

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 268/11

11 Sa 567/10

Landesarbeitsgericht

Rheinland-Pfalz

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am

16. Mai 2012

## URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

1.

Beklagter zu 1., Berufungskläger zu 1. und Revisionsbeklagter zu 1.,

2.

Beklagte zu 2., Berufungsklägerin zu 2. und Revisionsbeklagte zu 2.,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 16. Mai 2012 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Röth-Ehrmann und Christen für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 17. Februar 2011 - 11 Sa 567/10 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche. 1

Der 1981 geborene Kläger nahm von 2002 bis Anfang 2009 Dienste als Rettungssanitäter für die Rettungswache R wahr. Diese Rettungswache wurde bis zum 31. Dezember 2006 durch den DRK-Kreisverband K e. V. betrieben und ab 1. Januar 2007 dem Beklagten zu 1. zugeordnet. Zum 1. April 2008 übertrug der Beklagte zu 1. den Betriebsbereich Rettungsdienst auf die von ihm gegründete Beklagte zu 2. Die Arbeitsverträge des Klägers wurden nicht schriftlich niedergelegt. 2

Die Beklagte zu 2. ist in der Wirtschaftsregion Westpfalz, die dem Rettungsdienstbereich Kaiserslautern iSd. § 4 RettDG Rheinland-Pfalz entspricht, die einzige im Rettungsdienstbereich tätige DRK-Anbieterin. Sie führte 2008 83 % aller rettungsdienstlichen Einsatzfahrten durch. 3

Der Kläger ist seit Mai 2008 Mitglied der Gewerkschaft ver.di mit Tarifbindung ab Juni 2008. Die Beklagten sind Mitglieder der Landestarifgemeinschaft des Deutschen Roten Kreuzes in Rheinland-Pfalz, die nach § 1 Abs. 3 ihrer Satzung wiederum Mitglied der Bundestarifgemeinschaft des Deutschen 4

Roten Kreuzes ist. Der zwischen der Bundestarifgemeinschaft des Deutschen Roten Kreuzes und der Gewerkschaft ver.di abgeschlossene DRK-Reformtarifvertrag vom 22. Dezember 2006 enthält in Anlage 5 Sonderregelungen für geringfügig Beschäftigte. § 3 der Anlage 5 bestimmt in der auf die Rettungssanitäter anwendbaren VergGr. III in der seit dem 1. Januar 2007 geltenden Fassung ein Stundenentgelt von 8,00 Euro. § 41 DRK-Reformtarifvertrag regelt eine sechsmonatige Ausschlussfrist.

Der Kläger und ca. 200 weitere in gleicher Weise eingesetzte Rettungsassistenten bzw. -sanitäter durchweg Mitarbeiter im Nebenerwerb oder Studenten, konnten sich - nach Eintragung der Vollzeitbeschäftigten in den Jahresdienstplan - auf die noch 20 bis 30 % offenen Dienste bei den Wachleitern „bewerben“. Hierzu trugen sie sich im Vormonat im PC der Rettungswache ein oder teilten dem Wachenleiter fernmündlich mit, an welchen Tagen/Nächten des folgenden Monats sie Dienste leisten könnten. Aus den so angegebenen Diensten wählte der Wachenleiter aus und teilte kurz vor Beginn des nächsten Monats mit, ob und wenn ja welche und wie viele Dienste der jeweilige Rettungsassistent bzw. -sanitäter bekommen habe. Darüber hinaus riefen die Beklagten bei (zB krankheitsbedingtem) Ausfall eines Vollzeitbeschäftigten den Kläger oder andere Rettungsassistenten bzw. -sanitäter kurzfristig an und fragten deren Bereitschaft ab, den Dienst zu übernehmen. Zur Übernahme eines solchen Dienstes bestand keine Verpflichtung. Auch eine Stornierung bereits übernommener Dienste durch die einzelnen Rettungsassistenten bzw. -sanitäter war möglich. 5

Bis zum 31. Dezember 2007 zahlte der Beklagte zu 1. an den Kläger 3,20 Euro für Nachtdienststunden und 5,20 Euro für Tagdienststunden, ab dem 1. Januar 2008 ein einheitliches Stundenentgelt von 5,11 Euro. Letzteres zahlte auch die Beklagte zu 2. ab 1. April 2008. 6

Der Kläger und die Beklagte zu 2. führten einen Rechtsstreit, in dem die Anträge des Klägers auf Feststellung eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses sowie auf Zahlung von Annahmeverzugsvergütung für die Zeit von Januar bis Juni 2009 rechtskräftig abgewiesen wurden. 7

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, das gezahlte Entgelt sei sittenwidrig, weil ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliege und ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehe. Er habe in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis gestanden, welches vom DRK-Kreisverband K e. V. auf den Beklagten zu 1. und sodann auf die Beklagte zu 2. übergegangen sei, so dass die Beklagten als Gesamtschuldner auch für die Ansprüche aus 2005 und 2006 hafteten. 8

Die Forderung von Arbeitsentgelt für Januar 2009 hat der Kläger erstmals mit der Klageänderung vom 29. Juni 2010 geltend gemacht. 9

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Interesse - zuletzt sinngemäß beantragt, 10

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger 8.665,28 Euro brutto nebst Zinsen zu zahlen.

Hilfsweise

- a) den Beklagten zu 1. zu verurteilen, an den Kläger 5.301,68 Euro brutto nebst Zinsen zu zahlen und
- b) die Beklagte zu 2. zu verurteilen, an den Kläger weitere 317,69 Euro brutto nebst Zinsen zu zahlen.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Ansprüche aus 2005 und 2006 müssten sie nicht erfüllen, weil kein mit dem DRK-Kreisverband K e. V. bestehendes Arbeitsverhältnis auf den Beklagten zu 1. übergegangen sei. Die Vergütung sei auch nicht sittenwidrig gewesen. 11

Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit sie in die Revisionsinstanz gelangt ist - stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine zuletzt gestellten Anträge weiter. 12

## Entscheidungsgründe

- I. Die Revision ist gemäß § 551 Abs. 3 Nr. 2 ZPO unzulässig, soweit der Kläger mit dem Hauptantrag weiterhin die Verurteilung der Beklagten als Gesamtschuldner für Ansprüche aus den Jahren 2007 und 2008 begehrt. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit eine gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten unter II. 2.5. und II. 1. der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verneint, weil die Voraussetzungen eines bei Betriebsübergang bestehenden Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB nicht vorlägen. Hiermit setzt sich die Revisionsbegründung nicht auseinander. Die Ausführungen unter II. 1. der Revisionsbegründung betreffen ausdrücklich nur die Ansprüche aus den Jahren 2005 und 2006 und damit einen anderen Streitgegenstand. 13
- II. Im Übrigen ist die Revision des Klägers unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage in Höhe der noch streitigen Ansprüche zu Recht abgewiesen. 14
1. Die mit dem Hauptantrag geltend gemachten Ansprüche für 2005 und 2006 bestehen nicht. Die Beklagten haften nicht als Gesamtschuldner für Ansprüche aus den Jahren 2005 und 2006. In diesem Zeitraum bestand weder zum Beklagten zu 1. noch zu der Beklagten zu 2. ein Arbeitsverhältnis. Auch eine Haftung gemäß § 613a Abs. 2 BGB scheidet aus, weil kein Arbeitsverhältnis des Klägers zum DRK-Kreisverband K e. V. infolge eines Betriebsübergangs gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Beklagten zu 1. übergegangen ist. Ein Arbeitsverhältnis ist auch nicht vom Beklagten zu 1. auf die Beklagte zu 2. gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB übergegangen, so dass auch eine gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten untereinander ausscheidet. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Kläger lediglich im Rahmen auf den konkreten Einsatz bezogener, befristeter Ein-Tages-Arbeitsverhältnisse beschäftigt war, die zum Zeitpunkt der jeweiligen Betriebsübergänge nicht mehr bestanden. 15

- a) Der Kläger und der DRK-Kreisverband K e. V. haben weder ausdrücklich noch konkludent einen unbefristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen. 16
- aa) Notwendige Voraussetzung für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses ist nach § 611 Abs. 1 BGB, dass sich der Arbeitnehmer vertraglich zur Leistung von Diensten verpflichtet (*BAG 31. Juli 2002 - 7 AZR 181/01 - zu B 1 a der Gründe, AP TzBfG § 4 Nr. 2 = EzA TzBfG § 12 Nr. 1*). Allerdings muss die Arbeitsleistung nicht schon von vornherein im Einzelnen festgelegt sein. Die arbeitsvertragliche Vereinbarung kann auch beinhalten, dass der Arbeitgeber die konkrete Verpflichtung zur Arbeitsleistung erst durch eine einseitige, gemäß § 106 Satz 1 GewO zu treffende Weisung auslöst (*vgl. BAG 31. Juli 2002 - 7 AZR 181/01 - aaO*). Ebenso kann vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (*vgl. § 12 Abs. 1 Satz 1 TzBfG*). Demgegenüber ist ein Vertrag, der keine Verpflichtung zur Dienstleistung begründet, kein Dienstvertrag und damit auch kein Arbeitsvertrag (*BAG 15. Februar 2012 - 10 AZR 111/11 - Rn. 15, NZA 2012, 733; 12. November 2008 - 7 ABR 73/07 - Rn. 18; 16. April 2003 - 7 AZR 187/02 - zu I 1 der Gründe, BAGE 106, 79; 31. Juli 2002 - 7 AZR 181/01 - aaO*). Ob ein unbefristeter Arbeitsvertrag oder einzelne, jeweils befristete Arbeitsverträge geschlossen werden, richtet sich allein nach dem Parteiwillen. Dieser kann sich aus den ausdrücklichen Erklärungen der Vertragsparteien, aber auch aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen ergeben, soweit sie Rückschlüsse auf den Willen der Vertragsparteien zulassen (*BAG 31. Juli 2002 - 7 AZR 181/01 - aaO; 13. Februar 1985 - 7 AZR 345/82 - zu B I 1 der Gründe*). 17
- bb) Hiernach stand der Kläger nicht in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis. Er hat keine dauerhaften Dienste zugesagt und sich nicht dauerhaft zur Erbringung von Diensten verpflichtet. Den Beklagten wurde auch nicht das Recht eingeräumt, durch Ausübung eines Leistungsbestimmungsrechts die konkrete Leistungspflicht des Klägers herbeizuführen (*BAG 15. Februar 2012 - 10 AZR 111/11 - Rn. 18; 16. April 2003 - 7 AZR 187/02 - zu I 1 der Gründe, BAGE 106, 79*). Die tatsächliche Durchführung der Tätigkeit des Klägers lässt nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsge- 18

richts ebenfalls nicht darauf schließen, dass dem Arbeitgeber über den einzelnen vereinbarten Einsatz hinaus das Recht eingeräumt werden sollte, einseitig die konkrete Leistungspflicht des Klägers herbeizuführen. Die Initiative zur Ableistung eines Dienstes ging - ausgenommen von kurzfristigen Krankheitsvertretungen - regelmäßig vom Kläger aus. Dieser bewarb sich durch die Eintragung im PC der Rettungswache oder durch telefonische Mitteilung um bestimmte Dienste. In der Bereitstellung eines leeren Dienstplanformulars - oder wie hier, der Möglichkeit, sich im PC für einen Dienst einzutragen - ist nichts anderes zu sehen als die Mitteilung, dass der Arbeitgeber grundsätzlich bereit ist, mit den eingetragenen dienstbereiten Personen für den Fall seines konkreten Bedarfs und für den Fall der persönlichen Eignung auf Dauer des Einsatzes begrenzte Arbeitsverträge abzuschließen (*vgl. BAG 13. Januar 1993 - 5 AZR 54/92 - zu II der Gründe, ZTR 1993, 248*). Der Kläger war auch nicht verpflichtet, sich stets für eine bestimmte Anzahl von Diensten zu bewerben. Die Parteien hatten keinen festen (Mindest-)Umfang der monatlichen oder jährlichen Arbeitszeit vereinbart. Die mittel- und längerfristig erbrachte Arbeitszeit unterlag vielmehr deutlichen Schwankungen.

Auch die einzelnen Tage, an denen der Kläger tätig wurde, variierten. Er konnte zudem nicht gegen seinen Willen zu einem Dienst eingeteilt werden. Es bedurfte immer einer einvernehmlichen Einigung. Bezüglich des konkreten Arbeitseinsatzes bestand das Konsensprinzip (*BAG 15. Februar 2012 - 10 AZR 111/11 - Rn. 20, NZA 2012, 733*). Schließlich war er sogar berechtigt, kurzfristig Dienste, für die er bereits eingeteilt war, wieder zu stornieren. All dies spricht gegen die Annahme, der Kläger habe den Willen erklärt, sich dauerhaft zu einer Arbeitsleistung zu verpflichten.

19

Aus den monatlichen Entgeltabrechnungen und der Anmeldung bei der Bayerischen Versorgungskammer zur Zusatzversorgung lässt sich ebenfalls kein unbefristetes Arbeitsverhältnis schließen. Entsprechende Handhabungen liegen auch bei häufig wiederkehrenden, jeweils kurzzeitig befristeten Arbeitsverhältnissen nahe und sprechen nicht für ein unbefristetes Dauerarbeitsverhältnis (*vgl. BAG 31. Juli 2002 - 7 AZR 181/01 - zu B 1 b der Gründe, AP TzBfG*

20

§ 4 Nr. 2 = EzA TzBfG § 12 Nr. 1; 30. Oktober 1991 - 7 AZR 653/90 - zu I b der Gründe).

b) Die auf den jeweiligen Einsatz bezogenen Ein-Tages-Arbeitsverhältnisse stellen nach ihrem objektiven Geschäftsinhalt keine unzulässige, zu einem unbefristeten Dauerarbeitsverhältnis führende Vertragsgestaltung dar. Es liegt weder eine Gesetzesumgehung noch der Missbrauch einer an sich zulässigen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit vor. Die Arbeitsvertragsparteien sind nicht gezwungen, statt Einzelarbeitsverträgen ein Abrufarbeitsverhältnis nach § 12 TzBfG zu begründen. § 12 TzBfG verbietet den Abschluss jeweils befristeter Einzelarbeitsverträge nicht. Auch kann der Arbeitnehmer ein Interesse an einer solchen Vertragskonstruktion haben; denn er kann dadurch über seine Zeit frei verfügen und läuft nicht Gefahr, dass seine anderweitigen Dispositionen und Verpflichtungen mit der Verpflichtung zur Arbeitsleistung kollidieren (*grundlegend BAG 31. Juli 2002 - 7 AZR 181/01 - zu B 3 a der Gründe mwN, AP TzBfG § 4 Nr. 2 = EzA TzBfG § 12 Nr. 1; zuletzt 15. Februar 2012 - 10 AZR 111/11 - Rn. 22 ff. mwN, NZA 2012, 733*). Der durch Art. 12 Abs. 1 GG gebotene Bestandsschutz wird nicht in unzulässiger Weise beseitigt oder beschränkt. Es unterliegt der vollen Überprüfung durch die Arbeitsgerichte, ob eine Verpflichtung zur Erbringung von Arbeitsleistung und damit ein Arbeitsverhältnis begründet wird. Auch wenn dies nicht der Fall ist, unterliegen die zwischen den Parteien geschlossenen Einzelvereinbarungen der arbeitsgerichtlichen Befristungskontrolle (*vgl. BAG 16. April 2003 - 7 AZR 187/02 - zu I 2 der Gründe, BAGE 106, 79*). Nach dem TzBfG kommt es nicht darauf an, ob die Wartezeit des § 1 KSchG erfüllt ist (*BAG 6. November 2003 - 2 AZR 690/02 - zu B I 2 a der Gründe, BAGE 108, 269*).

21

c) Der Senat kann eine abschließende Sachentscheidung treffen. Es besteht keine Verpflichtung, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union (*im Folgenden: EuGH*) zu richten (*Art. 267 AEUV*). Die vom Kläger aufgeworfene Frage, ob auch in Zeiten zwischen dem Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses und der Neubegründung eines weiteren befristeten Arbeitsverhältnisses von einem bestehenden Arbeitsverhältnis iSd. Art. 2

22



Abs. 2 der Richtlinie 2001/23/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen auszugehen ist, wenn in diesem Zeitraum ein Betriebsübergang stattfindet, ist unzweifelhaft aus dem Wortlaut der Richtlinie heraus zu beantworten und zudem vom EuGH geklärt (vgl. *EuGH 6. Oktober 1982 - C-283/81 - [C.I.L.F.I.T. ua.] Slg. 1982, 3415; BVerfG 30. August 2010 - 1 BvR 1631/08 - Rn. 56, NJW 2011, 288; 4. Oktober 2011 - 1 BvL 3/08 - Rn. 51, NJW 2012, 45*).

aa) Die Betriebsübergangsrichtlinie basiert auf einem einzelstaatlichen Arbeitnehmerbegriff, Art. 2 Abs. 2 Buchst. a, b der Richtlinie 2001/23/EG. Der EuGH entschied bereits zur Vorgängerrichtlinie 77/187/EWG in der Rechtssache *Danmols Inventar (11. Juli 1985 - C-105/84 - Slg. 1985, 2639)*, dass eine gemeinschaftsrechtliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs nicht erforderlich sei. Art. 2 der Richtlinie 2001/23/EG schrieb diese Rechtsprechung fest. Arbeitnehmer ist hiernach zunächst jede Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat aufgrund des einzelstaatlichen Arbeitsrechts geschützt ist. Nach Art. 2. Abs. 2 der Richtlinie 2001/23/EG lässt diese das einzelstaatliche Recht in Bezug auf die Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses unberührt. Die Mitgliedstaaten können vom Anwendungsbereich der Richtlinie lediglich Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse nicht allein deshalb ausschließen, weil entweder a) nur eine bestimmte Anzahl von Arbeitsstunden geleistet wird oder zu leisten ist oder b) es sich um Arbeitsverhältnisse aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrags iSv. Art. 1 Nr. 1 der Richtlinie 91/383/EWG des Rates vom 25. Juni 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis handelt oder aber c) es sich um Leiharbeitsverhältnisse iSv. Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 91/383/EWG und bei dem übertragenen Unternehmen oder dem übertragenen Betrieb oder Unternehmens- bzw. Betriebsteil als Verleihunternehmen oder Teil eines Verleihunternehmens um den Arbeitgeber handelt.

23

- bb) Damit folgt bereits unmittelbar aus dem Wortlaut der geänderten Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG, dass nur die Arbeitnehmer geschützt werden, bei denen zum Zeitpunkt des Übergangs ein Arbeitsvertrag oder ein Arbeitsverhältnis besteht, und dass die Frage, ob zu diesem Zeitpunkt ein Vertrag oder ein Arbeitsverhältnis bestehe oder nicht, nach dem innerstaatlichen Recht zu beurteilen ist (*EuGH 15. September 2010 - C-386/09 - [Briot] AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 6 unter Bezugnahme auf 15. Juni 1988 - C-101/87 - [Bork International ua.] Slg. 1988, 3057; vgl. auch Ziegler Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht S. 213 ff.; Wank EuZA 2008, 184, 193; Lunk/Rodenbusch GmbHR 2012, 188, 190 f.*) 24
- cc) Die Parteien haben gerade kein unbefristetes Abrufarbeitsverhältnis iSd. § 12 TzBfG abgeschlossen. Die jeweils auf den einzelnen Dienst bezogenen Befristungen standen zudem in keinem Zusammenhang mit den Betriebsübergängen. Die Konstruktion der befristeten Ein-Tages-Arbeitsverhältnisse wurden vom DRK-Kreisverband K e. V. und dem Kläger schon Jahre vor dem Betriebsübergang praktiziert. Die letzte Befristung endete auch nicht zeitgleich mit dem Betriebsübergang am 31. Dezember 2006, sondern mit Ablauf des Tages, an dem der Kläger im Jahre 2006 seinen letzten Dienst für den DRK-Kreisverband K e. V. verrichtete. Fehlt es aber schon an einem Zusammenhang der Befristung mit dem Betriebsübergang, wurden durch die Vertragswahl der Befristung auch keine zwingenden Vorschriften der Richtlinie 2001/23/EG über den Schutz der Arbeitnehmer gegen eine wegen des Übergangs erfolgten Kündigung missachtet. 25
- dd) Die vom Kläger angezogene Entscheidung des EuGH vom 20. September 2007 (- C-116/06 - [Kiiski] Slg. 2007, I-7643) betrifft nicht die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs iSd. Richtlinie 2001/23/EG, sondern den Begriff der „schwangeren Arbeitnehmerin“ iSd. Art. 2 der Richtlinie 92/85/EWG und den der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen. Dort gilt aber ein an- 26

derer Arbeitnehmerbegriff (vgl. *EuGH 19. März 2002 - C-476/99 - [Lommers] Slg. 2002, I-2891*; *7. Dezember 2000 - C-79/99 - [Schnorbus] Slg. 2000, I-10997*). Die in der Entscheidung des EuGH vom 20. September 2007 (- *C-116/06 - [Kiiski] aaO*) zitierten weiteren Urteile des EuGH betrafen durchweg den Arbeitnehmerbegriff iSd. Art. 48 EWG-Vertrag bzw. iSd. Art. 39 EGV (Freizügigkeit der Arbeitnehmer). Auch dort gilt aber ein eigenständiger Arbeitnehmerbegriff (vgl. *EuGH 23. März 1982 - C-53/81 - [Levin] Slg. 1982, 1035*).

ee) Die Überprüfung einer missbräuchlichen Verwendung aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge aufgrund anderer Bestimmungen des Unionsrechts, insbesondere der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, kommt nicht in Betracht (zu dieser Anforderung *EuGH 15. September 2010 - C-386/09 - [Briot] Rn. 36, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 6*). Zwar waren die einzelnen Befristungen der Arbeitsverträge schon mangels Einhaltung der Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam. Sie gelten jedoch gemäß § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 7 KSchG als wirksam, weil der Kläger keine Befristungskontrollklagen erhob (§ 17 Satz 1 TzBfG). 27

2. Der Kläger hat keine Ansprüche auf Differenzvergütung gegen den Beklagten zu 1. für die Zeit vom 1. Januar bis zum 31. März 2008 und gegen die Beklagte zu 2. für die Zeit vom 1. April bis zum 31. Mai 2008. 28

a) Die zwischen den Parteien getroffenen Entgeltvereinbarungen waren nicht wegen Lohnwuchers unwirksam. Nach § 138 Abs. 2 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, durch das sich jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit oder des Mangels an Urteilsvermögen eines anderen für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Tatbestand des Lohnwuchers nicht erfüllt sei, weil der Kläger nicht dargelegt habe, dass die Beklagten eine Zwangslage oder seine Unerfahrenheit ausgebeutet hätten. Gegen diese Würdigung werden von der Revision keine Einwände erhoben. 29

- b) Zu Recht hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen eines wucherähnlichen Geschäfts iSd. § 138 Abs. 1 BGB verneint. Ein wucherähnliches Geschäft liegt vor, wenn Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis zueinander stehen und weitere sittenwidrige Umstände wie zB eine verwerfliche Gesinnung des durch den Vertrag objektiv Begünstigten hinzutreten (*BAG 22. April 2009 - 5 AZR 436/08 - Rn. 9, BAGE 130, 338; 26. April 2006 - 5 AZR 549/05 - BAGE 118, 66; BGH 13. Juni 2001 - XII ZR 49/99 - zu 4 b der Gründe, NJW 2002, 55, jeweils mwN*). 30
- aa) Im Streitfall standen Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis. Damit ist der objektive Tatbestand des wucherähnlichen Geschäfts erfüllt. 31
- (1) Das auffällige Missverhältnis bestimmt sich nach dem objektiven Wert der Leistung des Arbeitnehmers. Ausgangspunkt der Wertbestimmung sind hierbei in der Regel die Tarifentgelte des jeweiligen Wirtschaftszweigs. Sie drücken den objektiven Wert der Arbeitsleistung aus, wenn sie in dem betreffenden Wirtschaftsgebiet üblicherweise gezahlt werden (*BAG 22. April 2009 - 5 AZR 436/08 - Rn. 14, BAGE 130, 338; 18. April 2012 - 5 AZR 630/10 -*). Von der Üblichkeit der Tarifvergütung kann ohne weiteres ausgegangen werden, wenn mehr als 50 % der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebiets tarifgebunden sind oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50 % der Arbeitnehmer eines Wirtschaftsgebiets beschäftigen (*vgl. BAG 22. April 2009 - 5 AZR 436/08 - Rn. 24, aaO; LAG Mecklenburg-Vorpommern 2. November 2010 - 5 Sa 91/10 - Rn. 55*). 32
- (2) Die vom Kläger angezogene tarifliche Vergütung ist die im Wirtschaftsgebiet übliche. Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten ist die tarifgebundene Beklagte zu 2. Marktführerin mit 83 % aller rettungsdienstlichen Einsätze der Region. Zugunsten des Klägers ist mit dem Landesarbeitsgericht deshalb davon auszugehen, dass sie als tarifgebundene Arbeitgeberin des Wirtschaftsgebiets mehr als 50 % der (vergleichbaren) Arbeitnehmer beschäftigte. 33

- (3) Das Missverhältnis der Vergütung des Klägers zu der tariflichen Vergütung war in den Jahren 2007 und 2008 auffällig, denn diese lag unterhalb der maßgeblichen Grenze von zwei Dritteln des Tarifentgelts (*vgl. BAG 22. April 2009 - 5 AZR 436/08 - Rn. 17, BAGE 130, 338 und BGH 22. April 1997 - 1 StR 701/96 - BGHSt 43, 53*). 34
- bb) Die Beklagten handelten, wie das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgeführt hat, nicht in verwerflicher Gesinnung. Damit fehlt der subjektive Tatbestand des wucherähnlichen Geschäfts. 35
- (1) Kann ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung festgestellt werden, weil der Wert der Leistung (mindestens) doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung, gestattet dies den tatsächlichen Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten (*vgl. BAG 22. April 2009 - 5 AZR 436/08 - Rn. 27, BAGE 130, 338 unter Hinweis auf BGH 13. Juni 2001 - XII ZR 49/99 - zu 4 b der Gründe, NJW 2002, 55; BGH 8. März 2012 - IX ZR 51/11 - Rn. 13 mwN, NJW 2012, 2099; 9. Oktober 2009 - V ZR 178/08 - Rn. 12, NJW 2010, 363*). Dann bedarf es zwar noch der Behauptung der verwerflichen Gesinnung (*BGH 9. Oktober 2009 - V ZR 178/08 - Rn. 11, aaO*), doch sind an diesen Vortrag keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt, dass die benachteiligte Vertragspartei sich auf die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung der anderen Vertragspartei beruft (*BGH 9. Oktober 2009 - V ZR 178/08 - Rn. 19, aaO; 8. März 2012 - IX ZR 51/11 - Rn. 19, aaO*). 36
- (2) Die mit einem besonders groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung begründete tatsächliche Vermutung der verwerflichen Gesinnung des begünstigten Vertragsteils kann im Einzelfall durch besondere Umstände erschüttert werden. Insoweit trägt die begünstigte Vertragspartei die Darlegungs- und Beweislast (*BGH 10. Februar 2012 - V ZR 51/11 - Rn. 10 mwN, NJW 2012, 1570; 29. Juni 2007 - V ZR 1/06 - NJW 2007, 2841*). 37

(3) Liegt ein besonders grobes Missverhältniss von Leistung und Gegenleistung nicht vor, bedarf es zusätzlicher Umstände, aus denen geschlossen werden kann, der Arbeitgeber habe die Not oder einen anderen den Arbeitnehmer hemmenden Umstand in verwerflicher Weise zu seinem Vorteil ausgenutzt. Dafür ist der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig. 38

cc) Im Streitfall ist eine verwerfliche Gesinnung der Beklagten nicht festzustellen. Der Kläger hat diese nicht im Einzelnen dargelegt, sondern lediglich pauschal auf ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung hingewiesen. Zugunsten des Klägers streitet, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, auch keine tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung aufgrund eines besonders groben Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung, denn der Wert der von ihm erbrachten Arbeitsleistung war nicht (mindestens) doppelt so hoch ist wie die gezahlte Vergütung. 39

Die unstreitigen Gesamtumstände belegen nicht, dass die Beklagten als überlegene Vertragsparteien eine schwächere Lage des Klägers bewusst zu ihrem Vorteil ausgenutzt oder sich leichtfertig der Einsicht verschlossen haben, der Kläger lasse sich nur wegen seiner schwächeren Lage oder unter dem Zwang der Verhältnisse auf die ungünstigen Bedingungen ein. Das Gegenteil ist der Fall. Der zu Beginn des Klagezeitraums immerhin 23-jährige Kläger akzeptierte, wie 200 andere in gleicher Weise eingesetzten und häufig ehrenamtlich tätigen Rettungsassistenten bzw. -sanitäter, durchweg Mitarbeiter im Nebenerwerb oder Studenten, die Vertragsbedingungen bei jedem Einsatz immer wieder neu. Die Bedingungen waren bekannt. Dass der Kläger sie jeweils unter einem irgend gearteten Druck und aus einer Notsituation heraus annahm, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Zudem ist im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB zu beachten, dass die Beklagten als Untergliederungen des Deutschen Roten Kreuzes ausschließlich gemeinnützige und mildtätige Zwecke iSd. §§ 51 ff. AO verfolgen. Zu einer Gewinnerzielung sind sie nicht berechtigt. 40

3. Der Kläger kann von der Beklagten zu 2. keine Vergütung für Januar 2009 beanspruchen. 41
- a) Es kann offenbleiben, ob die Ansprüche bereits im Vorprozess rechtskräftig abgewiesen wurden. Die Ansprüche sind jedenfalls nach § 41 des DRK-Reformtarifvertrags verfallen. Der Kläger hat die auf § 611 BGB gestützten, mit tatsächlicher Arbeitsleistung begründeten Ansprüche erstmals mit Schriftsatz vom 29. Juni 2010 beziffert geltend gemacht. Das Schreiben vom 23. Mai 2008 wahrte die Ausschlussfrist nicht, weil zu diesem Zeitpunkt ein Vergütungsanspruch des Klägers für den Monat Januar 2009 überhaupt noch nicht entstanden war (*vgl. BAG 10. Juli 2003 - 6 AZR 283/02 - zu 3 a der Gründe, EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 168; 20. Juli 1989 - 6 AZR 774/87 - zu III 3 a der Gründe, ZTR 1990, 155*). 42
- b) Das Berufen auf die Ausschlussfrist ist nicht treuwidrig iSd. § 242 BGB. Dies käme nur in Betracht, wenn die zum Verfall des Anspruchs führende Untätigkeit durch ein positives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen der Gegenpartei veranlasst worden ist (*BAG 13. Oktober 2010 - 5 AZR 648/09 - Rn. 19 f., AP BGB § 814 Nr. 2 = EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 199; 15. Juli 2009 - 5 AZR 867/08 - Rn. 30, BAGE 131, 215; 18. November 2004 - 6 AZR 651/03 - zu 6 a der Gründe, BAGE 112, 351; 5. Juni 2003 - 6 AZR 249/02 - zu II 2 c aa der Gründe mwN, EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 167*). Die Beklagte zu 2. hat den Kläger von einer Geltendmachung der Ansprüche nicht abgehalten. Als die Vergütung für den Monat Januar 2009 fällig wurde, hatte der gewerkschaftlich vertretene Kläger bereits die Vergütung für Juni bis Dezember 2008 eingeklagt. Dass er die Vergütung für im Januar 2009 geleistete Dienste nicht geltend gemacht hat, lag nicht an einem treuwidrigen Verhalten der Beklagten zu 2., sondern daran, dass er während der gesamten Dauer des Vorprozesses lediglich Annahmeverzugsansprüche für Januar 2009 mit der Begründung forderte, er sei 2009 nicht mehr zum Dienst eingeteilt worden. 43

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

44

Müller-Glöge

Laux

Biebl

S. Röth-Ehrmann

A. Christen