
Datum: 18.03.2009
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 6. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 Sa 1372/08
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2009:0318.6SA1372.08.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Dortmund, 10 Ca 279/08
Normen: § 138 BGB
Leitsätze:

1. Die Vereinbarung von 5,20 € für die Tätigkeit einer Verkäuferin oder auch Packerin im Einzelhandel Nordrhein-Westfalens (hier: Textildiscounteinzelhandel) für eine Tätigkeit in der Zeit von 2004 bis 2008 ist sittenwidrig.
2. Die klagende Partei trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die vereinbarte Vergütung sittenwidrig ist. Sie genügt ihrer Darlegungslast regelmäßig damit, dass sie sich auf die einschlägige tarifliche Vergütung stützt und vorbringt, ihre Arbeitsvergütung unterschreite diese um den maßgeblichen Richtwert. Der Arbeitgeber kann sich dann nicht auf den Vortrag beschränken, die von ihm gezahlte Vergütung sei angemessen und daher nicht sittenwidrig. Er hat vielmehr substantiiert zu begründen, weshalb im Einzelfall ein von den genannten Grundsätzen abweichender Maßstab gelten soll.
3. Die Tarifvergütung als Referenzvergütung ist im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung zu vergleichen mit dem Teil der Arbeitsvergütung, der dem Abgeltungsbereich der Tarifvergütung entspricht.
4. Auszugehen ist beim Vergleich der arbeitsvertraglich bestimmten Vergütung mit der Tarifvergütung von dem jeweiligen Bruttobetrag.
5. Ansprüche auf Grund sittenwidriger Vergütungsabreden unterfallen regelmäßig nicht tariflichen Verfallklauseln.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 14.05.2008 - 10 Ca 279/08 - werden zurückgewiesen.

Wegen der Kosten erster Instanz bleibt es bei der erstinstanzlichen Entscheidung. Die Kosten der Berufungsinstantz tragen die Beklagte zu 95 % und die Klägerin zu 5 %.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über restliche Arbeitsvergütung.

Von der Darstellung des Vorbringens der Parteien in der ersten Instanz wird nach § 69 Abs. 2 ArbGG unter Bezugnahme auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 217 - 220 d.A.) abgesehen.

Das Arbeitsgericht Dortmund hat der Klage mit Urteil vom 14.05.2008 – 10 Ca 279/08 - weitgehend stattgegeben. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen (Bl. 219 - 224 d.A.).

Das Urteil ist der Beklagten am 02.09.2008 zugestellt worden. Hiergegen richtet sich die am 08.09.2008 eingelegte und mit dem am 12.09.2008 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründete Berufung.

Die Beklagte wendet sich unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags zur Sach- und Rechtslage gegen das erstinstanzliche Urteil. Sie trägt ergänzend vor:

Es liege kein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor. Die verkehrsübliche Vergütung für Aushilfstätigkeiten liege bundesweit und auch in Nordrhein-Westfalen unter dem Tariflohn, nämlich zwischen 4,00 EUR und 7,00 EUR. In Nordrhein-Westfalen sei nur etwa ein Drittel der Einzelhandelsunternehmen Mitglied im Arbeitgeberverband Einzelhandel NRW. Der durchschnittliche Niedriglohn West betrage im Jahr 2000 EUR 6,75 brutto, im Jahr 2006 EUR 6,89 brutto. Mit fast 92% habe die große Mehrheit der Minijobber/innen wie die Klägerin zu Stundenlöhnen gearbeitet, die unterhalb dieser Niedriglohnschwelle lägen. Die Fa. T2 Holding GmbH mit ca. 1.200 Filialen und ca. 10.000 Mitarbeitern, ebenfalls ein Textilhandelsunternehmen, zahle Aushilfen und geringfügig Beschäftigten mit denen der Klägerin vergleichbaren Aufgaben einen Stundenlohn von EUR 5,00. Eine vergleichbare Vergütung werde von einem Handelsunternehmen in B2 H2, von dem Drogerie-Discounter R2, der Fa. E1 (ohne Urlaubsentgelt, Entgeltfortzahlung, Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld) und der Fa. K7 + K7 G1 gezahlt. Der Tarifspiegel 2007 des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen weise als

Vergütung für ungelernte Vollzeit-Verkäuferinnen im Einzelhandel NRW ein Monatsentgelt von 1.199,00 EUR aus und damit eine Stundenvergütung von 7,36 EUR brutto (= 4,91 netto), während die Klägerin eine Vergütung von 5,20 EUR netto erhalten habe. Insoweit sei davon auszugehen, dass zwischen den Parteien eine Nettovergütungsvereinbarung getroffen worden sei, denn Geschäftsgrundlage der arbeitsvertraglichen Vereinbarung der Parteien sei die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften für geringfügig Beschäftigte. Daher sei auch die brutto-netto-Tenorierung des Arbeitsgerichts unzulässig. Zudem bilde der Discounteinzelhandel einen eigenen Wirtschaftszweig.

Ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung könne nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung erst angenommen werden, wenn die Arbeitsvergütung nur die Hälfte oder weniger des Wertes der Gegenleistung betrage. Zudem seien die besonderen Gegebenheiten zu berücksichtigen, insbesondere die Tatsache, dass die Klägerin nur als geringfügig Beschäftigte eingesetzt worden sei. Selbst wenn die Orientierung an der Vergütung nach Maßgabe der Tarifverträge des Einzelhandels NRW zu erfolgen habe, sei nach der gebotenen Gesamtbetrachtung auf die niedrigste Vergütungsstufe abzustellen. Relevant sei nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht nur die Tarifvergütung, sondern das allgemeine Vergütungsniveau im Wirtschaftsgebiet. 8

Allein ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung reichte nicht. Hinzukommen müsse eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten. Hierfür spreche im Streitfall keine Vermutung. 9

Die Klageforderungen seien schließlich nach § 24 MTV EH weit überwiegend verfallen. Ein Verstoß gegen das NachwG liege nicht vor. Die Berufung auf die Verfallklausel sei auch nicht rechtsmissbräuchlich. Die Klägerin ihrerseits verhalte sich rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich auf die Bestimmungen der Einzelhandelstarifverträge stütze, andererseits die Ausschlussfristen nicht gegen sich gelten lassen wolle. 10

Eine Verzugsvergütung stehe der Klägerin nicht zu. Der Arbeitsvertrag sehe gerade eine Beschäftigung auch unter zehn Stunden wöchentlich vor. 11

Die Beklagte beantragt, 12

das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 14.05.2008 – 10 Ca 279/08 - abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. 13

Die Klägerin beantragt, 14

die Berufung zurückzuweisen, 15

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin schriftliche monatliche Einzelabrechnungen über den jeweiligen Nachzahlungsbetrag für den Zeitraum Januar 2004 bis März 2008 zu erteilen und die sich aus der jeweiligen Abrechnung ergebenden Nettobeträge an die Klägerin auszus zahlen. 16

Die Beklagte beantragt, 17

die Anschlussberufung als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen. 18

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags zur Sach- und Rechtslage. Sie trägt ergänzend vor: 19

20

Die Tarifverträge des Einzelhandels NRW stellten die übliche Vergütung für die Feststellung des Wertes der Arbeitsleistung dar. In Westdeutschland seien im Jahr 2006 56% aller Handelsbeschäftigten in tarifgebundenen Unternehmen beschäftigt gewesen. Insgesamt seien für 2/3 der Beschäftigten im Einzelhandel die tariflichen Regelungen Grundlage der Arbeitsverhältnisse. Discounter wie die Fa. T2 oder die Beklagte stellten die Außenseiter im Discount- oder sonstigen Einzelhandel dar, die lediglich die Arbeit von Teilzeitkräften rechtswidrig niedriger vergüteten. 91,7% aller geringfügig Beschäftigten in Deutschland erhielten im Jahr 2006 eine Arbeitsvergütung, die unterhalb der Niedriglohnschwelle von 9,61 EUR in Westdeutschland läge. Selbst im Discounteinzelhandel seien die Unternehmen A2 N2, A2 S8, L5, P3 und P4 tarifgebunden. Die Unternehmen R1 und E1 seien überwiegend tarifgebunden. Die vorgenannten fünf großen Discountunternehmen machten über 90% dieses Marktsegments aus. Auch im Drogerieeinzelhandel gölten für die Fa. S5 über einen Anerkennungstarifvertrag die Tarifverträge des Einzelhandels. Die D5-Drogeriemärkte wendeten per Formulararbeitsverträge die Einzelhandelstarifverträge an und zahlten teilweise über Tarif. Auch die Fa. R2 wende die Tarifverträge an. Im Textileinzelhandel seien die Firmen Karstadt, Kaufhof, H&M und S9-L2 tarifgebunden. Die Unternehmen C1&A4, P5&C1, Z2 wendeten ebenfalls die Tarifverträge an. Im gesamten Textileinzelhandel überwögen die Unternehmen deutlich, die sich an den tariflichen Einkommen orientierten.

Die Klageerweiterung beruhe darauf, dass der Klägerin keine monatlichen Gehaltsabrechnungen erteilt worden seien. 21

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den von ihnen in Bezug genommenen Inhalt der in beiden Rechtszügen zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 22

Entscheidungsgründe: 23

Die Berufung ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 2 Buchst. b ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§ 519 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und innerhalb der Frist (§ 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und auch ordnungsgemäß (§ 520 Abs. 3 iVm. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG) begründet worden. Auch die Anschlussberufung ist an sich statthaft (§ 524 Abs. 1 Satz 1 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG), in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§ 524 Abs. 1 Satz 2 u. Abs. 2 Satz 2 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG) und innerhalb der Frist und auch ordnungsgemäß begründet worden (§ 524 Abs. 3 iVm. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG). Die Berufung und auch die Anschlussberufung haben keinen Erfolg. 24

I. Die Klage ist, soweit sie in der Berufungsinstanz über die Berufung der Beklagten zur Entscheidung angefallen ist, begründet. 25

1. Die Hauptforderungen finden ihre Rechtsgrundlage in § 611 Abs. 1 iVm. § 612 Abs. 2 BGB und § 138 BGB. Die Vereinbarung über die Stundenvergütung in § 3 des schriftlichen Arbeitsvertrags ist nichtig. Die Beklagte schuldet daher für den Anspruchszeitraum die übliche Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB. 26

1.1. Die Klageforderungen können nicht bereits auf § 3 des Arbeitsvertrags iVm. § 305c Abs. 2 BGB gestützt werden. Nach § 3 des Arbeitsvertrags schuldet die Beklagte eine Stundenvergütung "in Höhe von 10,- DM / Euro" (ohne Streichung einer der beiden Währungsangaben - Bl. 19 GA; siehe auch entsprechende Bestätigung der Stundenvergütung unter § 8 des Arbeitsvertrags - Bl. 20 GA). Bei dem Arbeitsvertrag handelt es sich dem äußeren Erscheinungsbild nach um ein vervielfältigtes Klauselwerk der 27

Beklagten, bei dem prima facie anzunehmen ist, dass es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt (BAG 26. Januar 2005 - 10 AZR 215/04). Die Regelung zu dem Betrag von "10,-" ohne eindeutige Bezeichnung der maßgeblichen Währung unmittelbar vor Einführung des Euro am 01.01.2002 ist unklar. Die Parteien haben die Regelung aber übereinstimmend dahin verstanden, dass bis zum 31.12.2001 eine Stundenvergütung von 10,- DM und sodann die nach dem einschlägigen Umrechnungssatz sich ergebende Stundenvergütung in Euro geschuldet werden sollte. Diese übereinstimmende Vorstellung geht wie eine Individualvereinbarung dem Ergebnis auch einer abweichenden objektiven Auslegung vor (§ 305b BGB), und zwar auch zugunsten des Verwenders (BAG 24. September 2008 - 6 AZR 76/07; BGH 9. März 1995 - III ZR 55/94 - NJW 1995, 1494, 1496).

1.2. Dahinstehen kann, ob die Vergütungsvereinbarung als Vereinbarung zu den Hauptleistungspflichten einer Angemessenheitskontrolle nach § 307 BGB unterliegt (zur Zulässigkeit bei gesetzlichen Vergütungsordnungen BGH 19. November 1991 - X ZR 63/90; BGH 17. November 1992 - X ZR 12/91; krit. Ziemann, Brennpunkte des Arbeitsrechts 2003, S.282-294; Lindemann AuR 2002, 81-87; Batz AuA 2002, 62-65; Annuß BB 2002, 460; Huber, Angemessenheitskontrolle der Entgeltvereinbarung, Diss.; a.A. Reinecke DB 2002, 583-585; Däubler NZA 2001, 1335). Die Unzulässigkeit der Angemessenheitskontrolle der Entgeltvereinbarung unterstellt, erweist sich die Vergütungsvereinbarung als sittenwidrig. 28

1.3. Die Vereinbarung einer Stundenvergütung von 10 DM war vom Zeitpunkt der Einstellung der Klägerin an und während des gesamten Anspruchszeitraums sittenwidrig und ist daher nach § 138 Abs.1 BGB nichtig. Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, das sowohl der spezielle Straftatbestand als auch der zivilrechtliche Lohnwucher nach § 138 Abs. 2 BGB und das wucherähnliche Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB voraussetzen (BAG 24. März 2004 - 5 AZR 303/03; 23. Mai 2001 - 5 AZR 527/99; BAG 22. März 1989 - 5 AZR 151/88; BGH 22. April 1997 - 1 StR 701/96), liegt im Streitfall ebenso vor wie der subjektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB. Die Gesamtumstände stehen der Beurteilung als sittenwidrig nicht entgegen. 29

1.3.1. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist bei der Prüfung, ob ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, der Wert der Leistung des Arbeitnehmers nach ihrem objektiven Wert zu beurteilen (BAG 24. März 2004 - 5 AZR 303/03; BAG 23. Mai 2001 - 5 AZR 527/99). 30

1.3.1.1. Ausgangspunkt zur Feststellung des Wertes der Arbeitsleistung sind dabei in der Regel die Tariflöhne des jeweiligen Wirtschaftszweigs. Dies gilt jedenfalls dann, wenn in dem Wirtschaftsgebiet üblicherweise der Tariflohn gezahlt wird. Denn dann kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass Arbeitskräfte auf dem Arbeitsmarkt nur zu den Tariflohnsätzen gewonnen werden können. Entspricht der Tariflohn indessen nicht der verkehrsüblichen Vergütung, sondern liegt diese unterhalb des Tariflohns, ist zur Ermittlung des Wertes der Arbeitsleistung von dem allgemeinen Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet auszugehen (BAG 24. März 2004 - 5 AZR 303/03; BAG 23. Mai 2001 - 5 AZR 527/99; BAG 11. Januar 1973 - 5 AZR 322/72; BAG 21. Juni 2000 - 5 AZR 806/98). Dies bedeutet, dass ein Niedriglohn durch die Existenz eines üblichen Niedriglohnlevels gerechtfertigt werden kann (krit. Peter in Peter/Kempen/Zachert, Die Sicherung tariflicher Mindeststandards, 107). 31

Die forensische Feststellung der Tarifbindung wirft praktische, in der Rechtsprechung bislang noch nicht geklärte Probleme auf. Allein die IAB-Betriebspanels stellen repräsentative Daten zur Entwicklung der Tarifbindung zur Verfügung. Die notwendige Differenzierung auf der Ebene einzelner Branchentarifverträge ist mit diesen Daten aber nicht erreichbar. Insoweit 32

wären Sondererhebungen nötig (IAB-Kurzbericht 16/2008, S.6 l.Sp.). Untersuchungen zur Niedriglohnbeschäftigung sind insoweit wenig ergiebig. Sie orientieren sich nicht an den Tarifvergütungen einer Branche, sondern an einer definierten Niedriglohnschwelle (OECD-Definition: 2/3 des Medianstundenlohns <mittlerer Stundenlohn>; vgl. Kalina/Weinkopf, Frauen im Niedriglohnsektor in Nordrhein-Westfalen, Institut Arbeit und Qualifikation, Universität Duisburg-Essen in: Informationen zum Arbeitsmarkt NRW, Sonderausgabe Januar 2009; Kalina/Weinkopf, ZAF 4/2008, 447-469, unter Hinweis darauf, dass differenzierte Auswertungen nach Branchen auf der Basis des SOEP aufgrund der kleineren Fallzahlen nicht möglich seien). Aus den gleichen Gründen erscheint die Feststellung der verkehrsüblichen Vergütung schwierig. Hinzu kommt, dass bei der Ermittlung der verkehrsüblichen Vergütung schwerlich Vergütungen einbezogen werden dürfen, die ihrerseits auf sittenwidrigen (§ 138 BGB) oder - im Hinblick auf den zeitlichen Umfang der Beschäftigung oder das Geschlecht der beschäftigten Personen - auf diskriminierenden Abreden beruhen (§ 4 Abs. 1 S.2 TzBfG; § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG). Übliche empirische Erhebungen sind jedoch regelmäßig nicht in der Lage, die erhobenen Daten nach diesen rechtlichen Vorgaben zu gewichten.

1.3.1.2. Zur Feststellung des auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung kann nach dem Bundesarbeitsgericht nicht auf einen bestimmten Abstand zwischen dem Arbeitsentgelt und dem Sozialhilfesatz abgestellt werden (BAG 24. März 2004 - 5 AZR 303/03; krit. Peter in Peter/Kempen/Zachert, Die Sicherung tariflicher Mindeststandards, 108, die in dem sozialrechtlichen Abstandsgebot aus § 22 Abs. 4 BSHG bzw. nun § 28 Abs. 4 SGB XII eine Wertentscheidung des Gesetzgebers dahin sieht, dass das Erwerbseinkommen oberhalb der Sozialhilfe liegen müsse). Ob das vom Arbeitgeber für eine bestimmte Tätigkeit entrichtete Arbeitsentgelt in einem krassen Missverhältnis zur erbrachten Arbeitsleistung steht, hängt vom Wert der Arbeitsleistung und nicht von der Höhe möglicher Sozialhilfeansprüche ab. Die Sozialhilfe knüpft an eine wirtschaftliche Bedürfnislage an. Hierfür sind neben den Einkünften etwaige Unterhaltspflichten, die Kosten für Miete sowie andere notwendige Ausgaben und damit zahlreiche Faktoren maßgebend, die nichts mit der konkreten Arbeitsleistung zu tun haben.

33

Ebenso wenig kann nach dem Bundesarbeitsgericht aus den Pfändungsgrenzen des § 850c ZPO auf ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung geschlossen werden. Die Vorschriften über den Pfändungsschutz (§§ 850 ff. ZPO) bezwecken den Schutz des Schuldners vor Kahlpfändung. Ihm wird ein Teil seines Arbeitseinkommens belassen, um ihm und seiner Familie die Führung eines menschenwürdigen Lebens zu ermöglichen und ihn nicht der Sozialhilfe anheimfallen zu lassen (vgl. Zöller/Stöber ZPO § 850 Rn. 1). Beim Pfändungsschutz bleiben der Wert und die wertbildenden Besonderheiten der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung unberücksichtigt. Deshalb ergeben sich aus den in § 850c ZPO festgesetzten Pfändungsgrenzen keine Anhaltspunkte für ein Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt (BAG 24. März 2004 - 5 AZR 303/03).

34

Die Bedeutung von Art. 4 der Europäischen Sozialcharta (ESC) in diesem Kontext ist umstritten. Um die wirksame Ausübung des Rechts auf ein gerechtes Arbeitsentgelt zu gewährleisten, verpflichten sich in dieser Regelung die Vertragsparteien, das Recht der Arbeitnehmer auf ein Arbeitsentgelt anzuerkennen, welches ausreicht, um ihnen und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard zu sichern. Unabhängig davon, wie das Arbeitsentgelt zu bemessen ist, das den Arbeitnehmern und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard sichern soll, kommt Art. 4 ESC für die in den Mitgliedsländern tätigen Arbeitnehmer nach dem Bundesarbeitsgericht kein verbindlicher Rechtscharakter zu (BAG 24. März 2004 - 5 AZR 303/03). Diese Vorschrift habe keine

35

unmittelbare Wirkung für den einzelnen Bürger. Ein Verstoß gegen die Europäische Sozialcharta könne einen Anspruch auf Vergütung nach § 612 Abs. 1 BGB nicht begründen. Dem wird entgegengehalten, dass die Gerichte verpflichtet seien, nationale Vorschriften völkerrechtsfreundlich auszulegen. Dies spreche dafür, die ESC bei einer richterlichen Entgeltanpassung im Rahmen der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts nach §§ 612 Abs. 2, 315 BGB jedenfalls als Orientierungsmaßstab mit heranzuziehen (Zachert, Anm. zu AP § 138 BGB Nr. 63). Die Sozialcharta soll zumindest zur Konkretisierung der Generalklausel des § 138 BGB heranzuziehen sein (MünchArbR/Hanau, § 63 Rn. 3).

1.3.1.3. Das Bundesarbeitsgericht hat in der Vergangenheit keine Richtwerte zur Feststellung eines auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung entwickelt. Der Bundesgerichtshof hat demgegenüber in einem Fall der strafrechtlichen Beurteilung des Lohnwuchers gem. § 302a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB aF die tatrichterliche Würdigung des Landgerichts, ein auffälliges Missverhältnis liege bei einem Lohn vor, der 2/3 des Tariflohns betrage, revisionsrechtlich gebilligt (BGH 22. April 1997 - 1 StR 701/96). In einer nach Verkündung des vorliegenden Urteils veröffentlichten Pressemitteilung hat das Bundesarbeitsgericht ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung angenommen, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal 2/3 eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohnes erreicht (BAG 22. April 2009 - 5 AZR 436/08; ebenso LAG Rheinland-Pfalz 19. Mai 2008 - 5 Sa 6/08; LAG Bremen 17. Juni 2008 - 1 Sa 29/08; LAG Bremen 28. August 2008 - 3 Sa 69/08; LAG Hamburg 17. April 2008 - 1 Sa 10/07; LAG Berlin-Brandenburg 28. Februar 2007 - 15 Sa 1363/06; skeptisch gegenüber einer betragsmäßigen Festlegung durch Rechtsprechung Bepler, FS Richardi, 189,192 - für eine bestimmte Unterschreitensgrenze aber S. 203). Maßgebend sei der Vergleich mit der tariflichen Stunden- oder Monatsvergütung ohne Zulagen und Zuschläge, wobei auch die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen sind. Eine bei Abschluss des Arbeitsvertrages danach nicht zu beanstandende Vergütung könne durch die Entwicklung des Tariflohns wucherisch werden (BAG 22. April 2009 - 5 AZR 436/08). In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird darauf aufmerksam gemacht, dass bei besonders niedrigen Vergütungen bei einer materiellen Gesamtbewertung des Arbeitsverhältnisses im Einzelfall auch ein geringerer Abstand zur üblichen Vergütung als sittenwidrig anzusehen sei. Das gelte insbesondere dann, wenn die angezogenen Tarifverträge neben einer höheren Vergütung auch noch andere geldwerte Leistungen für die Arbeitnehmer vorsähen. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass gerade bei besonders niedrigen Vergütungen auch eine geringere Abweichung ganz wesentlich darüber entscheiden könne, ob aus einem im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gezahlten Stundenentgelt eine auskömmliche Lebensgrundlage gezogen werden könne (LAG Bremen 28. August 2008 - 3 Sa 69/08). In der Literatur wird angemerkt, dass es auf einen Markt, der an den tariflichen Arbeitsbedingungen vorbei unangemessene Arbeits- und letztendlich Lebensbedingungen hervorbringe, nicht ankommen könne (Bepler, FS Richardi, 189,203).

1.3.1.4. Die Sittenwidrigkeit einer Entgeltvereinbarung ist allerdings nicht allein nach der vereinbarten Entgelthöhe zu beurteilen. Ein Rechtsgeschäft verstößt gegen § 138 Abs. 1 BGB, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist (BGH 28. Februar 1989 - IX ZR 130/88; BGH 6. Mai 1999 - VII ZR 132/97). Das von den guten Sitten Zugelassene erschließt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung. Zu den maßgebenden Normen zählen die Wertungen des Grundgesetzes sowie einfachgesetzliche Regelungen (BAG 26. April 2006 - 5 AZR 549/05). Maßgebend sind die beiderseitigen vertraglichen Hauptpflichten; die sonstigen Vertragsregelungen sind aber zu berücksichtigen. So können einzelne für den Vertragspartner nachteilige Klauseln ein ohnehin bestehendes

Missverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen ins Unangemessene und Untragbare steigern (BGH 30. Juni 1987 - KZR 7/86; BGH 01. Dezember 1988 - I ZR 190/87), während ihm günstige Nebenabreden das gleiche Missverhältnis noch als hinnehmbar erscheinen lassen können (BGH 03. November 1995 - V ZR 102/94).

1.3.1.5. Hinzukommen muss der subjektive Tatbestand. Während § 138 Abs. 1 BGB allgemein einen Verstoß gegen die guten Sitten verlangt, regelt § 138 Abs. 2 BGB als Sonderfall das Wuchergeschäft (§ 138 Abs. 2 BGB: "insbesondere"). Das Wuchergeschäft erfordert subjektiv, dass der Wucherer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen ausbeutet. Fehlt es nur an den subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB, dann kann ein wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dafür reicht aber alleine noch nicht ein auffallendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, sondern im Hinblick auf die weitergehenden Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB wird für die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB ebenfalls ein subjektives Moment vorausgesetzt. Dies ist gegeben, wenn der begünstigte Vertragsteil die wirtschaftlich schwächere Lage des anderen Teils bewusst zu seinem Vorteil benutzt oder wenn er sich leichtfertig der Einsicht verschließt, dass sich der andere nur unter dem Zwang der Verhältnisse auf den ungünstigen Vertrag einlässt, sowie wenn er sich grob fahrlässig der Einsicht verschließt, dass der andere den Vertrag nur aus Mangel an Urteilsvermögen oder wegen erheblicher Willensschwäche schließt (BAG 22. März 1989 - 5 AZR 151/88). Hierbei ist weder das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit noch eine Schädigungsabsicht erforderlich, es genügt vielmehr, dass der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Sittenwidrigkeit folgt (BGH 19. Januar 2001 - V ZR 437/99).

38

1.3.1.6. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BAG 26. April 2006 - 5 AZR 549/05; BAG 10. Oktober 1990 - 5 AZR 404/89; BGH 14. Oktober 2003 - XI ZR 121/02). Bei arbeitsvertraglichen Vergütungsabreden ist jedoch auf den jeweils streitgegenständlichen Zeitraum abzustellen (BAG 26. April 2006 - 5 AZR 549/05; ErfKomm/Preis, § 612 BGB Rn. 3). Eine Entgeltvereinbarung kann zum Zeitpunkt ihres Abschlusses noch wirksam sein, jedoch im Laufe der Zeit, wenn sie nicht an die allgemeine Lohn- und Gehaltsentwicklung angepasst wird, gegen die guten Sitten verstoßen (BAG 22. April 2009 - 5 AZR 436/08).

39

1.3.1.7. Bei Nichtigkeit der Entgeltabrede wegen Lohnwuchers ist die übliche und nicht etwa die niedrigste zulässige Arbeitsvergütung zu gewähren, damit regelmäßig die Tarifvergütung (ErfKomm/Preis, § 612 BGB Rn. 4; MünchKomm BGB/Müller-Glöge, § 611 Rn. 807).

40

1.3.1.8. Der Arbeitnehmer trägt als Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die vereinbarte Vergütung sittenwidrig ist. Er genügt seiner Darlegungslast regelmäßig damit, dass er sich auf die einschlägige tarifliche Vergütung stützt und vorbringt, seine Arbeitsvergütung unterschreite diese um den maßgeblichen Richtwert. Der Arbeitgeber kann sich dann nicht auf den Vortrag beschränken, die von ihm gezahlte Vergütung sei angemessen und daher nicht sittenwidrig. Er hat vielmehr substantiiert zu begründen, weshalb im Einzelfall ein von den genannten Grundsätzen abweichender Maßstab gelten soll (in Anlehnung an BAG 19. Februar 2008 - 9 AZR 1091/06; BAG 25. Juli 2002 - 6 AZR 311/00; BAG 30. September 1998 - 5 AZR 690/97).

41

1.4. Nach Maßgabe der vorstehenden Voraussetzungen erweist sich die Vereinbarung einer Vergütung von 10,- DM (5,11 EUR) bzw. 5,20 EUR als sittenwidrig.

42

1.4.1. Ausgangspunkt für die Feststellung des Wertes der Arbeitsleistung der Klägerin ist das Tarifgehalt der Gehaltsgruppe I (ab dem 6. Berufsjahr) der Beschäftigungsgruppen B des § 3

43

1.4.1.1. Nach § 2 Abs. 1 GTV Einzelhandel NRW sind die Angestellten nach der von ihnen tatsächlich verrichteten Tätigkeit in die Beschäftigungsgruppen einzugliedern. Dabei umfassen die Gehaltsgruppen I bis IV der Beschäftigungsgruppen B des § 3 die kaufmännischen Tätigkeiten, für die in der Regel eine abgeschlossene kaufmännische Berufsausbildung (zwei- bis dreijährige Ausbildungszeit mit Abschlussprüfung) erforderlich ist. Nach § 2 Abs. 5 erhalten kaufmännische Aushilfen je Stunde 1/163 des tariflichen Monatsgehalts. In die Gehaltsgruppe I (ab dem 6. Berufsjahr) der Beschäftigungsgruppen B des § 3 GTV sind einzugruppieren Angestellte mit einfacher kaufmännischer Tätigkeit (z. B. Kassierer mit einfachen Tätigkeiten, Angestellte mit einfacher kaufmännischer Tätigkeit in Warenannahme, Lager und Versand, Kontrolleur an Packtischen bzw. Warenausgaben).

44

1.4.1.2. Die Klägerin war im Anspruchszeitraum nach dem Arbeitsvertrag als kaufmännische Angestellte zu beschäftigen. In der Überschrift und an weiteren Stellen im Vertragstext ist zwar von einer Tätigkeit als "Packerin" die Rede. Und nach § 5 des Arbeitsvertrags beschäftigt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit allen in der Filiale anfallenden Arbeiten, die seiner vertraglich festgelegten Funktion entsprechen, einschließlich Reinigungs- und Inventurarbeiten nach näherer Anweisung des Arbeitgebers beziehungsweise seines Vorgesetzten. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich nach § 5 Abs. 2 des Arbeitsvertrages jedoch auch, Ware des Unternehmens nur gegen sofortige Bezahlung zu verkaufen und zwar ausschließlich zu den vom Unternehmen festgesetzten Preisen.

45

Nach diesen Regelungen war die Klägerin je nach Arbeitsanfall mit Packarbeiten, Reinigungsarbeiten, Inventurarbeiten und Verkäufen zu befassen. Die beiden letztgenannten Aufgaben zählen dabei eindeutig zu den üblichen kaufmännischen Arbeiten im Einzelhandel. Auch die Packarbeiten sind den einfachen kaufmännischen Tätigkeiten zuzurechnen, wie sie in der Gehaltsgruppe I vorausgesetzt werden. Sie liegen auf einer Linie mit Arbeiten im Lager oder Versand.

46

1.4.1.3. Auch die praktische Durchführung des Arbeitsverhältnisses weist aus, dass die Klägerin als kaufmännische Angestellte der Gehaltsgruppe I beschäftigt wurde. Die Klägerin hat substantiiert vorgetragen, dass lediglich einmal wöchentlich überwiegend Packarbeiten wegen der erfolgten Warenanlieferung erforderlich gewesen seien, während in der übrigen Zeit alle anfallenden und dabei überwiegend kaufmännischen Arbeiten im Verkaufsgeschäft zu erledigen gewesen seien. Dem ist die Beklagte nicht ausreichend begegnet.

47

Dem Vortrag der Beklagten kann nicht entnommen werden, dass ein häufigerer Anlieferungsturnus einen ständigen Einsatz der Klägerin als Packerin erforderlich machte. Offen bleibt nach dem Vortrag der Beklagten auch, welche Aufgaben denn an den übrigen Einsatztagen mit welchen Zeitanteilen erledigt worden sein sollen. Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat die Beklagte vorgetragen, dass sämtliche von der Klägerin angesprochenen Nachweise über einen Kasseneinsatz (Kassenberichte, Umsatzberichte) nicht aufbewahrt worden seien. Mittelbar räumt die Beklagte jedoch ein, dass die Klägerin zumindest im Anspruchszeitraum als "Verkaufskraft" eingesetzt wurde. Die Klägerin hat vorgetragen, dass als Reaktion auf die Klage für die Beschäftigungsfiliale auf die Anzeige der Beklagten vom 27.10.2007 in der WAZ (Abl. Bl. 146 GA) Arbeitnehmerinnen eingestellt worden seien, die Aufgaben erledigten, die bislang ihr zugewiesen gewesen seien. In der Anzeige ist von einer Einstellung als "Verkaufskraft" die Rede für "allgemeine Verkaufstätigkeiten". Hierauf hat die Beklagte erwidert, dass in der Beschäftigungsfiliale zusätzliches Personal eingestellt worden sei, weshalb sich der Beschäftigungsbedarf für die Klägerin reduziert habe. Dies kann nur dahin verstanden werden, dass die Klägerin während des Anspruchszeitraums als

48

"Verkaufskraft" die in der Anzeige angegebenen "allgemeinen Verkaufstätigkeiten" erledigte und dass ihr diese Aufgaben nach (und ggf., so die Annahme der Klägerin, wegen) Klageerhebung entzogen wurden. Dies entspricht dem Vortrag der Klägerin, der damit nach § 288 ZPO zugestanden ist, denn ein schriftsätzliches Geständnis erlangt mit der stillschweigenden Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze in der mündlichen Verhandlung Wirksamkeit (BGH 14. April 1999 - IV ZR 289/97).

1.4.1.4. Bei der Klägerin liegen auch die Ausbildungsvoraussetzung und die einschlägigen Berufsjahre für die Eingruppierung in die Gehaltsgruppe I vor. Dies ist zunächst zwischen den Parteien streitig gewesen. Nachdem die Klägerin jedoch ihren kaufmännischen Berufsabschluss und die anschließende kaufmännische Tätigkeit durch Vorlage einschlägiger Ablichtungen belegt hat, sind diese Tatsachen von der Beklagten weder in erster noch in zweiter Instanz weiter bestritten worden. 49

1.4.1.5. Als Referenzgehälter ergeben sich damit folgende Beträge: 50

Gehaltsgruppe I, ab 6. Berufsjahr 51

Zeitraum Monatsgehalt Stundenvergütung (./163) 52

01.11.2001-31.03.2002 3.631,98 DM 53

1.857,00 EUR 54

11,39 EUR 55

01.04.2002-31.07.2002 1.857,00 EUR 11,39 EUR 56

01.08.2002-30.06.2003 1.915,00 EUR 11,75 EUR 57

01.07.2003-30.06.2004 1.946,00 EUR 11,94 EUR 58

01.07.2004-28.02.2005 1.981,00 EUR 12,15 EUR 59

01.03.2005-31.08.2006 1.986,00 EUR 12,18 EUR 60

01.09.2006-30.04.2008 2.006,00 EUR 12,31 EUR 61

ab 01.05.2008 2.066,00 EUR 12,67 EUR 62

Wäre keine Eingruppierung in die Gehaltsgruppe I gerechtfertigt, wäre auf die Löhne nach § 2 Abs. 3, dort Lohngruppe II Lohnstaffel a) (unterste Lohngruppe) als Referenzlöhne abzustellen: 63

Lohngruppe II, Lohnstaffel a) 64

Zeitraum Monatsgehalt Stundenvergütung (./163) 65

01.11.2001-31.03.2002 1.486,00 EUR 9,12 EUR 66

01.04.2002-31.07.2002 1.486,00 EUR 9,12 EUR 67

01.08.2002-30.06.2003 1.532,00 EUR 9,40 EUR 68

69

01.07.2003-30.06.2004 1.557,00 EUR 9,55 EUR	
01.07.2004-31.08.2006 1.585,00 EUR 9,72 EUR	70
01.09.2006-30.04.2008 1.601,00 EUR 9,82 EUR	71
ab 01.05.2008 1.649,00 EUR 10,12 EUR	72
1.4.1.6. Der Einwand der Beklagten, die Tarifvergütung entspreche nicht der verkehrsüblichen Vergütung, sondern diese liege unterhalb der Tarifvergütung, geht fehl.	73
1.4.1.6.1. Der Vortrag der Beklagten zur Maßgeblichkeit einer die Tarifvergütung unterschreitenden verkehrsüblichen Vergütung ist unzureichend.	74
Die Klägerin hat sich in der Klagebegründung auf die einschlägige tarifliche Vergütung gestützt und vorgebracht, ihre Arbeitsvergütung unterschreite diese um einen nicht hinzunehmenden Abweichungsgrad. Die Beklagte hat darauf substantiiert begründen müssen, weshalb im Einzelfall ein von den genannten Grundsätzen abweichender Maßstab gelten soll. Dem ist die Beklagte nicht ausreichend nachgekommen.	75
Die Beklagte weist zunächst auf "diverse Berichterstattungen" hin. Dabei handelt es sich um einen (!) Erfahrungsbericht über Arbeiten bei der R1-Gruppe vom 22.09.2007 (Bl. 133 GA), einem Internetbeitrag vom 07.02.2006 über die Vergütung in einem N3-Markt, bei R1 und bei D5 (Drogerie) in einer "ostdeutschen Großstadt" (Bl. 134 GA) und einem Artikel aus dem Tagesspiegel vom 03.09.2007 über die Absicht des "Einzelhandelskonzerns M5", die Mitarbeiter bei seiner "angeschlagenen Warenhaustochter R6" künftig (!) unter Tarif bezahlen zu wollen, wobei dem "Branchentrend" gefolgt werde (Bl. 135 GA). Der Tarif für Verkäufer liege bei knapp 2.000,00 EUR. Die "Billiglöhne" sollten ab Oktober 2007 eingeführt werden. Diese Angaben sind weder ansatzweise repräsentativ noch betreffen sie überhaupt den Anspruchszeitraum oder das einschlägige Wirtschaftsgebiet.	76
Des Weiteren beruft sich die Beklagte auf den Tarifspiegel 2007 des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Bl. 136-141 GA). Dort sei für den Einzelhandel ein Bruttogehalt von 1.199,00 EUR ausgewiesen, was einem Stundenlohn von 6,93 EUR entspreche. Auch dieser Hinweis geht fehl. Der Tarifspiegel weist die tarifliche Grundvergütung der niedrigsten Lohngruppe aus. In dem Tarifspiegel lautet es: "Die Verbände weisen darauf hin, dass die untersten Entgeltgruppen in den aufgeführten Wirtschaftszweigen häufig nur gering oder gar nicht mit Mitarbeitern besetzt sind." Die Angaben im Tarifspiegel betreffen damit weder die Tätigkeit der Klägerin noch den Anspruchszeitraum. Die Daten sind nach Angaben der Verbände auch nicht repräsentativ im Hinblick auf eine verkehrsübliche Vergütung.	77
Sodann trägt die Beklagte vor, die Firmen T2, R1, N3 und D5-Drogeriemärkte zahlten an Aushilfskräfte eine Niedrigvergütung, wie sie auch die Klägerin erhalte. Diese pauschalen Angaben enthalten keine repräsentativen Daten und betreffen ebenfalls nicht den Anspruchszeitraum. Sie deuten allenfalls darauf hin, dass die Niedriglohnbeschäftigung in Deutschland im Anstieg begriffen ist (Kalina/Weinkopf, ZAF 4/2008, 447-469; Bosch/Kalina/Weinkopf, WSI-Mitteilungen 8/2008, 423-429; George, WSI-Mitteilungen 9/2008, 479-485; Schulten, WSI-Mitteilungen 3/2009, 150-157). Wenn die Beklagte insoweit vorträgt, die große Mehrheit der Minijobber/innen wie die Klägerin hätten 2006 zu Stundenlöhnen unterhalb der Niedriglohnschwelle gearbeitet, folgt daraus nichts Entscheidendes für die Streitfrage. Die Daten betreffen das Wirtschaftsgebiet Deutschland,	78

nicht das hier maßgebliche Wirtschaftsgebiet Nordrhein-Westfalen. Des Weiteren lassen sich die Daten nicht konkretisieren für den Einzelhandel und die Tätigkeit der Klägerin. Schließlich wäre zu erläutern, welcher sachliche Grund für die niedrige Vergütung gerade der geringfügig beschäftigten Personen spricht. Bei der Ermittlung der verkehrsüblichen Vergütung dürfen schwerlich Vergütungen einbezogen werden, die auf sittenwidrigen (§ 138 BGB) oder - im Hinblick auf den zeitlichen Umfang der Beschäftigung oder das Geschlecht der beschäftigten Personen - auf diskriminierenden Abreden beruhen (§ 4 Abs. 1 S.2 TzBfG; § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG; vgl. nur Kalina/Weinkopf, Frauen im Niedriglohnsektor in Nordrhein-Westfalen, Institut Arbeit und Qualifikation, Universität Duisburg-Essen in Informationen zum Arbeitsmarkt NRW, Sonderausgabe Januar 2009).

Die Anlagen zum Schriftsatz vom 11.09.2008 betreffen den aktuellen Verdienst einzelner Personen bei der Fa. T2 oder den Firmen T3 und "i1 solutions services". Bei den beiden letztgenannten Unternehmen handelt es sich, soweit ersichtlich, um Unternehmen, die Auffüllhilfen auch im Einzelhandel einsetzen. Die Einzelangaben sind weder repräsentativ, noch im Hinblick auf die beiden letztgenannten Unternehmen einschlägig. Sie betreffen zudem nicht den Anspruchszeitraum. 79

Die von der Beklagten im Verlaufe des Rechtsstreits vorgetragenen Daten betreffen entweder individuelle Fälle ohne erkennbare Repräsentativität oder den nationalen Wirtschaftsraum ohne Differenzierung nach regionalem Wirtschaftsraum, Branche und Aufgabengebiet der Klägerin. Zudem betrifft der Vortrag weitgehend die Verhältnisse nach dem Anspruchszeitraum oder allenfalls während der letzten Monate des Anspruchszeitraums. Entscheidend sind jedoch zunächst die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Ende 2001. Dies ist der - erste - maßgebliche Zeitpunkt für die Sittenwidrigkeitsprüfung. Entsprach die Tarifvergütung damals der verkehrsüblichen Vergütung, wäre auf jene als Referenzmaßstab abzustellen. Entsprechendes gilt für die Folgezeit. Insoweit kann unterstellt werden, dass in den letzten Monaten des Anspruchszeitraums wegen einer dramatischen Ausweitung des Niedriglohnsektors die Tarifvergütung nicht mehr die verkehrsübliche Vergütung bildete. Dies führte jedoch nicht zu einer Heilung der bereits sittenwidrigen Vergütungsabrede. 80

Des Weiteren stellt die Beklagte als angeblich maßgeblich auf den "Wirtschaftszweig" des "Discount-Einzelhandels" ab. In diesem Wirtschaftszweig werde keine Tarifvergütung gezahlt. Dies wird den höchstrichterlichen Vorgaben nicht gerecht. Nach dem Bundesarbeitsgericht ist Ausgangspunkt für die Feststellung des Wertes der Arbeitsleistung die Tarifröhne des jeweiligen Wirtschaftszweigs (BAG 24. März 2004 - 5 AZR 303/03). Der Wirtschaftszweig wird insoweit bestimmt durch den fachlichen Geltungsbereich der einschlägigen Lohn- und Gehaltstarifverträge. Durch die Festlegung des fachlichen Anwendungsbereichs definieren die beteiligten Verbände örtlich und sachlich den Referenzarbeitsmarkt. Nur dann, wenn die Tarifvergütung in diesem durch die Vergütungstarifverträge definierten Arbeitsmarkt nicht der verkehrsüblichen Vergütung entspricht, sondern wenn die verkehrsübliche Vergütung - in diesem tariflich eingegrenzten Arbeitsmarkt - unterhalb der Tarifvergütung liegt, ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Ermittlung des Wertes der Arbeitsleistung von dem allgemeinen Vergütungsniveau im Wirtschaftsgebiet auszugehen. Ungeklärt ist insoweit, wie die verkehrsübliche Vergütung zu ermitteln ist. Dies kann hier aber dahinstehen. 81

1.4.1.6.2. Im Streitfall kann als sicher zugrunde gelegt werden, dass zumindest im Zeitpunkt der Einstellung der Klägerin und auch noch zu Beginn des Anspruchszeitraums im Einzelhandel Nordrhein-Westfalen weit überwiegend Tarifvergütung gezahlt wurde. Dies gilt ohne Einschränkung auch für den Discount-Einzelhandel. Hierfür sprechen die folgenden 82

Umstände in der einschlägigen Branche im maßgeblichen Wirtschaftsgebiet und dies bestätigend im nationalen Wirtschaftsraum.

Der Gehaltstarifvertrag vom 07.08.1999, der Lohntarifvertrag vom 07.08.1999, der Tarifvertrag über Sonderzahlungen (Urlaubsgeld und Sonderzuwendungen) vom 20.09.1996 traten sämtlich Anfang 2000 außer Kraft. Sie waren für allgemeinverbindlich erklärt worden und wirkten nach § 4 Abs. 5 TVG nach (BAG 27. November 1991 - 4 AZR 211/91). Die Allgemeinverbindlichkeit des Manteltarifvertrags vom 01.11.1996 endete am 31.03.2003. Damit unterlagen die Arbeitsverhältnisse sämtlicher Arbeiter und Angestellten im Einzelhandel Nordrhein-Westfalens noch Anfang 2000 den einschlägigen Gehalts-, Lohn-, Sonderzahlungstarifverträgen und bis zum 31.03.2003 dem Manteltarifvertrag. Die während der normativen Geltung dieser Tarifverträge begründeten Arbeitsverhältnisse unterfielen diesen Tarifverträgen auch noch nach Ende der Allgemeinverbindlichkeit kraft Nachwirkung der Tarifverträge nach § 4 Abs. 5 TVG. Allein für Arbeitnehmer, die nach Ende der Allgemeinverbindlichkeit der Tarifverträge im Einzelhandel eingestellt wurden, konnte eine untertarifliche Vergütung vereinbart werden. Es deutet nichts darauf hin, dass bis zur Einstellung der Klägerin oder auch bis zum Beginn des Anspruchszeitraums ein so großer Anteil der Arbeitnehmer im Einzelhandel oder auch nur im Discount-Einzelhandel zu untertariflichen Vergütungsbedingungen eingestellt wurde, dass von einer die Tarifvergütung unterschreitenden verkehrsüblichen Vergütung auszugehen wäre.

83

Dieser Befund wird bestärkt durch die Stellungnahme vom 13.08.2008 (!) des Hauptverbandes des Deutschen Einzelhandels und des Handelsverbandes BAG - Bundesarbeitsgemeinschaft der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels e.V. - zum Kabinettsentwurf für das AEntG und das Mindestarbeitsbedingengesetz. Danach seien in der Einzelhandelsbranche in Westdeutschland 50% der Arbeitnehmer in Unternehmen beschäftigt, die an einen Flächentarifvertrag gebunden seien. Weitere 6% arbeiteten in Einzelhandelsunternehmen, für die ein Firmentarifvertrag gelte. Weitere 25% der Arbeitnehmer arbeiteten in Unternehmen, die zwar selber nicht unmittelbar tarifgebunden seien, aber den Tarifvertrag aufgrund entsprechender arbeitsvertraglicher Vereinbarungen weitgehend anwendeten. Als Fazit könne festgehalten werden, dass für mehr als zwei Drittel der Beschäftigten des Einzelhandels die tariflichen Regelungen Grundlage ihres Arbeitsverhältnisses seien.

84

Auch die Auswertung des IAB-Betriebspanels bestätigt die Annahme der Maßgeblichkeit der Tarifvergütung im Einzelhandel:

85

Tarifbindung in Westdeutschland (Handel/Reparatur)

86

- Anteil der jeweils betroffenen Beschäftigten in % -

87

Branchentarif (BTV), Firmentarif (FTV), KeinTarif (KT) (davon Orientierung an Tarif (OTV)

88

BTV FTV KT (OTV)

89

2003 63 5 32 (58)

90

2004 60 5 36 (52)

91

2006 35 2 63 (45)

92

(Quelle: WSI-Mitteilungen 8/2004, 7/2005, 9/2007)

93

94

Es sind keine Umstände ersichtlich, die für den Einzelhandel auf eine atypische Situation der Tarifbindung in Nordrhein-Westfalen hinweisen.

1.4.2. Die Tarifvergütung als Referenzvergütung ist im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung zu vergleichen mit dem Teil der Arbeitsvergütung, der dem Abgeltungsbereich der Tarifvergütung entspricht. Entspricht der Abgeltungsbereich der Arbeitsvergütung nicht dem der Tarifvergütung, müssen die Abgeltungsbereiche durch eine Korrekturrechnung vergleichbar gemacht werden. Abzustellen ist bei der Bestimmung des Abgeltungsbereichs der Arbeitsvergütung auf die arbeitsvertraglichen Regelungen. Sie bestimmen das auf Sittenwidrigkeit zu prüfende Austauschverhältnis. Insoweit ist ohne Bedeutung, ob einzelne arbeitsvertragliche Bestimmungen unwirksam sind. Dem Arbeitgeber ist es verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit vorformulierter Bestimmungen zu berufen, um so dem Verdikt der Sittenwidrigkeit zu entkommen (Rechtsgedanke aus der AGB-Kontrolle, vgl. BAG 27. Oktober 2005 - 8 AZR 3/05). 95

1.4.2.1. Auszugehen ist beim Vergleich der arbeitsvertraglich bestimmten Vergütung mit der Tarifvergütung von dem jeweiligen Bruttobetrag. Bei dem im Lohn- bzw. Gehaltstarifvertrag geregelten Betrag handelt es sich regelmäßig um einen Bruttobetrag. Dieser bestimmt im Arbeitsrecht das Austauschverhältnis (zum bruttovergütungsbezogenen Vergleich nach § 4 Abs. 1 TzBfG vgl. BAG 12. Juni 1996 - 5 AZR 960/94). Die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung hängt an individuellen Umständen und kann schon deshalb nicht in die Vergleichsbetrachtung eingestellt werden (ähnl. LAG Bremen 28. August 2008 - 3 Sa 69/08). Maßgebend ist zudem bei der Sittenwidrigkeitsprüfung, ob seitens des Wucherers ein Missverhältnis vorliegt. Daher sind nur die "Vorteile", die dem Arbeitgeber aus dem wucherischen Geschäft zufließen sollen oder zugeflossen sind, mit dem Wert seiner Leistungen zu vergleichen, während es auf einen Vergleich der Leistung mit den "Vorteilen", die sich für die Arbeitnehmer aus der Vereinbarung (oder deren steuerrechtlicher oder sozialversicherungsrechtlicher Behandlung) ergeben, nicht ankommt (BGH 22. April 1997 - 1 StR 701/96). 96

1.4.2.2. Auch bei dem im Arbeitsvertrag als Arbeitsvergütung vorgesehenen Betrag handelt es sich regelmäßig um den Bruttobetrag. So liegt der Fall auch hier. Die Parteien haben unter § 3 des Arbeitsvertrags keine Nettolohnvereinbarung getroffen. 97

Nettolohnvereinbarungen sind nicht die Regel, sondern die Ausnahme (BAG 19. Februar 2008 - 3 AZR 61/06). Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass der Arbeitgeber die auf die Bezüge des Arbeitnehmers zu leistenden Lohnsteuern tragen soll. Eine solche Vereinbarung muss jedoch als Ausnahme von der regelmäßigen Steuerlast des Arbeitnehmers erkennbar und deutlich erklärt worden sein. Derartige Absprachen werden üblicherweise dahin getroffen, dass der Arbeitgeber zusagt, den Lohn als Nettolohn zu zahlen (BAG 18. Januar 1974 - 3 AZR 183/73). 98

Die Ausrichtung des Arbeitsvertrags auf eine geringfügige Beschäftigung (Überschrift, § 1, und § 3 des Arbeitsvertrags) lässt nicht ausreichend deutlich eine Nettolohnvereinbarung erkennen. Eindeutig gegen eine Nettolohnvereinbarung spricht § 4 (letzter Satz) des Arbeitsvertrags, wonach eine Überschreitung der gesetzlich vorgegebenen Stundengrenzen für eine geringfügige Beschäftigung eine sozialversicherungs- und steuerrechtliche Behandlung der Bezüge nach sich ziehen soll. Damit hat die Beklagte gerade nicht die Steuerlast der Klägerin übernommen. Die Vergütung ist auch nicht als Nettovergütung qualifiziert worden. 99

1.4.2.3. Die jeweiligen einschlägigen Bruttobeträge einerseits aus dem Arbeitsvertrag und andererseits aus dem Gehaltstarifvertrag (bzw. Lohnstarifvertrag) sind nicht ohne Weiteres vergleichbar. Dies liegt daran, dass sich die Abgeltungsbereiche der beiden Vergütungen nicht decken. Insoweit ist eine Korrekturrechnung geboten.

1.4.2.3.1. Die tarifliche Stundenvergütung dient der Abgeltung geleisteter Arbeit. Urlaub und der Entgeltfortzahlungspflicht unterfallende Krankheitszeiten werden gesondert vergütet. Daneben sehen die Tarifverträge Sonderzahlungen des Einzelhandels NRW die Leistung eines Urlaubsgelds in Höhe von 50% des jeweiligen Entgeltanspruchs für das letzte Berufsjahr der Gehaltsgruppe I am Stichtag 1. Januar des jeweiligen Kalenderjahrs und eine Sonderzuwendung in Höhe von 62,5% des individuell dem anspruchsberechtigten Arbeitnehmer zustehenden Tarifentgelts vor. 101

1.4.2.3.2. Dem gegenüber sieht § 3 des Arbeitsvertrags vor, dass die Klägerin einen Stundenlohn von 10,00 DM pauschal zur Abgeltung geleisteter Stunden, eines Urlaubs- und Weihnachtsgeldes und der Entgeltfortzahlung bei Krankheit und Feiertagen erhalten sollte. Unter § 3 Abs. 2 des Arbeitsvertrags ist ausdrücklich davon die Rede, dass die vereinbarte Vergütung "den Anspruch auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld" beinhaltet. Zudem sollten "nur tatsächlich geleistete Arbeitsstunden" vergütet werden. So wurde das Arbeitsverhältnis auch durchgeführt. Die Klägerin erhielt seit ihrer Einstellung im November 2001 keinen bezahlten Urlaub. Von der Klägerin beantragte Freistellungen, die es unstreitig gab und die von der Klägerin als Urlaub bezeichnet werden, blieben ohne Vergütung. Die Beklagte hat insoweit behauptet, die Klägerin habe seit ihrer Einstellung keinen "Urlaub" beantragt. Während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses wurde bei unstreitig aufgetretenen Krankheitszeiten keine Entgeltfortzahlung geleistet. 102

1.4.2.3.3. Der arbeitsvertraglich bestimmte Abgeltungsbereich der Stundenvergütung von 10,00 DM geht damit weit über den Abgeltungsbereich der tariflichen Stundenvergütung hinaus. Es ist daher eine Korrekturrechnung durchzuführen. 103

Die Tarifvergütung im Zeitpunkt der Einstellung der Klägerin betrug 1.857,00 EUR (3.631,98 EUR). Dem steht eine unbereinigte vertragliche Arbeitsvergütung von 833,41 EUR (10,00 DM x 163 Stunden = 1.630 DM = 833,41 EUR) entgegen. Zu Beginn des Anspruchszeitraums (01.01.2004) betrug die Tarifvergütung 1.946,00 EUR, während die vertragliche Vergütung 847,60 EUR (163 Stunden x 5,20 EUR) betrug. Letztgenannter Betrag der vertraglichen Vergütung wird für die Korrekturrechnung zugrunde gelegt. 104

Die vertragliche Vergütung beinhaltet jedoch nach § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags ("Nur tatsächlich geleistete Arbeitsstunden werden vergütet.") das Urlaubsentgelt. Dieses ist zumindest mit 65,20 EUR (24 Werktage § 3 Abs. 1 BUrlG./ 12; 847,60 ./ 26 x 2) heraus zu rechnen (bei Berücksichtigung des Urlaubsanspruchs aus § 15 Abs. 3 des nachwirkenden MTV Einzelhandel NRW ergäbe sich ein Abzugsposten von 97,80 EUR). 105

Die vertragliche Vergütung beinhaltet des Weiteren nach § 3 Abs. 2 des Arbeitsvertrags "den Anspruch auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld". Der verwandte vorformulierte Vertrag stammte aus der Zeit, als bestimmte Tarifverträge des Einzelhandels noch allgemeinverbindlich waren, wie die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 18.03.2009 vorgetragen hat. Durch die vertragliche Stundenvergütung sollte damit pauschal eine Abgeltung von Urlaubs- und Weihnachtsgeldansprüchen erfolgen. Insoweit ergibt sich folgende Korrekturrechnung (Urlaubsgeld 50% + Sonderzuwendung (Weihnachtsgeld) 62,5% = 112,5%./ 12 = 9,38%; 9,38% von 847,60 EUR = 79,50 EUR). 106

Schließlich beinhaltet die vertragliche Vergütung die gesetzliche Entgeltfortzahlung. Auch diese ist heraus zu rechnen. Der durchschnittliche Krankenstand im Handel betrug 2006 3,6% und 2007 3,9% (vgl. www.aok-business.de). Für die Pflichtmitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung betrug der Krankenstand in den alten Bundesländern im Jahr 2003 3,6%, im Jahr 2004 3,4%, im Jahr 2005 3,6% und im Jahr 2006 3,3%. Dies rechtfertigt es, einen Satz von 3,6% abzusetzen (30,51 EUR).

1.4.3. Damit sind folgende Werte bei der Sittenwidrigkeitsprüfung gegenüberzustellen (bis 31.12.2003 auf der Basis einer Stundenvergütung von 10,00 DM = 5,11 EUR): 108

Zeitraum Tarifgehalt Arbeitsvergütung Abweichung 109

01.11.2001-31.03.2002 11,39 EUR 4,07 EUR -64,27% 110

01.04.2002-31.07.2002 11,39 EUR 4,07 EUR -64,27% 111

01.08.2002-30.06.2003 11,75 EUR 4,07 EUR -65,36% 112

01.07.2003-31.12.2004 11,94 EUR 4,07 EUR -65,91% 113

01.01.2004-30.06.2004 11,94 EUR 4,13 EUR -65,41% 114

01.07.2004-28.02.2005 12,15 EUR 4,13 EUR -66,01% 115

01.03.2005-31.08.2006 12,18 EUR 4,13 EUR -66,09% 116

01.09.2006-30.04.2008 12,31 EUR 4,13 EUR -66,45% 117

ab 01.05.2008 12,67 EUR 4,13 EUR -67,40% 118

Selbst unter Berücksichtigung der Werte nach der Lohngruppe II, Lohnstaffel a) ergeben sich folgende Abweichungen: 119

Zeitraum Tariflohn Arbeitsvergütung Abweichung 120

01.11.2001-31.03.2002 9,12 EUR 4,07 EUR -55,37% 121

01.04.2002-31.07.2002 9,12 EUR 4,07 EUR -55,37% 122

01.08.2002-30.06.2003 9,40 EUR 4,07 EUR -56,70% 123

01.07.2003-31.12.2004 9,55 EUR 4,07 EUR -57,38% 124

01.01.2004-30.06.2004 9,55 EUR 4,13 EUR -56,75% 125

01.07.2004-31.08.2006 9,72 EUR 4,13 EUR -57,51% 126

01.09.2006-30.04.2008 9,82 EUR 4,13 EUR -57,94% 127

ab 01.05.2008 10,12 EUR 4,13 EUR -59,16% 128

Die negativen Abweichungen der vertraglichen Arbeitsvergütung von dem Tarifgehalt bzw. dem Tariflohn lassen ohne Weiteres ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erkennen. Die vom Bundesgerichtshof und nun auch vom Bundesarbeitsgericht akzeptierte Unterschreitungsgrenze von 1/3 unterhalb der 129

Tarifvergütung ist deutlich unterschritten. Das Tarifniveau im Einzelhandel Nordrhein-Westfalens rechtfertigt keine niedriger angesetzte Unterschreitensgrenze.

1.4.4. Durch das überdeutliche Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wird die Sittenwidrigkeit der Vergütungsvereinbarung indiziert. Die Vergütungsvereinbarung ist auch aus ihrem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren. 130

Einige Regelungen im schriftlichen Arbeitsvertrag verstoßen in bemerkenswerter Weise gegen arbeitsrechtliche Vorschriften. Mit der Regelung in § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags, wonach nur tatsächlich geleistete Arbeitsstunden vergütet werden, wird gegen § 13 Abs. 1 S.3 BUrlG bzw. § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel (in der bei Einstellung der Klägerin noch allgemeinverbindlich geltenden Fassung) verstoßen. Der gesetzliche bzw. tarifliche Urlaub ist unabdingbar. Mit der arbeitsvertraglichen Regelung wird zudem gegen § 12 EFZG (Unabdingbarkeit des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung) verstoßen. Die Beklagte hat der Klägerin seit Beginn des Arbeitsverhältnisses Ende 2001 weder Erholungsurlaub gewährt noch Entgeltfortzahlung geleistet. Die Regelung in § 3 Abs. 3 des Arbeitsvertrags verstößt schließlich gegen § 16 MTV Einzelhandel (Ansprüche auf bezahlte Freistellung aus persönlichen Gründen). Unter § 3 Abs. 5 des Arbeitsvertrags findet sich eine Regelung, wonach die Beklagte bei offenen Forderungen zur "Verrechnung" im vollen Umfang berechtigt sein soll. Dem steht § 394 BGB entgegen. Es geht bei der Vertragsklausel nicht um Verrechnungen, sondern um Aufrechnungen. In der Arbeitszeitregelung unter § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags fehlt die gesetzlich vorgeschriebene Festlegung einer Mindestdauer der wöchentlichen Arbeitszeit. Dies verstößt gegen § 12 Abs. 1 S.2 TzBfG (bei Einstellung der Klägerin: § 4 Abs. 1 BeschFG). Entgegen § 2 Abs. 1 Nr. 8 NachwG enthält der Arbeitsvertrag keinen Hinweis auf die Dauer des maßgeblichen Urlaubs. Es fehlt auch der vorgeschriebene Hinweis auf den im Arbeitsverhältnis (im Zeitpunkt der Einstellung) anzuwendenden MTV Einzelhandel NRW (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 NachwG). 131

Vertragsinhalt und Vertragspraxis lassen erkennen, dass es der Beklagten darum ging und geht, unter Ausbeutung der auf Beschäftigung angewiesenen Arbeitnehmerinnen (Zwangslage) und deren erkennbarer Unerfahrenheit sich in unredlicher Weise Vermögensvorteile auf Kosten der Arbeitnehmerinnen und auch zum Vorteil gegenüber Mitbewerbern (sog. Schmutzkonzurrenz, vgl. BAG 15. November 1995 - 10 AZR 150/95) zu verschaffen. In der Vergangenheit war, so das Bundesarbeitsgericht, die besondere Situation im Einzelhandel allgemein bekannt, weshalb weitgehend auch gerade im Einzelhandelsbereich in allen Bundesländern die Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt wurden, um Lohndrückerei und Schmutzkonzurrenz zu verhindern. Speziell im Einzelhandel traten untertarifliche Entlohnungen auf, die eine Allgemeinverbindlicherklärung geboten erscheinen ließen (BAG 12. Oktober 1988 - 4 AZR 244/88). Die Notwendigkeit der Verhinderung von Unterbietungswettbewerb zur Unterminierung der erforderlichen Standards am Arbeitsmarkt ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung durchaus anerkannt (vgl. zur Unterbindung von "Schmutzkonzurrenz" BAG 20. Juli 2004 - 9 AZR 345/03; BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 617/01; BAG 28. März 2007 - 10 AZR 76/06; vgl. auch BVerfG 24. Mai 1977 - 2 BvL 11/74). 132

1.5. Der subjektive Tatbestand liegt hier ebenfalls vor. Die Beklagte beutete die Angewiesenheit der Klägerin überhaupt auf eine Beschäftigung (Zwangslage) und ersichtlich auch ihre arbeitsrechtliche Unerfahrenheit aus. Letztes folgt ohne Weiteres daraus, dass die Klägerin ihre offensichtlich unwirksam abbedungenen Ansprüche auf jeglichen Urlaub und jegliche Entgeltfortzahlung über Jahre nicht geltend machte. Es kann auch unterstellt werden, 133

dass die Beklagte die wirtschaftlich schwächere Lage der Klägerin bewusst zu ihrem Vorteil benutzte. Die Gestaltung des Arbeitsvertrags und die Vertragspraxis lassen ein methodisches Vorgehen erkennen. Sie zielen geradezu auf die Ausbeutung unerfahrener Arbeitnehmerinnen, die sich über lange Zeit nicht in der Lage zeigen, tarifliche und zumindest gesetzliche Mindestbedingungen im individuellen Arbeitsverhältnis durchzusetzen.

2. Die Klageforderungen sind der Höhe nach nicht streitig zwischen den Parteien. Insoweit hat die Beklagte auch in zweiter Instanz keine Einwendungen erhoben. 134

3. Die Klageforderungen sind auch nicht verfallen nach § 24 des nachwirkenden MTV Einzelhandel (zur generellen Herausnahme von Restvergütungsansprüchen im Zusammenhang mit § 138 BGB vgl. Bepler, FS Richardi, 189, 203). 135

3.1. Die Klageforderungen unterfallen nicht der tariflichen Verfallklausel. Nach § 24 Abs. 4 S.1 MTV unterfallen der Verfallklausel nicht solche Ansprüche, die auf eine strafbare Handlung oder eine unerlaubte Handlung gestützt werden. Die Klageforderungen werden hier auf eine strafbare oder unerlaubte Handlung gestützt. 136

3.1.1. Die Klageforderungen unterfallen selbst als Primäransprüche nicht der Verfallklausel. Herausgenommen aus der Verfallklausel werden nicht nur Ansprüche aus unerlaubter oder strafbarer Handlung (Sekundäransprüche), sondern auch Primäransprüche (hier nach § 611 Abs. 1, 612 Abs. 2 BGB iVm. § 138 BGB), die eben auf solche Handlungen (hier: Abschluss eines Wuchergeschäfts) gestützt werden. Durch diese Regelung wird der aus § 242 BGB folgende Rechtsgrundsatz, wonach niemand aus seinem eigenen unredlichen Verhalten rechtliche Vorteile ziehen darf (BGH 31. März 1993, XII ZR 198/91), für den Verfall der Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis konkretisiert. 137

3.1.2. Die Klageforderungen unterfallen der Verfallklausel nicht, weil sie auf eine unerlaubte Handlung gestützt werden. Der Abschluss eines Wuchergeschäfts nach § 138 BGB zählt zu den unerlaubten Handlungen. Die Rechtswidrigkeit solcher Handlungen ergibt sich - im Unterschied zur Pflichtverletzung im Recht der Sonderbeziehungen - aus einem Verstoß gegen allgemeine Rechtsnormen (PWW/Leupertz/Schaub, Vor §§ 823 ff Rn. 1). Insoweit spielt es keine Rolle, ob aus der unerlaubten Handlung Primäransprüche (als Folge der zum Schutze der Arbeitnehmer angenommenen Teilnichtigkeit) oder nach §§ 823 BGB Sekundäransprüche geltend gemacht werden. Beide Anspruchsarten füllen den Ausnahmetatbestand des § 24 Abs. 4 MTV aus. 138

3.1.3. Die Klageforderungen unterfallen der Verfallklausel schließlich auch deshalb nicht, weil sie auf die nach § 138 BGB sittenwidrige Vergütungsvereinbarung und mittelbar auf Wucher nach § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB gestützt werden. Der Straftatbestand liegt vor. Die Beklagte hat die bei Arbeitnehmern in Zeiten der Massenarbeitslosigkeit strukturell bedingte Angewiesenheit auf - wenn auch nur geringfügige - Tätigkeit (Zwangslage iSv. § 291 Abs. 1 StGB; strenger unter Forderung von Arbeitslosigkeit ohne Arbeitslosenunterstützung Schönke/Schröder, StGB, § 291 Rn. 23) und die - arbeitsrechtliche - Unerfahrenheit (indiziert durch die jahrelange Nichtverfolgung von Urlaubs- und Entgeltfortzahlungsansprüchen) dadurch ausgebeutet, dass sie sich für eine sonstige Leistung (Arbeitsleistung) Vermögensvorteile versprechen ließ, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen. 139

3.2. Selbst wenn die Klageforderungen trotz der Regelung in § 24 Abs. 4 MTV der Verfallklausel unterfielen, wäre der Beklagten die Berufung auf den Verfall aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt. §§ 138 BGB und 242 ergänzen einander als 140

"Außenschränke" und "Binnenschränke" der Rechtsausübung (Ermann/G. Hohloch, BGB, § 242 Rn. 23). Der Rechtserwerb der Beklagten kraft unredlichen Verhaltens (Wuchervorteil) ist sittenwidrig. Es widerspricht Treu und Glauben, diesen Vorteil bei der Beklagten zu belassen. Deshalb sind Restlohnforderungen auf Grund des in Anwendung des § 138 BGB festgestellten Mindestlohns aus dem Geltungsbereich tarifvertraglicher Ausschlussfristen auszunehmen (vgl. Bepler FS Richardi, 189, 203).

3.3. Soweit die auf § 612 Abs. 2 BGB beruhenden Vergütungsansprüche der Klägerin entgegen den vorstehenden Ausführungen verfallen wären, bestünden entsprechende - von der Klägerin hilfsweise geltend gemachte - Schadenersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB in Verb. mit § 138 BGB, die nach § 24 Abs. 4 MTV Einzelhandel nicht verfallen. Die Beklagte beging mit der sittenwidrigen Bezahlung eine unerlaubte Handlung. § 138 BGB ist insoweit ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. Ein Schaden besteht in der Höhe, in der die Erfüllungsansprüche der Klägerin aus § 612 Abs. 2 BGB verfallen sein sollten. 141

3.3.1. Schutzgesetze sind solche Normen, die den Schutz eines anderen bezwecken oder zumindest auch dazu dienen sollen, den Einzelnen oder bestimmte Personenkreise gegen die Verletzung eines seiner Rechtsgüter zu schützen. Diesen Voraussetzungen genügt § 138 BGB. Insbesondere der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB dient dem Schutz der sich in einer Schwächeposition befindenden Personen vor einer wirtschaftlichen Ausbeutung (PWW, § 138 BGB Rn. 3). 142

3.3.2. Die Beklagte handelte rechtswidrig und schuldhaft. Sie hätte erkennen können und müssen, dass die sittenwidrige Bezahlung der Klägerin gegen § 138 BGB verstößt. Ein etwaiger Rechtsirrtum vermöchte sie nicht zu entschuldigen. 143

4. Die Klage ist auch im Hinblick auf die Annahmeverzugsvergütung für die Zeit vom 01.10.2007 bis 31.03.2008 (Beschäftigung unterhalb von 10 Stunden wöchentlich) begründet. 144

4.1. Die Parteien haben in § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags eine Arbeit auf Abruf (§ 12 TzBfG) vereinbart. Für die Klägerin wurde eine selbstständige, nicht auf Unregelmäßigkeit oder Dringlichkeit beschränkte Verpflichtung, auf Anforderung der Beklagten zu arbeiten, begründet. Die vertragliche Vereinbarung genügt nicht den gesetzlichen Anforderungen. Nach § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG muss die Vereinbarung über die Abrufarbeit eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. So weit eine Festlegung einer bestimmten Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit gefordert wird, kann dies auch eine Mindestdauer sein (BAG 07. Dezember 2005 - 5 AZR 535/04). Hieran fehlt es jedoch in dem Arbeitsvertrag. Folge ist nach § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG, dass eine wöchentliche Arbeitszeit von zehn Stunden als vereinbart gilt. 145

4.2. Die Beklagte kam jeweils im Anspruchszeitraum in den Beschäftigungswochen in Annahmeverzug, ohne dass es eines Angebots einer weiteren Arbeitsleistung seitens der Klägerin bedurfte. Solange im Verlaufe der Beschäftigungswoche noch eine Arbeitszeit von zehn Stunden erreicht werden konnte, befand sich die Beklagte noch nicht mit der Annahme von Diensten der Klägerin in Verzug. Sobald nach dem öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitrecht die Mindestarbeitszeit nicht mehr zu erreichen war, wurde ein Teil der in der Beschäftigungswoche geschuldeten Arbeitsleistung unmöglich. Damit trat jeweils ein Tag zuvor Annahmeverzug der Beklagten nach § 296 Satz 1 BGB ein, denn für den Abruf der Klägerin zur Arbeit verblieb nur der eine Arbeitstag, sodass für die Mitwirkungshandlung der Beklagten, nämlich die Schichteinteilung der Klägerin im arbeitszeitrechtlich maximal zulässigen Umfang, eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war. Einer allgemeinen Erklärung der Klägerin, sie wolle länger arbeiten, bedurfte es daneben nicht, denn die Verantwortung für 146

die Arbeitseinteilung lag allein bei der Beklagten, was schon unmittelbar aus der Abrufvereinbarung folgt (vgl. BAG 08. Oktober 2008 - 5 AZR 715/07).

5. Grund und Höhe der Nebenforderungen sind zwischen den Parteien nicht in Streit. 147

6. Die Tenorierung durch das Arbeitsgericht entspricht der Übung. Die Klagehauptforderungen sind auf die Leistung von Bruttobeträgen gerichtet. Tatsächlich der Klägerin zugeflossene Beträge sind zutreffend unter Beachtung von § 362 Abs. 1 BGB abgesetzt worden. Die Zusätze "brutto" und "netto" sind insoweit für die schuldrechtliche Betrachtung und für die Vollstreckung ohne Bedeutung. Die Gerichte für Arbeitsachen können nicht mit Bindung für die Steuerbehörden und Krankenkassen festlegen, ob ein Betrag abgabenpflichtig ist oder nicht (BAG 26.05.1998 - 3 AZR 96/97; BAG 26.05.1998 - 3 AZR 171/97; Ziemann, FS Schwerdtner, S. 727 f.). Die Beispielsberechnung der Beklagten übersieht u.a. § 28g SGB IV. 148

II. Die Anschlussberufung ist unbegründet. 149

1. Die Klage auf Feststellung der Pflicht zur Erteilung schriftlicher monatlicher Einzelabrechnungen über den jeweiligen Nachzahlungsbetrag für den Zeitraum von Januar 2004 bis März 2008 ist unbegründet. 150

1.1. Die Zulässigkeit der Feststellungsklage kann dahinstehen, denn die Feststellungsklage ist unbegründet. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist nur für ein stattgebendes Urteil Sachurteilsvoraussetzung (vgl. BGH 14. März 1978 - VI ZR 68/76; BAG 03. Mai 1994 - 9 AZR 606/92). 151

1.2. Der Abrechnungsanspruch steht der Klägerin nicht in der geltend gemachten Form und nicht im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht zu. 152

1.2.1. Aus § 108 Abs. 1 S.1 GewO folgte nur ein Anspruch auf Erteilung einer Abrechnung in Textform nach § 126b BGB. Die Erteilung muss nicht unbedingt schriftlich erfolgen (HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 14). Die Abrechnung ist erst bei Zahlung des Arbeitsentgelts zu erteilen, nicht im Zeitpunkt der Fälligkeit des Anspruchs auf das zu zahlende Arbeitsentgelt. Ohne vorherige Zahlung ist der Anspruch auf Abrechnung nicht klagbar (ErfKomm/Müller-Glöge, § 108 Rn.1). Der Abrechnungsanspruch besteht nicht nur bei regelmäßigen Lohnzahlungen, sondern bei jeder Zahlung von Arbeitsentgelt (HWK-Lembke, § 108 GewO Rn. 13). Insoweit besteht aber kein Anspruch auf "Einzelabrechnungen über den jeweiligen Nachzahlungsbetrag", sondern nur auf eine Abrechnung über die tatsächliche Teil- und / oder Gesamtnachzahlung. 153

1.2.2. Aus § 10 Abs. 4 MTV Einzelhandel ergibt sich allein ein Anspruch auf monatliche Gehaltsabrechnungen. Nach der Tarifnorm ist dem Arbeitnehmer mit jeder monatlichen Gehalts- bzw. Lohnzahlung eine Abrechnung auszuhändigen. Die monatliche Gehaltsabrechnung umfasst jedoch nicht die Abrechnung von Nachzahlungen. 154

2. Die Klage auf Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, die sich aus der jeweiligen Abrechnung ergebenden Nettobeträge an die Klägerin auszuzahlen, ist unzulässig. Die Auszahlungsbeträge sind bereits Teil der mit Leistungsklage - erfolgreich - verfolgten Bruttoforderungen (§ 261 Abs. 3 Nr.1 ZPO). Zumindest fehlt das Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 2 ZPO wegen des Vorrangs der Leistungsklage. 155

156

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs.1 S.1 ZPO. Die Kosten sind nach dem Grad des jeweiligen Unterliegens zu verteilen gewesen.

IV. Gründe, die Revision nach § 72 Abs.2 ArbGG zuzulassen, sind nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht ist der aufgezeigten höchstrichterlichen Rechtsprechung gefolgt. Eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung liegt nicht vor.

157