

# Landesarbeitsgericht Hamm

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§ 247 BGB, §§ 611, 615 Satz 1 BGB, §§ 286 Abs. 2, 288 Abs. 1 BGB, § 7 Abs. 4 BUrlG, § 109 Abs. 1 GewO, § 108 Abs. 1 GewO, §§ 611 BGB, § 117 BGB, § 117 Abs. 2 BGB, §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 64 Abs. 2b, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO, §§ 615 Satz 1, 611 Abs. 1, 611a Abs. 2 BGB, § 611a Satz 1 BGB, § 138 Abs. 1 BGB, § 134 BGB, § 11 SGB II, § 11a Abs. 5 SGB II, § 1 ProstG, § 3 ProstG, § 138 BGB, Art. 1 GG, Art. 2 GG, § 293 BGB, § 297 BGB, § 2 BUrlG, § 3 Abs. 1 ProstG, § 106 GewO, §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 2 Nr. 1, 247 BGB, §§ 109, 6 Abs. 2 GewO, §§ 108 Abs. 1, § 108 Abs. 2 GewO, §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 92 Abs. 1 ZPO, § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG

- 1. Ein Scheingeschäft iSd. §117 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn die Vertragsparteien den äußeren Schein hervorrufen einen Arbeitsvertrag über hauswirtschaftliche Dienste zu schließen, aber die gewollte Rechtsfolge die Begründung eines sog. Sugar-Daddy-Verhältnisses ist.**
- 2. Rechtsgeschäfte, die zu sexuellen Handlungen gegenüber anderen verpflichten oder solche sexuellen Handlungen belohnen, können mit der in Art. 1 GG geschützten Menschenwürde und dem in Art. 2 GG geschützten Persönlichkeitsrecht unvereinbar sein, sodass die Bereitschaft zu sexuellem Verhalten jederzeit widerrufbar und nicht rechtlich verpflichtend sein darf.**
- 3. Eine Prostituierte, die sich frei und eigenverantwortlich und unter Abwägung der damit verbundenen Vor- und Nachteile für diese Tätigkeit entscheidet, gibt zu erkennen, dass sie darin keine Verletzung der eigenen Würde sieht, sodass ein entsprechender Vertrag nicht sittenwidrig ist.**
- 4. Auch Prostitution kann im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden, sodass eine Prostituierte Ansprüche auf die Zahlung einer Urlaubsentgeltung und die Erteilung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses haben kann.**

LAG Hamm, Urteil vom 06.06.2019 Az.: 17 Sa 46/19

#### **Tenor:**

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bochum vom 12.09.2018 - 5 Ca 275/18 - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird auch insoweit abgewiesen, wie die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 460,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit dem 01.03.2018 begehrt.

Die Kosten des Rechtsstreits 1. Instanz trägt die Klägerin zu 61 %, die Beklagte zu 39 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin zu 36 %, die Beklagte zu 64 %.

Die Revision wird für beide Parteien zugelassen.

### **Tatbestand:**

1

Die Parteien streiten über Entgeltansprüche der Klägerin, ihren Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses sowie einer Entgeltabrechnung aus einem beendeten Vertragsverhältnis.

2

Die Klägerin ist 35 Jahre alt, bezog Grundsicherung für Arbeitssuchende und ist Mutter dreier Kinder im Alter von 19, 12 und 7 Jahren.

3

Eine frühere Mitarbeiterin des Beklagten erzählte diesem im Sommer 2017, sie habe eine Freundin - die Klägerin -, die einen älteren Mann als "Sugar Daddy" suche, der sie finanziell unterstütze, sie biete dafür Geschlechtsverkehr an. Am 5. Juni 2017 schickte sie ihm ein Foto der Klägerin über Whatsapp (Bl. 48 d. A.). Er zeigte sich interessiert.

4

Am 10. Juni 2017 trafen sich die Parteien zusammen mit der ehemaligen Beschäftigten im Café in I. Nach Behauptung des Beklagten vereinbarten die Parteien, die Klägerin werde ihn zweimal wöchentlich zu Hause zu einvernehmlichem Sex aufsuchen, und zwar jeweils mittwochs und samstags oder sonntags. Sie solle ihn sporadisch zu gemeinsamen Abendessen mit Freunden sowie zwei- bis dreimal jährlich zu einem Kurzurlaub begleiten. Die Klägerin behauptet, sie habe Geschlechtsverkehr abgelehnt. Der Beklagte behauptet, es sei noch am Abend des 10. Juni 2017 zu Geschlechtsverkehr gekommen, der nach kurzer Zeit habe abgebrochen werden müssen, weil die Klägerin an einer Armverletzung gelitten habe.

5

Die Parteien schlossen einen undatierten als "Teilzeitarbeitsvertrag für Arbeiter und Angestellte ohne Tarifbindung" bezeichneten Vertrag (Bl. 3 - 6 d. A.). Nach § 1 des Vertrages sollte am 1. Juni 2017 ein Arbeitsverhältnis beginnen. Nach § 3 des Vertrages wurde die Klägerin als teilzeitbeschäftigte Hauswirtschafterin mit den Aufgaben Putzen, Wäschewaschen, Bügeln, Einkauf, Kochen und für sonstige haushaltsübliche Verrichtungen eingestellt. In § 4 des Vertrages verpflichtete sich der Beklagte zur Zahlung einer monatlichen Bruttovergütung von 460,00 Euro - 10,00 Euro/Stunde. In § 5 wurde die Arbeitszeit auf dreimal wöchentlich vormittags festgelegt. Nach § 6 erwarb die Klägerin ausgehend von einer Fünf-Tage-Woche einen Urlaubsanspruch von 25 Urlaubstagen jährlich,

6

Die Parteien führten einen regen Whatsappverkehr (Bl. 71 - 83, Bl. 113 - 124 d. A.). In den Monaten Juni bis August 2017 schickte die Klägerin dem Beklagten per Whatsapp zahlreiche erotische Fotos (Bl. 49 - 65 d. A.). Am 11. Juni 2017 sendete sie ihm ein Foto ihrer Armverletzung mit dem Zusatz "Schmerca" (Bl. 113 d. A.). Unter anderem schrieb sie an diesem Tag "Nexste Mal Ich bin hood" (Bl. 114 d.A.). Der

Beklagte antwortete "Du warst auch gestern gut, ich fand es schön". Die Klägerin kommentierte mit "Für 1mal nicht schlecht".

7

Am 28. September 2017 schrieb sie "Und onse Samstag ... wilt du zu hause blieb? Fahren...? Party machen? Koks-party? Andere Frau wir meinem? ...Hast du idea??!" (Bl. 115 d.A.). In einer weiteren Whatsappnachricht erklärte sie "Yes. Morgen we sex machen dan besser is" (Bl. 116 d.A.). Am 29. November 2017 schickte sie erotische Fotos mit der Anmerkung "Baby you see my weed?" (Bl. 118 d. A.). Am 4. Dezember 2017 schrieb sie unter anderem "I make give you sex of dream aber das is toya" (Bl. 119 d.A.). Am 26. Dezember 2017 schlug sie ihm eine Fahrt in einen Club nach Amsterdam vor (Bl. 120 d.A.).

8

Auch in dem weiteren vorgelegten Whatsappverkehr war der Wunsch des Beklagten nach Sex ständiges Thema. Unter anderem schrieb er "Nicht Sex, ich möchte Zeit mit dir. Wann hatten wir Sex? Ich habe gesagt, dass ich dir Zeit lasse dafür. Aber ich möchte ein bisschen Zeit mit dir". Die Klägerin antwortete "Ja ... Mittwoch und zwei Samstag Nacht ... sicilia ... du gesacht. Pare mal ? Wan ich wilt hat fiel zeid mit man dan ich sagen aber gesagt anders". Wegen der Einzelheiten dieser Whatsappunterhaltung wird auf Bl. 72 - 74 d. A. Bezug genommen.

9

An einem anderen Tag schrieb der Beklagte "Baby, du weißt doch, was ich am liebsten mit dir machen möchte". Die Klägerin antwortete: Sex (Herzchensymbol) ok". Der Beklagte erwiderte darauf "Schatz, wir haben ja schon darüber gesprochen. Am Mittwoch hatten wir auch keinen Sex, aber das war trotzdem schön. Wenn Du das willst, ist alles gut. Aber Du hast mich ja gefragt, was ich will und dann sage ich Dir das natürlich". Wegen der Einzelheiten dieses Whatsappgespräches wird auf Bl. 78 d. A. Bezug genommen.

10

In der Folgezeit wendete der Beklagte insgesamt 20.000,00 Euro auf, u.a. um der Klägerin eine Reise nach Polen, den Bezug einer neuen Wohnung und die Nutzung eines PKWs zu ermöglichen. Bis Dezember 2016 zahlte er auch die Vergütung von monatlich 460,00 Euro. Für Januar und Februar 2018 erfolgten keine Zahlungen.

11

Nach Vortrag der Klägerin teilte sie ihm am 28. Januar 2018 mit, eine sexuelle Beziehung abzulehnen.

12

Mit Schreiben vom 29. Januar 2018 kündigte er das Hauswirtschaftsarbeitsverhältnis zum 28. Februar 2018 und stellte sie ab sofort von der Arbeitsleistung frei. Wegen der Einzelheiten des Kündigungsschreibens wird auf die von ihr vorgelegte Kopie (Bl. 2 d. A.) verwiesen.

13

Mit ihrer am 19. Februar 2018 zu Protokoll des Arbeitsgerichts Bochum erhobenen Klage hat sie die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des Lohnes für Januar 2018 begehrt. Am 5. März 2018 hat sie ihre Klage zu Protokoll des Arbeitsgerichts Bochum erweitert und die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des Entgeltes von 460,00 Euro für Februar 2018 sowie die Abgeltung ihrer Urlaubsansprüche mit 680,00 Euro brutto verlangt. Mit weiterer Klageerweiterung vom 8. März 2018 hat sie

einen Anspruch auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses und einer Lohnabrechnung für Dezember 2018 verfolgt.

14

Sie hat behauptet:

15

Es sei zwar unerheblich, ob sie Hauswirtschaftsleistungen oder Sexdienstleistungen habe erbringen sollen. Tatsächlich sei sie jedoch als Hauswirtschafterin tätig geworden. Sie habe des Öfteren gekocht. Die Arbeitszeiten habe sie, wenn auch flexibel, eingehalten. Es könne sein, dass auch die Schwester des Beklagten hauswirtschaftliche Leistungen erbracht habe.

16

Im Januar 2018 habe sie am 2. Januar, 3. Januar, 13. Januar, 17. Januar und am 24. Januar ihre Arbeitsleistung in den Abendstunden erbracht. Wegen der behaupteten Arbeitsstunden im Einzelnen wird auf ihren Schriftsatz vom 23. Juli 2018 (Bl. 62 d. A.) verwiesen. Sie habe viele Dinge zu regeln gehabt und ihren zwölfjährigen Sohn beaufsichtigen müssen.

17

In der Zeit vom 5. Januar bis 12. Januar 2018 sei sie arbeitsunfähig krank gewesen. Das habe der Beklagte am 10. Januar 2018 anlässlich eines Besuches selbst festgestellt.

18

In der Zeit bis Dezember 2017 habe sie ein Bekannter mindestens zweimal wöchentlich zur Arbeit gefahren. Auch die Angestellten des Beklagten hätten sie beim Betreten des Gebäudes, in dem er seine Wohnung und seine Generalagentur unterhalte, gesehen. Sie hätten festgestellt, dass sie in Arbeitskleidung tagsüber, nicht in der Nacht im Negligee gekommen sei.

19

Schon bei dem Treffen im Café habe sie ein Sugar-Daddy-Verhältnis abgelehnt. Der Beklagte sei ihr weiterhin sehr zugetan gewesen und habe Geschlechtsverkehr gewollt. Er habe ihr auch helfen wollen. Für seine Freundlichkeiten habe sie ihn wunschgemäß mit erotischen Fotos versorgt. Das sei ihm jedoch nicht genug gewesen.

20

Unter Zugrundelegung von 24 Urlaubstagen jährlich seien 17 Urlaubstage mit vier Stunden täglich und einem Stundenlohn von 10,00 Euro brutto abzugelten.

21

Sie habe am 10. Juli 2017 Urlaub gehabt. In der Zeit vom 21. bis 24. September 2017 habe sie den Beklagten auf einer Reise seiner Versicherung nach Sizilien begleitet und sei dort als seine Lebensgefährtin aufgetreten. Als Ausgleich habe sie im Juli 2017 nach Polen fahren dürfen. Am 13. August 2017 habe sie einen weiteren Urlaubstag genommen.

22

Der Beklagte schulde ihr die Erteilung eines Zeugnisses sowie einer Lohnabrechnung für Dezember 2017.

23

Die Klägerin hat beantragt,

24

1. den Beklagten zu verurteilen, 460,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit dem 1. Februar 2018 an sie zu zahlen;

25

2. den Beklagten zu verurteilen, 460,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit dem 1. März 2018 an sie zu zahlen;

26

3. den Beklagten zu verurteilen, 680,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit dem 1. März 2018 an sie zu zahlen;

27

4. den Beklagten zu verurteilen, ihr ein wohlwollendes qualifiziertes Arbeitszeugnis zu erteilen, welches sich auf Führung und Leistung erstreckt und ihrem beruflichen Fortkommen dienlich ist;

28

5. den Beklagten zu verurteilen, ihr eine Lohnabrechnung für Dezember 2017 zu erteilen.

29

Der Beklagte hat beantragt,

30

die Klage abzuweisen.

31

Er hat behauptet:

32

Der von der Klägerin vorgelegte Arbeitsvertrag über Hauswirtschaftsleistungen sei nichtig, da es sich um ein Scheingeschäft handele. Zwischen den Parteien sei schon am 10. Juni 2017 das Erbringen von Sexdienstleistungen vereinbart gewesen. Für hauswirtschaftliche Dienstleistungen habe er kein Bedürfnis, da seine Schwester seinen Haushalt betreue.

33

In der ersten Phase des Kennenlernens habe er der Klägerin mehrfach Bargeld gegeben. Zu Geschlechtsverkehr sei es nur ganz kurz gekommen. Deshalb habe er ihr in der Folgezeit vorgeschlagen, sie zu einem Nettogehalt von 408,00 Euro monatlich einzustellen, ihr seinen Privatwagen zu überlassen und die Mietdifferenz für die neu angemietete Wohnung zu übernehmen. Weiterhin sei vereinbart worden, dass die Klägerin wöchentlich 250,00 Euro in bar von ihm erhalte. Sie sei damit einverstanden gewesen.

34

Er habe die Vereinbarung im Gegensatz zu ihr in der Folgezeit erfüllt. Im Schnitt sei es lediglich zu zwei bis drei sexuellen Handlungen monatlich gekommen.

35

Nach verschiedenen Eskalationen im Herbst 2017 und erneut am 28. Januar 2018 habe er der Klägerin erklärt, er sehe keine Grundlage mehr für eine Weiterführung der Vereinbarung.

36

Er schulde ihr weder Urlaubsabgeltung noch Arbeitslohn noch ein Zeugnis. Offene Urlaubsansprüche seien nicht abzugelten. Die Klägerin sei in dem streitgegenständlichen Zeitraum mehrfach nach Polen, Holland und nach Bayern gereist. Darüber hinaus habe sie während der vereinbarten Arbeitszeit Termine beim Jobcenter und Jugendamt wahrgenommen.

37

Sie habe Fahrzeugschein und Fahrzeugschlüssel seines BMW X1 sowie weitere in seinem Eigentum befindliche Gegenstände nicht herausgegeben.

38

Er habe für sie Verwarn- und Bußgelder in Höhe von insgesamt 1.289,50 Euro gezahlt.

39

Das Arbeitsgericht Bochum hat mit Urteil vom 12. September 2018 den Beklagten unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, an die Klägerin für Februar 2018 460,00 Euro brutto nebst Zinsen sowie Urlaubsabgeltung in Höhe von 320,00 Euro brutto nebst Zinsen zu zahlen. Es hat ihn weiter verurteilt, ihr ein wohlwollendes qualifiziertes Arbeitszeugnis und eine Lohnabrechnung für Dezember 2017 zu erteilen.

40

Es hat ausgeführt:

41

Die zulässige Klage sei nur teilweise begründet.

42

Für Februar 2018 könne die Klägerin gemäß §§ 611, 615 Satz 1 BGB 460,00 Euro brutto verlangen.

43

Bis zum 28. Februar 2018 habe ein Arbeitsverhältnis bestanden. Die Klägerin habe behauptet, entsprechenden dem schriftlichen Arbeitsvertrag als Hauswirtschafterin tätig gewesen zu sein. Der Beklagte habe demgegenüber eingewendet, es handele sich um einen Scheinvertrag, da tatsächlich vereinbart worden sei, dass sie ihm zweimal wöchentlich zu einvernehmlichem Geschlechtsverkehr gegen ein Nettogehalt von 408,00 Euro zuzüglich einer Barzahlung von 250,00 Euro wöchentlich und Nutzung eines PKWs und der Übernahme von Mietkosten für ihre Wohnung in Höhe von 105,00 Euro monatlich habe zur Verfügung stehen sollen.

44

Im Ergebnis könne dahinstehen, ob der Arbeitsvertrag auf hauswirtschaftliche oder sexuelle Dienstleistungen ausgerichtet gewesen sei. Nach Vortrag beider Parteien habe ein Arbeitsvertrag bestanden. Seit Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes könne ein Dienst- oder Arbeitsvertrag mit einer Prostituierten aufgrund der dem Gesetz zugrunde liegenden Wertung und dem Wandel der Anschauung in der Bevölkerung

nicht mehr per se als sittenwidrig eingestuft werden. Der Vertrag könne nur bei Hinzukommen weiterer Umstände sittenwidrig sein. Diese seien nicht ersichtlich.

45

2. Der Beklagte habe sich im Februar 2018 in Annahmeverzug befunden. Er habe die Klägerin mit dem Kündigungsschreiben von der Arbeitsleistung freigestellt.

46

Zwar habe er ausdrücklich das Arbeitsverhältnis als Hauswirtschafterin gekündigt. Sollte jedoch eine Arbeitsleistung als Hauswirtschafterin nicht vereinbart gewesen sein, sei die Kündigung dahin auszulegen, dass das bestehende Arbeitsverhältnis - mit welchem Vertragsgegenstand auch immer - habe gekündigt werden sollen.

47

Die Parteien hätten unstreitig eine monatliche Vergütung von 460,00 Euro brutto vereinbart, wie sich aus dem schriftlichen Arbeitsvertrag ergebe. Selbst wenn dieser nur zum Schein abgeschlossen worden sein sollte, bestehe jedenfalls auch nach Vortrag des Beklagten ein monatlicher Vergütungsanspruch von 460,00 Euro brutto.

48

Er könne nicht mit Erfolg einwenden, Gegenforderungen zu haben. Eine Aufrechnung sei nicht erklärt worden. Sein Vortrag zur Aufrechnung mit Ansprüchen aus übernommenen Bußgeldzahlungen und Kosten für Unfallschäden sei nicht ausreichend substantiiert.

49

Der Zinsanspruch rechtfertige sich aus §§ 286 Abs. 2, 288 Abs. 1 BGB.

50

Die Klägerin könne Urlaubsabgeltung in Höhe von 320,00 Euro brutto verlangen. Im Übrigen sei der Anspruch unbegründet.

51

Er ergebe sich aus § 7 Abs. 4 BUrlG. Bei einem acht Monate andauernden Arbeitsverhältnis betrage der anteilige Urlaubsanspruch zehn Tagen. Auch wenn der Inhalt der klägerischen Tätigkeit streitig sei, sei von dem arbeitsvertraglich vereinbarten Jahresurlaub von 25 Urlaubstagen bei einer Fünftageweche auszugehen.

52

Die Klägerin habe während der Dauer des Arbeitsverhältnisses zwei Urlaubstage in Natur genommen. Sie habe selbst eingeräumt, am 10. Juli 2017 und 13. August 2017 Urlaub gehabt zu haben.

53

Die übrigen von dem Beklagten vorgetragene Abwesenheitstage könnten nicht als Urlaubstage berücksichtigt werden. Es sei nicht ersichtlich, dass die Klägerin Urlaub beantragt habe, der ihr bewilligt worden sei. Auch die Reise nach Sizilien könne nicht als Urlaub angesehen werden. Diese Reise sei nach Vortrag des Beklagten beruflich veranlasst gewesen. Seine Begleitung habe nach seinem Vortrag zu der vereinbarten Arbeitsleistung gehört.

54

Der Rechtsurlaubsanspruch von acht Urlaubstagen sei unter Zugrundelegung von vier Arbeitsstunden täglich und einem Bruttostundenlohn von 10,00 Euro mit 320,00 Euro brutto abzugelten.

55

Der Zinsanspruch rechtfertige sich aus §§ 286 Abs. 2, 288 Abs. 1 BGB.

56

Der Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses folge aus § 109 Abs. 1 GewO.

57

Der Anspruch auf Erteilung einer Vergütungsabrechnung für Dezember 2017 rechtfertige sich aus § 108 Abs. 1 GewO.

58

Die Klägerin könne dagegen nicht 460,00 Euro brutto für Januar 2018 verlangen. Insoweit sei die Klage abzuweisen gewesen.

59

Der Anspruch folge nicht aus §§ 611 BGB, 3 Abs. 1 Satz 1 EntgFG.

60

Die Klägerin sei für eine Arbeitsleistung im Januar 2018 darlegungs- und beweispflichtig. Sie habe nicht substantiiert dargelegt, welche Arbeitsleistungen sie im Einzelnen erbracht habe. Sie habe lediglich vorgetragen, an welchen Tagen sie zu welchen Zeiten als Hauswirtschafterin gearbeitet habe. Nach Bestreiten des Beklagten hätte sie zumindest substantiiert darlegen müssen, welche Arbeiten sie auf wessen Anweisung ausgeführt habe. Ihr sei eine entsprechende Auflage erfolglos erteilt worden.

61

Sie habe auch keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Zeit vom 5. Januar bis 13. Januar 2018. Sie habe zwar angegeben, in dieser Zeit arbeitsunfähig krank gewesen zu sein. Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung habe sie nicht vorgelegt. Da der Beklagte die Erkrankung bestritten habe, habe es ihr obliegen, substantiiert vorzutragen, arbeitsunfähig krank gewesen zu sein.

62

Außerdem habe der Arbeitgeber ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 7 Abs. 1 Nr. 1 EntgFG, solange der Arbeitnehmer die ärztliche Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 EntgFG nicht vorgelegt habe.

63

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Urteils wird auf Bl. 177 - 191 d. A. Bezug genommen.

64

Der Beklagte hat gegen das ihm am 13. Dezember 2018 zugestellte Urteil am 14. Januar 2019 bei dem Landesarbeitsgericht eingehend Berufung eingelegt und diese am 11. Februar 2019 bei dem Landesarbeitsgericht eingehend begründet.

65

Er rügt das erstinstanzliche Urteil als fehlerhaft und führt aus:

66

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei der von der Klägerin vorgelegte Arbeitsvertrag gemäß § 117 BGB nichtig. Entgegen § 3 des Arbeitsvertrages sei ihre Tätigkeit als Hauswirtschafterin nicht gewollt gewesen. Sie habe sexuelle Dienstleistungen erbringen sollen.

67

Gemäß § 117 Abs. 2 BGB sei das tatsächlich Gewollte, das verdeckte Rechtsgeschäft zwar nicht grundsätzlich unwirksam. Zu Unrecht sei das Arbeitsgericht jedoch davon ausgegangen, ein Vertrag über sexuelle Dienstleistungen sei grundsätzlich wirksam. Die Klägerin habe Leistungen vom Jobcenter erhalten. Hätte sie seine verdeckten finanziellen Leistungen dem Jobcenter gegenüber angegeben, so hätte dieses den Leistungsbezug eingestellt. Aus diesem Umstand ergebe sich die Sittenwidrigkeit des Vertrages über sexuelle Dienstleistungen.

68

Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass das Prostitutionsgesetz das Rechtsverhältnis zwischen der Prostituierten und ihrem Kunden regle. Es sei streitig, ob die entgeltliche Erbringung sexueller Leistungen nach Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes sittenwidrig sei. So gehe zwar der Bundesgerichtshof davon aus, dass die Vereinbarung zwischen der Prostituierten und ihrem Kunden über die Vornahme sexueller Handlungen nicht mehr dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterliege. Nach der Gegenauffassung bleibe der Vertrag auch nach Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes sittenwidrig. Die Sittenwidrigkeit ergebe sich aus einem Verstoß gegen die Menschenwürde, die nicht zur Disposition des Gesetzgebers stehe.

69

Der Beklagte beantragt,

70

das Urteil des Arbeitsgerichts Bochum - 5 Ca 275/18 - vom 12. September 2018 abzuändern und die Klage abzuweisen.

71

Die Klägerin beantragt,

72

die Berufung zurückzuweisen.

73

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil als zutreffend und führt aus:

74

Unstreitig hätten die Parteien ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, das darin bestanden habe, dass 460,00 Euro für ihre Arbeitsleistung gezahlt werden sollten. Erstinstanzlich sei lediglich streitig gewesen, ob die Arbeitsleistung in hauswirtschaftlicher Tätigkeit oder in sexuellen Dienstleistungen bestanden habe. Es könne offenbleiben, welchen Vertragsgegenstand der unstreitig abgeschlossene Arbeitsvertrag gehabt habe. Die Tätigkeit als Hauswirtschafterin ergebe sich schon aus dem schriftlichen Vertrag, für den die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit streite.

75

Zu Recht habe das Arbeitsgericht Bochum darauf hingewiesen, dass unabhängig von dem Vertragsgegenstand der Vertrag jedenfalls wirksam gewesen sei und der Lohn für die Kündigungsfrist zu bezahlen sei.

76

Wenn nunmehr ein Vertragsfremder in die Argumentation einbezogen werde, sei dies unerheblich. Es möge so sein, dass sie im streitgegenständlichen Zeitraum Leistungen des Jobcenters bezogen habe. Diese Leistungen stünden jedoch einer Arbeitsaufnahme im geringfügigen Beschäftigungsbereich nicht entgegen. Das Jobcenter hätte ihre Leistungen nicht vollständig gestrichen. Erst recht führe dieser Tatbestand nicht zur Sittenwidrigkeit des Vertrages, sondern allenfalls dazu, dass Verdienstbestandteile, die die Freibeträge überschritten hätten, vom Jobcenter hätten angerechnet werden können.

77

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

A.

78

Die gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 64 Abs. 2b, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO an sich statthafte und form- sowie fristgerecht eingelegte Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bochum vom 12. September 2018 ist nur teilweise begründet.

79

I. Der zulässige auf Zahlung des Entgelts für Februar 2018 gerichtete Leistungsantrag ist unbegründet.

80

Ein Anspruch der Klägerin folgt nicht aus §§ 615 Satz 1, 611 Abs. 1, 611a Abs. 2 BGB.

1.

81

a. Der zwischen den Parteien geschlossene undatierte Arbeitsvertrag stellt sich als Scheingeschäft iSd. § 117 Abs. 2 BGB dar.

82

Danach gilt, dass, wenn durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt wird, die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung finden.

83

Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn nur der äußere Schein von Willenserklärungen hervorgerufen wird, die Parteien die Rechtswirkung nicht eintreten lassen wollen. Kein Scheingeschäft ist gegeben, wenn zur Erreichung der gewollten Rechtsfolge eine gültige Willenserklärung für nötig gehalten wird. Gegen ein Scheingeschäft spricht, dass der ernsthaft gewollte Rechtserfolg nur durch gültige Willenserklärungen zu erreichen ist, mag das Geschäft auch der Täuschung Dritter dienen (BAG 18. März

2009 - 5 AZR 355/08 - Rn. 12, juris; Jauernig/Mausel, BGB, 17. Auflage, § 117 BGB Rn. 2, 3).

84

Die Parteien haben in § 3 des als Arbeitsvertrag bezeichneten Vertrags vereinbart, dass die Klägerin als Hauswirtschafterin hausübliche Verrichtungen habe erbringen sollen. Sie haben jedoch nicht den Willen gehabt, den Rechtserfolg nach § 611a Satz 1 BGB herbeizuführen, nämlich die Verpflichtung der Klägerin, in dem Haushalt des Beklagten zu arbeiten.

85

Für ihre Behauptung, es sei ein Arbeitsvertrag über hauswirtschaftliche Dienste geschlossen worden, spricht zunächst der schriftliche Arbeitsvertrag. Der für den Abschluss eines Scheingeschäfts darlegungspflichtige Beklagte (BAG 13. Februar 2003 - 8 AZR 59/02 - Rn. 36, juris) hat jedoch schlüssig dargelegt, dass entgegen der Abrede ihre Tätigkeit als Hauswirtschafterin nicht gewollt war, der Vertrag tatsächlich auch nicht so gelebt wurde. Er hat sich vielmehr darauf berufen, dass schon bei ihrem ersten Treffen am 10. Juni 2017 vereinbart wurde, ein sogenanntes "Sugar-Daddy-Verhältnis" zu begründen, d.h. der Beklagte war bereit, die Klägerin gegen sexuelle Dienstleistungen finanziell zu unterstützen und ihr ein monatliches Entgelt zu zahlen. Sie hat nicht in Abrede gestellt, dass er ihr am 10. Juni 2017 nicht den Abschluss eines Arbeitsvertrags als Hauswirtschafterin, sondern einvernehmlichen Sex zweimal wöchentlich sowie gemeinsame Essen und Kurzurlaube angeboten hat. Sie hat lediglich bestritten, das Angebot angenommen zu haben.

86

Für die Absicht, eine vertragliche Bindung zur Erbringung sexueller Dienstleistungen einzugehen, spricht, dass das Treffen nach von ihr nicht bestrittenem Vortrag des Beklagten von einer gemeinsamen Bekannten arrangiert wurde, die ihm Fotos sendete, die nicht den üblichen Bewerbungsfotos für ein Arbeitsverhältnis entsprechen. Die Klägerin, die nicht in Abrede gestellt hat, dass die Fotos mit ihrem Willen aufgenommen und dem Beklagten zugänglich gemacht wurden, stellte sich ihre Attraktivität als Frau deutlich betonend dar.

87

Weiterhin sendete sie ihm nach dem Treffen, insbesondere in den Monaten Juni bis August 2017, regelmäßig Fotos, die sein sexuelles Interesse steigern bzw. erhalten sollten.

88

Auch aus dem Whatsappverkehr der Parteien ergibt sich, dass Sex ein ständiges Thema war und von dem Beklagten erwartet wurde. Gegen die Behauptung der Klägerin, es habe zwischen den Parteien niemals Geschlechtsverkehr gegeben, auch anlässlich des ersten Treffens am 10. Juni 2017 habe es kein sexuell geprägtes Zusammensein gegeben, spricht der Whatsappverkehr vom 11. Juni 2017, in dem sie auf das Bedauern des Beklagten bezüglich ihrer Schmerzen im Arm schrieb "Nächstes mal Ich bin hood" und auf seine Antwort "Du warst gestern auch gut, ich fand es schön" erwiderte "Für 1mal nich schlecht". Am 14. November 2017 versprach sie ihm Sex für den folgenden Tag. Am 29. November 2017 sendete sie ihm erotische Fotos mit der Bemerkung "Bby you see my weed?" (Unkraut, Seegrass, Marihuana). Am 4. Dezember 2017 schrieb sie "I make give you sex of dream aber das is toya". Auch am 23. Dezember 2017 erklärte sie sich zu Sex an diesem Tag bereit.

89

Das Bestreiten der Klägerin ist angesichts des substantiierten Vortrags des Beklagten unzureichend.

90

Es ist nicht ersichtlich, wann und aus welchem Grund der undatierte Arbeitsvertrag über hauswirtschaftliche Dienstleistungen zustande gekommen ist. Das erste Treffen der Parteien fand am 10. Juni 2017 statt. Das Arbeitsverhältnis sollte jedoch nach § 1 des Vertrages schon am 1. Juni 2017 beginnen.

91

Die Klägerin hat tatsächlich keine Arbeitsleistung als Hauswirtschafterin erbracht. Sie hat die Behauptung des Beklagten, der Vertrag sei lediglich zum Schein, zur Verdeckung der eigentlichen Absicht, ein sexuelles Dienstverhältnis zu begründen, geschlossen worden, nicht erheblich bestritten. Wie schon das Arbeitsgericht Bochum festgestellt hat, lässt sich dem erstinstanzlichen Vorbringen nicht entnehmen, dass und welche hauswirtschaftlichen Arbeitsleistungen sie im Januar 2018 erbracht hat. Eine Feststellung ist auch für die vorhergehenden Monate nicht möglich. Sie hat lediglich für Januar 2018 Arbeitszeiten am Abend aufgeführt, ohne die Arbeitsleistung zu bezeichnen. Unerheblich ist ihre Behauptung, ein Bekannter habe sie außer im Januar 2018 zweimal wöchentlich zu der Wohnung des Beklagten gefahren. Daraus folgt nicht, dass sie vertragsgemäß gearbeitet hat. Dass sie dessen Wohnung in nicht näher beschriebener Arbeitskleidung, nicht im Negligee aufgesuchte, dürfte selbstverständlich sein und ist ohne Aussagekraft. Sie mag für den Beklagten gekocht haben. Darin erschöpfte sich ihre vertraglich übernommene Verpflichtung als Hauswirtschafterin jedoch nicht. Gegen die Übernahme von Putz-, Wasch-, Einkaufsleistungen spricht entscheidend, dass der Haushalt des Beklagten - wie von der Klägerin nicht in Abrede gestellt - von seiner Schwester versorgt wurde.

92

Zusammengefasst stellte sich das Verhältnis der Parteien so dar, dass der Beklagte unter Einsatz erheblicher finanzieller Zuwendungen versucht hat, die Klägerin an sich zu binden und sie zu sexuellen Dienstleistungen zu bewegen, wie er bereits am 10. Juni 2017 äußerte. Sie hat sich seiner finanziellen Zuwendungen, seines Interesses durch Übersendung aufreizender Fotos und Ankündigung von Sex vergewissert, sich jedenfalls nicht in dem von dem Beklagten erwarteten Umfang auf Geschlechtsverkehr eingelassen. Teil der finanziellen Zuwendungen war die als Arbeitslohn ausgewiesene Zahlung von monatlich 460,00 Euro, ohne dass dafür eine hauswirtschaftliche Arbeitsleistung erbracht werden sollte. Die Beziehung war für eine unbestimmte Dauer auf sexuelle Dienstleistungen angelegt. Unwidersprochen hat der Beklagte behauptet, insgesamt ca. 20.000,00 Euro "investiert" zu haben.

93

Dabei handelt es sich jedoch nach Vortrag beider Parteien nicht lediglich um eine unverbindliche "Sugar-Daddy-Beziehung".

94

Der Abschluss des Arbeitsvertrags kann nur dahin verstanden werden, dass die Klägerin einen vertraglichen Anspruch auf Zahlung von monatlich 460,00 Euro erwerben, dafür als Gegenleistung dem Beklagten zu sexuellen Dienstleistungen zur Verfügung stehen sollte, wobei damit nicht nur Geschlechtsverkehr gemeint war, wie die von der Klägerin an den Beklagten übersandten Fotos zeigen.

95

Die Klägerin selbst hat in der Berufungsinstanz noch einmal betont, dass sich die Parteien rechtsgeschäftlich auf die Zahlung eines Monatslohnes von 460,00 Euro

geeinigt hätten, lediglich der Inhalt der von ihr zu erbringenden Tätigkeit streitig, aber im Ergebnis unerheblich sei.

96

Das durch den Vertrag über Hauswirtschaftleistungen verdeckte Geschäft einer vertraglichen Verpflichtung der Klägerin zu sexuellen Dienstleistungen gegen finanzielle Zuwendungen des Beklagten, insbesondere gegen Zahlung eines monatlichen Entgelts, ist nicht gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nicht nichtig.

97

a. Entgegen seiner Auffassung ergibt sich die Sittenwidrigkeit nicht daraus, dass die Klägerin während der vertraglichen Beziehung der Parteien Leistungen des Jobcenters C bezog und die von ihm erhaltene Vergütung nicht angab.

98

Die Aufnahme einer wie auch immer gearteten Tätigkeit während des Bezugs der Grundsicherung für Arbeitssuchende ist weder gesetzeswidrig iSd. § 134 BGB noch verstößt die Tätigkeit während des Leistungsbezugs per se gegen die guten Sitten.

99

Das Einkommen der Klägerin mag grundsätzlich gemäß § 11 SGB II anzurechnen gewesen sein, soweit die Zuwendungen des Beklagten nicht die Voraussetzungen des § 11a Abs. 5 SGB II erfüllten. Sie mag auch Informationspflichten verletzt haben. Daraus folgt jedoch nicht die Nichtigkeit der vertraglichen Vereinbarung.

100

b. Diese ist auch nicht als Prostitutionsvertrag nichtig.

101

a. Die Parteien haben sich auf die Erbringung sexueller Handlungen durch die Klägerin verständigt.

102

Dabei kann dahinstehen, ob unter sexuellen Handlungen nur die Vornahme sexualbezogener Handlungen an sich, mit oder von einem Kunden in direktem Kontakt, herkömmlich als Prostitution bezeichnet, zu verstehen ist oder ob jedes menschliche Tun oder Dulden erfasst ist, das darauf gerichtet ist, einen anderen sexuell zu erregen und zu befriedigen, ohne dass sich Anbieterin und Kunde am gleichen Ort befinden (zum Meinungsstand: Staudinger/Fischinger, BGB, 2017, § 1 ProstG Rn. 3 - 6).

103

Die Klägerin hat dem Beklagten mehrmals Geschlechtsverkehr versprochen, wie die Whatsappnachrichten zeigen. Die vertragliche Vereinbarung war darauf ausgerichtet, dass sie im direkten Kontakt sexuelle Handlungen erbringt. Sie hat ihm nach ihrer eigenen Whatsappnachricht vom 11. Juni 2017 einen für das erste Mal "nich schlechten" Abend verschafft. Sie hat ihn darüber hinaus durch Übersendung aufreizender Fotos sexuell erregen wollen. Wie dargestellt, zeigen weitere Nachrichten ebenfalls die Bereitschaft zu sexuellen Handlungen.

104

bb. In der Literatur und Rechtsprechung ist streitig, ob Verträge über entgeltlichen Geschlechtsverkehr sittenwidrig sind.

105

In dem Prostitutionsgesetz idF. vom 21. Oktober 2016 ist die Frage der Sittenwidrigkeit nicht geregelt. § 1 ProstG regelt lediglich, wann ein Entgeltanspruch besteht. Nach § 3 ProstG sind die Weisungsrechte bei sexuellen Dienstleistungen eingeschränkt.

106

Ein Gesetzesentwurf, welcher die Abschaffung des Sittenwidrigkeitsverdikts für die Prostitution vorsah, wurde im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich abgelehnt. Allerdings waren mit Ausnahme der CDU/CSU-Fraktion alle im Bundestag vertretenen Fraktionen, die Entwurfverfasser und die Mehrheit im Bundesrat der Auffassung, dass Prostitution nicht mehr sittenwidrig ist (Staudinger/Fischinger aaO. § 1 ProstG Rn. 10 mwN.).

107

Vor diesem Hintergrund wird die Auffassung vertreten, nach den Wertungen der Rechtsordnung, insbesondere der Grundrechte sei die Prostitution weiterhin sittenwidrig, da sie durch die Kommerzialisierung von Sex das Persönlichkeitsrecht, insbesondere die sexuelle Selbstbestimmung verletze (Jauernig/Mause aaO. § 138 BGB Rn. 7; Palandt/Ellenberger, BGB, 78.Auflage, § 138 BGB Rn. 52; Erman/Schmidt-Ränsch, BGB, 15. Auflage, § 138 BGB Rn. 139; Meyer, NJW 2008, 1926, 1927). Dass das Sittenwidrigkeitsverdikt nicht aufgehoben worden sei, zeige sich auch in § 1 ProstG. Bei grundsätzlicher Nichtigkeit der Vereinbarung bestehe nur ausnahmsweise eine Forderung der Prostituierten auf das vorher vereinbarte Entgelt, nämlich nach erbrachter Leistung oder wenn sich eine Person insbesondere im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses für die Erbringung von sexuellen Handlungen für einen bestimmten Zeitraum bereithalte.

108

Das Bundessozialgericht hat die Frage, ob § 138 BGB umfassend nicht mehr anwendbar ist, offengelassen (BSG 6. Mai 2009 - B 11 AL 11/08 - R- Rn. 18, juris), hat aber angemerkt, dass sich dem Prostitutionsgesetz nicht entnehmen lasse, dass der Gesetzgeber die entsprechende Beschäftigung habe umfassend legalisieren wollen.

109

Der 3. Strafsenat des BGH hat erkannt, dass § 1 ProstG eine Ausnahmvorschrift zu § 138 BGB ist und die Wirksamkeit des Anspruchs der Prostituierten auf das vereinbarte Entgelt trotz Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts bestimme (BGH 18. Januar 2011 - 3 ScR 467/10 - Rn. 4, juris).

110

Der 3. Zivilsenat des BGH hat dagegen den Einwand der Sittenwidrigkeit gegenüber Entgeltansprüchen für die Erbringung von Telefonsexdienstleistungen selbst, aber auch für die Vermarktung und Vermittlung dieser Dienstleistungen verneint und ausgeführt, § 1 ProstG regle zwar unmittelbar lediglich die Wirksamkeit von Forderungen auf ein Entgelt, das für die Vornahme von sexuellen Handlungen vereinbart worden sei, jedoch ergäben die dem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen und der Wandel der Anschauungen in der Bevölkerung, dass Forderungen auf Entgelt für die Erbringung, Vermarktung und Vermittlung von Telefonsexdienstleistungen nicht mehr an § 138 Abs. 1 BGB scheiterten. Könne für die Ausübung der klassischen Prostitution eine wirksame Entgeltforderung begründet werden, gelte dieses erst recht für den sogenannten Telefonsex (BGH 8. November 2007 - III ZR 102/07 - Rn. 13, juris). Er hat deshalb Verträge über die

Vermarktung und Vermittlung von Telefonsexdienstleistungen nicht als nichtig angesehen (BGH 8. November 2007 aaO. Rn. 11).

111

Der 1. Zivilsenat des BGH hat ebenfalls die Auffassung vertreten, die Vereinbarungen zwischen Prostituierten und Kunden über die Vornahme von sexuellen Handlungen gegen Entgelt unterfielen nicht mehr dem Verdikt der Sittenwidrigkeit, denn der Gesetzgeber habe mit dem Prostitutionsgesetz einem Wandel in weiten Teilen der Bevölkerung Rechnung getragen, die die Prostitution nicht mehr als schlechthin sittenwidrig ansähen (BGH 13. Juli 2006 - I ZR 241/03 - Rn. 24, BGHZ 168, 314).

112

Auch das Bundesverwaltungsgericht ist davon ausgegangen, der Gesetzgeber habe sich bei Erlass des Prostitutionsgesetzes von der Erwägung leiten lassen, dass nach überwiegender Auffassung die Prostitution nicht mehr als sittenwidrig sei (BVerwG 6. November 2002 - 6 C 16/02 - Rn. 22, juris).

113

Die Kammer stimmt der weiterhin von einer Sittenwidrigkeit des Prostitutionsvertrages ausgehenden Auffassung insoweit zu, als Rechtsgeschäfte, die zu sexuellen Handlungen gegenüber anderen verpflichten oder solche sexuellen Handlungen belohnen, mit der in Art. 1 GG geschützten Menschenwürde und dem in Art. 2 GG geschützten Persönlichkeitsrecht unvereinbar sein können, da die Bereitschaft zu sexuellem Verhalten jederzeit widerrufbar, nicht rechtlich verpflichtend sein darf (Erman/Schmidt-Ränsch aaO. § 138 BGB Rn. 140).

114

Zu bedenken ist jedoch, dass eine Prostituierte, die sich frei und eigenverantwortlich und unter Abwägung der damit verbundenen Vor- und Nachteile für diese Tätigkeit entscheidet, zu erkennen gibt, dass sie darin keine Verletzung der eigenen Würde sieht. Angesichts des dem Grundgesetz zugrunde liegenden Menschenbildes verbietet sich der Schutz der Prostituierten vor ihrem eigenen, frei gebildeten Willen (Staudinger/Fischinger aaO. § 1 ProstG Rn. 13). Etwas anderes gilt jedoch, wenn die Abrede eine rechtlich bindende Verpflichtung enthält, sexuelle Handlungen vorzunehmen. Eine einklagbare Rechtspflicht der Prostituierten zur Leistungserbringung kann nicht durch eine vertragliche Vereinbarung begründet werden, geht man nicht ohnehin davon aus, dass der Vertrag erst mit der Leistungserbringung zustande kommt (Staudinger/Fischinger aaO. § 1 ProstG Rn. 26, 32, 36, 37).

115

Damit ist dem Schutz der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechtes sowie der sexuellen Selbstbestimmung der Prostituierten ausreichend Rechnung getragen, ohne dass es der Nichtigkeit des gesamten Vertrages bedarf. Ihr gereichte ansonsten die zu ihrem Schutz postulierte Freiheit von einer Rechtspflicht zur Vornahme sexueller Handlungen zu einem Nachteil, weil sie keine vertraglichen Ansprüche mehr hätte (Staudinger/Fischinger aaO. § 1 ProstG Rn. 37).

116

2. Der Beklagte befand sich im Februar 2018 jedoch nicht in Annahmeverzug, § 293 BGB.

117

a. Für die Erbringung von sexuellen Dienstleistungen fehlt es an einer Leistungspflicht. Der Vertrag verpflichtete lediglich den Beklagten, während die

Klägerin die Leistung - wie am 28. Januar 2018 nach ihrem Vortrag endgültig geschehen - verweigern durfte.

118

Dass ein Entgeltanspruch unter Annahmeverzugsgesichtspunkten grundsätzlich ausgeschlossen sein soll, zeigt § 1 ProStG, wonach ein Entgeltanspruch rechtswirksam erst entsteht, wenn die sexuelle Handlung vorgenommen wurde oder sich die Person im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses zur Erbringung derartiger Handlungen für eine bestimmte Dauer bereithält. Die Klägerin hat sich gerade nicht bereitgehalten, wie die von ihr behauptete Weigerung am 28. Januar 2018 zeigt.

119

b. Ihr fehlte es an der Leistungsbereitschaft, sollte entgegen der Auffassung der Kammer ein Arbeitsverhältnis über hauswirtschaftliche Leistungen begründet sein.

120

Der Leistungswille des Arbeitnehmers ist zwar in § 297 BGB nicht ausdrücklich als Voraussetzung des Annahmeverzugs des Arbeitgebers genannt. Das Erfordernis der Leistungsbereitschaft folgt jedoch daraus, dass der leistungsunwillige Arbeitnehmer sich selbst außerstande setzt, die Arbeitsleistung zu bewirken. Der subjektive Leistungswille ist eine vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Verzugszeitraumes vorliegen muss (BAG 17. August 2011 - 5 AZR 251/10 - Rn. 15, juris; 24. September 2003 - 5 AZR 591/02 - Rn. 16, juris).

121

Dabei hat der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen, dass der Arbeitnehmer zur Leistung subjektiv nicht bereit war. Das ergibt sich aus der Fassung des § 297 BGB.

122

Der Leistungswille ist eine innere Tatsache. Dass der Arbeitgeber diese zu beweisen hat und die Führung dieses Beweises Schwierigkeiten bereitet, führt nicht zur Beweislastumkehr, sondern zur Modifizierung der Darlegungslast. Wendet der Arbeitgeber fehlenden Leistungswillen des Arbeitnehmers im Annahmeverzugszeitraum ein, reicht es aus, dass er Indizien vorträgt, aus denen darauf geschlossen werden kann. Es ist dann Sache des Arbeitnehmers, die Indizwirkung zu erschüttern (BAG 17. August 2011 aaO. Rn. 17).

123

Wie bereits ausgeführt, hat die Klägerin für die Zeit von Juli 2017 bis Januar 2018 auf den schlüssigen Vortrag des Beklagten nicht dargestellt, die im Arbeitsvertrag versprochenen hauswirtschaftlichen Aufgaben erfüllt zu haben. Es ist nicht ersichtlich, warum sie im Februar 2018 leistungswillig gewesen sein sollte.

124

II. Die Berufung des Beklagten ist unbegründet, soweit er sich gegen seine Verurteilung zur Zahlung von Urlaubsabgeltung in Höhe von 320,00 Euro brutto nebst Zinsen wendet.

125

Der zulässige Klageantrag ist begründet.

126

1. Der Anspruch auf Zahlung von Urlaubsabgeltung folgt aus § 7 Abs. 4 BUrlG. Danach ist der Urlaub, der wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht genommen werden konnte, abzugelten.

127

a. Das Bundesurlaubsgesetz ist auf das Vertragsverhältnis der Parteien anwendbar.

128

Gemäß § 2 BUrlG sind Arbeitnehmer iSd Gesetzes Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten. Als Arbeitnehmer gelten auch Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind.

129

Die Berufungskammer teilt die von den Parteien nicht angegriffene Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts, dass die Klägerin ihre sexuellen Dienstleistungen auf der Basis eines Arbeitsvertrages habe erbringen sollen, wenn das Versprechen hauswirtschaftlicher Arbeitsleistung nur zum Schein abgegeben worden sein sollte.

130

Dabei ist es unerheblich, dass die Weisungsrechte des Beklagten gemäß § 3 Abs. 1 ProstG eingeschränkt waren. Danach sind Weisungen, die das Ob, die Art und das Ausmaß der Erbringung sexueller Dienstleistungen vorschreiben, unzulässig. Es verbleiben jedoch Weisungsrechte iSd § 106 GewO, zB. hinsichtlich des Ortes und des Zeitpunktes der Dienstleistungen.

131

Auch die Prostitution kann im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden, mag dieses auch eher bei einer vertraglichen Bindung zu einem Bordellbetreiber als zu einem Freier der Fall sein (dazu: Staudinger/Fischinger aaO. § 1 ProstG - Rn. 50 ff.).

132

Entscheidend ist jedoch, dass die Parteien ihr Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis bezeichnet und nur eine von § 3 abweichende Leistung der Klägerin vereinbart haben. Ob der Beklagte Weisungsrechte wahrgenommen hat, kann offen bleiben. Ein Rechtsverhältnis, das als Arbeitsverhältnis vereinbart wurde, wird durch die bloße Nichtausübung der Weisungsrechte nicht zu einem freien Dienstverhältnis. Die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses ist nur maßgebend, wenn die Parteien ein Vertragsverhältnis nicht als Arbeitsverhältnis, sondern als freies Dienstverhältnis bezeichnet haben, der Beschäftigte jedoch tatsächlich weisungsgebundene Tätigkeit verrichtet (BAG 25. Januar 2007 - 5 AZB 49/06 - Rn. 12, juris).

133

b. Die Höhe des Abgeltungsanspruchs, die das Arbeitsgericht unter Zugrundelegung von acht nicht gewährten Urlaubstagen, einer Arbeitszeit von vier Stunden/Urlaubstag und eines Stundenlohnes von 10,00 Euro brutto errechnet hat, hat der Beklagte mit der Berufung nicht angegriffen. Er hat insbesondere die Feststellung von acht offenen Urlaubstagen nicht in Frage gestellt.

134

2. Der Zinsanspruch rechtfertigt sich aus §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 2 Nr. 1, 247 BGB.

135

III. Die Berufung ist auch unbegründet, soweit der Beklagte zur Erteilung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses verurteilt wurde.

136

1. Die Klage ist zulässig.

137

Soweit die Klägerin ein "wohlwollendes" Zeugnis verlangt, versteht die Kammer ihr Begehren dahin, dass sie damit lediglich den Wunsch nach einer verständigen und gerechten Beurteilung von Führung und Leistung verdeutlicht, ohne dass dem Begriff eine selbständige Bedeutung zukommt. So verstanden, ist der Antrag ausreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

138

2. Der Anspruch auf ein qualifiziertes Zeugnis rechtfertigt sich aus §§ 109, 6 Abs. 2 GewO.

139

IV. Zu Recht hat das Arbeitsgericht den Beklagten zur Erteilung einer Entgeltabrechnung für Dezember 2017 verurteilt. Die Berufung ist auch insoweit unbegründet.

140

Die zulässige Klage ist aus §§ 108 Abs. 1, 6 Abs. 2 GewO begründet.

141

Der Beklagte hat unstreitig das für Dezember 2017 geschuldete Monatsentgelt gezahlt, der Klägerin aber keine Abrechnung erteilt.

142

Gemäß § 108 Abs. 2 GewO entfällt die Abrechnungspflicht, wenn sich die Angaben gegenüber der letzten ordnungsgemäßen Abrechnung nicht geändert haben. Dazu fehlt es an Tatsachenvortrag des für die rechtsvernichtende Einwendung darlegungspflichtigen Beklagten (BeckOK/Maschmann, GewO, 2018, § 108 GewO Rn. 30).

B.

143

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die Zulassung der Revision aus § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.