

BUNDEARBEITSGERICHT



5 AZR 422/12
3 Sa 859/11
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. Mai 2014

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 28. Mai 2014 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie den ehrenamtlichen Richter Jungbluth und die ehrenamtliche Richterin Zorn für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 29. Februar 2012 - 3 Sa 859/11 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

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

Der 1972 geborene Kläger war vom 2. Juni 2009 bis zum 2. August 2010 als Leiharbeitnehmer bei der Beklagten, die ein Unternehmen der Personaldienstleistung betreibt, beschäftigt. Dem Arbeitsverhältnis lag ein von der Beklagten gestellter Formulararbeitsvertrag vom 2. Juni 2009 zugrunde, in dem ua. geregelt ist: 2

- „1. Die Rechte und Pflichten der Parteien dieses Arbeitsvertrages bestimmen sich ab dem 02.06.2009 nach den zwischen der AMP und der Tarifgemeinschaft des CGZP geschlossenen Tarifverträgen, bestehend aus Mantel-, Entgeltrahmen-, Entgelt- und Beschäftigungssicherungstarifvertrag in ihrer jeweils gültigen Fassung. Dies gilt auch, wenn der Arbeitnehmer nicht Mitglied der Mitgliedsgewerkschaft der in Satz 1 genannten Tarifgemeinschaft ist. Soweit mit dem Arbeitnehmer bereits vorher ein Beschäftigungsverhältnis bestanden hat, wird der bisher bestehende Arbeitsvertrag insofern durch den jetzt und hiermit geschlossenen Arbeitsvertrag ersetzt. Die jeweils gültigen und auf diesen Arbeitsvertrag anzuwendenden Tarifverträge sind in jeder Niederlassung der Firma S ausgelegt und stehen dem Arbeitnehmer zur Einsicht zur Verfügung.

...

4. Sollten die genannten Tarifverträge gekündigt werden oder in sonstiger Weise ihre Wirksamkeit verlieren, ohne dass neue Tarifverträge an ihre Stelle tre-

ten, bestimmen sich die Rechte und Pflichten der Parteien des Arbeitsvertrages jeweils nach den genannten Tarifverträgen in der zuletzt zwischen den Tarifvertragsparteien vereinbarten Fassung.

5. Für den Fall, dass sich das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ändert oder dass S einem anderen Arbeitgeberverband beitrifft, ist S berechtigt, den in diesem Verband geltenden Tarifvertrag anzuwenden, soweit S nicht einheitlich für die Arbeitnehmer seines Unternehmens die Anwendung eines anderen Tarifvertrages vorsieht. Der Arbeitnehmer erhält allerdings dann zumindest die Leistungen, die ihm nach Maßgabe des zuvor in Bezug genommenen Tarifvertrages zustanden.“

Die Beklagte leistete dem Kläger neben einem Bruttostundenlohn iHv. 7,35 Euro eine kundenbezogene Zulage und ein anteiliges Urlaubsgeld. Der Kläger wurde ausschließlich bei der niederländischen V, eingesetzt. Auf Nachfrage des Klägers verweigerte die Entleiherin unter Berufung auf das Persönlichkeitsrecht ihrer Beschäftigten eine Auskunft über die Vergütung vergleichbarer Stammarbeitnehmer. 3

Mit der am 21. September 2010 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage begehrt der Kläger Differenzvergütung für die im Zeitraum Juni 2009 bis Juli 2010 geleisteten 2.162,75 Arbeitsstunden. Er hat behauptet, vergleichbare in der Abteilung Zerlegung eingesetzte Stammarbeitnehmer der Entleiherin hätten je Arbeitsstunde 12,00 Euro brutto erhalten. Dies ergebe sich aus der von der Entleiherin erteilten Abrechnung des Stammarbeitnehmers L für den Monat August 2010. Im Streitzeitraum hätten drei weitere angelernte Mitarbeiter an derselben Maschine zu einem Bruttostundenlohn von 12,00 Euro gearbeitet. 4

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Belang - zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 9.980,02 Euro brutto zu zahlen. 5

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, die Parteien hätten wirksam die Geltung eines Tarifvertrags vereinbart. Jedenfalls erfasse die Inbezugnahme von Tarifverträgen in der „jeweils gültigen Fassung“ auch zeitlich nachfolgende mehrgliedrige Tarifverträge. Danach seien die bis April 2010 entstandenen Ansprüche ohnehin verfallen. Im Übrigen sei ihr Vertrauensschutz zu gewähren. Die Darlegung des Vergleichsentgelts sei unsubstantiiert. 6

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht der Klage in Höhe eines Teilbetrags von 6.257,80 Euro brutto stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. 7

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte zu Recht verurteilt, an den Kläger 6.257,80 Euro brutto zu zahlen. Die Beklagte ist nach § 10 Abs. 4 AÜG verpflichtet, dem Kläger für die Zeit der Überlassung an die V das gleiche Arbeitsentgelt zu zahlen, wie es die Entleiherin vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährte (II.). Der Kläger war nicht gehalten, Ausschlussfristen einzuhalten (III.). Die Feststellung des dem Kläger zustehenden Differenzbetrags ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden (IV.). 8

I. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fand - auch während der Einsätze des Klägers in den Niederlanden bei der V - deutsches Arbeitsrecht Anwendung. 9

1. Dies ist nach den vorliegend anwendbaren Art. 27 ff. EGBGB der Fall. Die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht findet gemäß ihrem Art. 28 keine Anwendung. Der Arbeitsvertrag 10

der Parteien wurde vor dem 17. Dezember 2009 geschlossen. Altverträge unterstehen weiter dem bisherigen Recht (*BAG 20. April 2011 - 5 AZR 171/10 - Rn. 11, BAGE 137, 375*).

2. Die Parteien haben die Anwendung deutschen Rechts vereinbart. 11
 - a) Nach Art. 27 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unterliegt ein Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl muss nicht ausdrücklich erfolgen. Sie kann sich konkludent aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Einzelfalls ergeben (*BAG 10. April 2013 - 5 AZR 78/12 - Rn. 24*). Insbesondere die Orientierung maßgeblicher arbeitsvertraglicher Regelungen an deutschem Arbeitsrecht spricht für die Wahl deutschen Rechts (*vgl. BAG 12. Dezember 2001 - 5 AZR 255/00 - BAGE 100, 130; 1. Juli 2010 - 2 AZR 270/09 - Rn. 28*). 12
 - b) Aus dem Arbeitsvertrag vom 2. Juni 2009 ergibt sich die Wahl deutschen Rechts. So verweist § 1 des Vertrags auf § 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Im § 2 Arbeitsvertrag werden in Deutschland geschlossene Vereinbarungen der AMP als Tarifverträge bezeichnet. Dementsprechend nimmt § 2 Abs. 3 Arbeitsvertrag Bezug auf § 4 TVG. § 7 Abs. 5 Arbeitsvertrag regelt unter Hinweis auf § 11 Abs. 1 AÜG das Entgelt während verliehfreier Zeiten. Von der Geltung des BDSG geht § 14 Abs. 4 Arbeitsvertrag aus. Zudem sieht § 15 Arbeitsvertrag ausschließlich Gerichtsstände in der Bundesrepublik Deutschland vor. 13
- II. Der Kläger hat nach § 10 Abs. 4 AÜG für die Zeit der Überlassung an die V von Juni 2009 bis Juli 2010 Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt, wie es die Entleiherin ihren Stammarbeitnehmern gewährte. 14
 1. Das AÜG gilt zwar ausschließlich im Geltungsbereich des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, verpflichtet aber in diesem räumlichen Geltungsbereich ansässige Verleihunternehmer zur Gewährung gleichen Entgelts, wenn auf das Arbeitsverhältnis deutsches Recht Anwendung findet. 15

2. Eine nach § 9 Nr. 2 AÜG zur Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung berechtigende Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. § 2 Abs. 1 Arbeitsvertrag verweist auf wegen der fehlenden Tariffähigkeit der CGZP unwirksame Tarifverträge (*vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 12 ff.*). Die vom Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e. V. (AMP) mit der CGZP und einer Reihe von christlichen Arbeitnehmervereinigungen geschlossenen Tarifverträge sind nicht wirksam in Bezug genommen worden, denn es fehlt bereits die für eine Bezugnahme auf einen mehrgliedrigen Tarifvertrag unverzichtbare Kollisionsregel. Die AGB-Klausel ist intransparent und nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam (*vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 26 ff.*). 16
3. Ein etwaiges Vertrauen der Beklagten in die Tariffähigkeit der CGZP ist nicht geschützt. 17
- a) Der aus Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitete Grundsatz des Vertrauensschutzes kann es, obwohl höchstrichterliche Urteile kein Gesetzesrecht sind und keine vergleichbare Rechtsbindung erzeugen, gebieten, einem durch gefestigte Rechtsprechung begründeten Vertrauenstatbestand erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit einer geänderten Rechtsprechung oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung zu tragen (*BVerfG 15. Januar 2009 - 2 BvR 2044/07 - Rn. 85, BVerfGE 122, 248; vgl. dazu auch BAG 19. Juni 2012 - 9 AZR 652/10 - Rn. 27 mwN, BAGE 142, 64*). 18
- b) Die Entscheidungen zur fehlenden Tariffähigkeit der CGZP waren nicht mit einer Rechtsprechungsänderung verbunden. Weder das Bundesarbeitsgericht noch Instanzgerichte haben in dem dafür nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 iVm. § 97 ArbGG vorgesehenen Verfahren jemals die Tariffähigkeit der CGZP festgestellt. Die bloße Erwartung, das Bundesarbeitsgericht werde eine von ihm noch nicht geklärte Rechtsfrage in einem bestimmten Sinne, etwa entsprechend im Schrifttum geäußerter Auffassungen, entscheiden, vermag einen Vertrauenstatbestand nicht zu begründen (*Koch SR 2012, 159, 161 mwN*). 19

- c) Ein dennoch von Verleihern möglicherweise und vielleicht aufgrund des Verhaltens der Bundesagentur für Arbeit oder sonstiger Stellen entwickeltes Vertrauen in die Tariffähigkeit der CGZP ist nicht geschützt. Die Tariffähigkeit der CGZP wurde bereits nach deren erstem Tarifvertragsabschluss im Jahre 2003 in Frage gestellt und öffentlich diskutiert (*vgl. Schüren in Schüren/Hamann AÜG 4. Aufl. § 9 Rn. 107 ff. mwN; Ulber NZA 2008, 438; Rolfs/Witschen DB 2010, 1180; Lunk/Rodenbusch RdA 2011, 375*). Wenn ein Verleiher gleichwohl zur Vermeidung einer Gleichbehandlung der Leiharbeitnehmer von der CGZP abgeschlossene Tarifverträge arbeitsvertraglich vereinbart hat, bevor die dazu allein berufenen Gerichte für Arbeitsachen über deren Tariffähigkeit befunden hatten, ist er ein Risiko eingegangen, das sich durch die rechtskräftigen Entscheidungen zur fehlenden Tariffähigkeit der CGZP realisiert hat (*BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 25*). 20
- III. Der Anspruch des Klägers auf gleiches Arbeitsentgelt ist nicht verfallen. 21
1. Der Kläger war nicht gehalten, Ausschlussfristen aus unwirksamen Tarifverträgen einzuhalten. Solche sind auch nicht kraft Bezugnahme als Allgemeine Geschäftsbedingung 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 hier 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*). 22
2. Eine eigenständige Ausschlussfristenregelung enthält der Arbeitsvertrag der Parteien nicht. 23

- IV. Den sich aus der Gesamtberechnung ergebenden Anspruch des Klägers auf Zahlung restlicher Vergütung iHv. 6.257,80 Euro brutto hat das Landesarbeitsgericht zutreffend bestimmt. 24
1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe das Entgelt vergleichbarer Stammarbeitnehmer der V substantiiert dargelegt, die Beklagte dieses aber nicht substantiiert bestritten, deshalb gelte ein Bruttostundenlohn von 12,00 Euro als zugestanden. 25
2. Diese Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat nicht pauschales Vorbringen des Klägers genügen lassen, sondern eine nach seinen Erkenntnismöglichkeiten hinreichende Konkretheit der Angaben zur Vergütung der an derselben Maschine eingesetzten Stammarbeitnehmer der Entleiherin erwartet. Diese Vorgehensweise ist vor allem damit zu rechtfertigen, dass der Kläger keinen durchsetzbaren Anspruch auf Auskunft des Entleihers nach § 13 AÜG hat. Die in den Niederlanden ansässige Entleiherin unterfällt nicht dem Geltungsbereich des AÜG. Diesen Rechtsnachteil des Klägers hat die Beklagte durch den von ihr veranlassten Auslandseinsatz verursacht, ohne dem Beschäftigten eine gleichwertige Erkenntnisquelle zu verschaffen. Andererseits hätte die Beklagte sich zumindest einzelvertraglich die notwendigen Informationen seitens der niederländischen Entleiherin sichern können. Deshalb war es rechtlich geboten, die Anforderungen an die Substantiierung der Klagebegründung herab- und an die der Verteidigung des beklagten Verleihunternehmens heraufzusetzen. 26
3. Die Zahl der in die Gesamtberechnung einzustellenden Arbeitsstunden beträgt unstreitig 2.162,75. Damit konnte das Landesarbeitsgericht für die Gesamtberechnung ein Vergleichsentgelt iHv. 25.953,00 Euro zugrunde legen. 27
4. Die dem Kläger von der Beklagten geleistete Bruttovergütung hat das Landesarbeitsgericht den Abrechnungen des Streitzeitraums entnommen und mit 19.695,20 Euro angesetzt. 28

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

29

Müller-Glöge

Biebl

Weber

Jungbluth

Zorn