

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 171/10

1 Sa 52/09

Landesarbeitsgericht

Mecklenburg-Vorpommern

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

20. April 2011

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter,
Revisionskläger und Revisionsbeklagter,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter, Berufungskläger,
Revisionsbeklagter und Revisionskläger,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. April 2011 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht

Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie die ehrenamtlichen Richter Kremser und Ilgenfritz-Donné für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen des Klägers und des Beklagten wird
- unter Zurückweisung der Revisionen im Übrigen - das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 10. September 2009 - 1 Sa 52/09 - in Ziff. 1 teilweise aufgehoben und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung des Beklagten wird - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - das Urteil des Arbeitsgerichts Schwerin vom 27. Januar 2009 - 5 Ca 1876/08 - teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.160,19 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 3.789,19 Euro seit dem 1. Januar 2008 sowie aus 371,00 Euro seit dem 16. Januar 2008 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 83 % und der Beklagte 17 % zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Höhe der Vergütung für einen Auslands- 1
einsatz.

Der Beklagte ist Inhaber eines Betriebs des Baugewerbes mit Sitz in 2
Mecklenburg-Vorpommern. Der 1986 geborene Kläger, ausgebildeter Beton-
und Stahlbetonbauer, war bei ihm vom 23. März bis zum 15. Dezember 2007
als Maurer beschäftigt. Dabei war er überwiegend auf Baustellen in Dänemark
eingesetzt. Der Kläger erhielt für die Beschäftigungszeit einen Lohn iHv.
8.366,00 Euro brutto.

In ihrem schriftlichen, auf den 26. März 2007 datierten und mit der Ortsangabe B versehenen Arbeitsvertrag vereinbarten die Parteien ua.:

3

„§ 3 Tätigkeit und Aufgabengebiet

- (1) Der Arbeitnehmer wird als Maurer eingestellt. Das Arbeitsgebiet des Arbeitnehmers umfasst folgende Aufgaben:
Montagearbeiten, Klinkern.
- (2) Das Arbeitsverhältnis bezieht sich auf eine Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland.

...

§ 7 Vergütung

- (1) Der Arbeitnehmer erhält für seine Tätigkeit eine monatliche Vergütung von 1.500.- € Brutto.
- (2) Die Vergütung wird monatlich spätestens bis zum zwanzigsten Tag des auf den Abrechnungsmonat folgenden Monat abgerechnet und ausgezahlt.

...

§ 11 Vertragsänderungen

- (1) Dieser Vertrag stellt die gesamte Vereinbarung zwischen den Parteien dar. Nebenabreden, Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages (einschließlich dieser Klausel) bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform.
- (2) Alle zwischen den Vertragsparteien vor dem Abschluss dieses Vertrages getroffenen Vereinbarungen sind durch den Abschluss dieses Vertrages überholt.

...“

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Kläger mit Schreiben der IG Bauen-Agrar-Umwelt vom 6. März 2008 Zahlung „des Mindestlohns“ gegenüber dem Beklagten geltend gemacht. Dieser lehnte weitere Zahlungen mit Schreiben vom 15. März 2008 ab.

4

Mit seiner am 25. April 2008 beim Arbeitsgericht eingereichten und dem Beklagten am 30. April 2008 zugestellten Klage hat der Kläger geltend gemacht, die Vergütungsvereinbarung über einen Monatslohn von 1.500,00 Euro brutto sei sittenwidrig und damit unwirksam. Unter Berufung auf § 612 Abs. 2

5

BGB hat der Kläger für an 192 Tagen gearbeitete 1.536 Stunden die übliche Vergütung beansprucht. Diese bemesse sich nach dem in Dänemark üblichen Lohn für Maurer, der umgerechnet bei 3.670,00 Euro brutto monatlich bzw. 21,17 Euro brutto je Stunde liege. Zumindest schulde ihm der Beklagte den Mindestlohn West nach dem Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 29. Juli 2005 (*TV Mindestlohn*).

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt,

6

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 24.151,12 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2008 zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, für den Auslandseinsatz des Klägers hätten die Parteien in Dänemark mündlich eine Vergütung von ca. 1.100,00 Euro netto monatlich vereinbart. Die Vergütungsabrede sei nicht sittenwidrig. Dänische Maurer erhielten üblicherweise Leistungslohn. Der Kläger habe weit unter Durchschnitt gearbeitet und nicht die Arbeitsleistung eines „vollwertigen dänischen Maurers“ erbracht.

7

Das Arbeitsgericht hat der Klage in Höhe des Mindestlohns West stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Beklagten dem Kläger nur den Mindestlohn Ost zugesprochen und die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit den vom Senat zugelassenen Revisionen verfolgen der Kläger seinen ursprünglichen Klageantrag, der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

8

Entscheidungsgründe

Die Revisionen des Klägers und des Beklagten sind teilweise begründet. Der Kläger kann mangels einer anderweitigen Vergütungsverein-

9

barung für seinen Auslandseinsatz in Dänemark (nur) den Mindestlohn Ost verlangen, § 612 Abs. 2 BGB. Die (Differenz-)Vergütungsansprüche für die Monate März bis Juli 2007 sind aber mangels rechtzeitiger Geltendmachung verfallen, § 2 Abs. 5 TV Mindestlohn. Ein Schadensersatzanspruch in Höhe der verfallenen Ansprüche steht dem Kläger nicht zu. Soweit das Arbeitsgericht dem Kläger für in der Bundesrepublik Deutschland geleistete Arbeit (18. bis 21. Juni 2007) Differenzvergütung auf der Basis des Mindestlohns West zugesprochen hat, ist das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig geworden. Die Berufung des Beklagten ist diesbezüglich unzulässig.

- I. Der Kläger hat für seinen Arbeitseinsatz in Dänemark gemäß § 612 Abs. 2 BGB Anspruch auf Vergütung nach dem TV Mindestlohn in Höhe des Mindestlohns Ost. 10
1. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet, auch soweit es den Arbeitseinsatz des Klägers auf Baustellen in Dänemark betrifft, deutsches Recht Anwendung. Das steht zwischen den Parteien außer Streit und folgt aus den im streitgegenständlichen Zeitraum noch geltenden Art. 27 ff. EGBGB. Die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (*Rom I-VO*) ist am 17. Dezember 2009 in Kraft getreten. Nach dessen Art. 28 gilt sie nur für Verträge, die nach diesem Datum geschlossen wurden. Altverträge unterstehen weiter dem bisherigen Recht (*vgl. Deinert RdA 2009, 144; Schneider NZA 2010, 1380*). 11
2. Einen gesetzlichen Mindestlohn, der für aus dem Ausland nach Dänemark entsandte Arbeitnehmer gelten würde, gab es im streitgegenständlichen Zeitraum in Dänemark nicht (*vgl. dazu Waltermann NJW 2010, 801*). Einen solchen, sich aus dänischem Recht ergebenden Mindestlohn macht der Kläger auch nicht geltend. 12
3. Im Ansatz zutreffend geht der Kläger davon aus, dass er für seinen Auslandseinsatz in Dänemark mangels wirksamer Vergütungsvereinbarung die übliche Vergütung beanspruchen kann, § 612 Abs. 2 BGB. 13

a) Dass die Tätigkeit des Klägers auf Baustellen in Dänemark vergütet werden sollte, ist zwischen den Parteien unstreitig. Eine Vergütungsabrede haben sie dafür aber nicht getroffen. 14

Die in § 7 Abs. 1 des schriftlichen Arbeitsvertrags vom 26. März 2007 vereinbarte Vergütung von 1.500,00 Euro brutto monatlich bezieht sich - wie der gesamte schriftliche Arbeitsvertrag - auf eine Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland, § 3 Abs. 2 Arbeitsvertrag. Eine - vom Beklagten behauptete, vom Kläger bestrittene - mündliche Vergütungsvereinbarung für den Auslandseinsatz haben die Parteien jedenfalls nicht wirksam getroffen. Unbeschadet der Frage, ob der dahingehende Sachvortrag des Beklagten überhaupt hinreichend substantiiert und angesichts seiner Variationen durch die Instanzen schlüssig ist, wäre eine Vereinbarung von „circa 1.100,00 Euro netto“ nicht hinreichend bestimmt und damit unwirksam. 15

b) Die nach § 612 Abs. 2 BGB geschuldete übliche Vergütung ist diejenige, die am gleichen Ort in ähnlichen Gewerben und Berufen für entsprechende Arbeit bezahlt zu werden pflegt; maßgeblich ist die übliche Vergütung im vergleichbaren Wirtschaftskreis (*BAG 26. April 2006 - 5 AZR 549/05 - Rn. 26 mwN, BAGE 118, 66; ErfK/Preis 11. Aufl. § 612 BGB Rn. 37 f. mwN*). 16

Vergleichsmaßstab ist hiernach nicht die übliche Vergütung eines in Dänemark bei einem dort ansässigen Bauunternehmen angestellten Maurers. Abzustellen ist vielmehr auf die übliche Vergütung eines von einem inländischen Bauunternehmen vorübergehend nach Dänemark entsandten Maurers, wobei dahingestellt bleiben kann, wie der vergleichbare Wirtschaftskreis genau zu bestimmen wäre. Denn es fehlt jeglicher Sachvortrag des Klägers dafür, inländische Bauunternehmen oder zumindest solche in Mecklenburg-Vorpommern würden nach Dänemark entsandten Arbeitnehmern die dort üblichen Maurerlöhne zahlen. 17

c) Nachdem der Kläger Sachvortrag zu der tatsächlich von inländischen Bauunternehmen an nach Dänemark entsandte Maurer gezahlten Vergütung nicht geleistet hat, richtet sich - gleichsam als Untergrenze - die im Streitfall zu zahlende übliche Vergütung nach dem TV Mindestlohn. Unbeschadet der 18

Erstreckung der §§ 1 - 3 TV Mindestlohn ab dem 1. September 2005 auf alle nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch die Fünfte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 29. August 2005 (*BAnz. Nr. 164 vom 31. August 2005 S. 13199*), folgt dies schon daraus, dass sich der TV Mindestlohn auf alle Arbeitsverhältnisse erstreckt und damit im Rahmen seines fachlichen Anwendungsbereichs faktisch angewandt wurde (*vgl. - zum Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohns für gewerbliche Arbeitnehmer im Maler- und Lackiererhandwerk - BAG 27. Juli 2010 - 3 AZR 317/08 - Rn. 30, EzA BBiG 2005 § 4 Nr. 1*).

Der TV Mindestlohn gilt nach seinem § 1 Abs. 2 iVm. § 1 Abs. 2 des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe (*BRTV-Bau*) für Betriebe des Baugewerbes wie dem des Beklagten. Der Kläger unterfiel dem persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags, denn er war als gewerblicher Arbeitnehmer und - worüber zwischen den Parteien kein Streit besteht - versicherungspflichtig tätig. Auch der räumliche Geltungsbereich des TV Mindestlohn ist eröffnet. Dieser erstreckt sich nach § 1 Abs. 1 auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, wobei der systematische Zusammenhang mit § 1 Abs. 2 zeigt, dass insoweit der Sitz des Betriebs und nicht der jeweilige Tätigkeitsort des Arbeitnehmers entscheidend ist. Die Grenze wird - allenfalls - dadurch gezogen, dass ein Arbeitsverhältnis nicht deutschem Recht unterfällt (*vgl. dazu auch BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 617/01 - zu II 1 der Gründe, BAGE 113, 149; 20. Juni 2007 - 10 AZR 302/06 - Rn. 12, AP TVG § 1 Tarifverträge: Holz Nr. 26 = EzA TVG § 4 Bauindustrie Nr. 135*).

19

Für die Annahme, inländische oder zumindest mecklenburg-vorpommerische Bauunternehmen würden nach Dänemark entsandten Mauern überwiegend eine geringere Vergütung als die nach dem TV Mindestlohn zahlen, gibt der Sachvortrag des Beklagten keinen Anhaltspunkt. Sein Einwand, in Dänemark werde typischerweise „auf Leistung“ gearbeitet und entsprechend vergütet, bezieht sich ersichtlich auf den Sachvortrag des Klägers zum üblichen Entgelt dänischer Maurer und meint Arbeitnehmer dänischer Arbeitgeber.

20

d) Ob bei dem Auslandseinsatz eines Bauarbeiters über § 612 Abs. 2 BGB der Mindestlohn West oder der Mindestlohn Ost geschuldet ist, bestimmt sich nach dem Einstellungsort. Gemäß § 3 Satz 2 TV Mindestlohn behalten auswärts beschäftigte Arbeitnehmer den Anspruch auf den Mindestlohn ihres Einstellungsortes. Dieser liegt im Streitfall im Gebiet des Landes Mecklenburg-Vorpommern. Einen - höheren - Mindestlohn für eine im Ausland gelegene Baustelle sehen weder § 3 noch § 2 TV Mindestlohn vor. 21

4. Die nach dem TV Mindestlohn berechnete Vergütung ist allerdings nur insoweit üblich iSv. § 612 Abs. 2 BGB, als sie nicht nach § 2 Abs. 5 TV Mindestlohn verfallen ist. Die Ausschlussfrist ist als Teil des üblichen Entgelts anzusehen (*BAG 27. Juli 2010 - 3 AZR 317/08 - Rn. 33, EzA BBiG 2005 § 4 Nr. 1, insoweit zust. Sagan BB 2011, 572, 574*). 22

a) § 2 TV Mindestlohn lautet auszugsweise: 23

„...“

- (4) Der Anspruch auf den Mindestlohn wird spätestens am 15. des Monats fällig, der auf den Monat folgt, für den er zu zahlen ist.

...

- (5) Abweichend von § 15 BRTV verfallen Ansprüche auf den Mindestlohn von Arbeitnehmern in den Lohngruppen 1 und 2 sechs Monate nach ihrer Fälligkeit.

...“

Nach dem in Bezug genommenen BRTV-Bau verfallen alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden (§ 15 Nr. 1 BRTV-Bau). Lehnt diese - wie hier - den Anspruch ab, verfällt er, wenn er nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Ablehnung gerichtlich geltend gemacht wird (§ 15 Nr. 2 BRTV-Bau). 24

Das Gefüge dieser Normen zeigt, dass die Tarifvertragsparteien einen inneren Zusammenhang zwischen dem Mindestlohn und der Ausschlussfrist herstellen wollten. In Abweichung von allgemeinen, an sich branchenüblichen 25

Regelungen haben sie gerade für den Mindestlohn eine Sonderregelung getroffen. Das ist bei der Feststellung der üblichen Vergütung zu berücksichtigen.

b) Danach sind (Differenz-)Vergütungsansprüche für die Monate März bis 26
Juli 2007 verfallen. Der - jüngste - (Differenz-)Vergütungsanspruch für Juli 2007
war nach § 2 Abs. 4 TV Mindestlohn spätestens am 15. August 2007 fällig.
Diesen - und die zeitlich davor liegenden - hat der Kläger aber erstmals mit
Schreiben vom 6. März 2008 und damit außerhalb der Frist des § 2 Abs. 5 TV
Mindestlohn geltend gemacht.

5. Die verfallenen (Differenz-)Vergütungsansprüche stehen dem Kläger 27
nicht als Schadensersatz zu. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagte
schuldhaft seine Nachweispflicht aus § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG verletzt
hat. Denn der Kläger hat keinen schlüssigen Vortrag zur Kausalität einer
Pflichtverletzung des Beklagten (unterbliebener Nachweis) für seinen - zeitlich
gestaffelt - eingetretenen Schaden (Verfall der restlichen Lohnansprüche) ge-
halten. Er hat nicht vorgetragen, er habe als im Bereich des Baugewerbes
Ausgebildeter weder die Ausschlussfrist des § 15 BRTV-Bau noch die des § 2
Abs. 5 TV Mindestlohn gekannt und damit nicht gewusst, dass eine Ausschluss-
frist auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finde, und er hätte bei rechtzeitigem
Nachweis die Ausschlussfrist beachtet. Über die fehlende Darlegung des
Klägers zur Kausalität zwischen der unterlassenen Aufklärung und dem ein-
getretenen Schaden hilft auch die vom Senat bei einem Verstoß des Arbeit-
gebers gegen § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG aufgestellte Vermutung des
aufklärungsgemäßen Verhaltens nicht hinweg (*BAG 5. November 2003 - 5 AZR
676/02 - zu III 3 c der Gründe, AP NachwG § 2 Nr. 7 = EzA NachwG § 2 Nr. 6*).

II. Nach diesen Grundsätzen gilt Folgendes: 28

1. Für die in den Monaten August bis Dezember 2007 auf Baustellen in 29
Dänemark geleisteten 784 Stunden hat der Kläger Anspruch auf Vergütung in
Höhe des Mindestlohns Ost (9,80 Euro brutto/Stunde). Abzüglich des vom
Beklagten für diesen Zeitraum gezahlten Lohns (3.676,00 Euro brutto) ergibt
sich ein restlicher Betrag von 4.007,20 Euro brutto.

Die (Differenz-)Vergütungsansprüche für die Monate August bis Dezember 2007 sind nicht verfallen. Der Kläger hat sie mit Schreiben seiner Gewerkschaft vom 6. März 2008 rechtzeitig geltend gemacht, § 2 Abs. 5 iVm. Abs. 4 Satz 1 TV Mindestlohn. Wollte man annehmen, § 2 Abs. 5 TV Mindestlohn modifiziere nur die erste Stufe der zweistufigen Ausschlussfrist des § 15 BRTV-Bau, hätte der Kläger auch deren zweite Stufe gewahrt. Auf das Ablehnungsschreiben des Beklagten vom 15. März 2008 hat er mit seinem beim Arbeitsgericht am 25. April 2008 eingegangenen und dem Beklagten am 30. April 2008 zugestellten Schriftsatz vom 22. April 2008 innerhalb der Frist des § 15 Nr. 2 BRTV-Bau Klage erhoben. 30

2. Der Kläger kann für vier Arbeitstage im Juni 2007 für im Inland geleistete Arbeit die vom Arbeitsgericht zuerkannte Differenzvergütung auf der Basis des Mindestlohns West (152,99 Euro brutto) beanspruchen. In dieser Höhe ist das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig geworden, weil die Berufung des Beklagten insoweit unzulässig ist. Das hat der Senat von Amts wegen zu prüfen (*BAG 15. August 2002 - 2 AZR 473/01 - AP ZPO § 519 Nr. 55 = EzA ZPO § 519 Nr. 14*). Hinsichtlich der Differenzvergütung für Arbeit im Inland genügt die Berufungsbegründung nicht den Anforderungen des § 64 Abs. 6 ArbGG iVm. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO (*zu den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Berufungsbegründung vgl. BAG 8. Oktober 2008 - 5 AZR 526/07 - Rn. 15, AP ZPO § 520 Nr. 1 = EzA ZPO 2002 § 520 Nr. 7; 19. Oktober 2010 - 6 AZR 118/10 - Rn. 7 f., NZA 2011, 62*). Aus den Berufungsangriffen lässt sich nicht erkennen, mit welchen rechtlichen oder tatsächlichen Argumenten der Beklagte die Entscheidung des Arbeitsgerichts bezüglich der Arbeitstage vom 18. bis zum 21. Juni 2007, für die die Berufungsbegründung selbst als Arbeitsort „Deutschland“ angibt, bekämpfen will. 31

III. Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 288 Abs. 1 iVm. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Hinsichtlich des (Differenz-)Vergütungsanspruchs für den Monat Dezember 2007 kann der Kläger Verzugszinsen allerdings erst ab dem 16. Januar 2008 beanspruchen. Die Fälligkeit der Dezembervergütung nach § 2 Abs. 4 TV Mindestlohn (15. Januar 2008) wird von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses 32

nisses zum 15. Dezember 2007 nicht berührt (vgl. BAG 8. November 1978 - 5 AZR 358/77 - zu 5 der Gründe, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 100 = EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 60; ErfK/Preis 11. Aufl. § 614 BGB Rn. 6).

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.

33

Müller-Glöge

Laux

Biebl

Kremser

Ilgenfritz-Donné