

---

**Datum:** 16.09.2020  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 4. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 4 Sa 704/19  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGK:2020:0916.4SA704.19.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Köln, 13 Ca 2887/19

**Schlagworte:** Arbeitsverhältnis; freies Dienstverhältnis; Abgrenzung; Arbeitnehmereigenschaft einer Telefonsexdienstleisterin; Eingliederung in den Betrieb; Fremdbestimmung; Überwachung; Arbeitszeitsouveränität; Sic-non-Anträge

**Normen:** § 611a Abs. 1 BGB; § 108 GewO; §§ 1, 3 ProstG; § 256 Abs. 1 ZPO

**Sachgebiet:** Arbeitsrecht

**Leitsätze:**

1. Telefonsexdienstleistungen können sowohl in einem freien Dienstverhältnis als auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht werden.
2. Die für ein Arbeitsverhältnis typische persönliche Abhängigkeit einer als freiberufliche Mitarbeiterin geführten Telefonsexdienstleisterin kann sich aus ihrer Eingliederung in eine fremde betriebliche Arbeitsorganisation ergeben (so auch: Landesarbeitsgericht Köln, Beschluss vom 25.08.2020 – 9 Ta 217/19). Das ist dann der Fall, wenn diese durch einseitige Vorgaben und der Kontrolle der Betriebsabläufe in einer Weise fremdbestimmt wird, die über die mögliche Einflussnahme bei einem freien Dienstverhältnis hinausgeht. Der Umstand, dass der Telefonsexdienstleisterin keine konkreten Weisungen zum Inhalt der Telefongespräche gemacht wurden, spricht wegen §§ 1, 3 ProstG (analog) nicht gegen den Bestand eines Arbeitsverhältnisses.

---

## Tenor:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 30.10.2019 (13 Ca 2887/19) teilweise abgeändert und der Tenor zur Klarstellung wie folgt gefasst:

1. Es wird festgestellt, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1.) während der Tätigkeit der Klägerin in den Diensten der Beklagten zu 1.) vom 31.03.2016 bis zum 16.12.2018 ein Arbeitsverhältnis im Rechtssinne bestanden hat.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 1.) verpflichtet ist, der Klägerin jegliche Schäden zu erstatten, die ihr dadurch entstanden sind und noch entstehen werden, dass die Beklagte zu 1.) die Klägerin während ihrer Tätigkeit in deren Diensten im Zeitraum vom 31.03.2016 bis zum 16.12.2018 als freiberuflich Tätige, statt als Arbeitnehmerin, geführt und entlohnt hat.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 40 % und die Beklagte zu 1.) zu 60 %.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

---

## Tatbestand

- Die Parteien streiten in dem Berufungsverfahren über den Status der Klägerin als Arbeitnehmerin, über die Verpflichtung zur Erteilung von Abrechnungen sowie über die Feststellung einer Schadensersatzverpflichtung. In dem aus diesem Verfahren abgetrennten Verfahren (Arbeitsgericht Köln, Az. 13 Ca 7318/19) streiten die Parteien in der Hauptsache im Wesentlichen über Zahlungsansprüche. 1
- Die Beklagte zu 1) betreibt eine Gesprächshotline, über die sexuelle Dienstleistungen mittels Telefonie angeboten werden („Sex-Hotline“). Ihr Geschäftsgebäude und zugleich gesellschaftsrechtlicher Sitz ist in der K straße in K. 2
- Bei dem Beklagten zu 2) handelt es sich um den (Not-)Geschäftsführer der Beklagten zu 1). 3
- Gesellschafterin der Beklagten zu 1) ist eine Erbengemeinschaft. Der Beklagte zu 3), der von Beruf Steuerberater ist, ist Miterbe dieser Erbengemeinschaft, nachdem seine Ehefrau – Frau M V – verstorben ist. 4
- Die Beklagte zu 1) beschäftigt mehrere Verwaltungsangestellte und mindestens 50 zum Teil auch als Beraterinnen bezeichnete Telefonistinnen, die sexuelle Dienstleistungen fernmündlich praktizieren („Telefonsex“). Diese Dienstleistungen werden im Schichtbetrieb rund um die Uhr an 365 Tagen im Jahr und 24 Stunden am Tag angeboten. Bei der Beklagten zu 1) rufen pro Monat ca. 200 Neukunden an. Das 40- bis 50-fache Aufkommen der Anrufe betrifft demgegenüber sog. Stammkunden. Die Neukunden werden im IT-System 5 6

der Beklagten zu 1) in einen „Pool“ aufgenommen, von wo aus die Gespräche von den Telefonistinnen angenommen werden können. Sofern ein Stammkunde durch das IT-System, in dem seine persönlichen Daten und „Vorlieben“ gespeichert sind, bereits einer bestimmten Telefonistin zugeordnet ist, wird dieser unmittelbar an die entsprechende Telefonistin weitergeleitet.

Die Telefonistinnen und auch die Klägerin wurden und werden von der Beklagten zu 1) als freiberufliche Mitarbeiterinnen geführt. 7

Die Klägerin war in der Zeit vom 31.03.2016 bis zum 16.12.2018 bei der Beklagten zu 1) als Telefonistin tätig. Eine schriftliche Beschäftigungsvereinbarung wurde nicht vorgelegt. Die Klägerin nahm ihre Tätigkeit zunächst in Teilzeit mit 30 Stunden pro Woche auf. In der Folgezeit reduzierte sie ihre Arbeitszeit sukzessive. Der Hintergrund war, dass die Klägerin in ihrem Hauptarbeitsverhältnis ihre Arbeitszeit erhöhen konnte. Die Klägerin beendete das Vertragsverhältnis mit der Beklagten zu 1) zum 16.12.2018. Bezogen auf den Gesamtzeitraum erhielt sie nach eigenen Angaben eine monatliche Vergütung zwischen 500,- Euro und 1.500,- Euro. 8

Bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit schloss die Klägerin zusätzlich mit der C GmbH einen Miet- und Servicevertrag über die Nutzung von Räumlichkeiten und einer Telefonanlage im Gebäude K Straße in K. Die Firma C GmbH – ebenfalls ansässig in der K Straße in K – vermietet an die Telefonistinnen Büros und Infrastruktur gegen Entgelt für ihre sodann über die Beklagte zu 1) angebotenen Dienstleistungen. Das hierfür vereinbarte Entgelt iHv. 50,- Euro inkl. MwSt. zahlte die Klägerin monatlich in bar, wobei die Übergabe an eine Mitarbeiterin erfolgte, die sowohl bei der Beklagten zu 1) als auch bei der C GmbH beschäftigt war. Dieses Entgelt fiel auch dann an, wenn die Klägerin in einem Monat keine Telefonate führte. Geschäftsführerin der C GmbH sowie der Beklagten zu 1.) war ursprünglich die inzwischen verstorbene Ehefrau des Beklagten zu 3.). Nunmehr ist der Beklagte zu 2) auch Geschäftsführer der C mbH. 9

Ihre Tätigkeit erbrachte die Klägerin auf Anweisung der Beklagten zu 1) ausschließlich in den Räumlichkeiten des Gebäudes in der K Straße in K 10

Für die Ausübung ihrer Tätigkeit wurden der Klägerin auf Grundlage des mit der C GmbH abgeschlossenen Vertrages ein ca. sechs bis acht Quadratmeter großer Raum mit Tisch, Stuhl, Computer (PC) und drei Telefonen zur Verfügung gestellt. In dem Gebäude befindet sich eine Vielzahl vergleichbarer Räume und der Klägerin wurde zu ihren Dienstzeiten jeweils ein aktuell freier Raum überlassen, nicht jedoch zwingend derselbe wie jeweils zuvor. Im Vorplanungszeitraum einer Schicht konnte die Klägerin über das IT-System der Beklagten zu 1) Raumwünsche äußern, wobei die verbindliche Koordination der Räume über die Beklagten zu 1) erfolgte. Während der Dienstausbung in diesem Raum wurde die Klägerin ohne zeitliche Unterbrechung optisch und akustisch überwacht. In den Räumen erfolgte hierzu durch eine an der Decke befestigte Kamera eine durchgehende Videoaufzeichnung. Ferner fand eine zusätzliche Audioaufzeichnung der Telefongespräche mit den Kunden statt. Ebenso wurde der Aufenthaltsraum im Erdgeschoss des Geschäftshauses videoüberwacht. Zwischen den Parteien ist in diesem Zusammenhang streitig, wie lange diese Aufzeichnungen jeweils gespeichert werden sowie ob und wann diese jeweils von der Beklagten zu 1) gelöscht wurden und werden. 11

Vor Aufnahme der Tätigkeit durch die Klägerin fand eine kurze durch eine Mitarbeiterin (Frau K) der Beklagten zu 1) veranlasste Einweisung statt. Bei den Vorstellungsgesprächen empfahl diese, dass die Telefonistinnen mindestens dreimal sechs Stunden in der Woche 12

arbeiten sollten, da nur so Stammkunden aufgebaut werden könnten. Inwieweit darüber hinaus verbindliche Vorgaben zu Mindestarbeitszeiten bestanden, ist streitig.

Für ihre Tätigkeit wählte die Klägerin zu Beginn des Vertragsverhältnisses einen Alias-Namen und Fotos aus, die sie für ihr Profil auf der Internetseite der Beklagten zu 1) nutzte. Die Fotos wurden den Telefonistinnen von der Beklagten zu 1) aus einem Pool zur freien Auswahl gestellt. Einige Telefonistinnen führen auch mehrere Alias-Namen und entsprechend mehrere Profile. Zudem wurden jeder Telefonistin von der Beklagten zu 1) eine E-Mail-Adresse sowie drei Telefonnummern (ua. eine 0900-xxx) zugeordnet. Die Beklagte zu 1) gewährt den Telefonistinnen und auch der Klägerin auf ihr Profil außerdienstlich keinen IT-Zugriff, so dass die Profile außerhalb des Vertragsverhältnisses für sie nicht nutzbar sind. 13

Die Klägerin erbrachte ihre Tätigkeit regulär in Schichten von sechs Stunden. Die für die Einteilung der Schichten genutzten Dienstpläne wurden von der Beklagten zu 1) über ein elektronisches (Termin-)System – sog. „FileMaker“, bei dem es sich um ein proprietäres Datenbanksystem handelt – mit einem Vorlauf von einigen Wochen erstellt. Vor der Erstellung der Dienstpläne trugen die Telefonistinnen sich für die von ihnen gewünschten Schichten bzw. Dienste in eine Art elektronischen Kalender ein. Wenn keine Eintragung erfolgte, erhielt die Telefonistin eine automatisch generierte Erinnerung. Die Abfrage der eigenverantwortlich einzutragenden Dienstzeiten erfolgte jeweils zu Beginn einer Schicht. Wenn die Klägerin im Vorplanungszeitraum keine Zeitwünsche in den Dienstplan eintrug, sperrte die hierfür genutzte Software „FileMaker“ die weitere IT-Nutzung, so dass die Dienstleistung am konkreten Tag ohne Mitwirkung der Beklagten zu 1) nicht möglich war. Alternativ konnte die Klägerin auch Zeitwünsche in den Kalender eintragen und gleichzeitig in einem Benachrichtigungsfeld der Beklagten zu 1) mitteilen, dass der Eintrag nur aus Freischaltungsgründen erfolgte, aber tatsächlich nicht gewünscht war. Die Telefonistinnen konnten in den Dienstplan auch eintragen, dass und ggf. wie lange sie nicht tätig sein wollten. Inwieweit die Klägerin im Falle der Nichteintragung von Arbeitszeiten durch die Beklagten aufgefordert wurde, eine wöchentliche Mindeststundenzahl zu erfüllen oder ihre Abwesenheit gesondert zu begründen, ist zwischen den Parteien streitig. Die sukzessive Verringerung ihrer wöchentlichen Arbeitszeit im Laufe des Vertragsverhältnisses vollzog die Klägerin dadurch, dass sie sich entsprechend seltener in den Dienstplan eintrug. Die Dienstpläne wurden über die Verwaltung der Beklagten zu 1) koordiniert und die Arbeitszeiten nach einiger Zeit rückbestätigt. Die zuvor geäußerten Schichtwünsche wurden in der Regel berücksichtigt. Nach dem Erstellen der Dienstpläne war die Schichteinteilung verbindlich. Wenn die Klägerin eine zugesagte Schicht nicht wahrnahm oder ihre Tätigkeit verspätet aufnahm, verhängte die Beklagte zu 1) Strafzahlungen. Diese betragen 5,- Euro für eine Verspätung von bis zu 5 Minuten und bis zu 32,50 Euro bei einer Verspätung von einer Stunde. Bei einem Nichtantritt der Schicht wurden regelmäßig 10,- Euro pro ausgefallener Stunde abgezogen. Zeigte eine Telefonistin ihr Nichterscheinen nicht an, zog die Beklagte zu 1) die dreifache Summe vom Entgelt ab. Dies galt auch für den Fall einer Erkrankung. Zur Vermeidung solcher Strafzahlungen durften die Telefonistinnen Schichten ersetzen bzw. tauschen. Diese Möglichkeit bestand jedoch nur im Kolleginnenkreis der bereits bei der Beklagten zu 1) beschäftigten Telefonistinnen. 14

Die Bezahlung der Telefonistinnen und auch der Klägerin erfolgte im Monatsrhythmus entsprechend der Anzahl und Dauer der mit den Kunden geführten Telefonate. Die Abrechnung erfolgte durch die Beklagte zu 1). Die Gespräche mit den Kunden wurden abhängig von der Dauer und abhängig davon, ob das Gespräch mit einer oder mit zwei Telefonistinnen geführt wurde, in unterschiedlicher Höhe vergütet. So erhielt die Beklagte zu 1) beispielsweise für ein Telefonat, das bis zu zehn Minuten dauerte, von dem Kunden 25,- 15

Euro. Die Telefonistin erhielt für ein solches Telefonat von der Beklagten zu 1) eine Vergütung in Höhe von 9,02 Euro. Einzelheiten zur Gestaltung der Telefonhonorare sind zwischen den Parteien streitig. Die Gespräche wurden der Telefonistin gegenüber erst dann vergütet, wenn der Kunde das Telefonat gegenüber der Beklagten zu 1) bezahlt hatte. Etwaige Strafzahlungen, z.B. wegen Nichtantretens einer Schicht oder Verspätung, wurden bei der monatlichen Abrechnung von der Beklagten zu 1) in Abzug gebracht. Zur Kundenpflege konnten die Telefonistinnen und so auch die Klägerin den Anrufern unter Aufwendung eigener finanzieller Mittel Geschenke zuwenden und zumindest ein Gratisgespräch im Monat anbieten. Sowohl der Umfang als auch die Frage, von wem im Schwerpunkt die Initiative für die von den Telefonistinnen zu bezahlenden Zuwendungen an die Kunden ausging, ist zwischen den Parteien streitig. Spiegelbildlich konnten Anrufer über eine entsprechende Internetdarstellung bei der Beklagten zu 1) den Wunsch äußern, einer Telefonistin – etwa zu deren im Internet-Profil behauptetem Geburtstag – ein Geschenk zukommen zu lassen, zB. eine Uhr. Die weiteren Einzelheiten, ob und wie derartige Geschenke die Telefonistinnen tatsächlich erreicht haben, sind ebenfalls zwischen den Parteien streitig. Von den Telefonistinnen an die Anrufer bzw. Kunden ausgehende Geschenkverpackungen waren unverschlossen bei der Verwaltung der Beklagten zu 1) zwecks Kontrolle abzugeben. Umgekehrt wurden von Kunden bzw. Anrufern eingehende Sendungen an die Telefonistinnen nur nach Öffnung und Kontrolle durch die Beklagte zu 1) weitergereicht. Von der monatlichen Vergütung der Telefonistinnen behielt die Beklagte zu 1) eine Pauschal(umsatz)steuer in Höhe von 15 % ein und führte diese an das zuständige Finanzamt aufgrund einer Vereinbarung mit der Finanzverwaltung ab (sog. Düsseldorfer Modell).

Die Klägerin wurde im Rahmen ihrer Tätigkeit angewiesen, keine Privatgespräche während der Dienstzeiten zu führen. Taschen und ihr Mobiltelefon bzw. Smartphone musste sie vor Arbeitsantritt in einem Schließfach deponieren. Weiter wurde sie angewiesen, keinen Besuch im Telefonraum zu empfangen. Um während der Dienstzeiten die Toilette aufzusuchen, musste die Klägerin einen Schlüssel bei einem Verwaltungsmitarbeiter der Beklagten zu 1) abholen und anschließend dort wieder deponieren. Der hierfür aufgewendete Zeitraum wurde – ebenso wie bei sonstigen Pausen – elektronisch dokumentiert. Die Klägerin verfügte während der Gespräche über die Möglichkeit, einzelne Kunden abzulehnen bzw. wegzudrücken, wozu es insbesondere dann kam, wenn ein Anrufer betrunken war, die Telefonistinnen bzw. die Klägerin anpöbelte oder die telefonische Befriedigung zB. sadomasochistischer, pädophiler oder sonstiger extremer sexueller Phantasien wünschte. Es ist streitig, ob die Klägerin in derartigen Fällen von der Beklagten zu 1) aufgefordert wurde, ihr entsprechendes Verhalten zukünftig zu unterlassen. 16

Außerdienstliche private Kontakte zwischen den Telefonistinnen und den Kunden der Telefonsex-Hotline wurden von der Beklagten zu 1) unter Androhung einer Strafzahlung von 10.000,- Euro untersagt. 17

Die Klägerin hat mit ihrer Klageschrift vom 08.05.2019, die der Beklagten zu 1) am 20.05.2019 und den beiden anderen Beklagten am 16.05.2019 zugestellt wurde, die streitgegenständlichen Ansprüche geltend gemacht. Hierzu hat sie behauptet, dass der Beklagte zu 3) der faktische Geschäftsführer der Beklagten zu 1) und damit der „Chef des Ganzen“ sei. Vor dem Hintergrund seines Berufes hätten weder die Klägerin noch andere Telefonistinnen bislang Anlass gehabt, ihren rechtlichen Status und die Abführung der Pauschal(umsatz)steuer zu hinterfragen. Der Beklagte zu 2) sei der Adlatus des Beklagten zu 3), der nach dessen Anweisungen und Vorgaben handele. Tatsächlich habe nach Auffassung der Klägerin zwischen ihr und der Beklagten zu 1) ein Arbeitsverhältnis bestanden und die 18

Beklagten zu 2) und zu 3) hätten dies auch positiv gewusst. Die Kriterien für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses seien „in einem schon an Sklavenarbeit erinnernden und die Grenze zur Gesetz- und Sittenwidrigkeit weit überschreitendem Maße“ erfüllt. Die Klägerin schließt dies aus den unstreitigen und streitigen Bedingungen, unter denen die Tätigkeit von ihr und den anderen Telefonistinnen zu erbringen war. Ferner hat die Klägerin behauptet, dass es nicht selten vorkomme, dass eine Telefonistin bei jedem angeblichen Fehlverhalten angesprochen und abgemahnt werde. Die Klägerin hat weitergehend behauptet, die zu leistende Arbeitszeit werde überwiegend von den Beklagten beeinflusst. Dies ergebe sich daraus, dass von den Beklagten eine Mindestarbeitszeit von sechs Stunden pro Schicht vorgegeben sei, die Einhaltung der Arbeitszeiten strengstens überwacht werde und Verspätungen und selbst entschuldigtes Nichtantreten einer Schicht (z.B. wegen Erkrankung) durch Entgelteinbußen bestraft würden. Wenn bestimmte Schichten nicht besetzt werden könnten, würden die Telefonistinnen sehr bestimmt und nachdrücklich aufgefordert, die „Lücken“ zu füllen und die noch nicht voll besetzte Schicht „zu buchen“. Auch Urlaubswünsche würden nur akzeptiert, wenn sie „bis ein Jahr vorher angemeldet“ worden seien. Kurzfristig geäußerte Urlaubswünsche würden grundsätzlich abgelehnt. Die Klägerin hat darüber hinaus behauptet, dass jede genommene Pause von den Beklagten überwacht und dokumentiert werde. Für den Gang zur Toilette müsse sich die Telefonistin abmelden, den Schlüssel abholen und die Dauer bis zur Rückgabe des Schlüssels werde notiert. Wenn dieser Zeitraum nach Einschätzung der Beklagten zu 2) und 3) zu lang gewesen sei, werde die Telefonistin hierzu befragt und deswegen gerügt/abgemahnt. Ähnliches gelte für Pausen. In der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht hat die Klägerin ergänzend behauptet, sie habe sich mindestens für 18 Stunden in der Woche in die Dienstpläne eintragen müssen. Dies stünde so in dem Vertrag mit der Beklagten zu 1). Außerdem hätten eine Mitarbeiterin der Beklagten zu 1), eine Frau K, und der Beklagte zu 3) andernfalls Drohungen ausgesprochen; man sei etwa ins Büro zitiert und fertiggemacht worden. Zudem habe sie sich jedes Wochenende für mindestens sechs Stunden eintragen müssen. Schließlich seien die Gesprächspreise von der Beklagten zu 1) einseitig vorgegeben worden. Auch bei Sonderwünschen von Kunden würden die Preise allein von der Beklagten zu 1) vorgegeben. Weitere Alias-Namen könnten die Telefonistinnen sich nur mit Zustimmung der Beklagten zulegen, die ggf. ein Stimmtraining zur Vorgabe machen würden. Käme es zu einem häufigeren „Wegdrücken“ von Anrufern, würde auf die Telefonistinnen Druck ausgeübt, dieses Verhalten künftig zu unterlassen. Bezüglich des Klageantrages zu Ziff. 3 hat die Klägerin behauptet, dass ihr aufgrund der „entlohnungs- und steuermäßigen“ Behandlung als freie Mitarbeiterin „erhebliche Schäden“ entstanden seien, die sie nicht beziffern können und die sich darüber hinaus noch in der Entwicklung befänden (Bl. 44 d.A.).

Die Klägerin daher hat im Klageantrag zu 1) die Feststellung begehrt, dass zwischen ihr und der Beklagten zu 1) während ihrer Tätigkeit vom 31.03.2016 bis zum 16.12.2018 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Mit ihrem Klageantrag zu 2) hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zu 1) zur Erteilung von Lohnabrechnungen gemäß § 108 GewO für den streitgegenständlichen Zeitraum zu verurteilen. Mit dem Klageantrag zu 3) hat die Klägerin die Feststellung begehrt, dass die drei Beklagten ihr gegenüber schadensersatzpflichtig sind für alle Schäden, die aus der – ihrer Ansicht nach fehlerhaften – Einordnung als freie Mitarbeiterin entstanden sind und noch entstehen. Mit den Klageanträgen zu 4), 5) und 6) hat die Klägerin die Beklagte zu 1) sowie die Beklagten zu 2) und zu 3) persönlich auf Erstattung einbehaltener Strafzahlungen, auf Vergütung bisher nicht verprovisionierter Telefonate und auf Rückzahlung des Nutzungsentgelts für den mit der Infrastruktur ausgestatteten Raum in Anspruch genommen. Mit dem Klageantrag zu 7) hat die Klägerin – trotz § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG – die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verlangt. Mit dem Klageantrag zu 8) hat die Klägerin die Feststellung, dass ihre Ansprüche gegen die Beklagten zu 2) und

zu 3) aus unerlaubter Handlung herrühren, begehrt. Mit ihrer Klageerweiterung vom 23.09.2019 (Klageantrag zu 9), die den Beklagten am 04.10.2019 zugestellt wurde (Bl. 261 d.A.), hat die Klägerin von den Beklagten eine Entschädigung wegen der Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts gefordert. Diesen Anspruch hat sie insbesondere auf die Videoüberwachung, die akustische Überwachung durch das Abhören der Telefonate und die Speicherung dieser Daten sowie die ihr nach eigener Aussage bislang unbekannteste Versteuerung ihrer Einkünfte als Prostituierte entsprechend des sog. Düsseldorfer Modells gestützt.

Die Klägerin hat insofern erstinstanzlich beantragt, 20

1. festzustellen, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) während der Tätigkeit der Klägerin in den Diensten der Beklagten zu 1) vom 31.03.2016 bis zum 16.12.2018 ein Arbeitsverhältnis im Rechtssinne bestanden hat; 21

2. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, der Klägerin ordnungsgemäße, den einschlägigen gesetzlichen Vorgaben entsprechende monatliche Lohnabrechnungen für den Zeitraum vom 31.03.2016 bis zum 16.12.2018 vorzulegen; 22

3. festzustellen, dass die Beklagten zu 1), 2) und zu 3) gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, der Klägerin jegliche Nachteile und Schäden zu erstatten, die ihr dadurch bereits entstanden sind und noch entstehen werden, dass sie, die Beklagte zu 1), die Klägerin während ihrer Tätigkeit in deren Diensten im Zeitraum vom 31.03.2016 bis zum 16.12.2018 als freiberuflich Tätige, statt als Arbeitnehmerin, geführt und entlohnt hat; 23

4. die Beklagten zu 1), 2) und 3) zu verurteilen, an die Klägerin 1.265,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.04.2019 zu zahlen; 24

5. die Beklagten zu 1), 2) und 3) als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 5.956,64 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.04.2019 zu zahlen; 25

6. die Beklagten zu 1), 2) und 3) als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 1.650,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.04.2019 zu zahlen; 26

7. die Beklagten zu 1), 2) und 3) als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 808,13 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen; 27

8. festzustellen, dass die von der Klägerin gegenüber den Beklagten zu 2) und 3) geltend gemachten Ansprüche aus strafbarer unerlaubter Handlung herrühren. 28

9. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin wegen Verletzung ihres Persönlichkeitsrechtes eine der Höhe nach von der Kammer zu bestimmende Entschädigung nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 29

Die Beklagten haben erstinstanzlich beantragt, 30

die Klage abzuweisen. 31

32

Die Beklagten haben die Auffassung vertreten, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) ein freies Dienstverhältnis bestanden habe. Sie haben behauptet, die Beklagte zu 1) beschäftige insgesamt etwa 80 bis 90 Telefonistinnen. Die Telefonistinnen seien bzgl. Umfang und Lage der Arbeitszeit frei. Im elektronischen Dienstplan freibleibende Termine würden bei den Telefonistinnen zwar erneut beworben, die Buchung durch die Telefonistin sei aber freiwillig und nicht zwingend. Es seien auch Telefonistinnen beschäftigt, die weniger als dreimal in der Woche tätig seien. Es bestehe weder eine Verpflichtung, 18 Stunden in der Woche zu arbeiten, noch müsse zwingend am Wochenende gearbeitet werden. Ebenso gäbe es keine Sanktionen für Pausen. Deren Lage und Länge seien durch die Telefonistinnen frei bestimmbar und würden lediglich im Telefonsystem hinterlegt, um keine Kundenanrufe unbeantwortet zu lassen. Die Beklagten haben die Ansicht vertreten, dass das eigene wirtschaftliche Risiko der Klägerin während ihrer Tätigkeit für eine selbstständige Dienstleistung spreche. Jede Telefonistin habe die Möglichkeit, durch eigene wirtschaftliche Betätigung die Gewinnung neuer Kunden zu ermöglichen und gewonnene Kunden langfristig an sich persönlich zu binden. Die Beklagten haben in Bezug auf die Kundengewinnung/-bindung behauptet, die Telefonistinnen könnten selbst ihr Profil pflegen und weiterentwickeln. Sie könnten etwa selbst Werbemaßnahmen steuern und finanzieren (z.B. Präsente, Gratisgespräche, Fotopost für Kunden) und so über das Dienstleistungsangebot der Beklagten zu 1) einen eigenen Kundenstamm aufbauen. Die Kehrseite, die mit dem eigenen Kapitaleinsatz einhergehe, sei die Chance auf einen höheren Ertrag. Überdies läge das Risiko des Entgeltausfalls im Falle des Ausbleibens oder Rückgangs von Kundenanrufen oder bei technischen Mängeln der IT-Systeme allein bei den Telefonistinnen, da diese allein auf Grundlage der Anzahl und Länge der Gespräche vergütet würden, nachdem der Anrufer/Kunde das Entgelt zuvor an die Beklagte zu 1) entrichtet habe. Die Telefonistinnen stünden daher wie eigenständige Unternehmer zueinander im Wettbewerb. Das Geschäftsmodell weise eine gewisse Nähe zum Franchising auf. Die veranschlagten Gesprächspreise seien nur Empfehlungen der Beklagten zu 1). Die Telefonistinnen könnten darüber jedoch frei entscheiden und auch höhere oder niedrigere Preise mit bestimmten Anrufern vereinbaren. So könnten sie z.B. über Pop-up-Fenster auch weitere Gratisgespräche anbieten. Auch könnten sie den Inhalt der Gespräche und die Gesprächsführung frei bestimmen. Die Video- und Audioüberwachung der Telefonistinnen erfolge, um deren Persönlichkeitsrechte im Falle von unangebrachten Anrufen zu schützen, Betriebsgeheimnisse der Beklagten zu 1) vor einem unbefugten Zugriff durch die Telefonistinnen zu schützen und eine ordnungsgemäße Abrechnung der einzelnen Anrufe zu gewährleisten. Die Teilnahme am sog. Düsseldorfer Modell bzgl. der steuerrechtlichen Behandlung der Einkünfte der Telefonistinnen beruhe auf einer entsprechenden Vereinbarung mit den Steuerbehörden.

Soweit die Beklagten die Rechtswegzuständigkeit gerügt haben, haben sie diese 33  
Rüge im Güetermin beim Arbeitsgericht am 26.09.2019 (Bl. 111 d.A.) wieder fallen gelassen.

Das Arbeitsgericht hat im Termin zur mündlichen Verhandlung mit Beschluss der Kammer 34  
vom 30.10.2019 die Klageanträge 4) bis 9) aus dem vorliegenden Verfahren abgetrennt. Sie wurden in das Verfahren 13 Ca 7318/19 überführt. Hinsichtlich der abgetrennten Klageanträge 4) bis 9) hat das Arbeitsgericht den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht Köln verwiesen, da es sich insofern um entweder um sog. et-et-Anträge oder um sog. aut-aut-Anträge handeln würde und zwischen der Klägerin der Beklagten zu 1) bestanden hätte. Der (Rechtsweg-)Beschluss des Arbeitsgerichts vom 30.10.2019 wurde der Klägerin am 13.12.2019 zugestellt. Am 17.12.2019 hat die Klägerin hiergegen sofortige Beschwerde beim Landesarbeitsgericht Köln eingelegt und hat ihre Beschwerde nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum

13.03.2020 an diesem Tage begründet. Das Landesarbeitsgericht Köln hat mit Beschluss vom 25.08.2020 (9 Ta 217/19) in dem Rechtswegbestimmungsverfahren – entsprechend des Beschlusstextes – auf die sofortige Beschwerde der Klägerin den angefochtenen Beschluss des Arbeitsgerichts vom 30.10.2019 abgeändert und den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen – bezogen auf die ursprünglichen Klageanträge zu 4) bis 9) – für zulässig erklärt. Die Rechtsbeschwerde wurde nicht zugelassen. Diese Entscheidung ist rechtskräftig.

Das Arbeitsgericht hat ferner mit Urteil vom 30.10.2019 die Klage – dh. bezogen auf die restlichen Klageanträge zu 1) bis 3) – abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Klageanträge zu 1) bis 3) seien zwar zulässig, aber unbegründet. Es handele sich jeweils um sog. sic-non-Anträge, bei denen im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses eine sog. doppelrelevante Tatsache sei. Im Hinblick auf die Rechtswegeröffnung nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a und b ArbGG iVm. § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG würde die bloße Rechtsbehauptung der Klägerin ausreichen, sie sei Arbeitnehmerin der Beklagten zu 1) gewesen. Soweit sich der Klageantrag zu 3) nicht nur gegen die Beklagte zu 1), sondern darüber hinaus gegen die Beklagten zu 2) und 3) richtet, ergäbe sich die Rechtswegzuständigkeit insoweit unter dem Gesichtspunkt der Zusammenhangsklage gemäß § 2 Abs. 3 ArbGG. Sämtliche Klageanträge seien jedoch unbegründet, da zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) im Zeitraum vom 31.03.2016 bis zum 16.12.2018 kein Arbeitsverhältnis bestanden habe. Gemessen an § 611a BGB und der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitnehmerbegriff läge kein Arbeitsverhältnis vor. Mangels Vorlage eines schriftlichen Vertrages zwischen den Parteien komme es maßgeblich auch die Vertragsdurchführung an. Aber auch hieraus ergäbe sich unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nicht das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Auszugehen sei zunächst davon, dass die Tätigkeit einer Telefonistin für eine sog. Sex-Hotline grundsätzlich sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses erbracht werden könne. Zwar könnten vorliegend insbesondere der von der Beklagten zu 1) vorgegebene Ort für die Ausübung der Tätigkeit und – auf den ersten Blick – die Einteilung in Dienstpläne für eine örtliche und zeitliche Weisungsgebundenheit der Klägerin sprechen. Entscheidend gegen die Annahme einer Weisungsgebundenheit der Klägerin spräche jedoch nach Ansicht des Arbeitsgerichts, dass die Klägerin sowohl den Umfang als auch die Lage ihrer Arbeitszeit im Wesentlichen selbst bestimmen konnte. Die Klägerin war bei ihrer Tätigkeit zwar an einen bestimmten Ort gebunden und angewiesen auf die dort über die C GmbH bereit gestellte (technische) Infrastruktur. Dass eine Tätigkeit an einem bestimmten mit dem Auftraggeber vereinbarten Ort und unter Nutzung gestellter Arbeitsmittel zu erfolgen hat, könne zwar Indiz für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses sein, schließt die Annahme eines freien Dienstverhältnisses allerdings auch nicht aus. Dass die Beklagte zu 1) Dienstpläne aufstellte, in denen auch die Dienste der Klägerin eingeplant waren, erscheine nur auf den ersten Blick als Indiz für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses. Denn die Beklagte zu 1) hat die Klägerin mittels dieser Dienstpläne nicht etwa einseitig angewiesen, zu bestimmten Zeiten ihre Tätigkeiten zu erbringen. Vielmehr hat Klägerin vor Erstellung der jeweiligen Dienstpläne sowohl den zeitlichen Umfang als auch die Lage der von ihr gewünschten Dienste angegeben. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang behauptet, die Wünsche seien zwar in der Regel, keineswegs aber immer berücksichtigt worden, sei dieser Vortrag unsubstantiiert. Die Klägerin habe keinen konkreten Fall geschildert, in dem sie von den Beklagten einseitig angewiesen worden ist, einen bestimmten Dienst zu übernehmen. Die Klägerin ist auch dem Vortrag der Beklagten, dass es den Telefonistinnen freistünde, durch Nichteingabe von Terminen freie Zeiträume zu erhalten, nicht substantiiert entgegengetreten. Die Klägerin habe selbst nicht etwa behauptet, dass sie Urlaub beantragen und von der Beklagten zu 1) bewilligen lassen musste. Die Klägerin hat insoweit lediglich behauptet, dass

Urlaubswünsche lediglich akzeptiert würden, wenn sie „bis ein Jahr vorher angemeldet worden“ seien und dass kurzfristige Urlaubswünsche abgelehnt worden seien. Was die Klägerin mit der „Anmeldung bis ein Jahr vorher“ gemeint habe, hat sie nicht weiter erläutert, so dass davon auszugehen sei, dass die „Urlaubsnahme“ dadurch erfolgt ist, dass die Klägerin sich vor der Erstellung des Dienstplanes für den beabsichtigten Urlaubszeitraum nicht eingetragen bzw. keine Zeiten gebucht hat. Der Umstand, dass kurzfristige Urlaubswünsche der Klägerin nicht akzeptiert worden sind, spreche nicht für eine Weisungsgebundenheit der Klägerin, da die Klägerin schlichtweg vertraglich verpflichtet war, die von ihr angebotenen und auf dieser Grundlage von der Beklagten zu 1) bereits geplanten Dienste auch tatsächlich wahrzunehmen. Die Beklagte zu 1) hat insoweit nicht einseitig über Umfang oder zeitliche Lage der von der Klägerin zu erbringenden Tätigkeiten entschieden. Aus diesem Grund stellen auch die von der Beklagten zu 1) erhobenen Strafzahlungen für Verspätungen oder Nichtantreten einer Schicht kein Indiz für eine Weisungsgebundenheit der Klägerin dar. Hinzu komme, dass es den Telefonistinnen frei stand, bei einer Verhinderung, Dienste zu tauschen oder für Ersatz zu sorgen. Diese Eigenverantwortlichkeit spricht ebenfalls gegen die Annahme einer Weisungsgebundenheit. Selbst wenn die Verpflichtung der Klägerin bestanden hätte, mindestens 18 (= 3 x 6) Stunden in der Woche zu arbeiten, sei der Klägerin in zeitlicher Hinsicht jedenfalls ein wesentlicher Spielraum verblieben. Denn unter Berücksichtigung dieser Vorgaben konnte sie ihre Dienste an 365 Tagen und 24 Stunden am Tag frei vornehmen. Dass die Klägerin in zeitlicher Hinsicht keinem arbeitsvertraglichen Weisungsrecht unterlag, würde sich aber auch besonders deutlich daran zeigen, dass die Klägerin im Laufe der Tätigkeit bei der Beklagten zu 1) den Umfang ihrer Tätigkeit selbst bestimmt hat, und zwar allein durch entsprechende geringere Eintragungen der gewünschten Schichten. Diese Arbeitszeitsouveränität der Klägerin spreche entscheidend für die Annahme eines freien Dienstverhältnisses und gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Schließlich habe die Klägerin auch nicht substantiiert darlegen können, dass sie in inhaltlicher Hinsicht arbeitsrechtlichen Weisungen der Beklagten unterlegen war. Die Gesprächsinhalte hat die Klägerin selbst bestimmt. Hierauf hat die Beklagte zu 1) keinen Einfluss genommen. Die Klägerin konnte zudem Anrufe „wegdrücken“ oder Gesprächsinhalte ablehnen. Soweit die Klägerin behauptet hat, dass, wenn sich bei einer Telefonistin ein „Wegdrücken“ häufe, die entsprechende Telefonistin nachdrücklich ermahnt und abgemahnt wurde, so sei dieses Vorbringen unsubstantiiert. Denn zum einen sei dieser Vortrag nicht auf die Klägerin bezogen, sondern lediglich abstrakt auf die Telefonistinnen. Zum anderen habe die Klägerin auch keine konkrete Situation geschildert, in der dies vorgekommen sein soll. Eine derart pauschale Behauptung sei für die Beklagten nicht einlassungsfähig. Entsprechendes gilt für die weiteren Behauptungen der Klägerin zu ausgesprochenen Ermahnungen und/oder Abmahnungen (Toilettengänge, mindestens ein Telefonat pro Stunde). Die Klägerin habe keine einzige konkrete Situation geschildert, in der sie selbst betroffen war und trägt auch keine Tatsachen vor, die darauf schließen lassen, dass von den Beklagten eine Abmahnung im arbeitsrechtlichen Sinne ausgesprochen worden ist. Es sei auch nicht dargelegt worden, wann, durch wen, welches konkrete Verhalten der Klägerin gerügt und in welcher Form oder mit welchen Worten, welche Konsequenzen angedroht worden sein sollen. Durch die permanente Überwachung der Klägerin mittels Videokamera und Abhörens der Telefonate sei zwar eine Kontrolle der Tätigkeit der Klägerin durch die Beklagte zu 1) möglich. Allein aus dieser Möglichkeit folge jedoch nicht, dass die Beklagte zu 1) ein arbeitsvertragliches Weisungsrecht hinsichtlich des Inhalts oder der Durchführung der Tätigkeit für sich in Anspruch genommen hätte. Die weiteren zwischen den Parteien streitigen Einzelheiten in Bezug auf die Vertragsdurchführung, die Abrechnung und Möglichkeiten der Telefonistinnen einen „eigenen“ Kundenstamm aufzubauen und zu erhalten, seien aus Sicht des Arbeitsgerichts nicht entscheidungsrelevant.

Die Klägerin hat gegen das Urteil des Arbeitsgerichts, das ihr am 13.12.2019 zugestellt wurde, mit am 17.12.2019 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und hat diese – nach ordnungsgemäß und fristgerecht beantragter Verlängerung der Frist bis zum 13.03.2020 – mit am 13.03.2020 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Klägerin wiederholt und vertieft ihren Sachvortrag. Sie ist der Ansicht, es handele sich bei dem angefochtenen Urteil um eine prozessual unzulässige Teilentscheidung, da – angesichts des Rechtswegbestimmungsverfahrens bzgl. der ursprünglichen Klageanträge zu 4) bis 9) – widerstreitende Entscheidungen drohten. Das Arbeitsgericht habe überdies die Substantiierungsanforderungen an die Darlegung der tatsächlichen Umstände, die die Arbeitnehmereigenschaft begründen würden, unangemessen überspannt und damit das Recht auf rechtliches Gehör sowie ein faires Verfahren verletzt. Es handle sich bei der Entscheidung um eine Überraschungsentscheidung zulasten der Klägerin. Die Klägerin ist weiterhin der Ansicht, dass es sich bei ihrem Beschäftigungsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis im Rechtssinne gehandelt habe. Es sei daher fehlerhaft, ihren Sachvortrag bereits deswegen als unsubstantiiert zurückzuweisen, weil dieser sich auch auf die Beschäftigungsverhältnisse der anderen bei der Beklagten zu 1) beschäftigten Telefonistinnen und nicht allein auf sie beziehe. Sämtliche Beschäftigungsverhältnisse – und auch das ihrige – seien mit Ausnahme des zeitlichen Umfangs der Tätigkeit und der Lage der Schichten inhaltlich gleich ausgestaltet. Die Klägerin sei sowohl zeitlich als auch örtlich in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingegliedert gewesen. Durch die permanente optische und akustische Überwachung verbleibe ihr faktisch kein Spielraum bei der Führung der Telefonate mit den Kunden. Ein signifikantes unternehmerisches Risiko, wie es für ein freies Dienstverhältnis prägend sei, trage sie nicht. Insbesondere habe sie keine eigenen Arbeitsmittel nutzen dürfen. Dies sei ihr untersagt gewesen. Insofern verweist die Klägerin auf Strafzahlungen, wenn sie ihre Tätigkeit nicht oder – aus Sicht der Beklagten zu 1) – nicht gut genug erledigt hätte. Auch ihre Außendarstellung bzw. das öffentliche Auftreten auf dem Internet-Portal der Beklagten zu 1) unter ihrem Alias-Namen werde maßgebend von der Beklagten zu 1) beeinflusst, die zusätzlich die alleinige Entgeltabrechnung gegenüber den „betreuten“ Kunden übernommen habe.

Die Klägerin beantragt zuletzt, 38

das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 30.10.2019 (13 Ca 2887/19) abzuändern und gemäß den erstinstanzlichen Schlussanträgen der Klägerin zu Ziff. 1) bis 3) zu erkennen. 39

Die Beklagten beantragen, 40

die Berufung zurückzuweisen. 41

Sie verteidigen das angefochtene Urteil und sind weiterhin der Auffassung, dass die Klägerin auf Grundlage eines freien Dienstverhältnisses bei der Beklagten zu 1) beschäftigt worden sei, da die Klägerin frei war, Ort, Zeit und Inhalt ihrer Tätigkeit selbst zu bestimmen. Vor allem hätte die Klägerin zu jeder Zeit Arbeitszeitsouveränität besessen. Sie erläutern ausführlich, wie die Software „FileMaker“ funktioniert und wie der Dienstplan erstellt wurden und werden. Sie behaupten, dass in der Software grundsätzlich Zeitblöcke von jeweils drei Stunden auszuwählen waren, die die Klägerin wie die Telefonistinnen allgemein frei auswählen können. Sie behaupten ferner, die Sperrungen würden systembedingt durch die Software „FileMaker“ vorgenommen. Bzgl. der Dienstzeiten hätte die Klägerin bspw. in der 19. Kalenderwoche 5 Schichten an zwei Tagen angeboten, die Beklagte zu 1) hätte aber nur 4 Schichten angenommen. Bezüglich der optischen Darstellung der Schichteinträge in der 42

Software „FileMaker“ wird auf Bl. 470-481 d.A. Bezug genommen. Auch hätte die Klägerin nicht zwingend an Wochenenden tätig sein müssen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 28.08.2020 haben die Parteien einen 43  
widerruflichen Vergleich geschlossen.

Die Beklagten haben diesen Vergleich fristgerecht mit Schriftsatz vom 11.09.2020 widerrufen 44  
und unter Bezugnahme auf den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Köln vom 25.08.2020  
in dem Rechtswegbestimmungsverfahren (9 Ta 217/19) weitere Rechtsausführungen zum  
vorliegenden Verfahren gemacht und die Auffassung geäußert, dass „eine Entscheidung in  
der Sache ... zum derzeitigen Zeitpunkt unter keinem Gesichtspunkt erfolgen“ könnte.  
Bezüglich dieses Schriftsatzes und der darin gemachten Rechtsausführungen im  
Zusammenhang mit dem (Nicht-)Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses wird auf Bl. 651-655  
d.A. Bezug genommen.

Mit Schriftsatz vom 10.09.2020 hat die Klägerin – im Hinblick auf einen (vermuteten) Widerruf 45  
des Vergleichs durch die Beklagten – ebenfalls ergänzende Ausführungen gemacht,  
bezüglich derer auf Bl. 656-661 d.A. Bezug genommen wird.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den 46  
Parteien gewechselten Schriftsätze, ihre Beweisantritte und die von ihnen eingereichten  
Unterlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen (§ 64 Abs. 7 ArbGG iVm.  
§ 313 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

## Entscheidungsgründe 47

Die zulässige Berufung der Klägerin ist teilweise begründet, so dass insofern das 48  
angefochtene Urteil abzuändern ist. Im Übrigen ist sie jedoch unbegründet, so dass die  
Berufung insofern zurückzuweisen ist.

Eines Schriftsatznachlasses der Beklagten bzgl. des Schriftsatzes der Klägerin vom 49  
20.08.2020 bedurfte es nicht. Zum einen kommt es nach Auffassung der erkennenden  
Berufungskammer auf diesen nicht nachgelassenen und außerhalb sämtlicher Fristen des  
Berufungsverfahrens eingereichten Schriftsatz nicht an und zum anderen hat der  
Prozessbevollmächtigte der Beklagten ausweislich der Sitzungsniederschrift der mündlichen  
Verhandlung vom 28.08.2020 auch keinen diesbezüglichen Schriftsatznachlass beantragt.

Vorliegend hat die erkennende Kammer im Rahmen einer am 16.09.2020 50  
durchgeführten und auch aktenkundig gemachten Nachberatung im Hinblick auf den  
Schriftsatz der Beklagten vom 11.09.2020 und den Schriftsatz der Klägerin vom 11.09.2020  
ebenfalls entschieden, dass die am 28.08.2020 geschlossene mündliche Verhandlung nicht  
wieder zu eröffnen ist. Auf Gründe iSv. § 156 Abs. 2 ZPO berufen sich beide Parteien nicht.  
Soweit die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gem. § 156 Abs. 1 ZPO in das  
Ermessen des Gerichts gestellt ist, sind vorliegend keine Gründe zu erkennen, die eine  
Wiedereröffnung rechtfertigen könnten. Neue und ggfls. entscheidungserheblich Tatsachen  
haben beide Parteien nicht vorgetragen. Soweit die Beklagten bemängeln, dass die 9.  
Kammer des Landesarbeitsgerichts Köln im Beschluss vom 25.08.2020 über eine  
Rechtswegentscheidung hinaus eine „Begründetheitsprüfung“ vorgenommen hat, steht dies  
in keinem Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren. Nach Auffassung der Kammer  
ist im Übrigen die Rechtssache aufgrund des teilweise unstrittigen und im Übrigen streitigen  
Sachvortrages der Parteien, wie in diesem Urteil näher ausgeführt, sowohl hinsichtlich des  
Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) als

auch ansonsten entscheidungsreif. Die von der Beklagten geäußerten Rechtsansichten wurden von der Berufungskammer gewürdigt. Dasselbe gilt bezüglich des Sachvortrages und der Rechtsansichten der Klägerin.

A. Die Berufung der Klägerin ist zulässig. Sie ist statthaft (§ 64 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b. und lit. c. ArbGG) und ist frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG iVm. §§ 519, 520 ZPO). 51

B. Die zulässige Berufung der Klägerin ist teilweise begründet, so dass insofern das angefochtene Urteil abzuändern ist. Im Übrigen ist die Berufung jedoch unbegründet, so dass sie insofern zurückzuweisen ist. Die zulässige Klage ist nur teilweise begründet, so dass sie im Übrigen abzuweisen ist. 52

I. Die Klage ist zulässig. 53

1. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist für alle drei streitgegenständlichen Klageanträge eröffnet. 54

Nach [§ 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a ArbGG](#) sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis. Nach [§ 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b ArbGG](#) sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnis. Nach [§ 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. d ArbGG](#) sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus unerlaubten Handlungen, soweit sie mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehen. Wer Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG) ist, bestimmt sich nach § 5 ArbGG. 55

a) Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG sind Arbeitnehmer Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. § 5 Abs. 1 ArbGG liegt der allgemeine nationale und kein unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff zugrunde (BAG, Beschl. v. 21.01.2019 – 9 AZB 23/18, Rn. 14 mwN, NZA 2019, 490, 492). Arbeitnehmer ist, wie nunmehr auch in § 611a BGB legal definiert, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (vgl. BAG, Beschl. v. 08.09.2015 – 9 AZB 21/15, Rn. 13 mwN, juris). 56

b) Für die Begründung der Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für die streitgegenständlichen Anträge zu 1) bis 3) reicht – im Verhältnis zur Beklagten zu 1) – die bloße Rechtsbehauptung der Klägerin aus, sie sei Arbeitnehmerin der Beklagten zu 1) gewesen, da es sich um sog. sic-non-Anträge handelt. 57

Kann der eingeklagte Anspruch ausschließlich auf eine Anspruchsgrundlage gestützt werden, deren Prüfung gemäß § 2 ArbGG in die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen fällt, dann sind die für die Rechtswegzuständigkeit maßgeblichen Tatsachen gleichzeitig Voraussetzung für die Begründetheit der Klage. Die statusbegründenden Tatsachen sind in diesem Fall sowohl für den Rechtsweg als auch für die Sachentscheidung gleichermaßen von Bedeutung, dh. sie sind doppelrelevant. In diesen sog. sic-non-Fällen eröffnet bei streitiger Tatsachengrundlage die bloße Rechtsbehauptung der klagenden Partei, es handele sich um ein Arbeitsverhältnis, den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ([BAG, Beschl. v. 21.01.2019 – 9 AZB 23/18](#), Rn. 20, juris; [BAG, Beschl. v. 24.04.2018 – 9 AZB 62/17](#), Rn. 14, 58

BAG, Beschl. v. 03.12.2014 – 10 AZB 98/14, Rn. 17, juris; BAG, Beschl. v. 24.04.1996 – 5 AZB 25/95, NZA 1996, 1005 ff.; Walker, in: Schwab/Weth, ArbGG, 5. Aufl. 2018, § 2 ArbGG, Rn. 235 ff.). Die Rechtswegzuständigkeit ist bei mehreren Streitgegenständen grundsätzlich für jeden Streitgegenstand gesondert zu prüfen (BAG, Beschl. v. 24.04.1996 – 5 AZB 25/95, NZA 1996, 1005; BAG, Beschl. v. 30.08.1993 – 2 AZB 6/93, NZA 1994, 141).

c) Die vorliegend allein zur Entscheidung stehenden Klageanträge zu 1) bis 3) können – im Verhältnis zur Beklagten zu 1) – nur dann begründet sein, wenn das mittlerweile beendete Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist (sog. sic-non-Fälle). Die mit dem Antrag zu 1) erhobene Statusklage kann in der Sache nur Erfolg haben, wenn zur Beklagten zu 1) ein Arbeitsverhältnis im Rechtssinne bestand. Gleiches gilt für die auf § 108 GewO gestützte Erteilung von Lohnabrechnungen. Lohnabrechnungen gemäß § 108 GewO kann nur ein Arbeitnehmer verlangen. Da die Klägerin mit dem Antrag zu 3) die Feststellung von Schadensersatzansprüchen begehrt, die ihr daraus entstanden sind oder noch entstehen, dass die Beklagte zu 1) sie nicht als Arbeitnehmerin behandelt hat, kann auch dieser Antrag nur begründet sein, wenn die Klägerin tatsächlich Arbeitnehmerin der Beklagten zu 1) war. Da damit die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin für alle drei Klageanträge doppelrelevant ist, dh. sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit dieser Anträge, reicht für die Begründung der im Rahmen der Zulässigkeit zu prüfenden Rechtswegzuständigkeit ihre Rechtsbehauptung, bei dem Vertragsverhältnis mit der Beklagten zu 1) habe es sich um ein Arbeitsverhältnis gehandelt, aus. 59

d) Soweit die Klägerin ihren Klageantrag zu 3) zusätzlich auch gegen die Beklagten zu 2) und zu 3) richtet, ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen allein nach § 2 Abs. 3 ArbGG zulässig, weil das Arbeitsverhältnis nur zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) bestand. 60

Vor die Gerichte für Arbeitssachen können nach § 2 Abs. 3 ArbGG auch nicht unter § 2 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG fallende Rechtsstreitigkeiten gebracht werden, wenn der Anspruch mit einer bei einem Arbeitsgericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig werdenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeit der in § 2 Abs. 1, 2 ArbGG bezeichneten Art in rechtlichem oder unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang steht und für seine Geltendmachung nicht die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist (BAG, Beschl. v. 10.06.2010 – 5 AZB 3/10, NZA 2010, 1086 f.). 61

Diese Voraussetzungen sind gegenüber den Beklagten zu 2) und zu 3) erfüllt. Eine ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts ist für den genannten Klageantrag nicht gegeben. Der Begriff des rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhangs ist im Interesse der Prozessökonomie und nach dem Sinn der Vorschrift, eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung rechtlich oder inhaltlich zusammengehörender Verfahren vor dem Arbeitsgericht zu ermöglichen, weit auszulegen. Rechtlich oder innerlich zusammengehörende Verfahren sollen nicht in Verfahren vor verschiedenen Gerichten aufgespalten werden (BAG, Beschl. v. 10.6.2010 – 5 AZB 3/10, NZA 2010, 1086; BAG, Beschl. v. 11.09.2002 – 5 AZB 3/02, NZA 2003, 62; GMP/Schlewing, 9. Aufl. 2018, § 2 ArbGG, Rn. 118; ErfK/Koch, 20. Aufl. 2020, § 2 ArbGG, Rn. 30). Die Parteien der Zusammenhangsklage müssen auch nicht die Gleichen sein wie die Parteien der Hauptklage. Es genügt, wenn eine Partei der Hauptklage auch Partei der Zusammenhangsklage ist (BAG, Beschl. v. 11.09.2002 – 5 AZB 3/02, NZA 2003, 62; GMP/Schlewing, 9. Aufl. 2018, § 2 ArbGG, Rn. 127). Ein Arbeitsverhältnis bestand im Streitfall allein gegenüber der Beklagten zu 1). Allerdings resultiert der gegen die Beklagten zu 2) und zu 3) von der Klägerin erhobene Anspruch aus demselben Lebenssachverhalt und steht mit der gegen die Beklagte zu 1) 62

erhobenen Klage in keiner bloß zufälligen Verbindung, was die Konzentration des Rechtsstreits vor den Arbeitsgerichten rechtfertigt. Bei dem Beklagten zu 2) handelt es sich um den verantwortlichen Geschäftsführer der Beklagten zu 1) und bei dem Beklagten zu 3) um eine Person, die aufgrund des Gesellschafterstatus zumindest nach dem Vortrag der Klägerin faktisch erheblichen Einfluss auf die Arbeitsabläufe und Vorgänge innerhalb der Arbeitsorganisation der Beklagten zu 1) genommen haben soll.

2. Das für den Feststellungsantrag zu 1) gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse liegt darin, dass zwischen den Parteien Streit darüber besteht, ob das Vertragsverhältnis zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis oder ein freies Dienstverhältnis war. Dies kann – angesichts der unstreitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses – nur im Wege der Feststellungsklage geklärt werden. Auch hat die Klägerin jetzt noch ein rechtliches Interesse an der Feststellung, da ihr im Falle der Feststellung eines Arbeitsverhältnisses noch verschiedene Zahlungsansprüche gegenüber der Beklagten zu 1) zustehen können und da vor allem noch die sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Folgen im Falle der Änderung des rechtlichen Status zu beseitigen sind.

63

3. Der auf Erteilung von Lohnabrechnungen nach § 108 GewO gerichtete Leistungsantrag zu 2) ist zulässig. Er ist insbesondere bzgl. des Zeitraums hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, da durch die Beklagten zu 1) monatliche Abrechnungen – entsprechend des bisherigen Abrechnungszyklus – für den gesamten Streitzeitraum erfolgen sollen. Da es unstreitig noch keine Lohnabrechnungen gibt und die Beklagte zu 1) diese erstmals erstellen soll, bedarf es auch keiner weiteren Angaben, welchen inhaltlichen Vorgaben die Lohnabrechnungen entsprechen sollen. Soweit die Klägerin „ordnungsgemäße, den einschlägigen gesetzlichen Vorgaben entsprechende“ Lohnabrechnungen begehrt, handelt es sich um eine überflüssigen und unbeachtlichen Annex, da es keinen Anlass dazu gibt anzunehmen, dass die Beklagte zu 1) – zumal da einer ihrer (Mit-)Gesellschafter, der Beklagte zu 3), ein Steuerberater ist, Lohnabrechnungen erstellen würde, die nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechen würden. Zudem hat die Klägerin auch nicht dargelegt, welche konkreten gesetzlichen Vorgaben denn von der Beklagten zu 1) eingehalten werden sollen.

64

4. Das für den Feststellungsantrag zu 3) gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse liegt darin, dass zwischen den Parteien nicht nur Streit darüber besteht, ob ein Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) bestand, sondern auch darüber, ob der Klägerin durch die – ihrer Ansicht nach fehlerhafte – rechtliche Einordnung als freie Mitarbeiterin Schadensersatzansprüche gegen die Beklagten zustehen. Dies kann nur im Wege der Feststellungsklage geklärt werden, da bislang der Arbeitnehmerstatus der Klägerin noch nicht verbindlich bestimmt wurde, so dass konkrete und bezifferte Zahlungsanträge derzeit ausscheiden. Auch wenn das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien bereits beendet ist, hat sich nunmehr im Nachhinein ergeben, dass es fehlerhaft als freies Dienstverhältnis anstelle als Arbeitsverhältnis behandelt und abgerechnet wurde. Insofern wurde das Vertragsverhältnis vor allem steuer- und sozialversicherungsrechtlich bislang fehlerhaft behandelt, so dass die Beklagte zu 1) bislang zumindest ihre Arbeitgeberanteile an der Sozialversicherung nicht abgeführt hat, was einen finanziellen Schaden bei der Klägerin bewirkt hat. Soweit sich der Feststellungsantrag auf künftigen Schadensersatz bezieht, liegt das rechtliche Interesse der Klägerin insofern bereits dann vor, wenn Schadensfolgen in der Zukunft möglich sind, auch wenn ihre Art, ihr Umfang und sogar ihr Eintritt noch ungewiss sind. Es muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bestehen. Insoweit reicht es aus, wenn die nicht eben entfernt liegende Möglichkeit künftiger Verwirklichung der Ersatzpflicht durch Auftreten weiterer, bisher noch

65

nicht erkennbarer und voraussehbarer Schäden besteht (BAG, Urt. v. 14.12.2006 – 8 AZR 628/05, Rn. 11, juris; BAG, Urt. v. 19.08.2004 – 8 AZR 349/03, AP SGB VII § 104 Nr. 4 mwN). Diese Voraussetzungen liegen hier vor, denn bei der fehlerhaften Behandlung eines Arbeitsverhältnisses als sog. freies Dienstverhältnis können sich auch zukünftig bis zur vollständigen rückwirkenden Berichtigung sozialversicherungs- und steuerrechtliche Spätfolgen ergeben, die auszugleichen sind. Soweit die Klägerin schließlich die Feststellung einer Erstattungspflicht von Nachteilen und Schäden begehrt, wird der Antrag dahingehend iSv. §§ 133, 157 BGB dahingehend ausgelegt, dass die Klägerin einheitlich die Erstattung von Schäden begehrt, so dass dem unbestimmten Element der „Nachteile“ keine eigene Bedeutung zukommt.

II. Der Klageantrag zu Ziff. 1 ist begründet, da zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) im Streitzeitraum vom 31.03.2016 bis zum 16.12.2018 ein Arbeitsverhältnis im Rechtssinne bestanden hat. Entgegen der Auffassung der Beklagten und des Arbeitsgerichts lag im Streitzeitraum kein sog. freies Dienstverhältnis vor. Die erkennende Berufungskammer schließt sich nach eigener ausführlicher Prüfung insofern weit überwiegend den diesbezüglichen Ausführungen der 9. Kammer des Landesarbeitsgerichts aus dem Beschluss vom 25.08.2020 in dem Rechtswegbestimmungsverfahren (9 Ta 217/19) bzgl. der abgetrennten ursprünglichen Klageanträge zu 4) bis 9) an. 66

1. Zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) bestand im Streitraum ein Arbeitsverhältnis iSv. §§ 611, 611a BGB. 67

Ein Arbeitsverhältnis besteht zwischen zwei Personen, die durch einen Arbeitsvertrag rechtlich miteinander verbunden sind. Es unterscheidet sich vom Rechtsverhältnis eines selbstständig Tätigen durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in dem sich der Verpflichtete befindet (vgl. zur ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts etwa: BAG, Urt. v. 21.05.2019 – 9 AZR 295/18, Rn. 13, juris). Der Begriff des Arbeitsvertrags ist – seit 01.04.2017 – in § 611a Abs. 1 BGB gesetzlich definiert, ohne dass die vom Bundesarbeitsgericht aus § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 HGB abgeleiteten entwickelten Rechtsgrundsätze hinsichtlich der Abgrenzung von Arbeitsverhältnis und freiem Dienstverhältnis (BAG, Beschl. v. 21.01.2019 – 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490; Henssler/Pant, RdA 2019, 321, 322 f.) geändert worden wären. Die neu eingefügte Vorschrift spiegelt diese Rechtsgrundsätze nur wider (BAG, Urt. v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, Rn. 23, juris unter Hinweis auf die BT-Drs. 18/9232, S. 4 sowie S. 18: „die 1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung lässt die Rechtslage in Deutschland unverändert“). Danach wird durch den Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet (§ 611a Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab (§ 611a Abs. 1 Satz 4 BGB). Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen (§ 611a Abs. 1 Satz 5 BGB). Es ist nach dem Willen des Gesetzgebers somit weiterhin in erster Linie die Aufgabe der Arbeitsgerichte, im Rahmen einer Abwägung für den Einzelfall zu entscheiden, welche Personen aufgrund ihrer Weisungsbindung und fremdbestimmten Arbeitsleistung durch eine tätigkeitsbezogene Gewichtung dieser nunmehr demokratisch legitimierten Kriterien als persönlich abhängige Arbeitnehmer qualifiziert werden können (Henssler/Pant, RdA 2019, 321, 322; vgl. auch HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 46). 68

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers kann dabei Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen (§ 611a Abs. 1 Satz 2 BGB). Weisungsgebunden ist, wer nicht im 69

Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (§ 611a Abs. 1 Satz 3 BGB). Ausgehend von der Systematik des § 611a Satz 1 BGB kann die für das Arbeitsverhältnis typische persönliche Abhängigkeit sowohl aus der Weisungsbindung als auch aus der Fremdbestimmtheit der Tätigkeit resultieren (vgl. ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 32). Letztere kann sich im Ergebnis auch aus der Eingliederung in eine fremde betriebliche Arbeitsstruktur ergeben (vgl. ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 41; HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 53 ff.; restriktiver Henssler, RdA 2017, 83, 85). Im Streitfall kann dahinstehen, ob die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation hierbei einen Unterfall der in § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB vorgesehenen Fremdbestimmtheit (ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 41; Wank, AuR 2017, 140, 144) oder der persönlichen Abhängigkeit darstellt (vgl. HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 55). Es ging dem Gesetzgeber bei § 611a Abs. 1 BGB nämlich erkennbar allein darum, die dieses Merkmal in unterschiedlicher Gewichtung anerkennende Rechtsprechung des BAG aufzugreifen, anstatt eine eigenständige und hiervon abweichende Grundsatzentscheidung für die Begründung der Arbeitnehmereigenschaft zu treffen (BT-Drs. 18/9232, S. 18, 31f.; Henssler/Pant, RdA 2019, 321, 322 f.). Für die Begründung der Arbeitnehmereigenschaft müssen auch nicht alle vorgenannten Kriterien in gleicher Intensität erfüllt sein. Vielmehr können schon ein oder mehrere für das Weisungsrecht oder die Fremdbestimmtheit sprechende und dominierende Indizien für die persönliche Abhängigkeit ausreichen (vgl. ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 33). Die Gewichtung der maßgebenden Umstände hängt gleichsam von der Eigenart der Tätigkeit ab (§ 611a Abs. 1 Satz 4 BGB).

Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an (§ 611a Abs. 1 Satz 6 BGB). Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich also aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgeblich, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben (vgl. BAG, Urt. v. 21.05.2019 – 9 AZR 295/18, Rn. 13, juris; BAG, Urt. v. 17.10.2017 – 9 AZR 792/16, Rn. 12, juris; BAG, Urt. v. 14.06.2016 – 9 AZR 305/1, Rn. 15 mwN, juris; HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 48).

70

2. Für die Erbringung von Telefonsexdienstleistungen gelten keine Besonderheiten hinsichtlich des rechtlichen Charakters des Vertragsverhältnisses. Diese Tätigkeit kann ebenso wie herkömmliche Formen der Prostitution gegenüber den Kunden im Verhältnis zu einem Dritten – wie der Beklagten zu 1) – im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses und eines freien Dienstverhältnisses erbracht werden (vgl. Staudinger/Fischinger, 2017, § 1 ProstG, Rn. 54, 69). Seit dem 01.07.2017 bestimmt zudem § 3 ProstG, dass Weisungen, die das Ob, die Art oder das Ausmaß der Erbringung sexueller Dienstleistungen vorschreiben, unzulässig sind. Im Anwendungsbereich des § 3 ProstG steht das eingeschränkte Weisungsrecht im Rahmen einer abhängigen Tätigkeit hiernach zumindest nicht der Annahme einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts entgegen (siehe Vogelsang, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 9 Rn. 36).

71

3. Unter Beachtung der vorstehenden Grundsätze ist das zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) im Zeitraum vom 31.03.2016 bis zum 16.12.2018 bestehende Beschäftigungsverhältnis als Arbeitsverhältnis – im Rechtssinne – zu qualifizieren, wobei es

72

gemäß § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB unbeachtlich ist, dass zumindest die Beklagte zu 1) das Vertragsverhältnis intern als freies Dienstverhältnis geführt hat. Für die rechtliche Einordnung als Arbeitsverhältnis sprechen die Modalitäten der Diensterbringung durch die Klägerin. Im Einzelnen:

a) Die Klägerin hat ihre Dienste auf Anweisung der Beklagten zu 1) ausschließlich in deren Räumlichkeiten in Köln erbracht. Zwar hat das Arbeitsgericht zutreffend zur Bedeutung des Arbeitsorts darauf verwiesen, dass es auch für Selbstständige nicht unüblich sei, dass sie ihre vertraglichen Leistungen im Rahmen der organisatorischen Gegebenheiten ihres Auftraggebers erbringen müssten (vgl. BAG, Urt. v. 21.05.2019 – 9 AZR 295/18, Rn. 33, juris). Allerdings sind nach § 611a Abs. 1 Satz 4 BGB für die Angrenzung Arbeitsvertrag/freies Dienstverhältnis diejenigen Umstände unerheblich, die auch für Selbstständige generell üblich ist. Allein maßgebend sind die Modalitäten der im Streitfall in Rede stehenden Tätigkeit, dh. ob das telefonische Angebot von sexuellen Dienstleistungen über eine vom Vertragspartner betriebene Gesprächshotline typischerweise in den Räumlichkeiten des Hotline-Betreibers stattfinden muss. Im Bejahensfalle bemisst das BAG dann dem Arbeitsort für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft aufgrund der faktischen Bindung der Tätigkeit an einen konkreten Ort tatsächlich keine entscheidende Bedeutung zu (vgl. BAG, Urt. v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448). Nach Auffassung der erkennenden Berufungskammer hat die Beklagte zu 1) aber unabhängig von der geschuldeten Tätigkeit als Telefonistin weitergehende betriebsorganisatorische Maßnahmen ergriffen, die eine Fremdbestimmtheit der Tätigkeit der Klägerin auch im Hinblick auf den Arbeitsort nahelegen. 73

b) Vorliegend war die Klägerin aufgrund des Geschäftsmodells der Beklagten zu 1) faktisch gezwungen, zugleich bei der C GmbH Räume nebst Inventar/Betriebsmitteln im Betrieb der Beklagten zu 1) anzumieten, wobei der Klägerin in ihren Schichten nicht stets derselbe Raum zugewiesen wurde. Diese Räumlichkeiten ermöglichen der Beklagten zu 1) eine permanente optische und akustische Überwachung der Telefonistinnen und auch der Klägerin. Die Klägerin wurde zudem angewiesen, keine Privatgespräche während der Dienstzeiten zu führen, Taschen und ihr Mobiltelefon bzw. Smartphone musste sie vor Arbeitsantritt in einem Schließfach deponieren. Weiter wurde sie angewiesen, keinen Besuch im Telefonraum zu empfangen. Um während der Dienstzeiten die Toilette aufzusuchen, musste die Klägerin einen Schlüssel bei einem Verwaltungsmitarbeiter der Beklagten zu 1) abholen und anschließend dort wieder deponieren. Sämtliche Pausenzeiten wurden genauestens erfasst und die Einhaltung der Regeln laufend kontrolliert. Den entsprechenden Behauptungen der Klägerin ist die Beklagte im Hinblick auf § 138 Abs. 3 ZPO nicht erheblich entgegen getreten. An die Betriebsstätte der Beklagten zu 1) eingehende Sendungen von (Telefon-)Kunden – bspw. mit Geschenken – wurden an sie nur nach vorheriger Kontrolle durch die Beklagte zu 1) ausgehändigt und eine postalische Kontaktaufnahme der (Telefon-)Kunden durch die Klägerin ebenfalls streng kontrolliert. Die von der Beklagten zu 1) vorgenommene Wahl des Arbeitsortes sollte daher zugleich eine Überwachung und Steuerung des Arbeits- und Ordnungsverhaltens der Klägerin ermöglichen, die von ihrer inhaltlichen Tätigkeit als Telefonistin weitgehend unabhängig war (vgl. HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 49, der zurecht darauf hinweist, dass nur ein Arbeitnehmer einer vollständigen Kontrolle unterliegt, während ein Selbständiger sich Kontrollen nicht in gleichem Maße gefallen lassen muss). Die Anweisung, die Tätigkeit ausschließlich im Kölner Betrieb der Beklagten zu 1) zu erbringen, führte daher zu einer erheblichen und einseitig veranlassten Aufgabe persönlicher Freiheiten bei der Leistungserbringung und zu einer fremdbestimmten Integration in die betriebliche Struktur der Beklagten zu 1). 74

Die durch die einseitige Vorgabe des Arbeitsortes zugleich veranlasste Fremdbestimmung kann auch nicht pauschal mit den Eigenarten des Tätigkeitsfeldes einer Telefonistin für sexuelle Dienstleistungen begründet werden. Sie lässt sich daher nicht mit der Argumentation der Beklagten rechtfertigen, die optische und akustische (Dauer-)Überwachung diene dem Persönlichkeitsschutz der Klägerin, der geordneten Abrechnung der (Kunden-)Anrufe sowie dem Schutz von Betriebsgeheimnissen der Beklagten zu 1). Die anlassunabhängige (Dauer-)Überwachung stellt keinen Schutz, sondern vielmehr eine Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte der Klägerin dar, die sich nicht durch einen pauschalen Verweis auf Betriebsgeheimnisse oder Abrechnungsmodalitäten rechtfertigen lässt (vgl. BAG, Urt. v. 27.07.2017 – 2 AZR 681/16, Rn. 33, NZA 2017, 1327, „Keylogger“). Durch die optische und akustische (Dauer-) Überwachung während der Beschäftigungszeit hat die Beklagte zu 1) – unabhängig von der äußerst zweifelhaften rechtlichen Zulässigkeit nach § 26 BDSG iVm. Art. 88 DSGVO – vielmehr in einer erheblichen Art und Weise Einfluss auf das Verhalten der Klägerin und den geschuldeten Leistungsinhalt genommen, der jeder eine selbstständige Tätigkeit auszeichnenden Autonomie entgegensteht und eine Vielzahl konkreter Arbeitsanweisungen im Einzelfall bereits im Ansatz überflüssig machte. Der vorliegende Streitfall ist somit auch nicht mit der vom BSG entschiedenen Konstellation vergleichbar, wonach die bloße Nutzung eines fremden Telekommunikationssystems noch keine Eingliederung in die Organisation des Betreibers begründet (BSG, Urt. v. 30.10.2013 – B 12 KR 17/11 R, juris). Anders als in dem vom BSG entschiedenen Fall nutzte die Klägerin vorliegend gerade nicht allein das technische System der Beklagten zu 1). Vielmehr befand sie sich bei der Nutzung dieses Systems anders als in dem vom BSG entschiedenen Streitfall allein in den Räumlichkeiten der Beklagten zu 1) und wurde von dieser optisch und akustisch über die bloße Einwahl in das IT- und Telefonsystem hinausgehend dauerhaft überwacht. Es kann im Streitfall dahinstehen, ob noch weitergehend, wie etwa bei der Telearbeit erwogen, bereits aus der Verbindung des heimischen PC mit einem Zentralsystem und der daraus resultierenden möglichen ständigen Überwachung die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin begründet werden kann (in diese Richtung: HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 103). Die durch die optische und akustische Überwachung begründete Fremdbestimmung der Klägerin geht im Streitfall weit über die elektronische Verbindung mit einem Zentralrechner hinaus. Vorliegend wurde durch die Video- und Tonüberwachung, die faktische Kontrolle von Pausen- und Toilettenzeiten sowie die Überwachung und Kontrolle der postalischen Kundenbeziehungen – unabhängig von der Frage einer damit evtl. verbundenen Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin – ein permanenter Anpassungs- und Überwachungsdruck (vgl. BAG, Beschl. v. 13.12.2016 – 1 ABR 7/15, Rn. 27, BAGE 157, 220 ff.) auf die Klägerin ausgeübt, der sie während ihrer Tätigkeit nicht selbst- sondern fremdbestimmt agieren ließ.

Die Nutzung der Räumlichkeiten, Telefongeräte und Computer durch die Klägerin erfolgte zwar aufgrund eines mit der C GmbH geschlossenen Vertrages. Diesen Vertrag machte die Beklagte zu 1) aber zugleich zur (notwendigen) Bedingung für die Inanspruchnahme der Leistungen der Klägerin. Zugleich besteht zwischen der C GmbH und der Beklagten zu 1) faktisch eine enge Verbindung, was bereits dadurch deutlich wird, dass die Zahlung des monatlichen Nutzungsentgelts von 50,- Euro – in bar – an eine Mitarbeiterin erfolgte, die bei beiden Gesellschaften angestellt war. Verstärkt wird die enge Verbindung beider Gesellschaften dadurch, dass die Gesellschaften jeweils am selben Standort residieren und zunächst von der inzwischen verstorbenen M V – der Ehefrau des Beklagten zu 3) – geleitet wurden und nunmehr von dem Beklagten zu 2) als Geschäftsführer geleitet werden. Zudem durften die gemieteten Arbeitsmittel allein für die von der Beklagten zu 1) angebotene Dienstleistung vor Ort und zugleich allein durch die Klägerin persönlich verwendet werden. Insofern stellt auch der Umstand, dass die für die Tätigkeit maßgebenden Räume und

Gerätschaften gegen ein zusätzliches Entgelt der Klägerin von einer dritten Gesellschaft und nicht unmittelbar von der Beklagten zu 1) gestellt wurden, keinen Akt einer etwaigen unternehmerischen Autonomie der Klägerin, sondern vielmehr eine der Beklagten zu 1) zurechenbare Beschäftigungsmodalität in einer fremdbestimmten Arbeitsorganisation dar.

c) Zwar hat das Arbeitsgericht im angefochtenen Urteil zurecht darauf hingewiesen, dass es für die Beurteilung des Arbeitnehmerstatus auf den konkreten Dienstnehmer und nicht auf andere Personen ankommt (vgl. BAG, Urt. v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, Rn. 42, juris). Allerdings bedeutet dies noch nicht zwangsläufig, dass diejenigen Ausführungen der Klägerin, die sich nur abstrakt auf Telefonistinnen im Betrieb der Beklagten zu 1) und nicht auf sie persönlich beziehen, unbeachtlich wären. Zunächst lässt der übereinstimmende Parteivortrag nicht erkennen, dass sich die Beschäftigungsmodalitäten sämtlicher Telefonistinnen bei der Beklagten zu 1) – mit Ausnahme der Lage und Verteilung der Arbeitszeit, die sowohl bei Vollzeit- als auch bei Teilzeitkräften unterschiedlich sind – in irgendeiner Weise unterschieden hätten. Entsprechendes hat die Beklagte zu 1) nicht dargelegt und es sind auch keine Unterschiede zu erkennen, dass die Klägerin anders als die übrigen Telefonistinnen behandelt worden wäre. Insofern ist von gleichgelagerten Beschäftigungsverhältnissen auszugehen, die auch gleich oder zumindest vergleichbar durchgeführt wurden. Überdies muss die für ein Arbeitsverhältnis typische Fremdbestimmtheit nicht zwingend durch ausdrücklich ausgesprochene Anweisungen im klassischen Sinn vermittelt werden. Dies entspricht weder der eigenständigen Bedeutung des Tatbestandsmerkmals der Fremdbestimmtheit noch der Bedeutung einer hierdurch vermittelten Eingliederung in einen fremden Arbeitsablauf. Einfluss auf die Qualifikation eines Beschäftigungsverhältnisses kann ein Arbeitgeber auch nehmen, indem er die Beschäftigten bereits durch die einseitige Steuerung und Kontrolle der Betriebsabläufe ihrer Selbstbestimmung beraubt und auf diese Weise auf ein bestimmtes unselbstständiges Verhalten in persönlicher Abhängigkeit seiner Vertragspartner hinwirkt. Dies kann insbesondere geschehen, indem er die Leistungserbringung in einem Maße optisch und akustisch überwacht und durch einseitige Vorgaben der Beschäftigungsbedingungen beeinflusst, die einer eigenen unternehmerischen Entfaltung der anderen Vertragspartei entgegenstehen. Eine Anweisung der Arbeitnehmer muss folglich nicht ausdrücklich erfolgen. Daher kann die zwischen den Parteien streitige Frage dahinstehen, inwieweit die Beklagte zu 1) ihr Weisungsrecht über die fremdbestimmte Ausgestaltung und Kontrolle des Arbeitsablaufs hinaus durch Ermahnungen und Abmahnungen gegenüber anderen Telefonistinnen und insbesondere gegenüber der Klägerin im Einzelfall ausgeübt hat. Ebenso unerheblich ist es, welcher Wortlaut einer Anweisung im Einzelfall zugrunde lag. Bereits die grundsätzlichen Modalitäten der Leistungserbringung durch die Klägerin, wie sie die Beklagte zu 1) vorgegeben hat, vermitteln einen hinreichenden Anpassungs- Überwachungsdruck, der zusätzlichen ausdrücklichen Anweisungen weitgehend vorgegriffen war bzw. solche weitgehend entbehrlich machte.

77

d) Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts und der Beklagten spricht auch nicht entscheidend gegen ein Arbeitsverhältnis und damit für ein freies Dienstverhältnis, dass die Klägerin den Inhalt der Telefongespräche mit den Kunden und damit den Inhalt bzw. die Art und Weise der Erbringung der sexuellen Dienstleistung weitgehend frei bestimmen und unangemessene Kunden bzw. Gesprächsinhalte wegdrücken konnte. Diesem Umstand kommt im Streitfall vielmehr keine maßgebende Bedeutung zu.

78

Zunächst lässt sich bereits §§ 1, 3 ProstG die Wertung des Gesetzgebers entnehmen, dass einer Telefonistin, die sexuelle Dienstleistung über das Telefon anbietet, auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses eine weitgehende Freiheit in Bezug auf den Kundenkreis und die

79

konkrete Ausgestaltung der Beziehung zum Kunden zugutekommt (vgl. BeckOK-BGB/Wendlandt, § 1 ProStG, Rn. 4, 9, § 3 ProStG Rn. 1 f.; Staudinger/Fischinger, 2017, § 1 ProStG, Rn. 54; vgl. MünchKommBGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, § 1 ProStG, Rn. 14). Es ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts überdies unabhängig hiervon anerkannt, dass sich insbesondere hochqualifizierte Tätigkeiten aus tatsächlichen Gründen einer fachlichen Weisungsbindung entziehen können, ohne dass dies der rechtlichen Qualifikation als Arbeitsverhältnis entgegenstehen muss (BAG, Urt. v. 27.07.1961 – 2 AZR 255/60, NJW 1961, 2085). Nichts anderes gilt, wenn das inhaltliche Weisungsrecht des Arbeitgebers aufgrund der Eigenart der Tätigkeit aus rechtlichen Gründen eingeschränkt ist (vgl. bereits BAG, Urt. v. 27.07.1961 – 2 AZR 255/60, NJW 1961, 2085). Dabei kann dahinstehen, ob der Anwendungsbereich des ProStG aufgrund der in § 1 ProStG enthaltenen Beschränkung auf „sexuelle Handlungen“ für die Erbringung von Dienstleistungen mittels Telefonsex („Wortbordelle“) unmittelbar (so Staudinger/Fischinger, 2017, § 1 ProStG, Rn. 4 ff. zugl. mit Überblick über den Meinungsstand; MünchKommBGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, § 1 ProStG, Rn. 5 und Rn. 25) oder in entsprechender Anwendung (in diese Richtung: Jauernig/Mansel, BGB, 17. Aufl. 2018, § 138 BGB, Rn. 7) eröffnet ist. Zentraler Rechtsgedanke sowohl bei Kodifizierung des § 1 ProStG als auch bei der abweichenden, da allein auf unmittelbar anwesende Personen beschränkten, Begriffsbildung in § 2 Abs. 1 Satz 1 ProStSchG war der Grundsatz der Freiwilligkeit derjenigen Person, die sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt erbringt (vgl. BT-Drs. 14/5985, S. 5 f.; BT-Drs. 18/8556, S. 58, 102f.). Dieser einem umfassenden inhaltlichen Weisungsrecht entgegenstehende Grundsatz findet bei der Erbringung von sexuellen Dienstleistungen über das Telefon ebenso Anwendung wie bei der klassischen Prostitution. Dies resultiert insbesondere daraus, dass gerade über das Element der Freiwilligkeit des Anbieters eine weitergehende Legalisierung und Reglementierung sexueller Dienstleistungen im Privatrecht erfolgen sollte (vgl. BT-Drs. 14/5985, S. 5 f.). Der Gesetzgeber hat diesen Umstand im Anwendungsbereich des § 3 ProStG nunmehr mit Wirkung zum 01.07.2017 ausdrücklich aufgegriffen. Aus diesen gesetzlichen Regelungen folgt, dass im hier einschlägigen Tätigkeitsfeld der Erbringung von sexuellen Dienstleistungen per Telefon zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft gerade nicht allein das Weisungsrecht, sondern zugleich die in § 611a BGB enthaltene Fremdbestimmtheit der Tätigkeit sowie die Eingliederung in fremde Betriebsabläufe zentrale Bedeutung für die rechtliche Qualifikation des Beschäftigungsverhältnisses haben. Zugleich wird aus der Regulierung der klassischen Prostitution in § 1 ProStG deutlich, die nicht mehr als sittenwidrig angesehen wird, dass ein Vertragsverhältnis, das die Erbringung sexueller Dienstleistung über das Telefon zum Gegenstand hat, auch im Arbeitsrecht nicht mehr dem Makel der (allgemeinen) Sittenwidrigkeit iSv. § 138 Abs. 1 BGB unterliegt (vgl. BGH, Urt. v. 8.11.2007 – III ZR 102/07, NJW 2008, 140; Staudinger/Fischinger, 2017, § 1 ProStG, Rn. 69; MünchKommBGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, § 1 ProStG, Rn. 25; Wisskirchen, in: Tschöpe, Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Aufl. 2019, Kapitel C, Rn. 262 ff.). Zudem waren im Streitfall auch in tatsächlicher Hinsicht zumindest genaue vorherige Gesprächsanweisungen durch die Beklagten nur eingeschränkt möglich, weil die Tätigkeit der Klägerin gerade darin bestand, auf die individuellen Wünsche der nicht selten zunächst noch unbekanntem Anrufer oder auf die „Vorlieben“ der Stammkunden in einer Augenblickssituation einzugehen.

e) Ebenso wenig wird die festgestellte Fremdbestimmtheit der Klägerin in dem Vertragsverhältnis zur Beklagten zu 1) im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung von einzelnen unternehmerischen Elementen überlagert. 80

aa) Die Klägerin trägt zumindest kein wesentlich ins Gewicht fallendes unternehmerisches Risiko. Soweit die Beklagten ausführen, die Klägerin trage das Risiko des Entgeltausfalls, wenn Kundenanrufe ausblieben oder zurückgingen oder die Technik nicht 81

funktionieren würde, vermag dies die Fremdbestimmtheit der Tätigkeit vorliegend nicht zu kompensieren. Die Beklagten tragen selbst vor, dass pro Monat konstant ca. 200 Neukunden bei der Beklagten zu 1) anrufen würden. Das 40- bis 50-fache Aufkommen der Anrufe beträfe hingegen Stammkunden, wobei besonders geschickte Telefonistinnen sogar ein fünfstelliges Gehalt erzielen könnten. Damit trug die Klägerin zwar grundsätzlich das Risiko, kein Entgelt zu erhalten, wenn keine Anrufe eingingen. Dies stellt auch unzweifelhaft ein typischerweise den Unternehmer treffendes Risiko dar. Dieses Entgeltausfallrisiko erweist sich in der gebotenen Gesamtbetrachtung allerdings als zu vernachlässigender Faktor, weil beide Parteien bei Vertragsschluss und während der Vertragsdurchführung aufgrund des unstreitig konstant hohen Anrufaufkommens erkennbar nicht davon ausgegangen sind, dass sich dieses Risiko jemals ernsthaft realisiert (vgl. FG Köln, Urt. v. 19.01.2007 – 10 K 2841/05, DStRE 2007, 1232). Das Risiko, mangels Telefonanrufe beschäftigungslos zu sein, bestand für die Klägerin folglich allein abstrakt. Die Beklagten haben auch nicht dargelegt, dass die Klägerin an bestimmten Tagen ihre (Arbeits-)Zeit lediglich „abgesessen“ hätte.

bb) Dass die Klägerin monatlich in Abhängigkeit von der Anzahl und Dauer der Kundenanrufe, worauf sie bei entsprechender „Qualität“ ihrer Tätigkeit auch einen gewissen Einfluss hatte, vergütet wurde, spricht ebenfalls nicht entscheidend gegen ihre Arbeitnehmereigenschaft, weil eine erfolgsabhängige Vergütung auch innerhalb eines Arbeitsverhältnisses praktiziert werden kann. Die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers bemisst sich allein danach, inwieweit dieser seine Dienste weisungsgebunden und fremdbestimmt leistet. Maßgebend sind vorrangig die Modalitäten der Dienstleistungserbringung und nicht die Modalitäten ihrer Vergütung (HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 58). Selbst wenn man aus dem Umstand, dass sich das Gehalt an der Zahl der Kunden und der Gesprächsdauer bemisst, ein Indiz für die Selbstständigkeit herleiten wollte, fehlt es aber im hier einschlägigen Streitfall jedenfalls an dem für Selbstständige typischen unternehmerischen Investitionsrisiko (vgl. Staudinger/Fischinger, 2017, § 1 ProstG, Rn. 54). So musste die Klägerin mit Ausnahme einer monatlichen Abgabe von 50,- Euro an die C GmbH keine nennenswerten Investitionen tätigen, die für eine eigene unternehmerische Tätigkeit sprechen könnten. Dem lediglich abstrakten unternehmerischen Entgeltausfallrisiko standen damit im Verhältnis zum erzielten Entgelt nur geringe Eigenaufwendungen der Klägerin gegenüber.

82

cc) Ebenso wenig folgt ein entscheidend ins Gewicht fallendes unternehmerisches Risiko der Klägerin daraus, dass die Beklagte zu 1) ein Entgelt erst dann an die Klägerin weiterleitet hat, als die Kunden die Anrufe ihr gegenüber bezahlt haben. Zunächst wird dieser Umstand dadurch relativiert, dass die Beklagte zu 1) die Entgeltabrechnung in einer für ein freies Dienstverhältnis zumindest nicht-typischen Form unter einseitigem Abzug diverser Sanktionengelder verbindlich gegenüber der Klägerin festsetzte. Die Klägerin übte damit faktisch keine Entgeltsouveränität gegenüber der Beklagten zu 1) aus, selbst wenn sie grundsätzlich bzw. vereinzelt Kunden Gratisgespräche anbieten konnte. Die Modalitäten der Entgeltweiterleitung sind im konkreten Streitfall aber unabhängig davon nicht entscheidungserheblich. Insofern ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestand, folgt die grundsätzliche Vergütungspflicht der Beklagten zu 1) losgelöst von der tatsächlichen Zahlung durch die Anrufer aus § 611a Abs. 2 BGB. Auch im Falle eines freien Dienstverhältnisses bestünde zumindest dem Grunde nach ein hiervon unabhängiger Vergütungsanspruch der Klägerin aus § 611 Abs. 1 BGB, wenn die Klägerin auch dieser gegenüber die Leistungserbringung schulden sollte. Da keine Partei einen schriftlichen Beschäftigungsvertrag zu den Akten gereicht oder hinreichend substantiiert zu den primären Leistungspflichten des Beschäftigungsverhältnisses vorgetragen hat, kann die erkennende Berufungskammer im Streitfall nicht abschließend beurteilen, ob die aus ihrer Sicht nicht

83

ausschlaggebenden Umstände der Entgeltzahlung im Einzelfall vorrangig ein Ausdruck unternehmerischer Betätigung durch die Klägerin oder eine unangemessene Verlagerung von Zahlungsausfallrisiken durch die Beklagte zu 1) darstellen. Es fehlt insofern bereits an einem entsprechenden Parteivortrag, zwischen wem die Verträge mit den Kunden via Telefon und mit welchem Inhalt zustande gekommen sind. Dasselbe gilt bzgl. der – teilweise – auch genutzten Mehrwertdienstnummern (0900-xxx). Da allerdings die Abrechnungsmodalitäten bereits aus den vorgenannten Erwägungen gerade nicht für eine selbstständige Tätigkeit sprechen, kann es im Ergebnis auch dahinstehen, inwieweit ein Weisungsrecht bei der Preisgestaltung sowie die Modalitäten der Forderungseinziehung durch die Beklagte zu 1) mit §§ 1, 2, 3 ProStG und dem dort ua. geregelten Abtretungsverbot vereinbar sind.

dd) Auch hat sich die Klägerin persönlich nicht nennenswert unternehmerisch am Markt betätigt oder konnte sich einen „Namen machen“. Sie blieb für die Kunden anonym (vgl. zu diesem Aspekt: BSG, Urt. v. 10.08.2000 – B 12 KR 21/98 R, Rn. 23, juris). Sie stellt bei der allein maßgebenden tatsächlichen Vertragsdurchführung vielmehr ein in die Arbeitsorganisation eingegliedertes unselbstständiges Element beim Betrieb der Telefonsex-Hotline durch die Beklagte zu 1) dar. 84

So trat die Klägerin nach außen nicht unter eigenen Namen, sondern sowohl bildlich als auch namentlich unter einem Alias-Profil auf, welches sie zuvor aus einem von der Beklagten zu 1) verwalteten Pool auswählen konnte. Telefonnummern für ihre Tätigkeit innerhalb der Räumlichkeiten der Beklagten zu 1) wurden der Klägerin ebenfalls von dieser zugewiesen. Ihre Tätigkeit konnte und durfte sie allein unter der Kontrolle der Beklagten zu 1) über deren Gesprächshotline ausüben. Der Umstand, dass einige Telefonistinnen einen nicht unerheblichen Anteil von Stammkunden betreuen, den sie durch eigene Maßnahmen zur Kundenbetreuung an sich binden, spricht nicht gegen die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin. Maßnahmen zur Kundenbindung durch einzelne Beschäftigte eines Dienstleistungsunternehmens sind im Außenverhältnis zu einem Kunden nicht untypisch. Sie lassen im Innenverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) somit noch nicht zwingend den Rückschluss auf einen bestimmten Vertragstyp zu. Überdies war die Klägerin im Kontakt zu den Kunden nicht, wie es für ein selbstständiges Dienstverhältnis üblich wäre, frei. So wurden etwa postalische Sendungen an die Kunden durch die Klägerin von der Beklagten zu 1) kontrolliert und persönliche Zuwendungen von Kunden nur nach vorheriger Kontrolle durch die Beklagte zu 1) und auch nur anteilig weitergeleitet. Jegliche eigenständige unternehmerische Betätigung am Markt durch die Klägerin, wie etwa der Aufbau eines von der Beklagten zu 1) unabhängigen Kundenstamms, wurde durch die Beklagte zu 1) verhindert. Es bestand keine erkennbare Möglichkeit für die Klägerin, Kunden nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses zur Beklagten zu 1) „mitzunehmen“ und anschließend durch sie selbst „betreuen“ zu können. Sowohl durch die Audio- und Videoüberwachung der Klägerin als auch durch das Verbot, Kommunikationsgeräte wie Mobiltelefone bzw. Smartphones bei der Tätigkeitserbringung mitzuführen, sollte ein eigener Marktauftritt der Klägerin fortdauernd unterbunden werden. Privater Kontakt zu Nutzern wurde der Klägerin zudem unter Androhung einer Strafzahlung von 10.000,- Euro untersagt. Eine Entgelthoheit gegenüber den Kunden übte die Klägerin ebenfalls nicht aus. So stellte sie den Kunden nicht etwa eigenständig Rechnungen. Vielmehr erfolgte die Zahlung, Verrechnung und Weiterleitung der Gelder im Außenverhältnis allein über die Beklagte zu 1). Zugriff zu ihrem auf dem IT-System der Beklagten zu 1) hinterlegten Internet-Profil hatte die Klägerin außerhalb deren Arbeitsorganisation ebenso wenig. Ohne die Mitwirkung der Beklagten zu 1) war die Klägerin auf dem einschlägigen Markt für Telefonsex-Dienstleistungen daher überhaupt nicht existent. Eine etwaige drohende Strafzahlung von 10.000,- Euro verhinderte zugleich selbst dann privaten Kontakt zu Kunden, wenn die Initiative hierzu maßgebend von 85

diesen ausging. Die Arbeitsorganisation der Beklagten zu 1) war damit in ihrer Gesamtheit darauf gerichtet, eine für eine selbstständige Tätigkeit notwendige unternehmerische Autonomie der Telefonistinnen und damit auch der Klägerin bereits im Ansatz zu verhindern und sie stattdessen in unselbstständiger und fremdbestimmter Weise an sich zu binden. Bei der gebotenen wertenden Betrachtung handelte es sich folglich auch dann nicht um Stammkunden „der Klägerin“, wenn das IT-System der Beklagten zu 1) die Anrufe der Kunden an sie weiterleitete. Es handelte sich vielmehr um Stammkunden der Beklagten zu 1), die die Gesprächshotline betreibt und unterhält. Diese Umstände sprechen für eine persönliche und nicht nur eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Klägerin.

f) Ebenso wenig spricht die steuerrechtliche Handhabung in Form des sog. 86  
Düsseldorfer Verfahrens – hier handelt es sich um vereinfachtes Vorauszahlungsverfahren ohne gesetzliche Grundlage für die Umsatzsteuer, dessen Teilnahme freiwillig ist (vgl. BFH v. 12.05.2016 – VII R 50/14, juris) – für ein selbstständiges Dienstverhältnis zur Beklagten zu 1), weil durch eine Vereinbarung mit der Finanzverwaltung zur Pauschalbesteuerung im selbstständigen Prostitutionsgewerbe keine Bindungswirkung für die rechtliche Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses erzeugt wird. Nach allgemeiner Ansicht entfaltet die steuerrechtliche Handhabung und Bewertung keine Bindungswirkung für die Arbeits- und Sozialgerichte (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 14.06.2019 – L 8 BA 12/18 B ER, juris), so dass die Rechtsnatur anhand der jeweiligen einschlägigen Vorschriften (vorliegend: § 611a BGB) zu bestimmen ist.

g) Indiziell gegen die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin spricht – ohne dass es 87  
aus Sicht der erkennenden Berufungskammer hierauf noch entscheidend ankommen würde – eine gewisse Flexibilität der Klägerin bei der Arbeitszeitgestaltung, worauf auch das Arbeitsgericht und die Beklagten abgestellt haben. Allerdings lassen die hier bestehenden Freiheiten in der maßgebenden Gesamtbetrachtung aus Sicht der Berufungskammer nicht den Rückschluss auf ein freies Dienstverhältnis zu. Es ist für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses keine notwendige Voraussetzung, dass alle in § 611a BGB genannten Kriterien erfüllt sind oder die gleiche Intensität aufweisen, wenn diejenigen Kriterien, die eine dominierende Wirkung erzeugen, im Rahmen der Gesamtabwägung bereits den Rückschluss auf ein Arbeitsverhältnis nahelegen (ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 33). Ein Weisungsrecht in zeitlicher Hinsicht ist, wie § 611a Abs. 1 Sätze 2-3 BGB und § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB belegen, grundsätzlich ein gewichtiges Indiz für ein Arbeitsverhältnis. Sein Fehlen ist umgekehrt ein Indiz für die Annahme eines freien Dienstverhältnisses (vgl. BAG, Urt. v. 06.05.1998 – 5 AZR 247/97, NZA 1999, 205; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 06.12.2018 – 14 Sa 1501/18, juris; ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 35 ff.; HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 50).

Die zeitliche Ausgestaltung der Tätigkeit der Klägerin, ist allerdings bereits, soweit sie 88  
zwischen den Parteien unstreitig ist, im Rahmen der Gesamtabwägung nicht dazu geeignet, von einem freien Dienstverhältnis auszugehen. Der Klägerin stand auch insoweit keine vollständige Arbeitszeitsouveränität zu. Diese kann nämlich auch durch eine entsprechende Ausgestaltung der Arbeitsorganisation eingeschränkt werden, wenn also die Eintragungen in „FileMaker“ zu bestimmten Bedingungen erwartet wurde (vgl. LAG Hamm, Urt. v. 03.04.2007 – 19 Sa 2003/06, Rn. 69, juris; HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 118 „Telefonistin“). Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Beklagte zu 1) zumindest die Empfehlung ausgesprochen hat, an mindestens drei Tagen in der Woche jeweils mindestens sechs Stunden pro Tag zu arbeiten, damit Stammkunden gebunden werden können. Damit hat die Beklagte zu 1) indirekt die Erwartung geäußert, die Klägerin an mindestens 18 Stunden pro Woche – also einem nicht unerheblichen Zeitraum – in die streng kontrollierten

betrieblichen Abläufe zu integrieren. Dem ist die Klägerin mit einem Arbeitszeitumfang von anfänglich 30 Stunden in der Woche und später mit einem reduzierten Arbeitszeitumfang nachgekommen.

Die zeitliche Flexibilität der Klägerin wurde zusätzlich dadurch eingeschränkt, dass die Beklagte zu 1) einen Dienstplan verwendete, der fest vorgezeichnete Schichten in mehrstündigen Zeitblöcken vorsah, ohne dass sie konkrete organisatorische Gründe für das verbindliche Schichtsystem vorgetragen hat (vgl. zur Indizwirkung eines solchen Schichtsystems: BAG, Urt. v. 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622). Eine weitere Einschränkung zeitlicher Autonomie erfolgte hierbei durch die Programmgestaltung bei der Verwaltung des Dienstplans. So ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die notwendige IT-Nutzung durch die Klägerin zu Beginn ihrer Schicht gesperrt und damit die Aufnahme der zugleich allein erfolgsorientiert ausgestalteten Dienstleistung gehindert bzw. verzögert wurde, wenn die Klägerin keine weiteren Schichten im Vorplanungszeitraum des Dienstplans in die Software „FileMaker“ eingetragen hatte. Die Freischaltung der IT-Nutzung konnte in diesem Fall nur über die Beklagte zu 1) erfolgen. Alternativ konnte die Klägerin zwar auch selbstständig Zeitwünsche in den Kalender eintragen und gleichzeitig in einem Benachrichtigungsfeld der Beklagten zu 1) mitteilen, dass der Eintrag nur aus Freischaltungsgründen erfolgt, tatsächlich aber nicht gewünscht war. Auch diese Variante setzte aber unabhängig von der Frage, ob durch einen derartigen Eintrag der Klägerin überhaupt eine Arbeitspflicht begründet werden kann, eine Mitwirkung der Beklagten zu 1) und damit eine Form der Arbeitszeitkontrolle voraus. Sowohl die Bindung an das Schichtsystem als auch die Verwaltung des Dienstplans verstärken organisatorisch die bereits zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses ausgesprochene Arbeitszeiterwartung und übten zugleich einen faktischen Anpassungsdruck auf das zukünftige Verhalten der Klägerin aus. Wie verbindlich die eingetragenen Schichten aus Sicht der Beklagten waren, wird durch die verschuldensunabhängigen finanziellen Sanktionen bei kleinsten Verspätungen ab fünf Minuten belegt. Zugleich wird durch diese Umstände in der Summe deutlich, dass es zumindest für diesen Streitfall fernliegend erscheint, die verwendeten Dienstpläne für unmaßgeblich zu halten, nur weil die tatsächliche Möglichkeit bestand, sich aus persönlichen Gründen nicht für zukünftige Schichten einzutragen. Dies resultiert daraus, dass zugleich eine gewisse Arbeitszeiterwartung vermittelt wurde und die Gewährung freier Zeiten nur unter technischer Mitwirkung der Beklagten zu 1) möglich war (vgl. LAG Hamm, Urt. v. 03.04.2007 – 19 Sa 2003/06, juris; BAG, Urt. v. 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622).

89

Die Einschränkung der zeitlichen Souveränität wird auch nicht vollständig dadurch beseitigt, dass für die Klägerin die Möglichkeit bestand, Schichten im Kollegenkreis zu tauschen und an der Dienstplangestaltung mitzuwirken. Es ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zwar anerkannt, dass die Verwendung von Dienstplänen umso eher für ein Arbeitsverhältnis spricht, wenn sie einseitig erfolgt, und die Indizwirkung abgeschwächt wird, wenn die Dienstzeiten nur im Falle eines entsprechenden Wunsches des Arbeitnehmers in den Plan aufgenommen werden und zusätzlich etwa die Möglichkeit besteht, Dienste im Kollegenkreis zu tauschen oder ersatzlos zu streichen (vgl. BAG, Urt. v. 14.03.2007 – 5 AZR 499/06, NZA-RR 2007, 424; BAG, Beschl. v. 26.08.2009 – 5 AZN 503/09, Rn. 10, juris; HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 51). Hiervon geht auch die Berufungskammer aus. Zunächst bestand im Streitfall die Möglichkeit, Dienste zu tauschen. Allerdings ist es mittlerweile in vielen Branchen auch innerhalb eines Arbeitsverhältnisses üblich, dass Dienstzeiten im Kollegenkreis getauscht werden können (vgl. LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 30.07.2019 – 5 Sa 246/18, Rn. 33, juris). Die indiziell stärker gegen eine Arbeitnehmereigenschaft sprechende Möglichkeit, eine zugesagte

90

Schicht durch externe oder gar eigene Mitarbeiter wahrzunehmen, bestand im Streitfall jedenfalls nicht. Ein vollständiger Verzicht auf eine zugesagte Schicht war in keinem Fall ohne finanzielle Sanktion zulasten der Klägerin möglich. Überdies zeichnet sich die Verwendung von Dienstplänen bei freien Mitarbeitern üblicherweise dadurch aus, dass diese vorrangig der Koordination der Arbeitszeiten dienen. Durch die von der Beklagten zu 1) veranlasste Sperrung des IT-Systems im Falle der Nichteintragung, selbst wenn sie nach den Behauptungen der Beklagten durch die Software selbst verursacht wäre, künftiger Arbeitszeiten, die automatisch erzeugte Erinnerungsfunktion des Dienstplans zwecks Eintragung zukünftiger Arbeitszeiten, die fehlende Möglichkeit, zugesagte Dienste von einem anderen Ort oder durch eigene Mitarbeiter flexibel ausführen zu lassen und ein systematisches und pauschaliertes Sanktionssystem bei jeder außerplanmäßig erfolgten Abweichung von den Dienstplänen, in die sich die Klägerin bereits Wochen im Voraus einzutragen hatte, schränkt die durch die Beklagte zu 1) gewährte Flexibilität bei der Lage und des Umfangs der Arbeitszeiten aber unabhängig von der Rechtmäßigkeit dieser Beschäftigungsmodalitäten im Einzelfall zugleich auch wieder ein. Hinzu tritt, dass das Interesse der Beklagten zu 1) an feststehenden Arbeitszeiten in tatsächlicher Hinsicht dadurch abgeschwächt war, dass sie ihre Dienstleistung an 365 Tagen im Jahr und 24 Stunden pro Tag durch Fernkommunikationsmittel erbringt und der Klägerin ein Arbeitsplatz zur Durchführung der Tätigkeit bereits aufgrund ihres Miet- und Servicevertrages mit der GmbH zur Verfügung stand.

Es kann insofern dahinstehen, ob die Klägerin verpflichtet gewesen war, was zwischen den Parteien umstritten ist, dass sie zusätzlich an jedem Wochenende arbeiten musste. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, spräche dies nicht indiziell gegen ein Arbeitsverhältnis. Dieser Umstand würde die arbeitszeitliche Flexibilität noch weitergehender als – wie bereits ausgeführt – einschränken, was in der nach § 611a Abs. 1 Satz 5 BGB vorzunehmenden Gesamtabwägung zu Gunsten der Klägerin bzw. zu Lasten der Beklagten zu 1) zu berücksichtigen wäre.

91

III. Der Klageantrag zu Ziff. 2 ist unbegründet. Zwar liegt ein Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) im Streitzeitraum (31.03.2016 bis 16.12.2018) vor, aber die Klägerin kann dennoch von der Beklagten zu 1) aus Rechtsgründen keine monatlichen Entgeltabrechnungen nach § 108 GewO begehren.

92

Eines Schriftsatznachlasses für die Klägerin bzgl. des Hinweises des Gerichts im Termin zur mündlichen Verhandlung am 28.08.2020, dass dieser Klageantrag jedenfalls unbegründet ist, bedurfte es nicht, da es um einen rechtlichen Hinweis ging, zu dem der Prozessbevollmächtigte der Klägerin im Termin sich hätte äußern können. Auch musste ein gewissenhafter und kundiger Prozessteilnehmer mit einem derartigen gerichtlichen Hinweis rechnen (vgl. BAG, Beschl. v. 11.10.2010 – 9 AZN 418/10, NZA 2011, 117, 118; BAG, Urf. v. 25.09.2013 – 5 AZR 617/13 (F), NZA 2013, 1231 f. mwN.; BAG, Beschl. v. 28.08.2019 – 5 AZN 381/19, NZA 2020, 132), da sich dieser auf höchstrichterliche Rechtsprechung stützt und es auch nicht erkennbar ist, durch welche weiteren Angaben die Klägerin den Klageantrag zu Ziff. 2 hätte „retten“ können. Auch im nicht-nachgelassenen, jedoch nachgereichten Schriftsatz vom 10.09.2020 hat sich die Klägerin nicht weiter mit § 108 GewO und den begehrten Abrechnungen auseinander gesetzt.

93

Nach § 108 GewO ist dem Arbeitnehmer, wenn ein Anspruch auf Zahlung von Arbeitsentgelt besteht, „bei Zahlung“ eine Abrechnung zu erteilen. Die Abrechnung bezweckt die Information über die erfolgte Zahlung. Die Regelung dient der Transparenz. Der Arbeitnehmer soll erkennen können, warum er gerade den ausgezahlten Betrag erhält, dh.

94

die Abrechnung nach § 108 GewO setzt voraus, dass das Arbeitsentgelt bereits gezahlt worden ist (LAG Hamm, Beschl. v. 24.06.2019 – 12 Ta 184/19, Rn. 24, juris). Deshalb entfällt die Verpflichtung zur Abrechnung, wenn sich die Angaben gegenüber der letzten ordnungsgemäßen Abrechnung nicht geändert haben (§ 108 Abs. 2 GewO). Dagegen regelt § 108 GewO keinen selbständigen Abrechnungsanspruch zur Vorbereitung eines Zahlungsanspruchs (BAG, Urt. v. 12.07.2006 – 5 AZR 646/05, Rn. 13, BAGE 119, 62 ff.).

Vorliegend beruft sich die Klägerin nicht auf bestimmte Zahlungen, die sie von der Beklagten zu 1) ohne Abrechnung erhalten hätte, sondern sie möchte – ausgehend davon, dass es bei dem Vertragsverhältnis zur Beklagten zu 1) um ein Arbeitsverhältnis handelt – erstmals Gehaltsabrechnungen für die im Streitzeitraum geleisteten Stunden unter Berücksichtigung der sozialversicherungsrechtlichen Abgaben in einem Arbeitsverhältnis sowie unter Abführung von Lohnsteuer und Solidaritätszuschlag erhalten, um dann ggfls. (Netto-)Differenzlohnansprüche gegenüber der Beklagten zu 1) oder ggfls. Schadensersatzansprüche unter Berücksichtigung der bislang erhaltenen Nettozahlungen geltend zu machen. Dies widerspricht der gesetzlichen Systematik von § 108 GewO, nämlich Zahlung und erst dann Abrechnung und nicht umgekehrt. Die begehrte Erteilung der Gehaltsabrechnungen soll also erkennbar der Vorbereitung und Durchsetzung von Zahlungsansprüchen dienen. Dies ist nicht von § 108 GewO abgedeckt. Vielmehr ist die Klägerin darauf zu verweisen, dass sie die von ihr (Differenz-)Lohnansprüche selbst errechnet und diese gegenüber der Beklagten zu 1) geltend macht. Erst wenn es in diesem Zuge zu Zahlungen kommt, kann die Klägerin die Erteilung von Abrechnungen nach § 108 GewO verlangen. 95

IV. Der Klageantrag zu Ziff. 3 ist nur bzgl. der Beklagten zu 1) begründet. Im Übrigen, dh. bzgl. der Beklagten zu 2) und zu 3) und damit auch im Hinblick auf die begehrte Gesamtschuldnerschaft, ist er unbegründet. 96

Eines Schriftsatznachlasses für die Klägerin bzgl. des Hinweises des Gerichts im Termin zur mündlichen Verhandlung am 28.08.2020, dass dieser Klageantrag bzgl. der Beklagten zu 2) und zu 3) unbegründet ist, bedurfte es nicht, da der Prozessbevollmächtigte der Klägerin im Termin sich hierzu bereits geäußert hat und nicht dargelegt hat, aus welchen Gründen er zu weiteren mündlichen Ausführungen nicht in der Lage gewesen sein soll. Auch musste ein gewissenhafter und kundiger Prozessteilnehmer mit einem derartigen gerichtlichen Hinweis rechnen (vgl. BAG, Beschl. v. 11.10.2010 – 9 AZN 418/10, NZA 2011, 117, 118; BAG, Urt. v. 25.09.2013 – 5 AZR 617/13 (F), NZA 2013, 1231 f. mwN.; BAG, Beschl. v. 28.08.2019 – 5 AZN 381/19, NZA 2020, 132), da bereits die Klageschrift zu diesem Punkt (siehe Bl. 44 d.A.) vollkommen unergiebig ist und die Beklagten im Schriftsatz vom 29.09.2019 (Bl. 163 d.A.) darauf hingewiesen haben, dass bzgl. ihrer Haftung nichts „Substantielles vorgetragen“ sei. Die Klägerin hat bislang nicht einmal ansatzweise begründet, warum eine gesamtschuldnerische Gesamthaftung der Beklagten zu 2) und zu 3) vorliegen soll. Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 28.08.2020 hat sie dann behauptet, dass die beiden Beklagten vorsätzlich gehandelt hätten und die fehlerhafte rechtliche Qualifikation des Beschäftigungsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) positiv gekannt hätten. Angesichts dieser mündlichen Erläuterung der Klägerin war ein weiterer Schriftsatznachlass nicht veranlasst. Auch der nicht-nachgelassene, aber nachgereichte Schriftsatz vom 10.09.2020 gibt keinen Anlass zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung, zumal er ohnehin nur Vortrag aus bereits zur Akte gereichten Schriftsätzen der Klägerin wiederholt. 97

1. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) im Zeitraum vom 31.03.2016 bis zum 16.12.2018 ein Arbeitsverhältnis und kein freies Dienstverhältnis bestanden hat.

2. Da die Beklagte zu 1) aufgrund der von ihr vorgenommenen Qualifikation des Vertragsverhältnisses als freies Dienstverhältnis keine Sozialabgaben und insbesondere keine Arbeitgeberanteile gezahlt und sogar aufgrund des sog. „Düsseldorfer Modells“ vorab eine Pauschal(umsatz)steuer iHv. 15% an das Finanzamt abgeführt hat, sind der Klägerin zumindest aufgrund des Nichtabführens von Sozialabgaben finanzielle Schäden entstanden, deren Höhe derzeit noch nicht ermittelt werden kann. Auch ist es nicht ausgeschlossen, dass der Klägerin Steuerschäden entstanden sind und auch noch entstehen können, wenn das bislang als freies Dienstverhältnis steuerrechtlich behandelte Vertragsverhältnis nachträglich als Arbeitsverhältnis (rück)abzuwickeln ist. Einwendungen iSv. § 254 BGB, die etwaige Schadensersatzansprüche der Klägerin wegen eines etwaigen Mitverschuldens auf ihrer Seite auf Null reduzieren könnten, hat die insofern darlegungs- und beweisbelastete Beklagte zu 1) nicht dargelegt.

99

3. Da die Arbeitgeberin der Klägerin nur die Beklagte zu 1) war, sind keine Gründe ersichtlich und von der Klägerin auch nicht dargetan, aus denen sich eine Gesamtschuldnerschaft iSv. § 421 BGB und/oder § 830 BGB ergeben könnte. Es sind von der Klägerin keine hinreichenden tatsächlichen Umstände vorgetragen worden, aufgrund derer sich sowohl der Beklagte zu 2) als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) als auch der Beklagte zu 3) als (Mit-)Gesellschafter – im Rahmen der Erbengemeinschaft – der Beklagten zu 1) sich schadensersatzpflichtig gegenüber der Klägerin verhalten haben sollen. Da beide nicht Partei des Arbeitsvertrages sind, scheiden vertragliche Schadensersatzansprüche, insbesondere aus § 280 BGB, aus. Gründe für eine etwaige unmittelbare (Durchgriffs-)Haftung eines (Mit-)Gesellschafters oder der persönlichen Haftung des Geschäftsführer der Beklagten zu 1) sind ebenfalls nicht dargetan. Soweit die Klägerin behauptet, der Beklagte zu 3) wäre „der Chef des Ganzen“ und der Beklagte zu 2) wäre sein Adlatus, reicht dies allein zur Begründung einer Haftung nicht aus, da der Beklagte zu 2) als Geschäftsführer der Beklagten zu 1) kraft gesetzlicher Regelung an etwaige Weisungen der Gesellschafter bzw. eines (Mit-)Gesellschafters gebunden ist (vgl. § 47 GmbHG) und da der Beklagte zu 3) als Mitglied der nunmehr die Gesellschaftsanteile haltenden Erbengemeinschaft ebenfalls kraft Gesetzes (Mit-)Eigentümer der Beklagten zu 1) ist und daher auch mittels der Gesellschafterversammlung die Geschicke der Beklagten zu 1) bestimmen kann. Unabhängig hiervon ist auch – was für jegliche Haftung wegen einer behaupteten deliktischen Schädigung notwendig ist – kein hinreichendes Verschulden iSv. § 276 BGB bei den Beklagten zu 2) und zu 3) von der Klägerin dargelegt. Wie die angefochtene Entscheidung des Arbeitsgerichts und der umfangreiche Akteninhalt zeigen, war es rechtlich durchaus nicht unvertretbar, das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) anstelle als Arbeitsverhältnis als freies Dienstverhältnis zu beurteilen. Selbst wenn also der Beklage zu 3) in seiner Funktion als Steuerberater und zugleich als Ehegatte der früheren und mittlerweile verstorbenen Gesellschafterin und als nunmehriges Mitglied der die Gesellschaftsanteile haltenden Erbengemeinschaft die arbeits- und steuerliche Behandlung der Klägerin mitkonzipiert hätte und sie durch eigenes Handeln sowie durch den Beklagten zu 2) als „Adlatus“ weiter umsetzt, hat die Klägerin nicht dargelegt, aus welchen Umständen bei den Beklagten zu 2) und zu 3) ein unvermeidbarer Rechtsirrtum vorliegen sollte. Ein entschuldbarer Rechtsirrtum liegt dann vor, wenn der Schuldner nach sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage mit einer gegenteiligen Entscheidung nicht zu rechnen brauchte (BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 2 AZR 569/14, Rn. 43, juris). Da die zuständige Finanzverwaltung sich mit der Beklagten zu 1) auf das sog. Düsseldorfer Modell zum Vorabzug von

100

Pauschal(umsatz)steuer für die Tätigkeit der Telefonistinnen und auch der Klägerin verständigt hat und da jedenfalls bislang bei etwaigen Betriebsprüfungen der Deutschen Rentenversicherung die bisherige rechtliche Beurteilung des Rechtsstatus der Klägerin nicht angezweifelt wurde, sind keine Gründe zu erkennen, warum die fehlerhafte rechtliche Beurteilung des Rechtsverhältnis den Beklagten zu 2) und zu 3) beiden subjektiv vorwerfbar sein sollte. Ferner dürfte – mangels gegenteiliger Angaben – auch das für die Klägerin zuständige Finanzamt bislang nicht von einem Arbeitseinkommen, als Einkünfte aus unselbständiger Tätigkeit unter die Anlage N fallen würden, ausgegangen sein. Im Ergebnis sind keine hinreichenden tatsächlichen Umstände für eine schuldhafte deliktische Schädigung der Klägerin durch die Beklagten zu 2) und zu 3) dargetan. Dies gilt erst-recht für eine sittenwidrige Schädigung iSv. § 826 BGB, da die Klägerin die Sittenwidrigkeit zum einen bislang nur behauptet, aber nicht näher konkretisiert hat. Zum anderen ist „normale“ Prostitution – spätestens seit dem Inkrafttreten des ProstG nach ganz herrschender Auffassung nicht mehr als sittenwidrig iSv. § 138 Abs. 1 BGB anzusehen (vgl. zum Streitstand: Staudinger/Fischinger, 2017, § 1 ProstG, Rn. 10 ff.) –, so dass das Anbieten von Telefonsexdienstleistungen, da es jedenfalls an einem unmittelbaren körperlichen Kontakt der Beteiligten mangelt, erst-recht nicht sittenwidrig sein kann.

C. Die Kosten des Rechtsstreits trägt – ausgehend von einem Streitwert für die streitgegenständlichen Anträge iHv. 9.200,- Euro – die Klägerin zu 40% und die Beklagte zu 1) zu 60%. Die Beklagte zu 1) verliert bzgl. des Klageantrages zu Ziff. 1, der mit insgesamt 4.500,- Euro (= 3 x 1.500,- Euro) zu bewerten ist. Beim Klageantrag zu Ziff. 2 unterliegt demgegenüber die Klägerin vollständig. Dieser Antrag ist, da er sich auf einen Zeitraum von 34 Monaten bezieht, insgesamt mit 1.700,- Euro (= 34 x 5% von 1.000,- Euro als Durchschnittsbetrag der erhaltenen Entgelte) zu bewerten. Der Klageantrag zu 3) ist gemäß § 3 ZPO mit 3.000,- Euro zu bewerten, wobei die Klägerin nur im Verhältnis zur Beklagten zu 1) obsiegt. Die Beklagten zu 2) und zu 3) tragen keine Kosten, da sie durch die Entscheidung nicht beschwert sind. 101

D. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. 102 Insbesondere hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG, weil sie auf den besonderen Umständen des Einzelfalles beruht. Auch weicht die Kammer nicht von anderen Entscheidungen im Sinne des § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG ab.