
Datum: 25.08.2020
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 9. Kammer
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 9 Ta 98/20
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2020:0825.9TA98.20.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 11 Ca 2859/19
Schlagworte: Rechtsweg - Arbeitnehmereigenschaft einer
Telefonsexdienstleisterin - Eingliederung - Fremdbestimmung
Sachgebiet: Arbeitsrecht

Leitsätze:

Die für ein Arbeitsverhältnis typische persönliche Abhängigkeit einer als Freiberuflerin geführten Telefonsexdienstleisterin kann sich aus ihrer Eingliederung in eine fremde betriebliche Arbeitsstruktur ergeben. Das ist dann der Fall, wenn sie durch eine einseitige Steuerung und Kontrolle der Betriebsabläufe in einer Weise ihrer Selbstständigkeit beraubt wird, die über die mögliche Einflussnahme bei einem freien Dienstvertrags hinausgeht.

(Parallelentscheidung zu LAG Köln vom 25.08.2020 - 9 Ta 217/19)

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Klägerin wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Köln vom 26.5.2020– 11 Ca 2859/19 abgeändert.

Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist zulässig.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Beklagten.

Gründe

1

I.

2

- Die Beklagte zu 1 bietet Dienstleistungen für Unterhaltungsangebote im Internet an und betreibt in K eine telefonische Sex-Hotline. Bei dem Beklagten zu 2 handelt es sich um den gerichtlich bestellten Notgeschäftsführer der Beklagten zu 1. Gesellschafterin der Beklagten zu 1 ist eine Erbengemeinschaft, der auch der Beklagte zu 3, ein Steuerberater, angehört. Das Unternehmen ist in demselben Gebäude ansässig wie die C GmbH, die laut Handelsregister ua. die Vermietung von Büros und Infrastruktur, die Website-Gestaltung sowie den Verkauf und der Vertrieb von Unterhaltungsmedien zum Unternehmensgegenstand hat. Geschäftsführerin der C GmbH sowie der Beklagten zu 1 war die inzwischen verstorbene Ehefrau des Beklagten zu 3. 3
- Die Beklagte zu 1 beschäftigt mehrere Verwaltungsangestellte und arbeitet mit zahlreichen weiteren Telefonistinnen zusammen, die ihre sexuellen Dienstleistungen im Schichtbetrieb an 365 Tagen im Jahr und 24 Stunden am Tag anbieten. Die Telefonistinnen werden von der Beklagten zu 1 als freiberufliche Mitarbeiterinnen geführt. 4
- Die Klägerin war in der Zeit von Juli 2016 bis Mai 2018 bei der Beklagten zu 1 als Telefonistin beschäftigt. Am 15.07.2016 unterzeichnete die Klägerin eine als „AGB“ bezeichnete Regelung, gemäß deren Nr. 3.8 die Beraterinnen (Telefonistinnen) als „selbstständige Unternehmer“ tätig sind, während die Beklagte zu 1 allein die Kontaktaufnahme mit den Kunden sowie eine Hotline und weitere Infrastruktur für deren Tätigkeit (Telefon, Internet, E-Mail) zur Verfügung stellt. Eine vertragliche Beziehung sollte entsprechend Nr. 2 der AGB im Außenverhältnis nur zwischen der Klägerin und dem jeweiligen Anrufer zustande kommen. Nach Nr. 5.4. der AGB stellte die Klägerin der Beklagten zu 1 zeitlich unbeschränkt sämtliche Nutzungsrechte insbesondere an Text und Bilddateien zur Verfügung. Die Klägerin beendete das Vertragsverhältnis mit der Beklagten zu 1 zum 31.05.2018. Bezogen auf den Gesamtzeitraum ihrer Tätigkeit war sie durchschnittlich 67 Stunden im Monat für die Beklagte zu 1 tätig. 5
- Zur Ausübung ihrer Tätigkeit wurden der Klägerin in den Geschäftsräumlichkeiten der C GmbH seitens der Beklagten zu 1 jeweils ein ca. sechs bis acht Quadratmeter großer Raum mit Tisch, Stuhl, Computer und drei Telefonen zur Verfügung gestellt. Dafür zahlte die Klägerin ein monatliches Entgelt iHv. 50 EUR inkl. MwSt. an die C GmbH. 6
- Für ihre Arbeit und für ihr Profil auf der Internetseite der Beklagten zu 1 wählte die Klägerin – ebenso wie die anderen Telefonistinnen – einen Alias-Namen und Fotos aus einem von der Beklagten zu 1 vorgehaltenen Pool. Zudem teilte die Beklagte zu 1 der Klägerin eine E-Mail-Adresse sowie drei Telefonnummern zu. Einen außerdienstlichen IT-Zugriff hatte die Klägerin nicht. Außerdienstliche private Kontakte zu Kunden der Hotline wurden von der Beklagten zu 1 unter Androhung einer Strafzahlung von 10.000 EUR untersagt. 7
- Die Beklagte zu 1 empfahl der Klägerin, dreimal sechs Stunden in der Woche zu arbeiten, um so Stammkunden aufbauen zu können. Inwieweit darüber hinaus verbindliche Vorgaben zu Mindestarbeitszeiten bestanden, ist zwischen den Parteien streitig. Im Vorplanungszeitraum einer Schicht konnte die Klägerin über das IT-System Raumwünsche äußern, wobei die verbindliche Koordination der Räume über die Beklagte zu 1 erfolgte. 8
- Nach Nr. 4.4.1.2. der AGB musste ein Anruf, den eine Telefonistin nicht bearbeiten wollte, an den internen Anruferpool oder eine andere Telefonistin weitergeleitet werden. Ein Abbruch des Anrufs ohne, dass eine andere Telefonistin der Beklagten zu 1 den Anruf bearbeiten konnte, war untersagt. Kritik erfolgte zum Teil auch durch Rundmails. So wurde von Seiten der Beklagten eine Rundmail mit dem Inhalt: *“Im Anhang ein Beispiel für ein Neukundengespräch von Frau (...) wie es schlechter und langweiliger nicht sein kann“*, 9

versandt. Mit dieser, an alle Telefonistinnen gesendeten Rundmail, wurde zugleich ein durch die Beklagte zu 1 aufgezeichnetes Gespräch sämtlichen Telefonistinnen zugänglich gemacht. Für den Fall, dass Neukunden abgelehnt oder die Gespräche nicht entsprechend den Erwartungen der Beklagte zu 1 geführt wurden, drohte diese ebenfalls durch eine Rundmail „entsprechende Maßnahmen“ an. Die angedrohte Maßnahme bestand insbesondere darin, die Anrufer künftig nur noch auf diejenigen Telefonistinnen zu verteilen, die „sich Mühe geben“ und „motiviert sind“.

Schichtpläne wurden von der Beklagten zu 1 elektronisch über einen sog. „FileMaker“ mit einem Vorlauf von einigen Wochen erstellt. Vor der Erstellung der Dienstpläne trugen die Telefonistinnen sich für die von ihnen gewünschten Schichten in einen elektronischen Kalender ein. Wenn keine Eintragung erfolgte, erhielt die Telefonistin eine automatisch generierte Erinnerung. Wenn die Klägerin im Vorplanungszeitraum keine Zeitwünsche in den Dienstplan eingetragen hatte, sperrte der FileMaker die weitere IT-Nutzung, so dass die Dienstleistung am aktuellen Tag ohne Mitwirkung der Beklagten zu 1 nicht möglich war. Alternativ konnte die Klägerin Zeitwünsche in den Kalender eintragen und gleichzeitig in einem Benachrichtigungsfeld der Verwaltung schreiben, dass der Eintrag nur aus Freischaltungsgründen erfolge, tatsächlich aber nicht gewünscht sei. 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. Zur Vermeidung solcher Strafen durfte die Klägerin Schichten ersetzen bzw. im Kolleginnenkreis tauschen. 10

Die Arbeit der Klägerin wurde durch eine an der Decke befestigte Videokamera aufgezeichnet. Die Telefonate wurden mitgeschnitten. Die Klägerin hatte die Möglichkeit, einzelne Kunden abzulehnen bzw. „wegzudrücken“, wozu es etwa dann kam, wenn ein Anrufer betrunken war oder die Befriedigung extremer sexueller Phantasien wünschte. Es ist streitig, ob die Klägerin in derartigen Fällen aufgefordert wurde, dieses Verhalten zu unterlassen. 11

Die Bezahlung der Telefonistinnen 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. Gemäß Nr. 4.1 der AGB vom 15.07.2016 wurden die Kosten für die Gespräche von den Telefonistinnen festgesetzt. Inwieweit dies der tatsächlichen Vertragsdurchführung entsprach, ist streitig. Strafzahlungen, z.B. wegen Nichtantretens einer Schicht oder Verspätung, wurden bei der monatlichen Abrechnung in Abzug gebracht. Hierfür beauftragte die Klägerin die Beklagte zu 1 gem. Nr. 4.3 der AGB unwiderruflich mit dem Einzug ihrer Forderungen gegenüber dem Anrufer. Eine eigene Rechnung durfte die Klägerin den Kunden nicht stellen. Im Falle einer Reklamation durch einen Anrufer konnte die Beklagte zu 1 entsprechend Nr. 4.4 der AGB dem Kunden ohne Rücksprache mit den Telefonistinnen das entrichtete Entgelt erstatten, woraufhin deren Vergütungsansprüche erlöschen sollten. Von der monatlichen Vergütung der Telefonistinnen führte die Beklagte zu 1 nach dem zur vereinfachten Besteuerung der selbständigen Prostitution entwickelten sog. Düsseldorfer Modell eine Pauschalsteuer in Höhe von 15 % an das Finanzamt ab. 12

Zur Kundenpflege durfte die Klägerin den Anrufern unter Aufwendung eigener Mittel Geschenke zuwenden und zumindest ein Gratisgespräch im Monat anbieten, wobei die näheren Einzelheiten dazu zwischen den Parteien streitig sind. Im Gegenzug konnten Anrufer über die Website der Beklagten zu 1 den Wunsch äußern, einer Telefonistin – etwa zu deren 13

dort behauptetem Geburtstag – ein Sachgeschenk zukommen zu lassen. Tatsächlich erhielt die Klägerin jedoch ebenso wie die restlichen Telefonistinnen nicht das vom Kunden angeklickte und bezahlte Geschenk. Stattdessen wurde der vom Kunden entrichtete Betrag zwischen der Beklagten zu 1 und der Telefonistin aufgeteilt, wobei der höhere Anteil der Beklagten zu 1 zu Gute kam. Von den Telefonistinnen an die Anrufer ausgehende Geschenkverpackungen waren unverschlossen bei der Verwaltung zwecks Kontrolle abzugeben. Umgekehrt von Kunden eingehende Verpackungen an die Telefonistinnen wurden nur nach Öffnung und Kontrolle durch die Verwaltung weitergereicht.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 1 tätig geworden zu sein. Sie hat behauptet, der Beklagte zu 3 sei der faktische Geschäftsführer der Beklagten zu 1 und der „Chef des Ganzen“. Der Beklagte zu 2 sei dessen Adlatus und habe nach dessen Anweisungen und Vorgaben zu handeln. 14

Mit ihrer am 07.05.2019 bei dem Arbeitsgericht Köln eingereichten Klage begehrt sie 15

? die Feststellung, dass zwischen ihr und der Beklagten zu 1 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, 16

? die Erteilung von Lohnabrechnungen, 17

? die Feststellung von Schadensersatzansprüchen, die aus der – ihrer Ansicht nach fehlerhaften – Einordnung als freie Mitarbeiterin resultieren, 18

? die Erstattung einbehaltener Strafzahlungen, 19

? die Vergütung nicht verprovisionierter Telefonate, 20

? die Rückzahlung des Nutzungsentgelts für den Arbeitsraum, 21

? die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten, 22

? die Feststellung, dass ihre Ansprüche gegen die Beklagten zu 2 und 3 aus unerlaubter Handlung herrühren, sowie 23

? eine Entschädigung wegen Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts. 24

Die Beklagten sind der Auffassung, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 ein freies Mitarbeiterverhältnis bestanden habe. Denn jede Telefonistin habe – so ihre Behauptung – die Möglichkeit, durch eigene wirtschaftliche Betätigung Kunden zu gewinnen und an sich zu binden. Dazu könnten die Telefonistinnen ihr Profil pflegen, Werbemaßnahmen steuern sowie den Umfang und die Lage ihrer Arbeitszeit frei bestimmen. Freigebliene Termine würden lediglich erneut beworben. 25

Das Arbeitsgericht hat die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen hinsichtlich der Klageanträge auf Feststellung von Schadensersatzansprüchen, auf Erstattung einbehaltener Strafzahlungen, auf Vergütung nicht verprovisionierter Telefonate, auf Rückzahlung des Nutzungsentgelts für den Raum, auf die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten, auf die Feststellung, dass ihre Ansprüche gegen die Beklagten zu 2 und 3 aus unerlaubter Handlung herrühren, sowie auf die Entschädigung wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts mit Beschluss vom 26.05.2020 abgelehnt und den Rechtsstreit insoweit an das Landgericht Köln verwiesen. Im Übrigen hat es die Rechtswegzuständigkeit bejaht. 26

Den Verweisungsbeschluss hat das Arbeitsgericht damit begründet, dass die Klägerin nicht in ausreichendem Maße Tatsachen vorgetragen habe, die ihre Arbeitnehmereigenschaft begründen würden. Entscheidend für ihre selbstständige Tätigkeit spräche die arbeitszeitliche Flexibilität. Durch die permanente Überwachung der Klägerin mittels Videokamera und Abhörens der Telefonate sei zwar eine Kontrolle der Tätigkeit 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 habe. Die Gestaltung der Telefonhonorare spräche auch dann nicht für eine Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin, wenn diese einseitig von der Beklagten zu 1 vorgegeben würden, weil diese damit allein den Preis für „ihre Kunden“ im Außenverhältnis festlege. Die steuerrechtliche Handhabung der Parteien spreche aufgrund der Anwendung des sog. „Düsseldorfer Verfahrens“ ebenfalls für eine selbstständige Tätigkeit.

Der Beschluss des Arbeitsgerichts Köln vom 26.05.2020 ist der Klägerin am 29.05.2020 28
zugestellt worden. Mit ihrer am 12.06.2020 bei dem Landesarbeitsgericht eingelegten
Beschwerde rügt die Klägerin, dass es sich bei dem angefochtenen Beschluss um eine
prozessual unzulässige Teilentscheidung handle. Das Arbeitsgericht Köln habe überdies die
Substantiierungsanforderungen an die Arbeitnehmereigenschaft unangemessen überspannt
und damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör sowie auf ein faires Verfahren verletzt. Sie,
die Klägerin, sei sowohl zeitlich als auch örtlich in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation
eingegliedert gewesen. Durch die permanente Überwachung sei ihr kein Spielraum bei der
Führung der Telefonate verblieben. Ein signifikantes unternehmerisches Risiko, wie es für ein
freies Dienstverhältnis prägend sei, habe sie nicht getragen.

Die Beklagten vertreten weiterhin die Auffassung, dass die Klägerin auf Grundlage eines 29
freien Dienstverhältnisses beschäftigt worden sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gründe des 30
angefochtenen Beschlusses, die im Beschwerdeverfahren gewechselten Schriftsätze, die
eingereichten Unterlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

II. 31

Die sofortige Beschwerde der Klägerin ist begründet. Entgegen der Auffassung des 32
Arbeitsgerichts ergibt sich die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen in Bezug auf die
Beklagte zu 1 aus § 2 Abs. 3 Buchst. a und d ArbGG und in Bezug auf die übrigen Beklagten
aus § 2 Abs. 3 ArbGG. Die Klägerin war für die Beklagte zu 1 als Arbeitnehmerin iSd. § 5
Abs. 1 Satz 1 ArbGG tätig und macht im vorliegenden Rechtsstreit sowohl Ansprüche aus
dem Arbeitsverhältnis als auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung geltend. Diese zugleich
gegenüber den weiteren Beklagten erhobenen Ansprüche stehen damit zueinander in einem
rechtlichen und unmittelbar wirtschaftlichen Zusammenhang.

1.) Die Klägerin war Arbeitnehmerin der Beklagten zu 1. 33

a) Der Annahme eines Arbeitsverhältnisses und des Vorliegens eines wirksamen 34
Arbeitsvertrages steht nicht von vorneherein § 138 Abs. 1 BGB entgegen, wonach
Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, nichtig sind. Telefonsexverträge,
gleich welcher Art, wurden zwar lange Zeit als sittenwidrig angesehen, weil die Telefonistin in
dem Gespräch mit dem Kunden auf ihre Stimme sowie den Inhalt ihrer Äußerungen reduziert
und damit zum Objekt herabgewürdigt wird (BGH, Urteil vom 09. Juni 1998 – XI ZR 192/97 –,
Rn. 16, juris; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 14. Oktober 2002 – 4 Sa 31/02 –, Rn. 6,
juris). Nach Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes am 01.01.2002 kann angesichts der in § 1

Satz 2 Prostitutionsgesetz enthaltenen Wertung, wonach im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses erbrachte sexuelle Dienstleistungen eine rechtswirksame Entgeltforderung begründen können, auch ein Arbeitsvertrag über die Erbringung von Telefonsexleistungen wirksam sein (Staudinger/Fischinger, 2017, § 1 Prostitutionsgesetz, Rn. 70).

b) Arbeitnehmer iSd. Arbeitsgerichtsgesetzes sind gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG 35
Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten.

aa) Eine nähere Begriffsbestimmung enthält die Vorschrift nicht, so dass auf den 36
allgemeinen Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsrechts zurückgegriffen werden muss, wie er sich aus der gesetzlichen Definition des Arbeitsvertrags in § 611a Abs. 1 BGB ergibt (GMP/Müller-Glöge, 9. Aufl. 2017, § 5 ArbGG Rn. 2; Schwab/Weth, ArbGG, 5. Aufl. 2018, § 5 ArbGG, Rn. 12). Arbeitnehmer ist danach, wer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Dogmatischer Ausgangspunkt ist damit nicht ein tatbestandlich scharf umrissener Arbeitnehmerbegriff, sondern es ist eine typologische Bestimmung des Arbeitnehmers erforderlich (HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 46).

bb) Für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen gibt es somit kein 37
Einzelmerkmal, das aus der Vielzahl möglicher Merkmale unverzichtbar vorliegen muss, damit man von persönlicher Abhängigkeit sprechen kann. Nicht erforderlich ist auch, dass alle den Typus kennzeichnenden Merkmale vorliegen. Diese haben insoweit nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien. Entscheidend sind vielmehr ihre Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im Einzelfall (HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 46). Daher müssen für die Begründung der Arbeitnehmereigenschaft nicht alle vorgenannten Kriterien in gleicher Intensität erfüllt sein, wenn diejenigen Kriterien, die eine dominierende Wirkung erzeugen, im Rahmen der Gesamtabwägung bereits den Rückschluss auf ein Arbeitsverhältnis nahelegen (vgl. ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 33).

cc) Die für das Arbeitsverhältnis typische persönliche Abhängigkeit kann sich 38
demgemäß bereits aus der Eingliederung in eine fremde betriebliche Arbeitsstruktur (vgl. ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 41; HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 53 ff.) und aus der damit verbundenen Fremdbestimmtheit der Tätigkeit ergeben (vgl. ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 32). Das ist etwa dann der Fall, wenn der Dienstgeber die Beschäftigten 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. Maßgeblich ist, dass die dadurch vermittelte Fremdbestimmung über die eines freien Dienstvertrags hinausgeht (HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 47).

c) So liegt der Fall hier. Die Gesamtbetrachtung der maßgeblichen Umstände des 39
vorliegenden Falls führt zu der Feststellung, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Die Beklagte zu 1 hat die Klägerin in ihre Arbeitsorganisation eingegliedert und in einer Art und Weise Einfluss auf ihr Verhalten und den geschuldeten Leistungsinhalt genommen, dass eine Vielzahl konkreter

Arbeitsanweisungen im Einzelfall überflüssig und eine eigene unternehmerische Entfaltung der Klägerin unmöglich war.

- aa) Insoweit ist zunächst von Bedeutung, dass die Klägerin ihre Dienste ausschließlich in dem K Gebäude erbringen musste, in dem die Beklagte zu 1 ihren Sitz hat. Damit hatte die Beklagte die Klägerin vollständig in ihre eigene Arbeitsorganisation eingegliedert. Denn auf Grund des Geschäftsmodells der Beklagten zu 1 war die Klägerin gehalten, dafür über die C GmbH Räume anzumieten, und die dort vorgehaltene Telefonanlage zu nutzen. Dieser Umstand war Bedingung für die Inanspruchnahme der Leistungen der Klägerin. 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, war daher kein Ausdruck ihrer unternehmerischen Autonomie, sondern eine der Beklagten zu 1 zurechenbare Beschäftigungsmodalität in einer fremdbestimmten Arbeitsorganisation. 40
- bb) Der von der Beklagten zu 1 vorgegebene Arbeitsort ermöglichte eine Überwachung des Arbeits- und Ordnungsverhaltens der Klägerin, die von ihrer inhaltlichen Tätigkeit als Telefonistin weitgehend unabhängig war und die nicht mit den Eigenarten des Tätigkeitsfeldes einer Telefonistin begründet werden kann. Sie lässt sich auch nicht mit der Argumentation relativieren, die Überwachung habe dem Persönlichkeitsschutz der Klägerin gedient. Denn die Klägerin hatte die Möglichkeit, Telefonate „wegzudrücken“ und war keinen tätlichen Übergriffen der Kunden ausgesetzt. 41
- cc) Zudem hatte die Beklagte der Klägerin weitere Vorgaben gemacht, die sie in der Gestaltung ihrer Arbeit einengten. Die Klägerin war angewiesen, keine Privatgespräche während der Dienstzeiten zu führen. Taschen und Smartphone musste sie vor Arbeitsantritt in einem Schließfach deponieren. Besuch durfte sie im Telefonraum nicht empfangen. Um die Toilette aufzusuchen, musste die Klägerin einen Schlüssel bei einem Verwaltungsmitarbeiter abholen und anschließend dort wieder deponieren. Sämtliche Pausenzeiten wurden genau erfasst. Die postalische Kontaktaufnahme von Kunden unterlag der Kontrolle der Beklagten zu 1. Sendungen von Kunden wurden an die Klägerin nur nach vorheriger Kontrolle durch die Verwaltung der Beklagten zu 1 ausgehändigt. 42
- d) Die auf die vorbeschriebene Weise vermittelte Fremdbestimmung der Klägerin geht weit über die eines freien Dienstvertrags hinaus und überlagert die Umstände, die für eine selbstständige Tätigkeit der Klägerin sprechen könnten. 43
- aa) So spricht nicht für ein freies Dienstverhältnis, dass die Klägerin den Inhalt der Telefongespräche weitgehend frei bestimmen und unangemessene Gesprächsinhalte „wegdrücken“ konnte. Es ist anerkannt, dass sich Tätigkeiten aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen einer fachlichen Weisungsbindung entziehen können, ohne dass dies nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einer Qualifikation als Arbeitsverhältnis entgegenstehen muss (BAG, Urteil vom 26. Juni 1991 – 5 AZR 453/90 –, Rn. 21, juris; BAG, Urteil vom 13. Januar 1983 – 5 AZR 149/82 –, BAGE 41, 247-265, Rn. 26; BAG, Urteil vom 27. Juli 1961 – 2 AZR 255/60 –, NJW 1961, 2085). Auch aus § 3 Prostitutionsgesetz, wonach Weisungen, die das Ob, die Art oder das Ausmaß der Erbringung sexueller Dienstleistungen vorschreiben, unzulässig sind, lässt sich die Wertung entnehmen, dass einer Telefonistin, die sexuelle Dienstleistungen über das Telefon anbietet, auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses eine weitgehende Freiheit in Bezug auf den Kundenkreis und die konkrete Ausgestaltung der Beziehung zum Kunden zugute kommt (vgl. BeckOK/Wendlandt, § 1 ProstG, Rn. 4, 9, § 3 Prostitutionsgesetz Rn. 1f; Staudinger/Fischinger, 2017, § 1 ProstG, Rn. 54). Dabei kann dahinstehen, ob der 44

Anwendungsbereich des Prostitutionsgesetzes für Telefonsexleistungen unmittelbar (so Staudinger/Fischinger, 2017, § 1 ProstG Rn. 4 ff.; Armbrüster/MünchKommBGB, 8. Aufl. 2018, § 1 ProstG, Rn. 5) oder in entsprechender Anwendung (Mansel/Jauerning, 17. Aufl. 2018, § 138 BGB, Rn. 7) eröffnet ist. Denn jedenfalls ergibt sich aus dem Gesetz der zentrale 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, 102 f.).

bb) Auch die äußeren Umstände der Tätigkeit entsprechen von der Typologie her nicht der einer selbständigen Unternehmerin. 45

(1) Die Klägerin hat sich nicht in einer für selbstständige Unternehmer typischen Weise unternehmerisch am Markt betätigt. 46

(1.1) Sie war eine von zahlreichen Telefonistinnen, welche die Beklagte beim Betrieb der Gesprächshotline einsetzte. Sowohl durch die Audio- und Videoüberwachung der Klägerin als auch durch das Verbot, eigene elektronische Kommunikationsgeräte mitzuführen, wurde ein eigener Marktauftritt der Klägerin verhindert. Einen von der Beklagten zu 1 unabhängigen Kundenstamm konnte sie nicht aufbauen, da sie nach außen nicht unter eigenem Namen, sondern bildlich und namentlich unter einem Alias-Profil auftrat, das sie zuvor aus einem von der Beklagten zu 1 verwalteten Pool ausgewählt hat. Privater Kontakt zu Nutzern wurde der Klägerin zudem unter Androhung einer Strafzahlung von 10.000 EUR untersagt. Zugriff zu ihrem auf dem IT-System der Beklagten zu 1 hinterlegten Alias-Profil hatte die Klägerin von außerhalb des Betriebs nicht. Sie hätte dieses Profil nach Beendigung ihrer Tätigkeit für die Beklagte zu 1 auch nicht weiter verwenden können. Ohne die Mitwirkung der Beklagten zu 1 war die Klägerin auf dem Markt überhaupt nicht existent; es fehlte folglich an einer eigenen Marktpräsenz der Klägerin. Dass Telefonistinnen innerhalb der Organisation der Beklagten zu 1 Stammkunden hatten und diese durch Maßnahmen zur Kundenbetreuung an sich binden konnten, ist für Arbeitnehmer eines Dienstleistungsunternehmens nicht untypisch. Dies lässt im Innenverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 nicht den Schluss auf eine selbstständige Tätigkeit zu. Überdies war die Klägerin im Kontakt zu den Kunden nicht, wie es für ein selbstständiges Dienstverhältnis üblich wäre, frei, da sowohl Sendungen an Kunden als auch Zuwendungen der Kunden kontrolliert wurden. 47

(1.2) Die Klägerin trat nicht einmal damit in unternehmerische Erscheinung, dass sie ihre Leistungen selbst gegenüber den Kunden abrechnete. Zahlung, Verrechnung und Weiterleitung der Gelder im Außenverhältnis erfolgten allein über die Beklagte zu 1. Aus Nr. 2.0 der AGB, wonach ein Vertragsverhältnis allein zwischen den Telefonistinnen und den Kunden zustande kommt und die Beklagte zu 1 lediglich unwiderruflich mit dem Einzug der Forderungen betraut wird, lässt sich keine Entgeltssouveränität der Klägerin gegenüber den Anrufern herleiten. Diese von der Beklagten zu 1 gestellte Vertragsbestimmung suggeriert nur eine unabhängige Stellung, die weder der tatsächlichen Vertragsdurchführung noch der weiteren vertraglichen Ausgestaltung entsprach. So war es der Klägerin untersagt, selbstständige Rechnungen an die Kunden zu stellen. Durch die unwiderrufliche Inanspruchnahme der Beklagten zu 1 mit der Forderungseinziehung nach außen begab sich die Klägerin stattdessen vollends in deren Hände. Demgemäß enthält auch Nr. 4.4 der AGB die Option der Beklagten zu 1, Kunden im Falle einer Reklamation (einseitig) das vereinbarte Entgelt auf Kosten der Telefonistin zu erstatten. Die Beklagte zu 1 konnte damit weitgehend autonom darüber entscheiden, ob und wie viel Geld sie an die Klägerin weiterleitete oder für sich selbst einbehält. 48

(2) Die Klägerin trug kein wesentlich ins Gewicht fallendes unternehmerisches Risiko, wie es für Selbstständige typisch ist (dazu Staudinger/Fischinger, 2017, § 1 Prostitutionsgesetz Rn. 54; Freckmann, DB 2013, 459, 460). Mit Ausnahme der monatlichen Abgabe von 50 EUR an die C musste die Klägerin keine nennenswerten Investitionen tätigen. Dass die Klägerin monatlich in Abhängigkeit von der Anzahl und Dauer der Kundenanrufe vergütet wurde, betrifft allein die Entgeltmodalitäten und spricht schon deswegen nicht gegen eine Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin, weil eine erfolgsabhängige Vergütung auch innerhalb eines Arbeitsverhältnisses praktiziert werden kann. Die Gefahr eines Entgeltausfalls, wenn Kundenanrufe ausblieben oder zurückgingen oder die Technik nicht funktionierte, war ohnehin eher gering. Die Beklagten tragen vor, dass jeden Monat ca. 200 Neukunden bei ihr anrufen würden, das 40 bis 50fache Telefonaufkommen aber Stammkunden betreffe. Daher konnten die Parteien nicht davon ausgegangen sein, dass sich ein theoretisches Entgeltausfallrisiko tatsächlich realisiert. Für die rechtliche Einordnung als selbständige oder unselbständige Tätigkeit ist es daher zu vernachlässigen (FG Köln, Urteil vom 19. Januar 2007– 10 K 2841/05 –, Rn. 26, juris).

(3) Ebenso wenig spricht die steuerrechtliche Handhabung in Form des sog. 50
Düsseldorfer Verfahrens für ein selbstständiges Dienstverhältnis, weil durch eine Vereinbarung mit der Finanzverwaltung zur Pauschalbesteuerung im selbstständigen Prostitutionsgewerbe keine Bindungswirkung für die arbeitsrechtliche Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses erzeugt wird.

cc) Gegen eine Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin spricht allein eine gewisse 51
Flexibilität bei der Arbeitszeitgestaltung (zur Bedeutung des Weisungsrechts in zeitlicher Hinsicht BAG, Urteil vom 06. Mai 1998 – 5 AZR 247/97 –, NZA 1999, 205; LAG Berlin-Brandenburg Urteil vom 06. Dezember 2018 – 14 Sa 1501/18 –, Rn. 50, juris; ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 35 ff.), da sie ihre gewünschten Schichten vor der Erstellung der Dienstpläne in einen elektronischen Kalender eintragen und Schichten tauschen konnte (zur Bedeutung dieses Umstands BAG, Urteil vom 14. März 2007 – 5 AZR 499/06 –, NZA-RR 2007, 424; BAG, Beschluss vom 26. August 2009 – 5 AZN 503/09 –, Rn. 5, juris; HWK/Thüsing, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB, Rn. 51). Allerdings stand der Klägerin eine vollständige Arbeitszeitsouveränität nicht zu.

(1) Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Beklagte zu 1 die Empfehlung 52
ausgesprochen hatte, an mindestens drei Tagen in der Woche jeweils mindestens sechs Stunden pro Tag zu arbeiten, um Stammkunden zu binden. Damit hat die Beklagte zu 1 erkennbar die Erwartung geäußert, die Klägerin an mindestens 18 Stunden der Woche – also einem nicht unerheblichen Zeitraum – in die strengen betrieblichen Abläufe zu integrieren.

(2) Die zeitliche Flexibilität der Klägerin wurde zusätzlich dadurch eingeschränkt, 53
dass die Beklagte zu 1 einen Dienstplan verwendete, der fest vorgezeichnete Schichten in mehrstündigen Zeitblöcken vorsah. 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 eintrug. Die Freischaltung der IT-Nutzung konnte in diesem Fall nur über die Verwaltung der Beklagten zu 1 erfolgen. Alternativ konnte die Klägerin zwar auch selbstständig Zeitwünsche in den Kalender eintragen und gleichzeitig in einem Benachrichtigungsfeld der Verwaltung schreiben, dass der Eintrag nur aus Freischaltungsgründen erfolge, tatsächlich aber nicht gewünscht war. Auch diese Variante

setzte somit eine Mitwirkung der Beklagten zu 1 voraus. Zugleich eröffnete sie eine weitere Form der Arbeitszeitkontrolle.

(3) Hinzu kamen verschuldensunabhängige finanzielle Sanktionen bei kleinsten Verspätungen ab fünf Minuten. Auch ein vollständiger Verzicht auf eine zugesagte Schicht wäre nicht ohne finanzielle Sanktionen möglich gewesen. 54

(4) Schließlich wurde die Arbeitszeitflexibilität durch die von der Beklagten zu 1 veranlasste Sperrung des IT-Systems im Falle der Nichteintragung künftiger Arbeitszeiten, durch die automatisch erzeugte Erinnerungsfunktion des Dienstplans zwecks Eintragung zukünftiger Arbeitszeiten sowie durch die fehlende Möglichkeit, zugesagte Dienste von einem anderen Ort oder durch eigene Mitarbeiter flexibel ausführen zu lassen, weiter eingeschränkt. 55

2.) Die Klägerin war hingegen nicht Arbeitnehmerin der Beklagten zu 2 oder 3. Soweit sich die Klage auch gegen sie richtet, ergibt sich die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen aus dem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit den gegenüber der Beklagten zu 1 verfolgten Ansprüchen. 56

a) Vor die Gerichte für Arbeitssachen können nach § 2 Abs. 3 ArbGG auch nicht unter § 2 Abs. 1 und 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. 57

b) Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind gegenüber den Beklagten zu 2 und 3 erfüllt. 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, Beschluss vom 10. Juni 2010 – 5 AZB 3/10 –, NZA 2010, 1086; GMP/Schlewing, 9. Aufl. 2017, § 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 v. 11.9.2002 – 5 AZB 3/02, NZA 2003, 62; GMP/Schlewing, 9. Aufl. 2017, § 2 ArbGG, Rn. 127). Die gegen die Beklagten zu 2 und 3 erhobenen Ansprüche resultieren aus demselben Lebenssachverhalt und stehen mit der gegen die Beklagte zu 1 erhobenen Klage nicht in einer bloß zufälligen Verbindung, was die Konzentration des Rechtsstreits vor den Arbeitsgerichten rechtfertigt. Denn bei dem Beklagten zu 2 handelt es sich um den verantwortlichen Geschäftsführer der Beklagten zu 1, und der Beklagte zu 2 hat nach dem Vortrag der Klägerin erheblichen Einfluss auf die Arbeitsabläufe und Vorgänge innerhalb der Arbeitsorganisation der Beklagten zu 1. Eine ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts ist für die Anträge nicht gegeben. 58

III. 59

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO iVm. § 46 Abs. 2 ArbGG. 60

Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 78 ArbGG iVm. § 574 Abs. 1 ZPO ein Rechtsmittel nicht gegeben. 61

