

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 18. November 2015  
- 5 AZR 814/14 -  
ECLI:DE:BAG:2015:181115.U.5AZR814.14.0

I. Arbeitsgericht Essen

Urteil vom 25. April 2013  
- 3 Ca 2940/12 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 19. August 2014  
- 8 Sa 764/13 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Entscheidungsstichworte:

Sittenwidrige Arbeitsvergütung - Annahmeverzug

Bestimmungen:

BGB § 138 Abs. 1, § 611 Abs. 1, § 612 Abs. 2, § 615 Satz 1, § 615 Satz 3, § 307 Abs. 1 Satz 2; EFZG § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Satz 1, § 12; BUrlG § 7 Abs. 4; ArbGG § 49 Abs. 3; ZPO § 557 Abs. 2, § 238 Abs. 3

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 814/14  
8 Sa 764/13  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
18. November 2015

## URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Anschlussberufungsklägerin und  
Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin, Anschlussberufungsbeklagte und  
Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. November 2015 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl,

die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Volk sowie die ehrenamtliche Richterin Reinders und den ehrenamtlichen Richter Ilgenfritz-Donné für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 19. August 2014 - 8 Sa 764/13 - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen aufgehoben, soweit es die Beklagte verurteilt hat, an die Klägerin mehr als 3.765,12 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 369,00 Euro seit dem 3. November 2012 sowie aus 3.396,12 Euro seit dem 20. November 2012 zu zahlen.
- II. Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 25. April 2013 - 3 Ca 2940/12 - zurückgewiesen.
- III. Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Klägerin zu 44 % und die Beklagte zu 56 % zu tragen. Von den Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens haben die Klägerin 34 % und die Beklagte 66 % zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Vergütung und Urlaubsabgeltung. 1

Die Klägerin war vom 10. Februar bis zum 31. Oktober 2012 bei der Beklagten als Busbegleiterin beschäftigt. Sie hatte vormittags gemeinsam mit der Busfahrerin geistig und körperlich behinderte Schüler an verschiedenen Zustiegspunkten abzuholen, zur T-Schule in E zu bringen und nachmittags von dort wieder abzuholen und zurück nach Hause zu begleiten. Dabei wurde sie selbst für beide Touren von zu Hause abgeholt und dorthin zurückgebracht. 2

Die Beklagte ist Mitglied des Verbands nordrhein-westfälischer Omnibusunternehmen e. V., dem im Streitzeitraum 450 der 718 privaten Omnibusunternehmen im Land Nordrhein-Westfalen angehörten. 3

Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde zunächst nicht geschlossen. Die Klägerin erhielt bei Einstellung den Hinweis, die Tarifverträge für die gewerblichen Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen fänden in ihrer jeweils letzten Fassung Anwendung. Die Beklagte vergütete die Tätigkeit mit jeweils 7,50 Euro pro Tour. Zahlungen wurden nur für erbrachte Arbeit geleistet. Entgeltfortzahlung für Feiertage oder bei Arbeitsunfähigkeit erhielt die Klägerin ebenso wenig wie bezahlten Erholungsurlaub. 4

Am 18. Juli 2012 schlossen die Parteien folgende schriftliche Vereinbarung: 5

„Hiermit vereinbaren die ... Vertragsparteien einvernehmlich, dass das bestehende Arbeitsverhältnis bis zum 21.08.12 ordentlich abgerechnet wurde.

Sämtliche beiderseitigen Forderungen sind bis zum oben genannten Zeitpunkt abgegolten, sein sie bekannt oder unbekannt genannt oder unbenannt.“

Ebenfalls am 18. Juli 2012 wurde ein schriftlicher Formulararbeitsvertrag geschlossen, der ua. regelt: 6

„1. Tätigkeitsbereich, ... Arbeitszeit

...

c) Die durchschnittliche regelmäßige Arbeitszeit beträgt ca. 20,5 Wochenstunden. Soweit die Schliesszeiten- Ferien- der Schulen und oder Werkstätten den zustehenden Jahresurlaub überschreiten, ruht während der Zeit das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten. Diese Zeit gilt als unbezahlte Freizeit und wird nicht vergütet. ...

...

2. Arbeitsort

Der Einsatz beginnt am Betriebssitz ..., oder an der vom Arbeitgeber bekanntgegebenen Einsatzstelle.

...

5. Tätigkeitsbeginn

Das Arbeitsverhältnis beginnt am: 22.08.12

...

8. Tätigkeitsvergütung

A Eine Vergütung erfolgt nach gefahrenen Touren bzw. nach Einsatzplan. Die Zeiten zwischen den jeweils angewiesenen Touren sind Freizeiten und werden nicht vergütet. ...

Der Arbeitnehmer erhält ... entsprechend dem Umfang seiner Tätigkeit einen anteiligen Urlaubsanspruch von 20 Urlaubstagen jährlich. ...

Der Stundenlohn beträgt brutto 9,00 Euro.

...

13. Kollektivregelungen

Das Arbeitsverhältnis unterliegt im Übrigen den ... Tarifverträgen für die gewerblichen Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen NWO in ihrer jeweils letzten Fassung.

Ansprüche aus Mehrarbeit ... sowie alle übrigen Ansprüche sind spätestens 3 Monate nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen. ...“

Der Lohntarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer des privaten Omnibusgewerbes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 24. August 2011 idF vom 1. Dezember 2011 (im Folgenden Lohntarifvertrag) bestimmt ua.:

7

„§ 1

Geltungsbereich

Dieser Lohntarifvertrag gilt:

räumlich: für das Land Nordrhein-Westfalen,

fachlich: für

- a) alle Betriebe des privaten Kraftomnibusgewerbes,

...

persönlich: für alle in diesen Betrieben tätigen gewerblichen Arbeitnehmer mit Ausnahme derjenigen, die in dieser Tätigkeit weniger als 15 Wochenarbeitsstunden beschäftigt sind.

...

§ 3

Lohngruppeneinteilung

Die Arbeitnehmer, die unter den Geltungsbereich dieses  
Lohntarifvertrages fallen, werden wie folgt eingruppiert:

1. Werkstattbereich  
...
2. Fahrdienst  
Lohngruppe 1  
Ungelernte Arbeiter  
...

§ 4

Entlohnung

- (1) Die Löhne betragen je Stunde im  
...  
II. Fahrdienst in  
ab 01.10.2011  
Lohngruppe 1 € 9,76  
... ..“

Im September 2012 begleitete die Klägerin an 20 Arbeitstagen die beiden Touren. In der ersten Oktoberwoche arbeitete sie an vier Tagen; Mittwoch, der 3. Oktober 2012, war ein gesetzlicher Feiertag. In den Herbstferien vom 8. bis zum 12. Oktober 2012 wurde die Klägerin nicht eingesetzt. Ab dem 15. Oktober 2012 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses war die Klägerin arbeitsunfähig krank. 8

Mit Schreiben vom 16. Oktober 2012 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. Oktober 2012. Später erklärte die Beklagte die Rücknahme der Kündigung. Die Klägerin war zu einer einvernehmlichen Fortsetzung nicht bereit. 9

Die Klägerin hat Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung und Zahlung weiterer Vergütung erhoben. Später hat sie die Klage um 10

einen Auflösungsantrag erweitert. In der Berufungsinstanz hat sie darüber hinaus Urlaubsabgeltung gefordert.

Die Klägerin meint, die Beklagte schulde weitere Vergütung. Der gezahlte Lohn sei sittenwidrig. Die tägliche Arbeitszeit habe insgesamt 4,42 Stunden betragen. Zum rechtzeitigen Erreichen der Abholorte hätten gewisse Zeitpuffer berücksichtigt werden müssen. An der Schule habe es wegen der Abfertigung der parallel ankommenden bzw. abfahrenden Busse Standzeiten gegeben. Auch Leerfahrten ohne Schüler seien zu vergütende Arbeitszeit. Dem gezahlten Stundenlohn von ca. 4,00 Euro stünde der Tarifstundenlohn von 9,76 Euro brutto gegenüber. Vergütung schulde die Beklagte auch für die Ferien. Eine Vereinbarung über ein Ruhen der Hauptleistungspflichten sei nicht getroffen worden. Ein Angebot der Arbeitsleistung sei entbehrlich gewesen. Urlaubsabgeltung werde geschuldet, weil kein bezahlter Erholungsurlaub gewährt worden sei.

11

Die Klägerin hat - soweit für die Revision von Relevanz - beantragt,

12

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 5.342,02 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20. November 2012 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 369,00 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2012 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, als Arbeitszeit sei nur die Fahrtzeit mit Schülern zur Schule und mit diesen zurück zu vergüten, also ca. eine Stunde pro Tour. Die Klägerin werde nur aus Gefälligkeit abgeholt. Die bis 21. August 2012 gezahlte Vergütung entspreche dem Branchenüblichen. Auch ab 22. August 2012 bestünden keine weiteren Vergütungsansprüche. Die im Arbeitsvertrag genannte Wochenstundenzahl habe die maximale Arbeitszeit darstellen sollen. Bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit sei mangels Vergleichbarkeit von Brutto- und Nettzahlung ein Aufschlag von 25 % einzurechnen. Während der Schulschließzeiten sei zumindest ein wörtliches Angebot der Klägerin erforderlich gewesen. Schließlich sei zu beachten, dass

13

es sich um sog. freigestellten Verkehr handele, der keiner Tarifbindung unterliege. Wenn überhaupt, sei der Referenzwert für die Sittenwidrigkeit aus dem Tariftreue- und Vergabegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen für freigestellten Verkehr herzuleiten.

Das Arbeitsgericht hat der Feststellungsklage stattgegeben und das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung iHv. 800,00 Euro brutto aufgelöst. Für die Zeit August bis Oktober 2012 hat es Vergütung iHv. 1.359,90 Euro brutto nebst Zinsen zugesprochen und im Übrigen die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht die Beklagte verurteilt, an die Klägerin weitere 4.351,12 Euro brutto nebst Zinsen zu zahlen. Die Anschlussberufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, soweit sie zur Zahlung von insgesamt 5.711,02 Euro brutto nebst Zinsen verurteilt worden ist.

14

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist zum Teil begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage zu Recht überwiegend stattgegeben. Der Klägerin steht weitere Vergütung und Urlaubsabgeltung iHv. 3.765,12 Euro brutto nebst Zinsen zu. Hinsichtlich des überschießenden Betrags iHv. 1.945,90 Euro nebst Zinsen ist die Klage unbegründet.

15

I. Die Revision ist nicht bereits wegen eines absoluten Revisionsgrundes nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 547 Nr. 3 ZPO begründet. Nach § 557 Abs. 2 ZPO iVm. § 72 Abs. 5 ArbGG unterliegen der Beurteilung des Revisionsgerichts nicht die dem Endurteil vorausgegangen unanfechtbaren Entscheidungen, zu denen die nach § 49 Abs. 3 ArbGG unanfechtbare Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch gehört. Deshalb ist eine Überprüfung der Entscheidung des Berufungsgerichts über ein Ablehnungsgesuch im Rahmen einer Revision gegen die unter Mitwirkung des erfolglos abgelehnten Richters getroffene Ent-

16



scheidung in der Hauptsache ausgeschlossen (*BAG 20. Januar 2009 - 1 ABR 78/07 - Rn. 20*).

II. Die Revision ist nicht schon deshalb begründet, weil der Klägerin keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hätte gewährt werden dürfen. Bei der Gewährung der Wiedereinsetzung handelt es sich um eine dem Endurteil vorausgegangene unanfechtbare Entscheidung, § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG iVm. § 525 Satz 1, § 238 Abs. 3 ZPO. Soweit die Revision diese angreift und eine Verletzung des § 233 ZPO rügt, kann sie damit nicht gehört werden (*BAG 31. Januar 1985 - 2 AZR 284/83 - zu I der Gründe*). 17

III. Die Revision ist teilweise begründet, soweit die Klägerin weitere Vergütung für die Zeit 10. Februar bis 31. Juli 2012 fordert. 18

1. Der Vergütungsanspruch für diesen Zeitraum folgt für die Tage, an denen die Klägerin gearbeitet hat, aus § 611 Abs. 1 iVm. § 612 Abs. 2 BGB und für Feiertage aus § 2 Abs. 1 EFZG, denn die für diesen Zeitraum vereinbarte Vergütung ist sittenwidrig. 19

a) 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. Die Regelung gilt auch für das auffällige Missverhältnis zwischen dem Wert der Arbeitsleistung und der Lohnhöhe in einem Arbeitsverhältnis. Ein wucherähnliches Geschäft liegt nach § 138 Abs. 1 BGB vor, wenn Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis zueinander stehen und weitere sittenwidrige Umstände, zB eine verwerfliche Gesinnung des durch den Vertrag objektiv Begünstigten, hinzutreten. Verstößt die Entgeltabrede gegen § 138 BGB, schuldet der Arbeitgeber gemäß § 612 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung (*BAG 22. April 2009 - 5 AZR 436/08 - Rn. 9, BAGE 130, 338*). Bei arbeitsvertraglichen Vergütungsvereinbarungen kommt es auf den jeweils streitgegenständlichen Zeitraum an (*BAG 22. April 2009 - 5 AZR 436/08 - Rn. 10, aaO*). 20

Das auffällige Missverhältnis bestimmt sich nach dem objektiven Wert der Leistung des Arbeitnehmers. Das Missverhältnis ist auffällig, wenn es einem Kundigen, ggf. nach Aufklärung des Sachverhalts, ohne weiteres ins Auge springt. Erreicht die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in dem Wirtschaftszweig üblicherweise gezahlten Tarifentgelts, liegt eine ganz erhebliche, ohne weiteres ins Auge fallende und regelmäßig nicht mehr hinnehmbare Abweichung vor, für die es einer spezifischen Rechtfertigung bedarf. Dasselbe gilt, wenn bei fehlender Maßgeblichkeit der Tarifentgelte die vereinbarte Vergütung mehr als ein Drittel unter dem Lohnniveau, das sich für die auszuübende Tätigkeit in der Wirtschaftsregion gebildet hat, bleibt (*BAG 19. August 2015 - 5 AZR 500/14 - Rn. 27 mwN*). 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 (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 268/11 - Rn. 32, BAGE 141, 348*).

b) Die Klägerin erhielt für jede gefahrene Tour eine Pauschale von 7,50 Euro, dh. pro Arbeitstag 15,00 Euro. Nach der Feststellung des Landesarbeitsgerichts betrug die vergütungspflichtige Arbeitszeit der Klägerin 4,42 Stunden täglich. 22

aa) Das Landesarbeitsgericht hat die vergütungspflichtige Arbeitszeit in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise bestimmt. 23

bb) Hierzu hat es als vertragliche Vereinbarung der Parteien festgestellt, dass die Klägerin im Rahmen ihrer Tätigkeit als Busbegleiterin jeweils an ihrer Wohnung mit dem Bus abgeholt bzw. dorthin zurückgebracht werde. Diese Vereinbarung schloss den Umfang der zu vergütenden Arbeitszeit mit ein. 24

(1) § 611 Abs. 1 BGB knüpft die Vergütungspflicht des Arbeitgebers allein an die „Leistung der versprochenen Dienste“, also an jede im Synallagma vom Arbeitgeber verlangte Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt (*BAG 19. September 2012 - 5 AZR 678/11 - Rn. 28, BAGE 143, 107; 19. August*

2015 - 5 AZR 975/13 - Rn. 22). Arbeit als Leistung der versprochenen Dienste iSd. § 611 Abs. 1 BGB ist dabei nicht nur jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient. Arbeit in diesem Sinn ist auch die vom Arbeitgeber veranlasste Untätigkeit, während derer der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz anwesend sein muss und nicht frei über die Nutzung des Zeitraums bestimmen kann, er also weder eine Pause noch Freizeit hat (*BAG 20. April 2011 - 5 AZR 200/10 - Rn. 21, BAGE 137, 366*).

(2) In Anwendung dieser Grundsätze hat die Klägerin während der als Beifahrerin verbrachten Zeit gearbeitet und die von ihr geschuldete Tätigkeit als Busbegleiterin erbracht. Sie musste sich aufgrund der Arbeitseinteilung an ihrem Arbeitsplatz, dem Bus, aufhalten und konnte nicht frei über die Nutzung ihrer Zeit bestimmen (*BAG 16. Dezember 2009 - 5 AZR 157/09 - Rn. 10; 25. Februar 2015 - 5 AZR 886/12 - Rn. 21*). Von der Einordnung als vergütungspflichtige Arbeitszeit werden dabei sowohl die sog. Leerfahrten, dh. die Fahrten vormittags von der Schule zurück und nachmittags zur Schule hin, wie auch die Standzeiten des Busses an der Schule und schließlich die sog. Pufferzeiten, dh. die Zeiten, die die Busfahrerin zum rechtzeitigen Erscheinen beim ersten Kind bzw. nachmittags an der Schule im Hinblick auf das zu berücksichtigende Verkehrsaufkommen einplante, umfasst. 26

cc) Gegen die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit hat die Beklagte keine durchgreifenden Revisionsrügen erhoben. Somit ist der Senat nach § 559 Abs. 2 ZPO an diese gebunden. 27

(1) Soweit die Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe Vortrag und Beweisangebote übergangen, genügt die Revisionsbegründung nicht den gesetzlichen Anforderungen, weil nicht im Einzelnen dargetan worden ist, welches wesentliche und entscheidungserhebliche Vorbringen das Landesarbeitsgericht bei seiner Entscheidung übergangen haben bzw. zu welchem Beweisthema eine an sich gebotene Beweisaufnahme rechtsfehlerhaft unterlassen worden sein soll und welches Ergebnis diese voraussichtlich gehabt hätte (*vgl. BAG 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - Rn. 36, BAGE 109, 145; 31. Mai 2006 - 5 AZR 342/06 (F) - Rn. 6, BAGE 118, 229*). 28

- (2) Die Rüge fehlerhafter Beweiswürdigung hat ebenfalls keinen Erfolg. Die richterliche Beweiswürdigung des Tatsachengerichts ist nur beschränkt revidierbar. Die revisionsrechtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO mit dem Prozessstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist sowie nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (*BAG 27. Mai 2015 - 7 ABR 26/13 - Rn. 26; 8. Mai 2014 - 2 AZR 1005/12 - Rn. 21*). Gemessen daran ist die Beweiswürdigung nicht zu beanstanden. Das Landesarbeitsgericht hat sich in seinen Entscheidungsgründen ausführlich sowohl mit dem Inhalt der Aussage als auch mit der Glaubwürdigkeit der Zeugin auseinandergesetzt. Es hat auch keinen wesentlichen, die Glaubwürdigkeit der Zeugin in Frage stellenden Vortrag außer Acht gelassen. 29
- c) Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht die von der Beklagten gezahlte Vergütung von täglich 15,00 Euro bei arbeitstäglich 4,42 Stunden in einen Stundenlohn von (gerundet) 3,40 Euro umgerechnet. 30
- d) Basierend auf Lohngruppe 1 (Fahrdienst) des Lohntarifvertrags hat das Landesarbeitsgericht richtigerweise den objektiven Wert der Arbeitsleistung auf 9,76 Euro brutto pro Stunde beziffert. 31
- aa) Hierzu hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, im Jahr 2012 seien in Nordrhein-Westfalen 450 der 718 privaten Omnibusunternehmen im Arbeitgeberverband organisiert gewesen, womit die Tarifbindung der Arbeitgeber im Wirtschaftsgebiet knapp 63 % betragen habe. Diese Feststellung greift die Beklagte nicht mit einer ordnungsgemäß begründeten Verfahrensrüge an. Sie ist somit für den Senat bindend, § 559 Abs. 2 ZPO. 32
- Soweit die Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe Vortrag und Beweisangebote zu branchenüblichem Lohn ignoriert, genügt die Revisionsbegründung nicht den gesetzlichen Anforderungen. 33
- Gleichermaßen kann die Rüge, das Landesarbeitsgericht habe einen gebotenen Hinweis unterlassen, keinen Erfolg haben. Die Beklagte hat nicht 34

darlegt, auf welchen konkreten Hinweis des Landesarbeitsgerichts sie welchen Vortrag geleistet hätte.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend die Lohngruppe 1 als Vergleichsgruppe gewählt. Die Lohngruppe 1 umfasst „ungelernte Arbeiter“ und damit sämtliche Arbeitnehmer, die nicht von den weiteren Lohngruppen, die höhere Qualifikationen voraussetzen, einbezogen werden. Hierzu zählt die Tätigkeit einer Busbegleiterin. 35

cc) Entgegen der Auffassung der Beklagten gilt der Lohn tarifvertrag auch für die Begleitung von Behindertenfahrdiensten. 36

(1) Ausgangspunkt für die Feststellung des Werts der Arbeitsleistung sind die Tariflöhne des jeweiligen Wirtschaftszweigs (*vgl. zur Bestimmung BAG 18. April 2012 - 5 AZR 630/10 - Rn. 12, BAGE 141, 137*). Wie das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen hat, ist vorliegend der Wirtschaftszweig das private Kraftomnibusgewerbe in Nordrhein-Westfalen. 37

(2) Unschädlich ist, dass der persönliche Anwendungsbereich des Lohn tarifvertrags diejenigen Arbeitnehmer ausnimmt, die weniger als 15 Wochenstunden beschäftigt sind. Eine solche Einschränkung des Geltungsbereichs verstößt gegen § 4 TzBfG (*vgl. BAG 5. August 2009 - 10 AZR 634/08 - Rn. 32 ff.*). 38

(3) Die Beklagte kann nicht mit Erfolg darauf verweisen, die Fahrten seien von den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes freigestellt. Denn das Personenbeförderungsgesetz regelt Aspekte der Genehmigungspflicht bestimmter Personenbeförderungen, weist aber keinen Bezug zu den Arbeitsbedingungen der in der Personenbeförderung eingesetzten Arbeitnehmer auf. 39

(4) Der in § 4 Abs. 3 des Gesetzes über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 10. Januar 2012 (*GV NRW 2012 S. 15*), in Kraft getreten am 1. Mai 2012, vorgegebene Mindestlohn von 8,62 Euro ist nicht bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit zugrunde zu legen. Ein Mindestlohn bezeichnet lediglich das Minimum 40

der Vergütung, berücksichtigt aber nicht die übliche Vergütung dieser Arbeit. Doch gerade darauf zielt die Prüfung der Sittenwidrigkeit ab (*vgl. ErfK/Franzen 15. Aufl. § 1 MiLoG Rn. 1; Däubler NJW 2014, 1924, 1927*).

dd) Der Vergleich zwischen dem Tariflohn und dem gezahlten Lohn ist ohne Aufschlag für den Nettozufluss vorzunehmen, denn nach der nicht angegriffenen Feststellung des Landesarbeitsgerichts haben die Parteien keine Nettolohnvereinbarung getroffen. 41

e) Der subjektive Tatbestand des wucherähnlichen Geschäfts iSd. § 138 Abs. 1 BGB ist erfüllt. 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. Dann bedarf es zwar noch der Behauptung der verwerflichen Gesinnung, 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 (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 268/11 - Rn. 36, BAGE 141, 348*). 42

Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die geleistete Vergütung erreicht nicht die Hälfte des objektiven Werts der Arbeitsleistung. Die Klägerin hat sich stets, insbesondere durch Verweis auf die fehlende Dokumentation der Arbeitsbedingungen, auf eine verwerfliche Gesinnung der Beklagten berufen. Die mit dem besonders groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung begründete tatsächliche Vermutung der verwerflichen Gesinnung kann zwar im Einzelfall durch besondere Umstände erschüttert werden. Die insofern darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (*vgl. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 268/11 - Rn. 37, BAGE 141, 348*) hat aber solche Umstände nicht dargelegt. 43

f) Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB ist ein Anspruch auf die übliche Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB (*BAG 26. April 2006 - 5 AZR 549/05 - Rn. 26, BAGE 118, 66*) unter Zugrundelegung des tariflichen Stundenlohns ohne Zuschläge, Zulagen und Sonderleistungen (*BAG 22. April 2009*) 44

- 5 AZR 436/08 - Rn. 18, BAGE 130, 338). Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend für täglich 4,42 Stunden eine Vergütung von 43,14 Euro brutto pro Arbeits-/Feiertag errechnet.

2. Dem Vergütungsanspruch stehen keine Einwendungen entgegen. In der Vereinbarung vom 18. Juli 2012 liegt kein Verzicht der Klägerin. 45

a) Bei dieser Vereinbarung handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung (§ 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB). Das steht zwischen den Parteien außer Streit und entspricht den tatsächlichen Feststellungen und der rechtlichen Wertung des Landesarbeitsgerichts. Für die Auslegung kommt es deshalb darauf an, wie die Klausel - ausgehend vom Vertragswortlaut - nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden wird, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Dabei unterliegt die Auslegung der uneingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht (st. Rspr., vgl. BAG 13. Februar 2013 - 5 AZR 2/12 - Rn. 15 mwN). 46

b) Ausgehend vom Wortlaut, das bestehende Arbeitsverhältnis sei bis zum 21. August 2012 „ordentlich abgerechnet“, erscheint schon fraglich, ob die Vereinbarung rechtsgeschäftliche Erklärungen enthalten soll, die eine Erfüllung etwaiger noch offener Vergütungsansprüche der Klägerin betreffen. Von der „Abrechnung“ des Arbeitsentgelts in Textform iSd. § 108 GewO ist der Vergütungsanspruch zu trennen. Die Beklagte konnte auch angesichts des Wortlauts „sämtliche beiderseitigen Forderungen seien abgegolten“ nicht davon ausgehen, die Klägerin wolle den Bestand ihrer Rechte verändern und damit auf ihre Ansprüche verzichten. Bei objektiver Auslegung bestätigt die Klägerin damit nur, wechselseitige Ansprüche seien ihres Wissens vollständig erfüllt. Dies berechtigt allenfalls zur Annahme eines deklaratorischen negativen Schuldanerkenntnisses. Dieses hindert die weitere Geltendmachung der Ansprüche nicht. Die Klägerin kann die Unrichtigkeit der Erklärung beweisen, indem sie ihre An- 47

sprüche beweist (vgl. BAG 7. November 2007 - 5 AZR 880/06 - Rn. 24, BAGE 124, 349).

3. Die Revision der Beklagten ist begründet, soweit das Landesarbeitsgericht Vergütung auch für die Schulferien zugesprochen hat. Insofern ist die Klage unbegründet. Dies betrifft acht Tage im April, zwei Tage im Mai, einen Tag im Juni, 17 Tage im Juli, 15 Tage im August und fünf Tage im Oktober. 48

a) Der Vergütungsanspruch folgt nicht aus Annahmeverzug. 49

aa) Nach § 615 Satz 1 BGB kann der Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung verlangen, wenn sich der Arbeitgeber im Annahmeverzug befindet. Der Arbeitgeber kommt gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug, wenn er im erfüllbaren Arbeitsverhältnis (zum rückwirkend begründeten vgl. BAG 19. August 2015 - 5 AZR 975/13 - Rn. 22 f.) die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung tatsächlich anbieten, § 294 BGB (BAG 25. Februar 2015 - 1 AZR 642/13 - Rn. 41; 25. Februar 2015 - 5 AZR 886/12 - Rn. 41). Ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB) genügt, wenn der Arbeitgeber ihm erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen oder er sei nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem die tatsächliche Heranziehung übersteigenden Umfang zu beschäftigen (BAG 25. Februar 2015 - 1 AZR 642/13 - Rn. 41; 25. Februar 2015 - 5 AZR 886/12 - Rn. 41). Streiten die Parteien über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses, genügt ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers. Dieses kann darin liegen, dass der Arbeitnehmer gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses protestiert und/oder eine Bestandsschutzklage einreicht (BAG 15. Mai 2013 - 5 AZR 130/12 - Rn. 22). Lediglich für den Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung ist die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts davon ausgegangen, ein Angebot der Arbeitsleistung sei regelmäßig nach § 296 BGB entbehrlich (BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 14, BAGE 141, 34; 19. September 2012 - 5 AZR 627/11 - Rn. 28, BAGE 143, 119; 15. Mai 2013 - 5 AZR 130/12 - Rn. 22). Zudem kann ein Angebot der Arbeitsleistung ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn offenkundig ist, dass der Arbeitgeber auf seiner Weigerung, die geschuldete Leistung anzunehmen, beharrt (BAG 50



16. April 2013 - 9 AZR 554/11 - Rn. 17; 24. September 2014 - 5 AZR 611/12 - Rn. 22 mwN, BAGE 149, 144; BGH 9. Oktober 2000 - II ZR 75/99 - zu 1 der Gründe), insbesondere er durch einseitige Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit auf das Angebot der Arbeitsleistung verzichtet hat (BAG 15. Mai 2013 - 5 AZR 130/12 - Rn. 25; 26. Juni 2013 - 5 AZR 432/12 - Rn. 18).

bb) In den Schulferien hat die Klägerin ihre Arbeitsleistung weder tatsächlich noch wörtlich angeboten. Ein Angebot war auch nicht entbehrlich. Die Klägerin hätte gegen den Nichteinsatz während der Ferienzeit zumindest protestieren und damit ihre Arbeitsleistung wörtlich anbieten müssen (vgl. BAG 25. Februar 2015 - 5 AZR 886/12 - Rn. 42). 51

b) Der Vergütungsanspruch folgt nicht aus § 615 Satz 3 BGB wegen Betriebsrisikos. Es liegt kein Fall vor, in dem die Beklagte das Risiko des Arbeitsausfalls zu tragen hat. § 615 Satz 3 BGB meint das von der Rechtsprechung entwickelte Betriebsrisiko (ErfK/Preis 15. Aufl. § 615 BGB Rn. 122; MüKoBGB/Henssler 6. Aufl. § 615 Rn. 90; BT-Drs. 14/6857 S. 48). Dies ist das Risiko des Arbeitgebers, seinen Betrieb wegen einer Störung nicht betreiben zu können. Die Arbeitsleistung der Klägerin unterblieb nicht wegen Ausfalls von Betriebsstoffen oder anderer für den Betriebsablauf notwendiger Betriebsmittel, einer Betriebsstilllegung aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften/Anordnungen (vgl. BAG 30. Mai 1963 - 5 AZR 282/62 - zu 2 b der Gründe) oder eines Geschehens, das von außen auf typische Betriebsmittel einwirkt und sich als höhere Gewalt darstellt, wie zB die Überschwemmung eines Fabrikgebäudes aufgrund einer Naturkatastrophe (vgl. BAG 23. September 2014 - 5 AZR 146/14 - Rn. 22 mwN). Entscheidender Umstand war der fehlende Auftrag zum Schülertransport während der Ferienzeit. Dieser gehört nicht zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers. 52

IV. Die Revision der Beklagten ist unbegründet, soweit das Landesarbeitsgericht der Klägerin weitere Vergütung für die Zeit vom 22. August bis zum 5. Oktober 2012 zugesprochen hat. 53

1. Für Tage, an denen die Klägerin gearbeitet hat, folgt der Vergütungsanspruch aus § 611 Abs. 1 BGB iVm. dem Arbeitsvertrag. Dies waren acht Arbeitstage im August, 20 Arbeitstage im September 2012 sowie vier Arbeitstage im Oktober. Für die insgesamt 32 Arbeitstage schuldet die Beklagte 1.180,80 Euro brutto (32 Tage x 4,1 Std. x 9,00 Euro brutto). 54
  
2. Der Vergütungsanspruch iHv. 36,90 Euro brutto für den gesetzlichen Feiertag am 3. Oktober 2012 (Mittwoch) folgt aus § 2 Abs. 1 EFZG. Dem Anspruch steht Nr. 1c Arbeitsvertrag nicht entgegen. Diese Regelung des Ruhens ist intransparent und deshalb nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Die Regelung lässt nicht erkennen, an welchen Ferientagen Urlaub gewährt werden und an welchen Tagen das Arbeitsverhältnis ruhen soll. Eine ergänzende Vertragsauslegung kann wegen § 12 EFZG zu keinem abweichenden Ergebnis führen. 55
  
3. Der Vergütungsanspruch für die Zeit vom 15. bis zum 31. Oktober 2012 iHv. 479,70 Euro brutto folgt aus § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG. Die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, wonach die Klägerin während dieser 13 Tage arbeitsunfähig krank war, wird von der Revision nicht angegriffen. Die Gehörsrüge zur maßgeblichen Wochenarbeitszeit greift mangels ordnungsgemäßer Begründung nicht. Die Beklagte bleibt die erforderliche Darlegung schuldig, mit welchem Schriftsatz was konkret vorgetragen sowie zu welchem Beweisthema in welchem Schriftsatz welcher Beweis angeboten wurde. 56
  
- V. Der Urlaubsabgeltungsanspruch iHv. 369,00 Euro brutto folgt aus § 7 Abs. 4 BUrlG. Es sind zehn Tage des gesetzlichen Mindesturlaubs (§ 3 BUrlG) abzugelten. Insofern hat die Revision keine begründete Rüge vorgebracht. 57
  
- VI. Prozesszinsen (§§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB) stehen der Klägerin ab dem 20. November 2012 zu. Die Klageerweiterung ist am 19. November 2012 rechtshängig geworden. Verzugszinsen auf die Urlaubsabgeltung (§ 288 Abs. 1, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) werden ab dem 3. November 2012 geschuldet. Der Urlaubsabgeltungsanspruch entstand nach § 7 Abs. 4 BUrlG mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses und wurde wegen § 193 BGB am 2. November 2012 58

fällig. Der 1. November ist in Nordrhein-Westfalen ein gesetzlicher Feiertag (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 FeiertagsG NW).

VII. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

59

Müller-Glöge

Biebl

Volk

Reinders

Ilgenfritz-Donné