

# Bundesgerichtshof

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§§ 134, 817 BGB

- 1. Grundsätzlich findet § 817 Satz 2 Halbs. 1 BGB auch dann Anwendung, wenn der Vertragspartner in Ausführung eines gemäß § 134 BGB nichtigen Vertrags seine Leistung erbringt. Wer jedoch bewusst ein Verbot missachtet, soll nach der Intention des Gesetzgebers schutzlos bleiben und veranlasst werden, das verbotene Geschäft nicht abzuschließen**
- 2. Ein Inserat, das nach seinem objektiv erkennbaren Inhalt Gelegenheit zu entgeltlichen sexuellen Handlungen anbietet, verstößt gegen § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG. Nicht erforderlich ist, dass in dem Anzeigentext ausdrücklich für Prostitution geworben wird. Vielmehr genügt es, dass dem verständigen, nicht ganz lebensfremden Leser aus der Kontaktanzeige unter Berücksichtigung der Umstände das Anbieten, Ankündigen oder Anpreisen einer Gelegenheit zu entgeltlichen sexuellen Handlungen erkennbar ist.**
- 3. Verträge über die Insertion von Kontaktanzeigen, in denen Gelegenheiten zu entgeltlichen sexuellen Handlungen angeboten werden, sind wegen Verstoßes gegen § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG nach § 134 BGB nichtig und begründen Ansprüche weder aus Vertrag noch aus Bereicherung.**

BGH, Urteil vom 05.05.1992, Az.: X ZR 134/90

#### **Tenor:**

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 13. November 1990 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 22. Zivilkammer des Landgerichts in Frankfurt am Main vom 24. Januar 1990 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

#### **Tatbestand:**

Der Kläger verlangt aus abgetretenem Recht von der Beklagten Vergütung für die Veröffentlichung von Kontaktanzeigen.

Im Oktober 1982 beauftragte die Beklagte die E.-Verlags GmbH, im "Flugplan F." folgende Anzeige zu veröffentlichen:

- Die schönen Stunden zu zweit
- just call me
- habla español
- parla italiano

Die Annonce erschien bis 1988 in diesem Stadtführer und in Nachfolgezeitschriften auftragsgemäß in der Rubrik "Tonight/Night Clubs - Bars/Clubs - Escort". 1987 trat der ursprünglich beauftragte Verlag die Rechte aus dem Vertrag an den Kläger ab.

Die Beklagte zahlte das vereinbarte Entgelt bis Juli 1983. Mit der Klage verlangt der Kläger 18.566,25 DM für Januar 1984 bis September 1988.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Vertrag wegen Verstoßes gegen § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG nach § 134 BGB nichtig sei. Die von der Beklagten in Auftrag gegebene Anzeige bedeute das Anbieten sexueller Handlungen durch Verbreiten von Zeitschriften und sei daher gesetzwidrig. Der Aussageinhalt der Anzeige sei eindeutig feststellbar. Die Berufung der Beklagten auf die Nichtigkeit des Vertrages stelle keine unzulässige Rechtsausübung dar.

Mit der Berufung hat der Kläger bestritten, daß die von der Beklagten in Auftrag gegebenen und von ihm veröffentlichten Anzeigen verbotene Werbung für Prostitution darstellten. Im übrigen handele die Beklagte treuwidrig, wenn sie zunächst die geschäftlichen Vorteile aus der Anzeigenschaltung nutze, dann jedoch Zahlung unter Hinweis auf unzulässige Prostitutionswerbung verweigere.

Das Oberlandesgericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte verurteilt, an den Kläger 18.566,25 DM nebst Zinsen zu zahlen, und die Revision zugelassen.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Revision. Sie beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision der Beklagten hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat dem Kläger eine Vergütung aus dem Anzeigenvertrag vom 7. Oktober 1982 zugesprochen (§ 631 BGB). Es hat die Auffassung vertreten, bei der in Auftrag gegebenen Anzeige handele es sich um eine "schlichte Kontaktanzeige", die nicht gegen § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG verstoße. Bei Anwendung dieser Vorschrift sei mit Rücksicht auf die unzureichende Bestimmtheit des gesetzlichen Tatbestandes Zurückhaltung geboten und damit ein strenger Maßstab bei Beantwortung der Frage anzulegen, ob eine Kontaktanzeige bereits den Tatbestand der Prostitutionswerbung erfülle. Die Anzeige der Beklagten gehe nach ihrem objektiv erkennbaren Inhalt nicht eindeutig dahin, daß Gelegenheiten zu entgeltlichen sexuellen Handlungen angeboten würden. Selbst wenn aber ein Verstoß gegen § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG vorläge, wäre der streitige Anzeigenvertrag nicht nach § 134 BGB nichtig, weil die

Geltung eines Rechtsgeschäfts nicht ohne weiteres durch einen Verstoß gegen einen Straf- oder Ordnungswidrigkeitstatbestand berührt werde.

Der Anzeigenvertrag verstoße auch nicht gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), weil ein derartiger Vertrag die Prostitution als solche nicht fördere, sondern sie im Interesse der Allgemeinheit in eine wünschenswerte gewisse Ordnung lenke, zumal im vorliegenden Fall bei der Anzeige ein ausdrücklicher Hinweis auf die Prostitution fehle.

Selbst wenn man jedoch zur Auffassung gelange, bei der Anzeige der Beklagten läge ein Gesetzes- oder Sittenverstoß vor, wäre der Beklagten die Berufung hierauf nach Treu und Glauben versagt. Diese Einwände bedeuteten für die Beklagte eine unzulässige Rechtsausübung, weil sie vom Kläger versprochene Leistungen auch tatsächlich in Anspruch genommen habe und dieser Erfolg nicht mehr rückgängig gemacht werden könne.

II.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

1.

Der Beurteilung des Berufungsgerichts kann nicht beigetreten werden, weil es bei seinen Erwägungen von einem unzutreffenden Verständnis des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG ausgegangen ist.

a)

Nach dieser Vorschrift handelt ordnungswidrig, wer durch Verbreiten von Schriften, Ton- oder Bildträgern, Abbildungen oder Darstellungen Gelegenheit zu entgeltlichen sexuellen Handlungen anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt.

Die Regelung des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG enthält ein Werbeverbot für entgeltliche sexuelle Handlungen durch Zeitungsinserate und auf ähnliche Weise. Geschützt werden soll die Allgemeinheit vor den mit der Prostitution schon generell verbundenen Belästigungen und Gefahren. Ziel der Vorschrift ist es daher, namentlich auch aus Gründen des Jugendschutzes, der Prostitution bereits im Vorfeld durch weitgehende Werbebeschränkungen zu begegnen, ohne daß es auf eine konkrete Belästigung oder Gefährdung im Einzelfall ankommt. Zugleich soll die Lücke geschlossen werden, welche § 119 Abs. 1 OWiG offenläßt (vgl. Bericht des Sonderausschusses BT-Drucksache VI/3521 S. 64). Während diese Bestimmung die Werbung für sexuelle Handlungen dann verbietet, wenn sie in anstößiger Weise erfolgt, erfaßt das Verbot des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG jede Werbung schlechthin, sofern sie entgeltliche sexuelle Handlungen zum Gegenstand hat. Das Gesetz will jede nach außen erkennbare Werbung für die Prostitution verhindern, gleichgültig, ob sie offen ausgesprochen wird oder sich nur aus den Umständen ergibt. Die Prostitution gilt, obwohl nicht generell verboten und strafbar, auch heute noch in der öffentlichen Meinung als eine sittenwidrige und in verschiedener Hinsicht sozialwidrige Tätigkeit. Die Werbung für entgeltliche sexuelle Handlungen ist daher ohne weiteres und in jeder Form grob anstößig, auch wenn keine weiteren Merkmale hinzutreten.

Von dieser Zielsetzung des Gesetzgebers ausgehend bejaht daher die überwiegende Meinung in der Rechtsprechung (OLG Schleswig DÖV 1977, 543; OLG Karlsruhe NJW 1978, 61 [OLG Karlsruhe 13.05.1977 - 3 Ss B 29/77]; OLG Koblenz GewA 1979, 149; BayObLG JZ 1981, 637; OLG Stuttgart NStZ 1982, 77; OLG Hamburg MDR 1985, 319 [OLG Hamburg 26.10.1984 - 1 U 76/84]; OLG Frankfurt AfP 1985, 40; vgl. auch AG Frankfurt NStE Nr. 1 zu § 120 OWiG) und im Schrifttum (Kurz in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, § 120 Rdn. 23; Göhler, OWiG, 9. Aufl., § 120 Rdn. 11; Erbs/Kohlhaas/Meyer OWiG § 120 Anm. 3 a; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 120 Rdn. 11) mit Recht einen Gesetzesverstoß nicht nur bei Anzeigen, die nach ihrem Wortlaut ausdrücklich für entgeltliche sexuelle Handlungen werben, sondern auch dann, wenn die Werbung in verdeckter "dezenter" Form als "schlichte" Kontaktanzeige erfolgt, sofern sich diese nach ihrem objektiv erkennbaren Inhalt auf Prostitution bezieht. Dabei wird man nicht auf das Verständnis der mit der Werbung konfrontierten Kinder und Jugendlichen abstellen können, selbst wenn maßgebliches gesetzgeberisches Motiv für die Regelung in § 120 Abs. 1 OWiG der Jugendschutz war. Ein solcher Maßstab wäre nicht praktikabel. Maßgebend ist vielmehr, wie die Anzeige in der Verkehrsanschauung verstanden wird. Zwar wird das Publikum eine Werbung für Prostitution um so eher verstehen, je klarer und eindeutiger die Anzeige entgeltliche sexuelle Handlungen anbietet, ankündigt oder anpreist. Aber auch versteckte Werbung kann genügen, wenn sie allgemein so verstanden wird. Es kommt daher darauf an, wie der durchschnittlich verständige, nicht ganz lebensfremde Leser die Anzeige nach ihrem Gesamthalt unter den konkreten Umständen versteht.

b)

Diesem Gesetzeszweck wird die abweichende Ansicht nicht gerecht, die mehr oder weniger schon nach allgemeinem Sprachgebrauch deutliche Hinweise auf den Inhalt des Angebots verlangt (OLG Düsseldorf AfP 1978, 102; Engels AfP 1985, 101; Lüthge-Bartholomäus NJW 1976, 138; vermittelnd Rotberg, OWiG, 5. Aufl., § 120 Rdn. 6) und der das Berufungsgericht folgt. Der Einwand, der Tatbestand der verbotenen Werbung für Prostitution könne nur dann praktikabel abgegrenzt werden, wenn darauf abgestellt werde, welche Bedeutung der Werbeerklärung im allgemeinen Sprachgebrauch zukomme, verfängt nicht. Einen allgemeinen Sprachgebrauch, an dem Werbeaussagen zu messen wären, gibt es nicht; deshalb muß entscheidend sein, wie die Werbeaussage im konkreten Fall in der Verkehrsanschauung verstanden wird (vgl. BGH NJW 1989, 449, 450 a.E.). Für die Auslegung des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG kommt es auch nicht auf Erwägungen der Durchsetzbarkeit an. Zwar mag das rechtspolitische Anliegen des Oberlandesgerichts, mit dem Tatbestand des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG nur die ausdrückliche Werbung für Prostitution zu erfassen, berechtigt sein. Jedoch ist das Gericht bei seiner Entscheidung an das Gesetz gebunden, das eine solche Einschränkung nicht zuläßt. Auch verfassungsrechtliche Bedenken dahin, der Tatbestand der Prostitutionswerbung sei nur unzureichend bestimmt und infolgedessen sei bei der Anwendung der Vorschrift Zurückhaltung geboten, greifen nicht. Es kann hier dahingestellt bleiben, in welchem Umfang eine grundgesetzkonforme Auslegung des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG eine über den beschriebenen Tatbestand hinausgehende Festlegung erfordert. Würde das Gebot hinreichender Bestimmbarkeit in dem Sinne verstanden, daß bei der Abgrenzung unzulässiger Prostitutionswerbung allein auf den Wortlaut und nicht auch auf den erkennbaren Sinngehalt im konkreten Zusammenhang abzustellen wäre, wäre einer Umgehung des Verbots nach § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG Tür und Tor geöffnet, weil die mannigfaltigen Möglichkeiten einer verdeckten Werbung für entgeltliche sexuelle Handlungen nicht erfaßt würden. Der mit dem Verbot der Prostitutionswerbung bezweckte Schutz, vor allem der Jugendschutz, wäre praktisch nicht möglich, weil der gesamte Bereich der Werbung mit "schlichten" Kontaktanzeigen nicht erfaßt werden könne.

Das Berufungsgericht hat die hier in Streit stehende Anzeige von einer anderen rechtlichen Grundlage aus beurteilt. Es hat offengelassen, ob die Anzeige nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen nicht doch als verbotene Prostitutionswerbung zu verstehen ist. Die insoweit fehlende Würdigung kann der Senat von sich aus vornehmen, da die maßgebenden Einzelumstände feststehen und ergänzende tatsächliche Ermittlungen nicht erforderlich sind. Das Verständnis der Anzeige wird geprägt durch die Gesamtaufmachung und ihre Platzierung. Wesentlich ist insoweit die Aufforderung "just call me" in Verbindung mit einer Frankfurter Telefonnummer, die nach oben geöffnete weibliche Hand mit dem Hinweis "Die schönen Stunden zu zweit" und ferner der räumliche Zusammenhang der Anzeige mit Inseraten zum Teil eindeutig sexuellen Inhalts. Trotz der gewählten verschleiernenden Formulierungen ist unter diesen Umständen nicht zweifelhaft, daß der durchschnittlich verständige, nicht ganz lebensfremde Betrachter in der Anzeige ein eindeutiges Angebot entgeltlicher sexueller Handlungen sieht. Hiervon ist ersichtlich auch das Berufungsgericht ausgegangen, wie aus der Zulassung der Revision zur Klärung der erörterten Rechtsfrage geschlossen werden kann.

2.

Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, daß der Anzeigenvertrag der Parteien auch bei einem Verstoß gegen § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG nicht nichtig sei.

a)

Das Berufungsgericht meint, eine Nichtigkeit sei ausgeschlossen, weil es sich bei der Vorschrift des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG um eine Ordnungsvorschrift handle, die sich im Interesse der öffentlichen Ordnung nur gegen die tatsächliche Vornahme der Handlung richte, nicht aber zivilrechtliche Rechtsgeschäfte verhindern wolle. Denn die Werbung für Prostitution setze kein Rechtsgeschäft voraus, sondern könne sich ebensogut auf einen tatsächlichen Bereich beschränken. Damit aber lasse sich die Absicht des Gesetzgebers, gerade auch den Abschluß von Anzeigenverträgen für Prostitutionswerbung zu verhindern, aus der Vorschrift nicht herleiten. Hinzu komme, daß die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten in das pflichtgemäße Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt sei (§ 47 Abs. 1 S. 1 OWiG). Sehe diese aber wegen Geringfügigkeit von einem Bußgeldverfahren ab, dann sei es unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung unvertretbar, daß ein derart geringfügiger Verstoß gegen bußgeldbewehrte Ordnungsvorschriften die absolute Nichtigkeit zur Folge haben könne. Wenn die Verbotsnorm des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG aber ihren Zweck in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich verfehle und nicht geeignet sei, den gesetzgeberischen Zweck zu erfüllen, dann könne sie auch nicht zur Nichtigkeit privatrechtlicher Verträge führen.

b)

Der Bundesgerichtshof hat bereits mehrfach hervorgehoben, daß die Frage, ob der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, nach Sinn und Zweck der einzelnen Verbotsvorschrift zu entscheiden ist (vgl. BGHZ 37, 258, 261 = NJW 1962, 2010; BGHZ 37, 363, 365 f. = NJW 1962, 1671; BGHZ 53, 152, 156 f. = NJW 1970, 609; BGHZ 71, 358, 360 f. = NJW 1978, 1970; BGHZ 78, 263, 265 [BGH 23.10.1980 - IVa ZR 28/80] - NJW 1981, 399; BGHZ 85, 39, 43 f. = NJW 1983, 109; NJW 1984, 230, 231; NJW 1984, 1175 m.w.N.; BGHZ 93, 264, 267; BGHZ 111, 308 [BGH 31.05.1990 - VII ZR 336/89]). Eine für alle Beteiligten geltende Straf- oder Bußgeldandrohung gibt dabei einen gewichtigen Hinweis darauf, daß die Rechtsordnung verbotswidrigen Verträgen die Wirksamkeit versagen will (BGHZ 37, 363, 365 = NJW 1962, 1671; BGHZ 85, 39, 44 = NJW 1983, 109). Richtet sich ein gesetzliches Verbot hingegen

nur gegen einen Geschäftspartner, so tritt Nichtigkeit nur ausnahmsweise ein (BGH NJW 1981, 1204, 1205; NJW 1984, 230, 231; NJW 1984, 1175, 1176, jeweils m.w.N.; BGHZ 93, 264, 267).

c)

Wie oben bereits ausgeführt, ist Zweck des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG der Schutz der Allgemeinheit, namentlich von Jugendlichen vor den mit der Prostitution generell verbundenen Belästigungen und Gefahren, ohne daß es auf eine konkrete Belästigung und Gefährdung im Einzelfall ankommt. Um der Prostitution bereits im Vorfeld durch weitgehende Werbebeschränkungen zu begegnen, droht das Gesetz nicht nur der Prostituierten selbst, sondern jedem, der Gelegenheit zur Werbung für entgeltliche sexuelle Handlungen gibt, Geldbußen an. Dazu gehören bei einer Inseratenwerbung der Herausgeber und die verantwortlichen Redakteure der Zeitung, in der werbende Anzeigen abgedruckt sind (OLG Schleswig DÖV 1977, 534, 535; Lüthge-Bartholomäus NJW 1976, 138; Erbs/Kohlhaas/Meyer, a.a.O. Anm. 3 h; kurz in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, a.a.O. Rdn. 30; Rebmann/Roth/Herrmann, a.a.O. Rdn. 11; a.A. Kiphuth NJW 1976, 2328). Das Verbot der Werbung für Prostitution richtet sich bei einem Anzeigenvertrag daher nicht nur gegen die auftraggebende Prostituierte, sondern in gleichem Maße auch gegen den Werkunternehmer, der als Zeitungsherausgeber die werbenden Anzeigen verbreitet. Diese gegen beide Vertragspartner als Tatbeteiligte im Gesetz enthaltene Bußgeldandrohung ist ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür, daß die Rechtsordnung einem das Verbot der Prostitutionswerbung mißachtenden Vertrag insgesamt die Wirksamkeit versagen will. Sinn und Zweck des Gesetzes erschöpfen sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts daher nicht darin, als Ordnungsvorschrift die tatsächliche Vornahme der Werbehandlung zu unterbinden. Zwar setzt die verbotswidrige Werbung für Prostitution kein Rechtsgeschäft voraus. Die Werbung kann sich ebensogut, wie das Berufungsgericht mit Recht meint, auf einen tatsächlichen Bereich beschränken; das Gesetz schließt aber Anzeigenverträge nicht aus. Vielmehr läßt sich der Zweck des Gesetzes, nämlich die Verhinderung von Prostitutionswerbung, nur dann vollständig erreichen, wenn auch die gegen das Gesetz verstößenden Verträge als nicht rechtswirksam angesehen werden. Andernfalls würde man zu dem widerspruchsvollen Ergebnis gelangen, daß einerseits dem Inserenten aus dem Werkvertrag gegen den Verleger ein Anspruch auf Veröffentlichung der gesetzeswidrigen Werbeanzeige zustünde, andererseits aber dem Verleger verboten wäre, diesen Anspruch zu erfüllen. Für die Durchsetzung der Veröffentlichung wie auch für deren Verhinderung könnten staatliche Zwangsmittel eingesetzt werden.

d)

Hiergegen spricht auch nicht die Erwägung des Berufungsgerichts, die zuständigen Verwaltungsbehörden seien bisher gegen eine derartige Werbung kaum vorgegangen. Sie hätten damit zum Ausdruck gebracht, daß sie diese ordnungswidrige Werbung für so geringfügig erachteten, daß ein Bußgeldverfahren in keinem Verhältnis zur Bedeutung der Tat stehe. Eine Verbotsnorm, die ungeeignet sei, den gesetzgeberischen Zweck zu erfüllen, könne nicht zur Nichtigkeit privatrechtlicher Verträge führen. Es kann dahinstehen, ob die vom Berufungsgericht unterstellte Verwaltungspraxis zutrifft (dazu im einzelnen Engels AfP 1985, 101 f.). Selbst wenn die zuständigen Behörden in Ausübung ihres pflichtgemäßen Ermessens solche Ordnungswidrigkeiten nicht verfolgten, würde dieser Umstand die Frage der Nichtigkeit nach § 134 BGB nicht berühren. Das Opportunitätsprinzip, das für das Handeln der Verfolgungsbehörde gilt, führt möglicherweise zu Unterschieden bei der Verfolgung und Ahndung der Prostitutionswerbung (dazu Kurz in Karlsruher Kommentar zum OWiG, a.a.O. Rdn. 32), sagt aber nichts darüber aus, ob ein Verstoß gegen § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG

durch beide Vertragspartner nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes im Rahmen des § 134 BGB als unbeachtlich zu werten ist. Die vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang zitierten Urteile des Bundesgerichtshofes (NJW 1981, 387 [BGH 23.10.1980 - IVa ZR 33/80]; NJW 1984, 230, 231 und NJW 1983, 109; NJW 1984, 1175) betreffen nicht vergleichbare Sonderfälle. In den beiden erstgenannten Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof einen Maklervertrag trotz fehlender Gewerbeerlaubnis (NJW 1981, 387 [BGH 23.10.1980 - IVa ZR 33/80]) und einen Werkvertrag trotz pflichtwidriger Nichteintragung in der Handwerksrolle (NJW 1984, 230, 231) für wirksam angesehen, weil die vereinbarte Tätigkeit an sich zulässig war und deshalb vom Schutzzweck der jeweiligen gewerblichen Ordnungsvorschrift nicht erfaßt wurde. Im Gegensatz dazu verstößt im Streitfall bereits der Gegenstand des Vertrags gegen das Gesetz. Die beiden weiteren Urteile befassen sich mit der Wirksamkeit eines gegen das Gesetz zur Bekämpfung von Schwarzarbeit verstoßenden Vertrages. Der Bundesgerichtshof hat erkannt, daß der beiderseitige Verstoß gegen das Schwarzarbeitsverbot zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB führt (NJW 1983, 109). Lediglich im Falle eines Werkvertrages bei nur einseitigem Gesetzesverstoß durch den Unternehmer wurde ausnahmsweise die Ungültigkeit des Vertrages dann verneint, wenn der Besteller den Gesetzesverstoß der Gegenseite nicht kannte (BGH NJW 1984, 1175, 1176). Ein vergleichbarer Fall liegt hier jedoch nicht vor.

3.

Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht ferner der Beklagten die Berufung auf die Nichtigkeit des Werkvertrages versagt, weil diese eine gegen die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßende unzulässige Rechtsausübung darstelle.

a)

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß der das gesamte Rechtsleben beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben auch im Rahmen nichtiger Rechtsgeschäfte gilt. Deshalb kann die Berufung auf die Nichtigkeit eines Vertrages in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine unzulässige Rechtsausübung darstellen (BGH NJW 1981, 1439 [BGH 23.01.1981 - I ZR 40/79]; NJW 1983, 109, 111 m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, durch den Anzeigenvertrag vom 7. Oktober 1982 sei ein Dauerschuldverhältnis begründet worden, das von der Beklagten zunächst auf längere Zeit bis einschließlich Juli 1983 erfüllt worden sei, bevor sie ihre Zahlungen eingestellt habe. Hingegen habe die Beklagte die versprochenen Vertragsleistungen, nämlich die Aufnahme der Anzeige in dem monatlich erscheinenden Gästeführer, und den damit verbundenen Werbeeffect für sich in Anspruch genommen. Dieser Erfolg könne nicht mehr rückgängig gemacht werden. Hätte daher die Beklagte mit der Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages Erfolg, so könnte sie das Vertragsrisiko allein auf den Kläger abwälzen. Zu Lasten des Klägers wäre die Beklagte von der sie treffenden werkvertraglichen Vergütungspflicht befreit, obwohl der Kläger seine Vertragsleistung vollständig erbracht habe. Die Beklagte würde die Nichtigkeit des Vertrages einseitig zu ihren Gunsten ausnutzen können, obwohl auch sie gegen das Verbotsgesetz des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG verstoßen habe. Damit aber würde die Beklagte arglistig handeln. Wenn sie unter diesen Umständen einerseits die Vorteile des Vertrages für sich in Anspruch nehme, sich andererseits aber plötzlich auf dessen Nichtigkeit berufe, um sich damit der ihr obliegenden Gegenleistung zu entziehen, die Vorteile aber zu behalten, so setze sie sich damit in Widerspruch zu ihrem vorangegangenen Verhalten und handele damit rechtsmißbräuchlich.

Diese Ausführungen tragen die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung nicht.

b)

Die Ausübung eines Rechts kann unzulässig sein, wenn sich der Berechtigte mit seinem früheren Verhalten in Widerspruch setzt. Widersprüchliches Verhalten verstößt aber nur dann gegen die Grundsätze von Treu und Glauben und ist daher nur dann mißbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist. Das könnte möglicherweise dann der Fall sein, wenn die Beklagte den Kläger veranlaßt hätte, trotz Einstellung der Zahlungen des vereinbarten Entgelts ab August 1983 die Annonce über Jahre weiter zu schalten oder wenn sie ihm das Vertrauen vermittelt hätte, den Vertrag künftig zu erfüllen. Solche Umstände hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Sie sind nach dem Parteivortrag auch nicht ersichtlich.

Der Kläger hat zwar bis 1988 die Anzeige in den monatlich erscheinenden Gästeführer aufgenommen und hierdurch über Monate und Jahre hinaus Leistungen erbracht, ohne hierfür von der Beklagten ein Entgelt erhalten zu haben. Zahlung hat er nicht einmal angemahnt. Die Beklagte hat keine Zahlungsbereitschaft gezeigt und den Kläger auch nicht durch ihr Verhalten zu dem berechtigten Schluß veranlaßt, daß sie den Vertrag als verbindlich ansehe und erfüllen werde. Durch die einmalige Kontaktaufnahme der Parteien bei Vertragsschluß, die Zahlungen der Beklagten bis einschließlich Juli 1983 und den - unterstellten - Empfang der monatlichen Rechnungen wurde kein "Vertrauen" in die Gültigkeit des Vertrages und dessen einwendungslose Abwicklung vermittelt. Auch die Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe den mit der Veröffentlichung der Anzeigen verbundenen Werbeeffect für sich in Anspruch genommen, rechtfertigt nicht die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung.

4.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig (§ 563 ZPO).

a)

Der Kläger kann wegen der Nichtigkeit des Vertrages Rechte allenfalls aus dessen Rückabwicklung geltend machen. Ein Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB in Verbindung mit § 818 BGB scheidet jedoch an der Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB, wonach eine Rückforderung des Empfangenen ausgeschlossen ist, wenn dem Leistenden gleichfalls ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zur Last fällt. Das ist hier der Fall; denn der Kläger hat durch Veröffentlichung der Anzeige gegen § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG verstoßen.

34

Die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB wird nicht durch den Grundsatz von Treu und Glauben ausgeschlossen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts greifen hier die vom VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes in der Entscheidung vom 31. Mai 1990 (BGHZ 111, 308, 312) [BGH 31.05.1990 - VII ZR 336/89] entwickelten Grundsätze nicht, wonach im Falle eines gemäß § 134 BGB nichtigen Schwarzarbeitsvertrages der vorleistende Schwarzarbeiter unter Umständen gemäß §§ 812, 818 Abs. 2 BGB Wertersatz verlangen könne, weil § 242 BGB der Anwendung des § 817 Satz 2 BGB entgegenstehe. Bei der Anwendung des den Gläubiger hart treffenden Rückforderungsverbots könne nicht außer Betracht bleiben, welchen Zweck das in Frage stehende Verbotsgesetz verfolge. Danach könne im Einzelfall eine einschränkende Auslegung der rechtspolitisch

problematischen und in ihrem Anwendungsbereich umstrittenen Vorschrift geboten sein. Wie oben ausgeführt verfolgt § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG den Zweck, jede nach außen erkennbare Werbung für entgeltliche sexuelle Handlungen zu unterbinden. Dieses vom Gesetzgeber erstrebte Ziel würde weitgehend unterlaufen, wollte man dem durch die Werbung gegen das Gesetz verstoßenden, vorleistenden Vertragsteil einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich auf Wertersatz nach den §§ 812, 818 Abs. 2 BGB zubilligen. Wer bewußt gegen ein Verbotsgesetz verstößt, soll ohne Schutz bleiben: Er soll auch dadurch veranlaßt werden, von dem Abschluß des verbotenen Geschäfts abzusehen. Könnte der für Prostitution Werbende ein Entgelt verlangen, würde er sich leichter entschließen, gesetzeswidrig zu handeln.

III.

Das angefochtene Urteil ist daher auf die Revision der Beklagten aufzuheben. Die Berufung des Klägers ist zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 ZPO.