

# Abschied von der Doppelmoral

Urteil zu Prostitution und Gaststättenrecht

Susanne Benöhr/Enzo L. Vial

Das Urteil der 35. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin vom 1. Dezember 2000, das das heikle Thema Prostitution und Gaststättenrecht betraf, hat ein großes Medienecho ausgelöst. Das Bezirksamt Wilmersdorf hatte der Klägerin, die seiner Zeit in Berlin das "Café Pssst" betrieb, im Jahre 1999 die Gaststättenerlaubnis gemäß §§ 15 Absatz 2, 4 Absatz 1 Nr. 1 Gaststättengesetz (GastStG) mit der Begründung entzogen, sie besäße die erforderliche Zuverlässigkeit nicht, da sie der Unsittlichkeit Vorschub leiste. In der Tat war der Gaststättenbetrieb der Klägerin ein "Anbahnungslokal", in dem sich Prostituierte mit Freiern in benachbarten Räumlichkeiten verabreden konnten. Die 35. Kammer hätte gemäß gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung die Klage abweisen müssen, hat aber statt dessen die Auffassung vertreten, dass Prostitution nicht mehr ohne weiteres als sittenwidrig zu qualifizieren sei und folglich der Betrieb eines "Anbahnungslokals" der Unsittlichkeit nicht Vorschub leiste.

Vergegenwärtigt man sich die Reaktionen nach der Urteilsverkündung, dann scheint die Kammer die Überzeugung weiter Teile der Bevölkerung wiedergegeben zu haben, die anscheinend mit dem Thema "Prostitution" weniger verkrampft umgeht als früher. Das Urteil entspricht damit zwar dem Zeitgeist, nicht aber der herrschenden Rechtsprechung.

## Herrschende Rechtsprechung

In drei Leitentscheidungen hat sich das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) mit der Frage auseinandergesetzt, ob und inwiefern sich die Prostitution auf die Erteilung von Gaststätten- bzw. Gewerbeerlaubnissen auswirkt.

Im Jahre 1975 entschied das BVerwG erstmalig, dass die maßgebliche Vorschrift des Gaststättenrechts als gewerbliches Ordnungsrecht und nicht als Moralbegriff zu verstehen sei.<sup>1</sup> Es solle das Zusammenleben der Menschen geordnet werden, soweit ihr Verhalten sozialrelevant sei, nach außen in Erscheinung trete und das Allgemeinwohl beeinträchtigen könne. Im übrigen sei es nicht Zweck dieser Rechtsnorm, die Sittlichkeit um ihrer selbst willen zu wahren.

Insoweit betrachte das GastStG die Angehörigen des Gaststättengewerbes nicht als Sittenwächter der Allgemeinheit.<sup>2</sup>

Anders entschied das BVerwG sieben Jahre später im sogenannten Peep-Show-Urteil. Danach galten Veranstaltungen als sittenwidrig im Sinne des Gewerberechts, die durch die Umstände ihres Ablaufs die Würde eines Menschen verletzen. Hierzu zählten nach Ansicht des Gerichts insbesondere "Peep-Shows", da den Frauen eine objektive Rolle zugewiesen wer-

de. Hiergegen könne auch nicht eingewendet werden, dass die auftretenden Frauen freiwillig handelten, denn die Würde des Menschen sei ein objektiver, unverfügbarer Wert, auf dessen Beachtung der einzelne nicht wirksam verzichten könne.<sup>3</sup>

## Moralvorstellungen statt Ordnungsrecht

Diese Rechtsprechung wurde im Jahre 1990 im zweiten "Peep-Show-Urteil" des BVerwG bekräftigt, das ein Urteil des OVG Hamburg aufhob, in dem der Begriff der Sittenwidrigkeit neu definiert wurde.<sup>4</sup> Das OVG hatte argumentiert, dass erstens die Frauen diese Tätigkeit freiwillig ausüben würden<sup>5</sup> und dass es sich zweitens um Örtlichkeiten in einem stadtbekanntem Hamburger Vergnügungsviertel handeln würde,<sup>6</sup> und daher der Makel der Sittenwidrigkeit nicht gegeben sei. Das BVerwG dagegen statuierte, dass die Prostitution, wie fast ausnahmslos anerkannt werde, den guten Sitten widerspreche.<sup>7</sup> Dabei bekräftigte es, dass der inhaltliche Maßstab für die Begriffe der Unsittlichkeit und der guten Sitten die in der Rechtsgemeinschaft anerkannten sozialetischen Wertvorstellungen seien.<sup>8</sup> Die entscheidenden Indizien hierfür liefern das taktische Verhalten der großen Mehrheit der Bevölkerung, die Behördenpraxis, die Rechtsprechung und die darauf bezogene Reaktion der Öffentlichkeit.<sup>9</sup>

Die Analyse der Rechtsprechung der letzten dreißig Jahre ist also eindeutig: Im ordnungsrechtlichen Sinne sind bereits "Peep-Shows" sittenwidrig und die Prostitution ist es erst recht. Lediglich die Entscheidung des BVerwG aus dem Jahre 1975 weist in eine andere Richtung und betont den ordnungsrechtlichen Charakter von § 4 Absatz 1 GastStG<sup>10</sup> und avancierte damit zum Ausgangspunkt für die Rechtsprechung der 35. Kammer des Berliner Verwaltungsgerichts.<sup>11</sup>

## Ordnungsrecht statt Moralvorstellungen

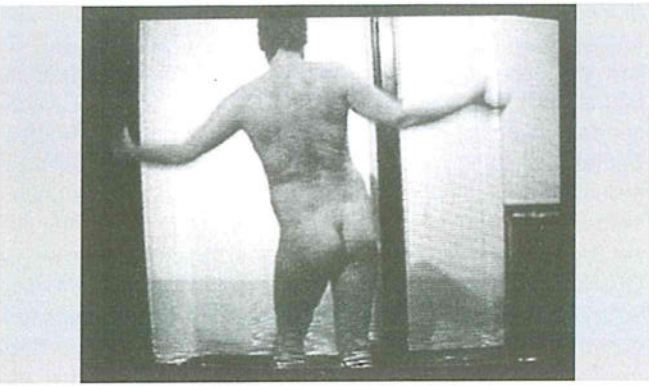
Die 35. Kammer des Berliner Verwaltungsgerichts hat in seinem Urteil den interessanten, wenn auch methodisch fragwürdigen Versuch unternommen, die bereits erwähnten drei Urteile des BVerwG miteinander zu kombinieren.

Zunächst vollzieht es annähernd wörtlich die Argumentation des Urteils aus dem Jahre 1975 nach und kommt zu dem Schluss, dass die gaststättenrechtliche "Unsittlichkeit" gerade nicht auf die in der Gesellschaft herrschende Auffassung über Sitte und Moral auf geschlechtlichem Gebiet verweise, sondern ordnungsrechtlich zu bewerten sei. Bei der ordnungsrechtlichen Bewertung bezieht es sich auf die Normen des Ord-

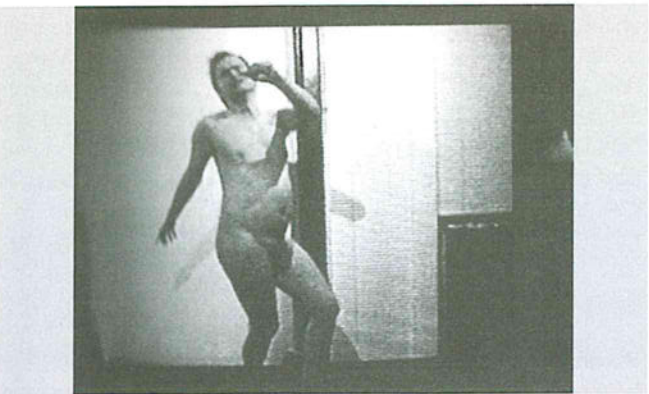




nungs- und Strafrechts und kommt dabei zu dem Schluß, dass die Klägerin sich nicht der Förderung der Prostitution gemäß § 180 a I Nr. 1 StGB (Strafgesetzbuch) strafbar gemacht hat. Der Klägerin war vom Bezirksamt Wilmersdorf angelastet worden,



sie habe die im Seitenflügel angemieteten Wohnungen mit den branchenüblichen französischen Liegen und einem Whirlpool ausgestattet.<sup>12</sup> Üblicherweise wird das Herstellen einer gehobenen und diskreten Atmosphäre als strafrechtlich relevante fördernde Maßnahme gewertet. Allerdings entscheidet im Zweifel der Gesamtzustand des Betriebes, wobei es auf die



Eignung ankommt, die Opfer weiter in die Prostitution zu verstricken oder sie in ihrer sexuellen Selbstbestimmung zu gefährden. Davon ging das Gericht im Hinblick auf das Café der Klägerin nicht aus. Es stellte zudem fest, dass es widersinnig sei, gerade diejenigen zu bestrafen, die wie die Klägerin einigermaßen humane Arbeitsbedingungen für Prostituierte schaffen.<sup>13</sup> Nach der Behandlung der ordnungsrechtlichen Seite der Fragestellung untersucht das Gericht zusätzlich das Vorliegen der Sittenwidrigkeitsmerkmale im Sinne der beiden "Peep-Show-Urteile". Damit nimmt das Gericht eine Doppelung der Beweisführung vor, die nach den Gesetzen der Logik nicht notwendig gewesen wäre, da die Sittenwidrigkeit entweder nach

ordnungsrechtlichen Aspekte zu definieren ist oder die herrschende Auffassung über Moral und Anstand die Bewertungsgrundlage bildet.

### Nachforschungen

Mag das Gericht in methodischer Hinsicht bezüglich dieses Punktes inkonsequent vorgegangen sein, so überzeugender hat es sich sodann mit der Sittenwidrigkeit der Prostitution auseinandergesetzt. Entgegen der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung hat es Stellungnahmen zu diesem Thema eingeholt und in die Urteilsbegründung miteinbezogen. Begründet hat es dieses Vorgehen mit dem Umkehrschluss aus der Numerus-clausus-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG).<sup>14</sup> Danach erscheinen ausfüllungsbedürftige materiell-rechtliche Normen, die in den Grundrechtsschutz eingreifen, eher tragbar, wenn durch ein formalisiertes, gerichtlich kontrollierbares Verfahren dafür gesorgt wird, dass die wesentlichen Entscheidungsfaktoren geprüft und die mit der Norm angestrebten Ziele wirklich erreicht werden.<sup>15</sup> Anders ausgedrückt: Solange ein solches förmliches Feststellungsverfahren vom Gesetzgeber nicht zur Verfügung gestellt wird, obliegt es gegebenenfalls dem Gericht, Fachleute anzuhören und demokratisch legitimierte Träger entsprechender öffentlicher Belange zu befragen.<sup>16</sup> Dieses Vorgehen ist zwar einerseits zu begrüßen um einer willkürlich-subjektiven Anwendung ausfüllungsbedürftiger Sozialnormen vorzubeugen.<sup>17</sup> Andererseits würde ein Gericht der ersten Instanz schnell seine Kapazitätsgrenzen erreichen, wollte es bei der Vielzahl interpretationsbedürftiger Normen eine derartig umfassende Beweisaufnahme durchführen. Vielmehr, und dahingehend darf das Urteil wohl verstanden werden, übernahm die 35. Kammer des Berliner Verwaltungsgerichts die Aufgabe des BVerwG, welches monoton seit Jahrzehnten die Sittenwidrigkeit der Prostitution betont.<sup>18</sup>

### Neubewertung

#### Anmerkungen

- 1 Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 49, 160 ff (162/163).
- 2 BVerwGE 49, 160 ff (162/163).
- 3 BVerwGE 64, 274 ff (279 m.w.N.).
- 4 GewArch (GewArch) 1987, 298 ff.
- 5 GewArch 1987, 298 ff (299).
- 6 GewArch 1987, 298 ff (300).
- 7 GewArch 1990, 212 ff (213).
- 8 GewArch 1990, 212 ff (213).
- 9 GewArch 1990, 212 ff (213).
- 10 BVerwGE 49, 160 ff.
- 11 Urteil Berliner Verwaltungsgericht, 8.
- 12 Urteil Berliner Verwaltungsgericht, 4.
- 13 Urteil Berliner Verwaltungsgericht, 9.
- 14 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 33, 303 ff.
- 15 BVerfGE 33, 303 ff (341).
- 16 Urteil Berliner Verwaltungsgericht, 22.
- 17 Urteil Berliner Verwaltungsgericht, 18.
- 18 GewArch 1990, 212 ff (213).



Die 35. Kammer hat nunmehr anhand der BVerwG-Bewertungskriterien den Fall des "Café Pssst" untersucht. Diese sind die vorherrschende sozialetische Überzeugung, die Behördenpraxis, die Rechtsprechung und die von ihr ausgelöste Reaktion in der Öffentlichkeit.<sup>19</sup> Besonders aufmerksam hat das Gericht dabei die Behördenpraxis betrachtet und überraschenderweise eine weitgehende Duldung von ähnlichen Betrieben festgestellt.<sup>20</sup> Das Medienecho auf die mündliche Verkündung des Urteils sowie auf den Gang des Verfahrens lässt ferner keinen Zweifel an einer veränderten allgemeinen Haltung zur Prostitution aufkommen. Der (zunehmende) Trend in der Bevölkerung, in der Ausübung der Prostitution keinen Sittenverstoß zu erkennen, findet darüber hinaus nicht zuletzt seinen Ausschlag in einer Gesetzesinitiative der Bundesregierung.<sup>21</sup> Zudem hat sich die 35. Kammer die Mühe gemacht, 50 verschiedene Wissenschaftler, Verbände, Gewerkschaften und kirchliche Stellen bezüglich der heutigen sozial-ethischen Bewertung der Prostitution zu befragen, um so die Entscheidung auf eine breite Grundlage zu

stellen. Annähernd die Hälfte (22) der angeschriebenen Institutionen hat nicht geantwortet. 11 Organisationen sahen sich nicht in der Lage, zu der Frage Stellung zu nehmen. Lediglich 1/3 (17) der Angeschriebenen hat sich mit der Frage auseinandergesetzt. Das mag auf den ersten Blick enttäuschen. Allerdings hat sich diese Gruppe zum Teil ausgesprochen differenziert mit der Problematik auseinandergesetzt. So nutzte beispielsweise der Deutsche Juristinnenbund die Gelegenheit unter ihren Mitgliedern eine Befragung durchgeführt. Das Ergebnis war eindeutig: 90 % der Befragten hielten die freiwillige, nicht von Kriminalität begleitete, Prostitution nicht für sittenwidrig. Eine einheitliche Neubewertung der Prostitution, wie das Gericht sie aus den Stellungnahmen gelesen haben will, ist allerdings nicht durchgängig erkennbar. So wägt die Arbeitsgemeinschaft der Evangelischen Jugend in der Bundesrepublik Deutschland in ihrer Stellungnahme dezidiert zwischen der Würde des Menschen und den Bedingungen unter denen sich Menschen prostituieren ab, verurteilt aber die geschäftsmäßige Prostitution immer noch als menschenunwürdig. Lediglich Kontakte, die "in gegenseitigem Einvernehmen, freiwillig, autonom und in gegenseitiger Zuneigung aufgenommen"<sup>22</sup> würden, seien zu tolerieren. Um solche Kontakte, die von gegenseitigem Wohlwollen getragen sind, geht es bei der zu entscheidenden Frage jedoch gerade nicht: Prostitution ist eine Tätigkeit bei der maßgeblich und letztendlich der pekuniäre Aspekt im Vordergrund steht.

Im Ergebnis zeichnet sich aber dennoch ab, dass die Mehrheit der befragten Institutionen, zu denen beispielsweise der katholische Caritas-Verband, die ÖTV aber auch der Zentralverband des Deutschen Handwerks gehörte, die Prostitution nicht mehr grundsätzlich ablehnt. Dabei zeichnet sich die Stellungnahme der katholische Caritas im Gegensatz zu der Ansicht der evangelischen Jugend durch eine pragmatische und überraschend eindeutige Position aus, die nicht theoretische Moralbegriffe, sondern ausschließlich das Wohlergehen der Prostituierten in den Vordergrund stellt.<sup>23</sup>

Der 35. Kammer ist daher zuzustimmen, wenn sie folgert, dass die Befragung in eindrucksvoller Weise belegt hat, dass die in sexuellen Fragen bevormundende enge und von Doppelmoral geprägte Sichtweise der 50er und 60er Jahre endgültig der Vergangenheit angehört und sich das gesellschaftliche Bewusstsein der Bundesrepublik Deutschland gewandelt hat.<sup>24</sup> Jedoch ist zu beachten, dass das Gericht über einen ganz speziellen Fall zu entscheiden hatte, in dem weder Kriminalität noch milieutypische Konstellationen eine Rolle gespielt haben. Diese Form der (Edel-)Prostitution unterscheidet sich gravierend von derjenigen in den Schmuddelstraßen der Sperrbezirke. Be-

trachtet man die Entscheidung gar als zukunftsweisend, dann ergeben sich daraus für die Behördenpraxis umfassende Konsequenzen, die eine Klassifizierung und kriminalpolizeiliche Abklärung des Etablissements nötig erscheinen lassen.

### Kein pauschales Unwerturteil

Das Gericht musste sich schließlich noch mit der Frage der Grundrechtsrelevanz der Prostitution auseinandersetzen. Zu entscheiden war vorrangig, ob die Prostitution grundsätzlich gegen das Gebot der Menschenwürde aus Art. 1 Grundgesetz (GG) verstößt. Interessant an den Erwägungen des Gerichts ist, dass es die Prostitution nicht generell einem "pauschalen Unwerturteil" unterwirft, sondern die verschiedenen Erscheinungsformen und den daraus resultierenden Dienstleistungscharakter in den Blick nimmt.<sup>25</sup>

Daraus könnte sich ergeben, dass in Zukunft nicht jede Form der Prostitution als "menschenunwürdige" Vermarktung des eigenen Körpers zu qualifizieren, sondern nach Umfeld, Abhängigkeit oder Selbstbestimmtheit der Prostituierten und der tatsächlichen Ausübung der Tätigkeit zu differenzieren ist.<sup>26</sup> So ist in der Tat nicht nachvollziehbar, warum allgemein verbreitete Formen der Prostitution, wie z. B. Telefonsex oder der wachsende Bereich der Internetangebote, dem klassischen Bordellbetrieb wertungsmäßig generell gleichgestellt werden sollen. Des weiteren macht das Gericht deutlich, dass es unvertretbar sei, den Menschen vor sich selbst zu schützen. Aus dieser Erwägung ergibt sich auch der Umkehrschluß, dass es zur Grundrechtsverletzung kommt, wenn die Tätigkeit der Prostituierten nicht eigenverantwortlich getragen ist - eine wichtige Einschränkung zur Abgrenzung des vorliegenden Falles von Drogenprostitution, jugendlichen Prostituierten und von den Abhängigkeitsverhältnissen im derzeit blühenden Frauenhandel mit Osteuropäerinnen und Asiatinnen.

### Vorbildhaft

Der Versuch der 35. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin, die Rechtsprechung bezüglich § 4 Absatz 1 GaststG zu reformieren, ist zu begrüßen. In einer bisher nicht gekannten Weise wurde sowohl die Behördenpraxis einer großen deutschen Stadt untersucht als auch Befragungen zu einem gesellschaftspolitischen Themenbereich vorgenommen. Daraus hat sich ergeben, dass zum einen die Verwaltung seit Jahren, wenn nicht Jahrzehnten, die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unterläuft. Zum anderen hat sich in der Bevölkerung eine Betrachtungsweise etabliert, die von der Rechtsprechung in den vergangenen Jahren systematisch negiert wurde. Die Courage der 35. Kammer des Berliner Verwaltungsgerichts, § 4 Absatz 1 GaststG neu und damit zeitgemäß zu interpretieren, hat demgegenüber Vorbildcharakter.

Susanne Benöhr ist promovierte Rechtshistorikerin, r. jur. Enzo L. Vial ist Rechtsanwalt und Consultant beide leben in Bremen.

### Anmerkungen

19 GewArch 1990, 212 ff (213).

20 Urteil Berliner Verwaltungsgericht, 19.

21 BT-Drucksache 13/6372 und 13/8049.

22 Urteil Berliner Verwaltungsgericht, 27/28.

23 Urteil Berliner Verwaltungsgericht, 29.

24 Urteil Berliner Verwaltungsgericht, 22.

25 Urteil Berliner Verwaltungsgericht, 14.

26 Urteil Berliner Verwaltungsgericht, 14/15.