff.), E. 2.1.3; ausdrückliche Anerkennung des Sexdienstleistungsvertrags in Art. 2 Abs. 2 des bernischen PGG (Fn. 67): «Die Vornahme von sexuellen Handlungen gegen Entgelt ist zulässig. Die Forderung auf Leistung der Handlung kann nicht abgetreten werden, wohl aber die Forderung auf Leistung der Entschädigung.» Die Bestimmung ist im Lichte von Art. 122 BV freilich heikel. Deutlich zurückhaltender ist dagegen Art. 2 der stadtzürcherischen PGV (Fn. 67): «Prostitution ist eine Dienstleistung, bei der eine sexuelle Handlung gegen Entgelt angeboten oder vorgenommen wird. Bei der Ausübung der Prostitution entstehen im Rahmen des übergeordneten Rechts gültige Verträge.»

70 Urteil des BezGer Horgen FV120047 vom 9. Juli 2013 (ZR 2013, 296 ff.), E. 2.1.3.

71 Vgl. Urteil des BezGer Horgen FV120047 vom 9. Juli 2013 (ZR 2013, 296 ff.), E. 1.2.

72 PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, *Einführung in das Recht*, 5. Aufl., Bern 2012, § 19 N 62.

73 FURRER/MÜLLER-CHEN (Fn. 20), Kap. 5 N 100; RAPHAËL HAAS, *Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB*, Zürich 2007, N 839; KATHRIN HEINZL, *Prostitution im Schweizer Strafrecht, Die Strafbarkeit von Prostituierten, Zuhältern und Freiern*, Zürich 2016, 157; HEINZ HELLER, *Schwarzarbeit – das Recht der Illegalen*, Unter besonderer Berücksichtigung der Prostitution, Zürich 1999, 154; CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Aufl., Zürich 2014, N 414; BSK-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR N 38; HÜRLIMANN (Fn. 30), 150 f., 155 und 219; KRAMER/PROBST (Fn. 18), N 211 sowie Fn. 201; DANIEL LEU/HANS CAS-

chen. So vertrat KRAMER noch 1991 die Auffassung, dass Sexdienstleistungsverträge gegen die guten Sitten verstössen.⁷⁴ Unterdessen hat er seine Meinung geändert. Jüngst sprach er sich zusammen mit PROBST dafür aus, den zunehmend liberalisierten Moralvorstellungen sei in dem Sinne Rechnung zu tragen, dass nicht mehr von der Ungültigkeit einer entsprechenden Vereinbarung auszugehen sei.⁷⁵

Neben der jüngeren Lehre befürwortet auch der schweizerische Bundesrat diese neue Rechtsprechung.⁷⁶ Anzumerken ist, dass sich die geforderte Anerkennung auf diejenigen Fälle beschränkt, in welchen sich erwachsene Personen freiwillig, selbstbestimmt und unter Beachtung der rechtlichen Grenzen prostituieren.⁷⁷

D. Dogmatische Herausforderungen

Geht man davon aus, dass der Sexdienstleistungsvertrag nicht mehr sittenwidrig ist, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des Vertragsverhältnisses. Gleichzeitig gilt es zu untersuchen, welche Ansprüche der Kunde gegen die Sexarbeiterin bei Nicht- oder Schlechterfüllung hat. Solche Ansprüche sind offenbar wenig schutzwürdig, sie dürften sogar ein wesentlicher Grund

gewesen sein, dass der Sexdienstleistungsvertrag überhaupt als sittenwidrig beurteilt wurde. Gleichwohl stehen sie dem Freier als Gläubiger in einem nunmehr rechtsgültigen synallagmatischen Vertrag grundsätzlich ebenfalls zu.

Folgt man der Auffassung, die unter anderem vom Bundesrat vertreten wird, so ist beim Sexdienstleistungsvertrag von einem Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR auszugehen.⁷⁸ Die Sexarbeiterin schuldet ein sorgfältiges Tätigwerden und keinen Erfolg.⁷⁹ Aufgrund des zwingenden Art. 404 OR können die beteiligten Parteien den Vertrag jederzeit beenden. Wird von diesem Recht freilich zur Unzeit Gebrauch gemacht, so kann dies gemäss Art. 404 Abs. 2 OR zu einer Schadenersatzpflicht führen. Von einer Auflösung zur Unzeit ist dann auszugehen, wenn die beendigungswillige Partei der Gegenpartei in einem ungünstigen Moment ohne sachliche Rechtfertigung besondere Nachteile verursacht. Geschützt ist nur das negative Interesse beziehungsweise der Vertrauensschaden.⁸⁰ Im Vordergrund steht die Verletzung einer bindenden Vertragsdauerbestimmung. So ist etwa möglich, dass eine Prostituierte geltend macht, sie habe auf anderweitig erzielbaren Gewinn verzichtet, um sich dem nun doch nicht wahrnehmbaren Auftrag zu widmen. Auch denkbar wäre zum Beispiel, dass ein Freier die Erstattung von Reisekosten fordert. Das Interesse an der Fortdauer eines Vertrages wird durch Art. 404 Abs. 2 OR dagegen nicht geschützt.⁸¹ Das Auftragsrecht bietet darüber hinaus auch sachgerechte Instrumente für weitere denkbare Leistungsstörungen, im Besonderen mit Art. 97 i.V.m. 398 OR für Fälle der Schlechterfüllung.

Dem Erfüllungsanspruch des Freiers kann die Sexarbeiterin daher durch Kündigung des Auftrags begegnen. Daneben kann sie die Erfüllung auch gestützt auf Art. 27 ZGB verweigern. Zwar stellt die Verpflichtung zur Vornahme sexueller Handlungen für sich selbst keine Persönlichkeitsverletzung dar; ethisch und moralisch ist eine Verpflichtung nämlich nicht deshalb inakzeptabel, weil sie jemanden im Kernbereich seiner Persönlichkeit bindet. Mit dem Persönlichkeitsrecht unvereinbar ist hingegen die Abrede, welche die Sexarbeiterin zur Vornahme sexueller Handlungen gegen ihren Willen zwingt.⁸²

IV. Blick über die Grenzen

A. Deutschland

Lange Zeit wurde der Vertrag über die Vornahme sexueller Handlungen gegen Bezahlung eines Entgelts in

PAR VON DER CRONE, Übermässige Bindung und die guten Sitten, Zum Verhältnis von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR, SZW 2003, 221 ff., 227 f.; MICHAEL LÜDI, Auflagen und Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen, Unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, Zürich 2016, 140; BK-RÜEDI, Art. 66 OR N 406; ZUFFEREY (Fn. 63), N 1254; in diesem Sinne auch Urteil des BezGer Horgen FV120047 vom 9. Juli 2013 (ZR 2013, 296 ff.), E. 2.1.3; vgl. auch KuKo-HERZOG, Art. 19 OR N 15, der die von HÜRLIMANN ins Feld geführten Argumente für beachtenswert hält; auch KRAUSKOPF/SOMMER (Fn. 44), 75 f., sprechen sich in zurückhaltender Weise für eine Abkehr von der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis aus.

74 BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 189.

75 KRAMER/PROBST (Fn. 18), N 211 und Fn. 201.

76 Vgl. Interpellation Caroni (Fn. 65), wonach der Bundesrat die Ansicht teilt, «dass in unserer Gesellschaft ein grundlegender Wertewandel im Denken und im Umgang mit Prostitution stattgefunden hat. Wieso Prostitution in einem Rechtsgebiet als «sittenwidrig» (im Vertragsrecht) und in einem anderen ohne sittlichen Makel sein soll (z.B. Steuerrecht), ist nicht nachvollziehbar.»

77 Vgl. HÜRLIMANN (Fn. 30), 219.

78 Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.4162 Streiff - Feller, 13.3332 Caroni, 13.4033 Feri und 13.4045 Fehr vom 5. Juni 2015, <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2012/20124162/Bericht%20BR%20D.pdf>, abgerufen am 31. August 2017, 19.

79 HÜRLIMANN (Fn. 30), 221; so auch für Österreich KLAUSBERGER (Fn. 15), 402, mit weiteren Hinweisen.

80 Urteil des BGer 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, E. 3.6.1.

Deutschland ohne Diskussion als nichtig erachtet.⁸³ In einer Entscheidung aus dem Jahr 1976 befand der Bundesgerichtshof: «Durchgreifende Bedenken gegen die Berechtigung des Ersatzanspruches müssen sich jedoch daraus ergeben, daß eine Prostituierte durch ihre Betätigung (zumindest im Regelfall) gegen die *guten Sitten* verstößt. Dies ist im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 138 BGB seit jeher anerkannt.»⁸⁴ Daneben wurde in der Judikatur auch für weitere Rechtsgeschäfte über sexuelle Handlungen auf Sittenwidrigkeit erkannt: Gegen die guten Sitten verstießen etwa Verträge im Zusammenhang mit Telefonsex⁸⁵, der Darbietung des Geschlechtsverkehrs auf Bühnen⁸⁶ oder Peepshows⁸⁷.

Der Auffassung der Gerichte schloss sich auch ein bedeutender Teil der Lehre an. Freilich standen dem aber auch einige Mindermeinungen gegenüber. So vertrat namentlich KÜHNE bereits 1975, dass in Anbetracht der Anzahl vollzogener Prostitutionsverträge wohl kaum von Sittenwidrigkeit gesprochen werden könne.⁸⁸ ROTHER schlug derweil vor, eine Trennung des Vertrags in die zwei Hauptleistungsversprechen vorzunehmen, wobei die Geldzahlung für sich alleine nicht sittenwidrig sein könne,⁸⁹ während das «Liebesversprechen» wegen des Verstosses gegen den «Grundsatz der Freiheit geschlechtlichen Verhaltens» unwirksam sei.⁹⁰ Aus der Rechtsprechung ist insbesondere das Urteil des Amtsgerichts Berlin-Lichtenberg aus dem Jahr 1995 hervorzuheben.⁹¹ Das Gericht verurteilte einen Freier zur Zahlung der geschuldeten 100 Deutschen Mark, mit der Begründung, Gegenstand von Dienstverträgen nach § 611 Abs. 2 BGB könnten «Dienste jeder Art» sein.⁹²

Eine massgebliche Änderung in der Diskussion um die Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags und der weiteren Verträge über sexuelle Handlungen hat die Einführung des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz)⁹³ auf den 1. Januar 2002 mit sich gebracht. Paragraph 1 dieses Gesetzes lautet:

«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.»

Der Wortlaut der Bestimmung klärt unmittelbar, dass die Prostituierte ihr Entgelt nach vollzogener Handlung gerichtlich einfordern kann. Der Kunde hat derweil keinen Anspruch auf Erfüllung des Vertrags,⁹⁴ was letztlich dem Gesetzeszweck der Besserstellung der Prostituierten entspricht.⁹⁵ Ansprüche des Kunden aus Schlechterfü-

llung werden zudem von § 2 Satz 2 ProstG ausgeschlossen.

Umstritten blieb in Schrifttum und Rechtsprechung die Frage, ob der Sexdienstleistungsvertrag nach Erlass des Prostitutionsgesetzes noch sittenwidrig ist. Ein Teil hält dafür, dass der Gesetzgeber die gesellschaftlichen Wertvorstellungen nicht durch einen Erlass bestimmen oder ändern könne und die Prostitution gegen den verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde verstosse.⁹⁶ Nach der Gegenansicht ist die Sittenwidrigkeit mit

81 Urteil des BGer 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, E. 3.6.1.

82 So auch LEU/VON DER CRONE (Fn. 73), 227; KRAUSKOPF/SOMMER (Fn. 44), 70 f.

83 Anstelle vieler Soergel-HEFERMEHL, § 138 BGB N 208; ROTHER (Fn. 27), 502.

84 Urteil des BGH VI ZR 122/75 vom 6. Juli 1976 (BGHZ 67, 119 ff. = NJW 1976, 1883 ff.), E. II. 1b; siehe auch Urteil des BGH IVa ZR 160/82 vom 7. Dezember 1983 (NJW 1984, 797 f.), 797; MüKo-MAYER-MALY/ARMBRÜSTER, § 138 BGB N 57, mit weiteren Hinweisen.

85 Urteil des BGH XI ZR 192/97 vom 9. Juni 1998 (NJW 1998, 2895 ff.), 2896.

86 Urteil des BAG 4 AZR 96/75 vom 1. April 1976 (NJW 1976, 1958 ff.), 1958 f.

87 Urteil des BVerwG I C 232/79 vom 15. Dezember 1981 (NJW 1982, 664 f.), 665, in der das Gericht die Sittenwidrigkeit aus Art. 1 des Grundgesetzes (Menschenwürde) ableitete und auf eine Prüfung, «ob die Veranstaltungen auch unabhängig von der Wertentscheidung der Verfassung dem für den Begriff der guten Sitten maßgeblichen sozialetischen Unwerturteil der Rechtsgemeinschaft [unterliege]», verzichtete. Weitere Hinweise zur Sittenwidrigkeit wegen «Missachtung von Grundsätzen der Sexualmoral und Familienordnung» finden sich etwa bei MüKo-MAYER-MALY/ARMBRÜSTER, § 138 BGB N 55 ff.

88 HANS-HEINER KÜHNE, Prostitution als bürgerlicher Beruf?, ZRP 1975, 184 ff., 185; ähnlich auch WOLFGANG SCHATZSCHNEIDER, Rechtsordnung und Prostitution, Einige Anmerkungen zur staatlichen Reglementierung des «ältesten Gewerbes», NJW 1985, 2793 ff., mit Hinweisen auf die Wertungswidersprüche in der damaligen Rechtsprechung; im Ergebnis gleich UWE WESEL, Frauen schaffen an, das Patriarchat kassiert ab, NJW 1998, 120 f.; zu Telefonsex und Prostitution auch ULRICH BEHM, Zur Wirksamkeit von Rechtsgeschäften über «Telefonsex», NJW 1990, 1822 ff., 1825 f.

89 ROTHER (Fn. 27), 505.

90 ROTHER (Fn. 27), 506 f.

91 Urteil des AG Berlin-Lichtenberg 4 C 358/95 vom 2. Oktober 1995 (zitiert bei WESEL [Fn. 88], 121).

92 Zur Kritik an diesen Auffassungen siehe etwa MüKo-ARMBRÜSTER, § 138 BGB N 57.

93 Prostitutionsgesetz vom 20. Dezember 2001 (ProstG), BGBl. I 3983, das durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. Oktober 2016, BGBl. I 2372, geändert worden ist.

94 Damit hat der Gesetzgeber im Ergebnis die von ROTHER vorgeschlagene Lösung umgesetzt (siehe hierzu Fn. 89).

95 MüKo-ARMBRÜSTER, § 1 ProstG N 1 und 7.

Erlass des Prostitutionsgesetzes hingegen entfallen.⁹⁷ Die zweite Ansicht ist die überzeugende. Es muss den Anhängern der ersten Meinung zwar zugestanden werden, dass der Gesetzgeber tatsächlich nicht durch Erlass die gesellschaftlichen Wertvorstellungen ändern kann.⁹⁸ Wohl

aber kann die Gesellschaft Abgeordnete wählen, die den veränderten Wertvorstellungen Rechnung tragen. Entsprechend ist vielmehr der Schluss richtig, dass die geänderten Wertvorstellungen mittelbar über die Wahl der Parlamentarier zu dem neuen Erlass geführt haben. Bestreitet man dies, wird letztlich auch die demokratische Legitimation eines gewählten Parlaments hinterfragt. Unter dieser Annahme kann sodann nicht gefordert werden, der Richter habe den Sexdienstleistungsvertrag weiterhin generell als sittenwidrig zu erachten.⁹⁹ Wer dieser Ansicht das Wort redet, stellt die Moralvorstellungen eines Einzelnen – des Rechtsgelehrten – über diejenigen, die in der Gesellschaft vorherrschend sind. Eine solche «Korrektur» ist nur mit grösster Zurückhaltung vorzunehmen.¹⁰⁰ Was den Einwand der Menschenwürde angeht, bleibt festzuhalten, dass diese nur dann verletzt wäre, wenn eine zwangsweise Durchsetzung der sexuellen Handlung möglich wäre.¹⁰¹ Dann liegt aber auch ein Vertrag mit rechtswidrigem Inhalt vor; der Rückgriff auf die Gute-Sitten-Formel erübrigt sich folglich.¹⁰²

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Sexdienstleistungsvertrag seit Einführung des Prostitutionsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland nicht mehr sittenwidrig ist.

Bedingt durch das gesetzgeberische Tätigwerden konnte die Frage, welcher Natur der Vertrag respektive die gegenseitigen Pflichten sind, weitgehend offenbleiben. Der Gesetzgeber bezeichnete den Vertrag als einseitig verpflichtenden Vertrag.¹⁰³ Dem folgte die herrschende Lehre, während von anderen unterschiedliche dogmatische Einordnungen vorgenommen wurden. Der Sexdienstleistungsvertrag wurde bisweilen als Realkontrakt,¹⁰⁴ «hinkender Austauschvertrag»¹⁰⁵ oder Naturalobligation qualifiziert. Sodann wurde vorgeschlagen, ihn analog dem Maklervertrag zu behandeln. In praktischer Hinsicht ist die dogmatische Verortung aufgrund der gesetzlichen Anordnung zumindest in Deutschland von geringer Tragweite.¹⁰⁶

B. Österreich

Ähnlich wie in Deutschland und der Schweiz waren Sexdienstleistungsverträge auch in Österreich lange Zeit sittenwidrig.¹⁰⁷ 1989 urteilte der Oberste Gerichtshof, ein Vertrag über die geschlechtliche Hingabe gegen Entgelt verstosse gegen die guten Sitten und sei daher nichtig. Die Prostitution gefährde das Institut der Ehe, und im Zusammenhang mit ihr würden «häufig der Leichtsinns, die Unerfahrenheit, die Triebhaftigkeit und die Trunkenheit von Personen ausgenützt».¹⁰⁸ Anders beurteilte das höchste österreichische Gericht hingegen Verträge über Telefonsex. Diese verstiesse nicht gegen die guten Sitten,

96 Urteil des OLG Schleswig 16 U 11/04 vom 13. Mai 2004 (NJW 2005, 225 ff.), 227; Urteil des AG Berlin-Lichtenberg 7 C 85/11 vom 26. Oktober 2011 (MMR 2012, 66 f.), 66; CHRISTIAN FRIEDRICH MAJER, Sittenwidrigkeit und das Prostitutionsgesetz bei Vermarktung und Vermittlung, NJW 2008, 1926 ff., 1927 f.; Staudinger-SACK (2003), § 138 BGB N 454; Palandt-ELLENBERGER, § 138 BGB N 52; siehe auch die weiteren Hinweise bei MüKo-ARMBRÜSTER, § 1 ProstG N 19.

97 Urteil des BGH I ZR 241/03 vom 13. Juli 2006 (BGHZ 168, 314 = NJW 2006, 3490 ff.), 3491; Urteil des BGH III ZR 102/07 vom 8. November 2007 (NJW 2008, 140 ff.), 141; Beschluss des BGH 5 StR 536/02 vom 7. Mai 2003 (NSStZ 2003, 533); WOLF/NEUNER (Fn. 9), § 46 N 36; CHRISTIAN ARMBRÜSTER, Zivilrechtliche Folgen des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten, NJW 2002, 2763 ff., 2764; ANDREAS BERGMANN, Das Rechtsverhältnis zwischen Dirne und Freier, Das Prostitutionsgesetz aus zivilrechtlicher Sicht, JR 7/2003, 270 ff.; DIETER DEHNER, Die Entwicklung des Maklerrechts seit 2000, NJW 2002, 3747 ff., 3748; Staudinger-FISCHINGER, § 1 ProstG N 10 ff.; MüKo-ARMBRÜSTER, § 1 ProstG N 19; Prütting/Wegen/Weinreich-AHRENS, § 138 BGB N 142.

98 MüKo-ARMBRÜSTER, § 1 ProstG N 19.

99 Dies muss umso mehr gelten, nachdem in der parlamentarischen Debatte mehrfach betont wurde, dass dem Sexdienstleistungsvertrag der Stempel als anrühige, sittenwidrige Tätigkeit genommen werden sollte (siehe etwa Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten, BT-Drs. 14/5958, 4).

100 Hierzu auch schon vorne Abschnitt II.

101 Ausführlich MüKo-ARMBRÜSTER, § 1 ProstG N 19.

102 Prütting/Wegen/Weinreich-AHRENS, § 138 BGB N 142.

103 Deutscher Bundestag (Fn. 99), 6.

104 Namentlich BERGMANN (Fn. 97), 271 ff.

105 Staudinger-FISCHINGER, § 1 ProstG N 29 ff.

106 Zum Ganzen Staudinger-FISCHINGER, § 1 ProstG N 24 ff., mit weiteren Hinweisen.

107 Rummel/Lukas-KREJCI, § 879 ABGB N 71. Freilich gab es in der Lehre auch kritische Stimmen. So formulierte es GSCHNITZER bereits 1934 sehr treffend: «Übrigens bezweifle ich, ob damit etwas gewonnen ist, wenn alle diese Verhältnisse [der gewerbsmäßigen Betreibung der Unzucht] rechtlichen Schutzes entbehren, ob damit nicht nur zum unsittlichen Gewerbe noch unsittliche Ausbeutung hinzutritt.» (Klang-GSCHNITZER [1934], § 879 ABGB 192). Treffend fasst es auch KLAUSBERGER (Fn. 15), 406, zusammen, der von «Rechtssubjekten zweiter Klasse» und «Rechtsverweigerung *quod sit meretrix* – weil es sich um eine Dirne handelt» spricht.

108 Urteil des OGH 3 Ob 516/89 vom 28. Juni 1989; kritisch zu dieser Entscheidung ALEXIA STUEFER/DORIS EINWALLNER, Sexarbeit in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, Juridikum 2007, 98 ff., 99 ff.

insbesondere weil nicht «der Intimbereich der Anbieterin zur Ware degradiert werde».¹⁰⁹

Eine bedeutende Änderung der Rechtslage trat im Jahr 2012 mit der Entscheidung 3 Ob 45/12g des Obersten Gerichtshofs ein. Das Gericht hatte einen Fall zu beurteilen, in dem der Besucher eines Bordells die bezogenen Leistungen nicht sogleich bezahlte, sondern sich diese vom Betreiber stunden liess. Als die Forderung nicht bezahlt und eingeklagt wurde, machte der Freier geltend, der offene Betrag sei nicht geschuldet, weil das zugrundeliegende Rechtsgeschäft, der Vertrag über den Bezug sexueller Dienste, sittenwidrig und daher nichtig im Sinne von § 879 Abs. 1 ABGB sei.¹¹⁰ In Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung kam der Oberste Gerichtshof zum Schluss, dass eine Vereinbarung zwischen einer Sexarbeiterin und dem Kunden nicht generell sittenwidrig sei und selbiges für das Verhältnis zwischen dem Bordellbetreiber und dem Kunden gelten müsse. Ein vereinbartes Entgelt könne daher eingefordert werden.¹¹¹ Zu den Gründen führte das Gericht aus:

«Berücksichtigt man allerdings, dass die Prostitution in Österreich nicht nur nicht verboten ist, sondern landesgesetzliche Vorschriften eingehend die Rahmenbedingungen für die Ausübung der Prostitution und des Bordellbetriebs regeln, lassen sich aus dem geltenden Recht keine Rückschlüsse auf für das Sittenwidrigkeitsurteil gemäß § 879 Abs. 1 ABGB maßgebliche Moralvorstellungen ziehen. Nicht alles, was als potentielle Gefahr für familienrechtliche Institutionen [...] oder als unmoralisch empfunden wird, ist deshalb schon im Sinne des § 879 Abs. 1 ABGB sittenwidrig und damit nichtig.»¹¹²

Im Nachgang zu dem Urteil wurde im Schrifttum diskutiert, wie sich der Sexdienstleistungsvertrag mit Blick auf den besonderen Charakter der Dienstleistung zu den Bestimmungen über die Vertragsverletzung verhält. Anders als in Deutschland fehlt es nämlich an einer spezialgesetzlichen Regelung, die den Vertrag als einseitig verbindlich bezeichnet. Der Vertrag unterliegt mithin den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen, weshalb sich auch die Frage der dogmatischen Einordnung des Vertrags stellt.¹¹³

Zwar befand der Oberste Gerichtshof, dass der Vertrag – bei korrekter Vertragsauslegung – nur einseitig verbindlich sei; die Sexarbeiterin müsse die Leistung jederzeit wegen der ihr zukommenden Menschenwürde verweigern können.¹¹⁴ Mit Recht wurde jedoch gefragt, ob der Vertrag eine Auslegung in diese Richtung zulässt und ob dieses Ergebnis dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen kann.¹¹⁵ Andere Stimmen schlagen vor, auf den Sexdienstleistungsvertrag die Bestimmungen über Spiel und Wette anzuwenden, wonach bis zur Hinterlegung oder Entrichtung des Preises bloss Naturalobligationen beste-

hen.¹¹⁶ Dies überzeugt aus zwei Gesichtspunkten wenig: Zum einen liegt der Sachverhalt bei den beiden Vertragsarten derart weit auseinander, dass ein Analogieschluss kaum sachgerecht erscheint. Zum anderen würde diese Lösung zu demselben Ergebnis führen, wie es praktisch bereits unter der alten Rechtslage gelebt wurde – die Leistung erfolgt nur gegen Vorauszahlung. Zugutegehalten werden kann dieser Lösung einzig, dass immerhin die Stigmatisierung der Sexarbeit als sittenwidriges Geschäft entfällt.¹¹⁷ Ein weiterer Teil verlangt eine Klärung durch den Gesetzgeber,¹¹⁸ wobei regelmässig darauf hingewiesen wird, dass – analog der Regelung in Deutschland (§ 2 Satz 2 ProstG) – jegliche Ansprüche des Kunden wegen Schlechterfüllung ausgeschlossen werden müssten.¹¹⁹

Die Frage nach der dogmatischen Einordnung ist auch in Österreich noch nicht abschliessend geklärt. Es kann jedoch zusammenfassend festgehalten werden, dass in

109 Urteil des OGH 2 Ob 23/03a vom 12. März 2003; zur Sittenwidrigkeit von Erotik-Mehrwertdiensten siehe MICHAEL HASBERGER, *Erotik-Hotlines sittenwidrig?*, MR 2003, 333 ff.

110 Hierzu die Sachverhaltsschilderung im Urteil des OGH 3 Ob 45/12g vom 18. April 2012.

111 Urteil des OGH 3 Ob 45/12g vom 18. April 2012, E. 4.6.7; bestätigt durch Urteil des OGH 6 Ob 124/12x vom 13. September 2012; Urteil des OGH 12 Os 90/13x vom 23. Januar 2014; zum Urteil auch ROBERT FUCIK, *Grünes Licht für Rotlichtentgelte*, ÖJZ 2012, 577; DANIELA KRÖMER, *Sexarbeit nicht mehr sittenwidrig*, *juridikum* 2012, 382 ff., die eine gesetzliche Regelung der Sexarbeit wie in Deutschland fordert; KATHARINA GRÖGER, OGH 18.4.2012, 3 Ob 45/12g, RZ 2012, 208 ff.; Rummel/Lukas-KREJCI, § 879 ABGB N 72; Schwimann/Kodek-RIEDLER, § 879 ABGB N 111; NORA EBERHARTER, ... und wer ist die «Gesellschaft aller billig und gerecht Denkenden?», *Überlegungen zur gesellschaftlichen Inklusion von Sexarbeiter_innen*, *juridikum* 2016, 168 ff.

112 Urteil des OGH 3 Ob 45/12g vom 18. April 2012, E. 4.6.5.

113 KRÖMER (Fn. 111), 383.

114 Urteil des OGH 3 Ob 45/12g vom 18. April 2012, E. 4.6.2, mit Verweis auf Art. 8 EMRK.

115 SCHODITSCH (Fn. 20), 56; kritisch auch KLAUSBERGER (Fn. 15), 401.

116 MARTIN SPITZER, *Der Prostitutionsvertrag nach 3 Ob 45/12g*, ÖJZ 2012, 784 ff., 786; kritisch KRÖMER (Fn. 111), 384; siehe zu Spiel und Wette im österreichischen Recht etwa RUDOLF WELSER/BRIGITTA ZÖCHLING-JUD, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band 2, 14. Aufl., Wien 2015, N 1159.

117 Siehe auch KRÖMER (Fn. 111), 383 f.; KLAUSBERGER (Fn. 15), 404. Darüber hinaus bleibt zu erwähnen, dass der Oberste Gerichtshof diese Argumentation 1989 selbst nannte (Urteil des OGH 3 Ob 516/89 vom 28. Juni 1989). Es ist fraglich, ob auf diese Entscheidung nach dem ausdrücklich gegenteiligen Urteil aus dem Jahr 2012 noch zurückgegriffen werden kann.

118 KRÖMER (Fn. 111), 384; so auch SCHODITSCH (Fn. 20), 57.

119 SPITZER (Fn. 116), 785; SCHODITSCH (Fn. 20), 58; KRÖMER (Fn. 111), 383 f.; zu Schlecht- und Nichterfüllung unter geltendem Recht KLAUSBERGER (Fn. 15), 402 f.

den grossen deutschsprachigen Jurisdiktionen die Prostitution und der Sexdienstleistungsvertrag nicht mehr als sittenwidrig erachtet werden.

V. Anpassungsbedarf in der Schweiz?

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Verträge über die Vornahme sexueller Handlungen gegen Bezahlung eines Entgelts noch immer sittenwidrig. Diese Rechtsprechung steht in einem Widerspruch zu der allgemeinen Auffassung in Gesellschaft, Politik, Lehre und unterinstanzlicher Rechtsprechung. Es ist daher fraglich, ob das Bundesgericht, wenn es heute einen entsprechenden Fall zu beurteilen hätte, noch von der Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags ausgehen würde.

Mehrere Gründe sprechen für eine Änderung der Rechtsprechung und eine Anpassung des Wertemassstabs, an dem sich die Abrede zwischen der Sexarbeiterin und ihrem Kunden messen muss. So ist die Prostitution an sich erlaubt und kann als anerkannte wirtschaftliche Tätigkeit grundrechtlichen Schutz beanspruchen. Auch wird der durch Sexarbeit erzielte Gewinn als Bemessungsgrundlage für Steuern und Abgaben oder als haftpflichtrechtlich relevante Schadensposition anerkannt. Die Rechtsordnung schützt diese Erwerbsform insgesamt weitgehend und stellt sie anderen Erwerbsformen gleich. Es erscheint widersprüchlich, gerade im Vertragsrecht, das besonders vom liberalen Gedankengut geprägt ist, von dieser grundsätzlichen Wertung abzugehen. Versucht man, den relevanten Wertemassstab anhand der Rechtsordnung zu ermitteln, kann kaum mehr auf Sittenwidrigkeit des Vertrags geschlossen werden.

Eine «Korrektur» dieser Einschätzung wäre bloss durch die Aufnahme ausserrechtlicher Kriterien möglich. Der Richter würde den Versuch unternehmen, die «allgemeinen Rechtsüberzeugungen», die nicht in das gesetzte Recht überführt wurden, zu ermitteln. Dies ist ein schwieriges Unterfangen. So besteht einerseits die Herausforderung, in der heutigen pluralistischen Gesellschaft auszumachen, was aus moralischer Sicht nicht mehr zu tolerieren ist. Andererseits lauert stets die Gefahr, dass der Richter seine eigenen Wertvorstellungen an die Stelle derjenigen der Gesellschaft setzt und danach ur-

teilt. Die Aufnahme ausserrechtlicher Kriterien hat daher mit grösster Zurückhaltung zu erfolgen; die Suche nach dem anzuwendenden Wertemassstab hat sich in erster Linie am Recht selbst zu orientieren. Doch selbst wenn man sich auf die Suche ausserhalb des positiven Rechts begibt, stösst man auf Beispiele, die für eine geänderte Wahrnehmung und gegen die Sittenwidrigkeit sprechen. Zu denken ist etwa an die offene und liberale Einstellung gegenüber Escort-Services, Telefonsexdienstleistern und der Sexualität im Allgemeinen.

Als Folge dieses Wandels sind Sexdienstleistungsverträge auch aus vertragsrechtlicher Sicht nicht mehr als sittenwidrig und damit als gültig zu betrachten. Neben einem gewichtigen Teil der Lehre unterstützt auch der Bundesrat diese Forderung.

Auf entsprechende Vertragsverhältnisse ist Auftragsrecht anzuwenden. Insbesondere Art. 404 OR und der in Art. 27 ZGB verankerte Persönlichkeitsschutz ermöglichen einen sachgerechten und pragmatischen Umgang mit dem Sexdienstleistungsvertrag. Das geltende Privatrecht enthält damit die erforderlichen Instrumente, mit denen adäquate Lösungen insbesondere zu den Schwierigkeiten, die im Zusammenhang mit der Nicht- oder Schlechterfüllung von Sexdienstleistungsverträgen bestehen, entwickelt werden können.

Vereinzelt wird auch dafürgehalten, den Sexdienstleistungsvertrag nicht über Auftragsrecht zu beurteilen, sondern ihn gesondert zu regeln. HEINZL spricht die Möglichkeit an, eine Art. 515a OR¹²⁰ entsprechende Bestimmung einzuführen, wonach die Klagbarkeit von Forderungen aus Sexdienstleistungsverträgen gesetzlich normiert wäre. Als Alternative käme ihrer Ansicht nach auch der Erlass eines Prostitutionsgesetzes, wie es in Deutschland besteht, in Betracht.¹²¹ Unserer Auffassung nach sind für die Anerkennung und Regelung des Sexdienstleistungsvertrages hingegen keine neuen generell-abstrakten Bestimmungen notwendig. Die Generalklausel der Sittenwidrigkeit ermöglicht bereits heute eine kontinuierliche Berücksichtigung veränderter gesellschaftlicher Wertvorstellungen, ohne dass es einer Gesetzesänderung bedarf.¹²² Eine zeitgemässe Auslegung der Sittenwidrigkeitsschranke des Art. 20 OR und eine sinnvolle Anwendung des Auftragsrechts reichen aus.

120 Diese Bestimmung lautet folgendermassen: «Aus Glücksspielen in Spielbanken entstehen klagbare Forderungen, sofern die Spielbank von der zuständigen Behörde genehmigt wurde.»

121 HEINZL (Fn. 73), 157.

122 So auch HÜRLIMANN (Fn. 33), 13.