

# BUNDESGERICHTSHOF



5 AZR 365/13  
3 Sa 114/12  
Landesarbeitsgericht  
Nürnberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
20. November 2013

## URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. November 2013 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Dombrowsky und die ehrenamtliche Richterin Mattausch für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 11. Januar 2013 - 3 Sa 114/12 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Differenzvergütung unter dem Gesichtspunkt des equal pay. 1

Der Kläger war seit dem 15. November 2004 bei der Beklagten, die gewerblich Arbeitnehmerüberlassung betreibt, als Leiharbeiter beschäftigt. Er wurde der m GmbH (*im Folgenden: Entleiherin*) als Produktionshelfer überlassen und erhielt einen Bruttostundenlohn von zunächst 7,00 Euro, ab Juni 2007 von 7,20 Euro. Dem Arbeitsverhältnis lag ein Formulararbeitsvertrag vom 3. Januar 2005 zugrunde, in dem es ua. heißt: 2

#### **„§ 3 Tarifierung**

Auf das Arbeitsverhältnis finden die für den Arbeitgeber einschlägigen Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung. Dies sind zur Zeit die zwischen der Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA und dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e.V. abgeschlossenen Tarifverträge (Manteltarifvertrag, Entgelttrahmentarifvertrag, Entgelttarifvertrag und Beschäftigungssicherungstarifvertrag).

Im Falle eines Verbandswechsels des Arbeitgebers geltend die Bestimmungen der dann einschlägigen Tarifwerke. Für den Fall, dass ein Firmentarifvertrag abgeschlossen wird, gilt dessen Inhalt.

Soweit die nachfolgenden Regelungen mit den Bestimmungen der in Bezug genommenen Tarifverträge übereinstimmen, dient dieses der besseren Verständlichkeit dieses Vertrages. Soweit Regelungen dieses Vertrages den

in Bezug genommenen Tarifverträgen derzeit oder zukünftig widersprechen sollten, gelten vorrangig die jeweils maßgeblichen tariflichen Bestimmungen. Dies gilt nicht, soweit die Tarifverträge eine Abweichung ausdrücklich zulassen oder sich aus den Regelungen dieses Arbeitsvertrages eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung ergibt.

...

### **§ 13 Ausschlußfrist**

1. Alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sind spätestens innerhalb einer Ausschlußfrist von zwei Monaten ab Fälligkeit - auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses - nur schriftlich geltend zu machen.
2. Ansprüche, die nicht innerhalb dieser Frist geltend gemacht werden, sind ausgeschlossen, es sei denn, dass der Anspruchsberechtigte trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutender Sorgfalt verhindert war, diese Frist einzuhalten. Diese Ausschlussfrist gilt nicht für Ansprüche, die auf eine unerlaubte Handlung gestützt werden.
3. Lehnt die Gegenpartei den Anspruch ab oder erklärt sie sich nicht innerhalb von einem Monat nach der Geltendmachung des Anspruches, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von einem Monat nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird.

...“

Der in Bezug genommene Manteltarifvertrag (*im Folgenden: MTV*) zwischen der Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP) und dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e.V. (AMP) vom 29. November 2004 enthielt in Nr. 19.2 bis 19.4 eine Ausschlussfristenregelung, die eine zweimonatige Frist zur schriftlichen Geltendmachung vorsah und im Übrigen den in § 13 Arbeitsvertrag getroffenen Regelungen entsprach. Durch Änderungsarbeitsvertrag vom 9. Juli 2008 wurde die Frist zur schriftlichen Geltendmachung auf drei Monate verlängert.

3

In einer dem Kläger mit Schreiben vom 12. August 2009 erteilten Auskunft der Entleiherin über die bei ihr geltenden Arbeitsbedingungen heißt ua.:

4

„...“

- Zuschläge:**
- a) für Mehrarbeit
    - für die ersten zwei Stunden am Tage 25 %
    - für jede weitere Stunde je 5 % mehr
  - b) für Nachtarbeit
    - in der Zeit von 20.00 bis 22.00 Uhr 15 %
    - in der Zeit von 22.00 bis 24.00 Uhr 25 %
    - in der Zeit von 00.00 bis 04.00 Uhr 35 %
    - in der Zeit von 04.00 bis 06.00 Uhr 25 %
  - c) für Arbeit an Sonntagen 75 %
  - d) für Arbeit an allen gesetzlichen Feiertagen 150 %
  - e) für Arbeit an Samstagen jeweils 25 % für die ersten 4 Stunden und jeweils 30 % für jede weitere Stunde

**Urlaubsgeld:**

Die gewerblichen Arbeitnehmer erhalten ein zusätzliches Urlaubsgeld in Höhe von 50 % des Urlaubsentgelts. Das Urlaubsentgelt wird nach dem Durchschnittsverdienst mit Ausnahme der Mehrarbeit und der auf die Mehrarbeit fallenden Zuschläge der letzten drei abgerechneten Lohnperioden, mindestens der letzten 13 Wochen, berechnet.

**Weihnachtsgeld bzw. Jahressonderzahlung:**

Die volle Jahressonderzahlung wird Arbeitnehmern gewährt, die dem Betrieb mindestens seit 4. Januar desselben Kalenderjahres ununterbrochen angehören. Sie beträgt pro Kalenderjahr 95 % eines tariflichen Monatsverdienstes. Arbeitnehmer die vor dem 1. September eingetreten sind, erhalten für jeden vollen Kalendermonat des Bestehens ihres Arbeitsverhältnisses ein Zwölftel hiervon. Der Anspruch auf die Jahressonderzahlung mindert sich um ein Zwölftel für jeden Kalendermonat, in dem nicht für mindestens zwei Wochen Anspruch auf Lohn oder Lohnfortzahlung bestanden hat.

Die Jahressonderzahlung ist spätestens am 15. Dezember auszusahlen.

Die Jahressonderzahlung ist zurückzuzahlen, wenn das Arbeitsverhältnis durch fristlose Entlassung oder infolge Arbeitsvertragsbruchs bis zum 31. März des folgenden Kalenderjahres endet. Gleiches gilt, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem 1. Januar des folgenden Kalenderjahres durch

den Anspruchsberechtigten gekündigt wird.

...“

Ergänzend teilte die Entleiherin am 19. August 2009 ua. mit:

5

„...“

nachstehend teilen wir Ihnen wunschgemäß die Lohnentwicklung für die ProduktionshelferInnen mit:

01.04.2005 bis 31.03.2007      Stundenlohn € 10,08 brutto

01.04.2007 bis 30.04.2008      Stundenlohn € 10,28 brutto

01.05.2008 bis weiterhin      Stundenlohn € 10,64 brutto

...“

Mit Schreiben vom 11. August 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich, hilfsweise fristgerecht. Mit Urteil vom 2. April 2009 - 3 Ca 1136/08 - stellte das Arbeitsgericht Weiden - Kammer Schwandorf - fest, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund fristloser Kündigung, sondern ordentlicher Kündigung zum 30. September 2008 endete.

6

Mit der am 24. November 2009 beim Arbeitsgericht Weiden eingereichten, der Beklagten am 30. November 2009 zugestellten Klage hat der Kläger für den Zeitraum 1. Juli 2006 bis 31. August 2008 die Differenz zwischen der von der Beklagten erhaltenen Vergütung und dem Arbeitsentgelt, das die Entleiherin im Streitzeitraum vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt haben soll, verlangt.

7

Der Kläger hat geltend gemacht, die Beklagte sei verpflichtet, an ihn nach § 10 Abs. 4 AÜG Differenzvergütung zu zahlen. Produktionshelfer würden bei der Entleiherin entsprechend einer Betriebsvereinbarung vom 15. Dezember 1997 in den ersten drei Monaten ihrer Beschäftigung nach Lohngruppe II und anschließend nach Lohngruppe III des Lohntarifvertrags für die Bayerische Papier, Pappe und Kunststoff verarbeitende Industrie (*im Folgenden: LTV*) vergütet. Demgegenüber habe er lediglich Vergütung nach Lohngruppe II geltend gemacht und diese seinen Berechnungen zugrunde gelegt. Insgesamt ergebe sich ein Differenzbetrag in Höhe von 18.694,43 Euro brutto.

8

Der Kläger hat sinngemäß zuletzt beantragt,

9

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 18.694,43 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 21. September 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, vergleichbare Arbeitnehmer würden im Entleiherbetrieb nach Lohngruppe I LTV vergütet. Die Berechnungen des Klägers seien unzutreffend. Etwaige Ansprüche des Klägers seien jedenfalls nach Nr. 19.2 MTV verfallen.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageforderungen weiter.

11

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers ist begründet. Die Beklagte ist nach § 10 Abs. 4 AÜG verpflichtet, dem Kläger für die streitgegenständliche Zeit der Überlassung an die Entleiherin das gleiche Arbeitsentgelt zu zahlen, wie es die Entleiherin vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährte (*I.*). Der Kläger war nicht gehalten, Ausschlussfristen einzuhalten (*II.*). In welcher Höhe dem Kläger Differenzvergütung zusteht, kann der Senat aufgrund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO (*III.*).

12

I. Der Kläger hat für die streitgegenständliche Zeit der Überlassung an die Entleiherin von Juli 2006 bis August 2008 Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 10 Abs. 4 AÜG. Eine nach § 9 Nr. 2 AÜG zur Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung berechtigende Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. § 3 Arbeitsvertrag verweist auf wegen der fehlenden Tariffähigkeit der

13

CGZP unwirksame Tarifverträge (vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 12 ff.).

II. Der Anspruch des Klägers auf gleiches Arbeitsentgelt ist - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht verfallen. 14

1. Der Kläger war nicht gehalten, Ausschlussfristen aus unwirksamen Tarifverträgen der CGZP einzuhalten. Solche sind auch nicht kraft Bezugnahme als Allgemeine Geschäftsbedingungen Bestandteil des Arbeitsvertrags geworden. Arbeitsvertragsparteien sind zwar grundsätzlich frei, ein kollektives Regelwerk in Bezug zu nehmen, ohne dass es auf dessen normative Wirksamkeit ankommt. Eine derartige Abrede scheidet jedoch aus, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, nur ein wirksamer Tarifvertrag habe vereinbart werden sollen. Das ist vorliegend der Fall. Nur mit einer Bezugnahme auf einen wirksamen Tarifvertrag konnte die Beklagte als Klauselverwenderin den Zweck der Bezugnahme - das Abweichen vom Gebot der Gleichbehandlung nach § 9 Nr. 2 AÜG - erreichen (vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 35). 15

2. Der Kläger musste die erste Stufe der - eigenständigen (vgl. BAG 25. September 2013 - 5 AZR 778/12 -) - Ausschlussfristenregelung in § 13 Arbeitsvertrag nicht einhalten, denn diese Bestimmung hält einer AGB-Kontrolle nicht stand. Die Kürze der Fristen auf beiden Stufen benachteiligte den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - BAGE 115, 19; 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - BAGE 116, 66). 16

III. In welcher Höhe dem Kläger für die Monate Juli 2006 bis August 2008 Differenzvergütung zusteht, kann der Senat aufgrund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. 17

1. Die Darlegungslast des Leiharbeitnehmers umfasst neben dem Arbeitsentgelt vergleichbarer Stammarbeitnehmer die Darlegung des Gesamtvergleichs und die Berechnung der Differenzvergütung. Dies hat schriftsätzlich zu erfolgen. 18

- a) Zur substantiierten Darlegung des Gesamtvergleichs gehört die schriftsätzliche Erläuterung, in welchem Umfang im Überlassungszeitraum Differenzvergütung etwa für geleistete Arbeit, aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, gewährten Urlaubs- oder Freizeitausgleichs oder Abgeltung von Stunden aus einem Arbeitszeitkonto oder eines sonstigen Tatbestands, der eine Vergütungspflicht ohne Arbeit regelt, begehrt wird. 19
- b) Diesen Anforderungen genügt der bisherige Vortrag des Klägers nicht hinreichend, denn die tabellarische Übersicht seiner Forderungen im Schriftsatz vom 7. Juni 2011 ist nicht vollständig selbsterklärend. 20
2. Im erneuten Berufungsverfahren wird Folgendes zu beachten sein: 21
- a) Der Gesamtberechnung kann nicht allein die mit der Beklagten vereinbarte Arbeitszeit von 130 Stunden monatlich zugrunde gelegt werden. Der Kläger hat ergänzend die regelmäßige Arbeitszeit vergleichbarer Stammarbeitnehmer anzugeben, auf deren Grundlage auch die Höhe des Weihnachtsgelds bzw. der Jahressonderzahlung zu ermitteln ist. Darüber hinaus hat er - ausgehend von den beim Entleiher maßgebenden Regelungen - die tatsächlichen Voraussetzungen der beanspruchten Überstundenvergütung darzulegen. 22
- b) Die geforderten Nachtarbeitszuschläge sind konkret, unter Angabe der Zeiten für die diese geltend gemacht werden, zu begründen. Ein Durchschnittswert, wie bislang geschehen, kann hierbei nicht in Ansatz gebracht werden, weil vergleichbare Stammarbeitnehmer Nachtarbeitszuschläge in gestaffelter Höhe erhalten. 23
- c) Während der Überlassung hat der Leiharbeitnehmer einen Anspruch auf Urlaubsentgelt entsprechend den für Stammarbeitnehmer geltenden Bestimmungen. Da die Entleiherin das Urlaubsentgelt nach dem Durchschnittsverdienst, mit Ausnahme der Mehrarbeit und für diese anfallenden Zuschläge, der letzten drei abgerechneten Lohnperioden, mindestens der letzten 24



13 Wochen, berechnet, ist die Höhe des geforderten Urlaubsentgelts auf dieser Grundlage darzulegen.

d) Ob dem Kläger für den Zeitraum nach Zugang der außerordentlichen Kündigung vom 11. August 2008 Differenzvergütung aufgrund bei der Entleiherin erbrachter Arbeitsleistungen oder wegen Annahmeverzugs zusteht, ist festzustellen. 25

Müller-Glöge

Biebl

Weber

Dombrowsky

Mattausch