

BUNDEARBEITSGERICHT



5 AZR 604/14

12 Sa 36/13

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. Oktober 2015

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Oktober 2015 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie die ehrenamtlichen Richter Feldmeier und Rehwald für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 16. Mai 2014 - 12 Sa 36/13 - aufgehoben, soweit es den Beklagten zur Zahlung verurteilt hat.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Karlsruhe vom 17. Mai 2013 - 3 Ca 493/12 - wird insgesamt zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

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

Der 1979 geborene Kläger war vom 26. August 2009 bis zum 15. November 2010 beim Beklagten, der gewerblich Arbeitnehmerüberlassung betreibt, beschäftigt. Im Arbeitsvertrag vom 24. August 2009 vereinbarten die Parteien die Anwendung „von der Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP) mit dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP)“ abgeschlossener „Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung“. Weiter heißt es darin ua.: 2

„1. Gegenstand

...

Der Mitarbeiter wird als PC-Techniker eingestellt. Die Beschreibung der zu leistenden Tätigkeit findet sich in Anlage 1 zu diesem Vertrag.

Entsprechend dem derzeit gültigen ERTV entspricht dies der Entgeltgruppe 3.

Besondere Leistungsmerkmale und ggf. hierfür erforderliche berufliche Qualifikationen richten sich nach den jeweils zu besetzenden Arbeitsplätzen in den Entleihbetrieben. Die einzelnen zum Aufgabenbereich gehörenden Tä-

tigkeiten werden im Rahmen der Einsatzanweisung schriftlich vereinbart.

U ist gem. Ziffer 2.4.2 MTV berechtigt, dem Mitarbeiter eine Tätigkeit zu übertragen, die einer niedrigeren Entgeltgruppe zuzuordnen ist, wobei der Mitarbeiter gleichwohl entsprechend seiner bisherigen tarifvertraglichen Eingruppierung zu vergütet ist. Ziffer 2.4 des Entgelttarifvertrages bleibt unberührt.

...

6. Vergütung

6.1 Die Vergütung richtet sich nach dem für den Mitarbeiter jeweils maßgeblichen ERTV und ETV. Entsprechend der festgelegten Entgeltgruppe 3 erhält der Mitarbeiter pro Stunde 8,36 EURO brutto.

6.2 Zusätzlich zur Vergütung werden Zuschläge und Zulagen gem. Ziffer 5 MTV gezahlt, sofern U diesen Arbeiten zugestimmt hat.

6.3 Beim Zusammentreffen von mehreren Zuschlägen aus Ziffer 5 MTV ist nur der jeweils höchste Zuschlag zu zahlen. Ab Entgeltgruppe 6 werden die Zuschläge vom Eckentgelt berechnet.

6.4 Der monatliche Auszahlungsbetrag wird bis spätestens zum 20. des Folgemonats auf ein vom Mitarbeiter anzugebendes Konto überwiesen (Ziffer 18.1 MTV).

...

7. Aufwandsentschädigungen

Die durch wechselnde Einsatzorte entstehenden zusätzlich erstattungsfähigen Aufwendungen des Arbeitnehmers gemäß § 670 BGB werden auf betrieblicher Ebene geregelt (Ziffer 16 MTV).

Für die Erstattung des Aufwandsersatzes ist die für den jeweiligen Einsatz gesondert zu treffende Vereinbarung maßgebend.

...“

Der Kläger wurde in den Jahren 2009 und 2010 verschiedenen Niederlassungen der G GmbH (im Folgenden Entleiherin) überlassen, darunter auch der Niederlassung R H. Den Überlassungen lagen zwischen dem Beklagten und den Niederlassungen der Entleiherin jeweils für einzelne Zeitabschnitte geschlossene Arbeitnehmerüberlassungsverträge zugrunde. Der Beklagte ge-

3

währte dem Kläger während dieser Überlassungszeiträume an elf Tagen sowie im Anschluss an eine Überlassung, vom 24. Dezember 2009 bis zum 8. Januar 2010 Erholungsurlaub.

In der Niederlassung „R H“ der Entleiherin war der Kläger als „PC-Techniker“ tätig. Zu seinen Aufgaben gehörten das Reparieren von Notebooks, Desktops, Servern, Monitoren, Druckern und anderer IT-/TK-Geräte, die Diagnose von Defekten, die Annahme von Kundenreklamationen und die technische Betreuung. In den anderen Niederlassungen führte der Kläger für die Entleiherin Arbeiten eines „Rollout-Technikers“ aus. Hierzu gehörten das Entladen von LKW, das Bewegen von Ware mit Hilfe von Hubwagen, das Scannen von Warenetikettierungen, der Auf- und Abbau von PC inkl. Anschluss an Strom und Internet, die Erfassung von Altware, die Einweisung von Benutzern in die Grundfunktion der aufgebauten Hardware sowie das Ausfüllen eines Rollout-Protokolls.

Die nicht tarifgebundene Entleiherin erteilte dem Kläger mit Schreiben ihrer Rechtsanwälte vom 11. Juli 2012 zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 23. Februar 2012 (- 3 Ca 2436/11 -) eine Auskunft in der es ua. heißt:

- „1. Ein im R, H von G GmbH beschäftigter Arbeitnehmer, der gemäß seinem Arbeitsvertrag als PC-Techniker tätig ist, hat im Zeitraum vom 26.8.2009 bis 30.6.2010 ein Bruttomonatsgehalt in Höhe von EUR 2.170,00 erhalten. Im Zeitraum vom 1.7.2010 bis 29.8.2010 betrug das Bruttomonatsentgelt EUR 2.255,00.
2. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit betrug 40 Stunden.
3. Es bestand ein Urlaubsanspruch von 27 Werktagen.“

Mit der am 10. Dezember 2012 eingereichten Klage hat der Kläger unter Berufung auf § 10 Abs. 4 AÜG ausgehend von den in den monatlichen Lohnabrechnungen ausgewiesenen Stundenzahlen die Differenz zwischen der vom Beklagten erhaltenen Vergütung und dem Arbeitsentgelt verlangt, das die Entleiherin im Streitzeitraum vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt ha-

ben soll. Der Kläger hat geltend gemacht, für ihn seien im gesamten Streitzeitraum die Entgeltbedingungen eines bei der Entleiherin beschäftigten PC-Technikers maßgeblich, weil auch die Tätigkeiten eines Rollout-Technikers zu den Aufgaben eines PC-Technikers gehörten. Die Unterscheidung zwischen den Tätigkeiten in H und in anderen Niederlassungen der Entleiherin sei unerheblich, weil er als PC-Techniker eingestellt worden und schon deshalb als solcher zu vergüten sei. Für die ihm gewährten Urlaubstage stehe ihm die Vergütung eines PC-Technikers zu.

Der Kläger hat - soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung -
sinngemäß beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger
5.590,33 Euro brutto nebst Jahreszinsen in Höhe von fünf
Prozentpunkten über dem Basiszins seit 17. Dezember
2012 zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, die
vom Kläger vorgenommene Berechnung der Differenzvergütung sei nicht nach-
vollziehbar.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des
Klägers hat das Landesarbeitsgericht der Klage stattgegeben. Mit der vom Se-
nat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag
weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat
der Berufung des Klägers gegen das die Klage abweisende Urteil des Arbeits-
gerichts zu Unrecht stattgegeben. Die Klage ist unbegründet.

I. Der Beklagte war nach § 10 Abs. 4 AÜG verpflichtet, dem Kläger für die
streitgegenständlichen Zeiten der Überlassung das gleiche Arbeitsentgelt zu
zahlen, wie es die Entleiherin vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährte.

Eine nach § 9 Nr. 2 AÜG zur Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung berechtigende Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. Der Arbeitsvertrag vom 24. August 2009 verweist auf wegen der fehlenden Tariffähigkeit der CGZP unwirksame Tarifverträge (vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 12 ff., BAGE 144, 306).

II. Der Kläger hat die Höhe des Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG nicht substantiiert dargelegt. 12

1. Der Anspruch des Leiharbeitnehmers auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 10 Abs. 4 AÜG ist ein die vertragliche Vergütungsabrede korrigierender gesetzlicher Entgeltanspruch, der mit jeder Überlassung entsteht und jeweils für die Dauer der Überlassung besteht (vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 294/12 - Rn. 24). Zur Ermittlung der Höhe des Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG ist ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen (BAG 23. März 2011 - 5 AZR 7/10 - Rn. 35 f., BAGE 137, 249; 13. März 2013 - 5 AZR 294/12 - Rn. 26). Dabei sind das im Betrieb der Entleiherin einem Stammarbeitnehmer gewährte Vergleichsentgelt und das dem Leiharbeitnehmer vom Verleiher gezahlte Entgelt miteinander zu saldieren. Darlegungs- und beweispflichtig für die Höhe des Anspruchs ist der Arbeitnehmer (vgl. BAG 23. Oktober 2013 - 5 AZR 667/12 - Rn. 12 mwN). 13

2. Der Kläger wurde verschiedenen Niederlassungen der Entleiherin überlassen. Streitgegenständlich sind daher Ansprüche auf gleiches Arbeitsentgelt für mehrere Überlassungen. Die Höhe der Differenzvergütung ist für jeden Überlassungszeitraum getrennt zu ermitteln. Die Darlegungslast des Leiharbeitnehmers umfasst neben dem Arbeitsentgelt vergleichbarer Stammarbeitnehmer die Darlegung des Gesamtvergleichs und die Berechnung der Differenzvergütung (vgl. BAG 23. Oktober 2013 - 5 AZR 556/12 - Rn. 27). Diesen Anforderungen genügt der Vortrag des Klägers nicht. 14

a) Soweit der Kläger Differenzvergütung für Zeiträume begehrt, in denen er der Entleiherin außerhalb der Niederlassung H überlassen wurde, hat er schon die Höhe des Vergleichsentgelts nicht dargelegt. 15

aa) Seiner Darlegungslast kann der Leiharbeitnehmer zwar zunächst 16
dadurch genügen, dass er sich auf eine ihm nach § 13 AÜG erteilte Auskunft
beruft und diese in den Prozess einführt. Denn die ordnungsgemäße Auskunft
des Entleihers über das einem vergleichbaren Stammarbeitnehmer gewährte
Arbeitsentgelt ist das gesetzlich vorgesehene Mittel, das dem Leiharbeitnehmer
ermöglichen soll, die Einhaltung des Gebots der Gleichbehandlung zu überprü-
fen und die Höhe des Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG zu berechnen (*vgl. BAG*
23. März 2011 - 5 AZR 7/10 - Rn. 36, BAGE 137, 249; 13. März 2013 - 5 AZR
146/12 - Rn. 22). Die Auskunft vom 11. Juli 2012 ist jedoch zur Darlegung des
Vergleichsentgelts in den Überlassungszeiträumen ungeeignet, die nicht die
Niederlassung H betreffen.

(1) Die Auskunft bezieht sich ausdrücklich allein auf einen Stammarbeit- 17
nehmer der Entleiherin, der im R H gemäß seinem Arbeitsvertrag als PC-
Techniker tätig war. Sie enthält keinerlei Angaben über die von der Entleiherin
ihren Stammarbeitnehmern in anderen Niederlassungen gezahlte Vergütung.
Ihr kann schon aus diesem Grund nicht entnommen werden, welches Arbeits-
entgelt ein mit dem Kläger vergleichbarer Stammarbeitnehmer dort erzielt hätte.
Dies gilt unabhängig davon, ob man auf die Tätigkeit eines PC-Technikers oder
die eines Rollout-Technikers abstellt.

(2) Welches Entgelt die Entleiherin dem Kläger für die Tätigkeit als Rollout- 18
Techniker gewährt hätte, wäre er bei ihr als Stammarbeitnehmer beschäftigt
gewesen, kann der Auskunft auch dann nicht entnommen werden, wenn man
zugunsten des Klägers unterstellte, PC-Techniker der Entleiherin seien an allen
Standorten gleich vergütet worden. Der Kläger hat zwar behauptet, auch die
Tätigkeiten eines Rollout-Technikers gehörten zu den Aufgaben eines PC-
Technikers, weshalb zwischen seiner Tätigkeit als „PC-Techniker“ in H und der
als „Rollout-Techniker“ in anderen Niederlassungen der Entleiherin nicht unter-
schieden werden dürfe. Dies wird jedoch durch die Auskunft der Entleiherin
nicht belegt. Sie besagt nicht, nach welchen Entlohnungsgrundsätzen (*vgl. zum*
Begriff BAG 22. Juni 2010 - 1 AZR 853/08 - Rn. 21, 23, BAGE 135, 13) die nicht
tarifgebundene Entleiherin ihre Stammarbeitnehmer vergütete, dh. nach wel-

chem System und ggf. nach welchen allgemeinen Vorgaben die Vergütung ermittelt wurde. Die Auskunft enthält insbesondere keine Angaben über das bei der Entleiherin für PC-Techniker geltende Aufgaben- und Anforderungsprofil und die Voraussetzungen, die zu erfüllen waren, um bei der Entleiherin als PC-Techniker vergütet zu werden. Ob hierfür neben der ausgeübten Tätigkeit weitere Kriterien von Bedeutung waren, wie zB Qualifikation oder Berufserfahrung, kann der Auskunft nicht entnommen werden. Aus ihr erschließt sich deshalb nicht, ob die vom Kläger an anderen Standorten ausgeübten Tätigkeiten ganz oder in Teilen den bei der Entleiherin für eine Einordnung und Vergütung als PC-Techniker geltenden Voraussetzungen entsprachen. Ebenso wenig ist der Auskunft zu entnehmen, dass Stammarbeitnehmer, sollte die vom Kläger ausgeübte Tätigkeit nicht dem bei der Entleiherin für PC-Techniker geltenden Anforderungsprofil entsprochen haben, für diese von der Entleiherin - allein aufgrund ihrer Qualifikation - wie ein PC-Techniker vergütet worden wären.

bb) Angesichts unzureichender Auskunft hätte der Kläger zur Darlegung des Anspruchs auf gleiches Arbeitsentgelt alle für dessen Berechnung erforderlichen Tatsachen vortragen müssen. 19

(1) Stützt sich der Leiharbeitnehmer im Prozess nicht auf eine - ausreichende - Auskunft nach § 13 AÜG, muss er zur Darlegung des Anspruchs auf gleiches Arbeitsentgelt alle für dessen Berechnung erforderlichen Tatsachen vortragen, soweit diese sich nicht aus der Auskunft ergeben (*vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 146/12 - Rn. 23*). 20

(2) Dem wird der Sachvortrag des Klägers nicht gerecht. Dass sich der Kläger nicht auf vergleichbare Stammarbeitnehmer beziehen konnte, weil die Entleiherin keine Stammarbeitnehmer allein mit Rollout-Tätigkeiten beschäftigte, führt nicht zu geringeren Anforderungen an seine Darlegungslast. Auf ein entsprechendes Verlangen hin wäre die Entleiherin verpflichtet gewesen, ihm über die auf der Grundlage einer hypothetischen Betrachtung für ihn geltenden Arbeitsbedingungen Auskunft zu erteilen (*vgl. BAG 19. Februar 2014 - 5 AZR 1046/12 - Rn. 31, 33*). Der Kläger hat sich aber weder auf eine ergänzende Auskunft berufen noch sonstige Tatsachen vorgetragen, die auf Grundlage ei-

ner hypothetischen Betrachtung einen Rückschluss auf die Arbeitsbedingungen zuließen, die für ihn gegolten hätten, wenn er von der Entleiherin für Rollout-Tätigkeit eingestellt worden wäre.

cc) Weiterer Vortrag des Klägers war auch nicht entbehrlich, weil der Beklagte ihn als PC-Techniker einstellte. 22

(1) Der Leiharbeitnehmer kann nach § 10 Abs. 4 AÜG, wenn die vereinbarten Bedingungen nach § 9 Nr. 2 AÜG unwirksam sind, vom Verleiher während der Zeit der Überlassung die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen. Bei einer unionsrechtskonformen Auslegung von § 10 Abs. 4 AÜG ist die am 5. Dezember 2008 in Kraft getretene Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (*RL 2008/104/EG ABI. L 327 S. 9 ff., im Folgenden RL*) zu berücksichtigen (*vgl. BAG 23. März 2011 - 5 AZR 7/10 - Rn. 25 ff., BAGE 137, 249*). Art. 3 Abs. 1 Buchst. f RL definiert „wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ als die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die durch Gesetz, Verordnung, Verwaltungsvorschrift, Tarifvertrag und/oder sonstige verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art, die im entleihenden Unternehmen gelten, festgelegt sind und sich auf die in Art. 3 Abs. 1 Buchst. f RL genannten Regelungsbereiche beziehen, ua. Arbeitszeit, Arbeitsentgelt und Urlaub. 23

(2) Maßgeblich für die Bestimmung des Vergleichsentgelts iSv. § 10 Abs. 4 AÜG sind danach nicht die zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer vereinbarten Vertragsbedingungen, sondern die bei der Entleiherin geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen. Die zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter getroffenen Abreden sind deshalb - entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts - für die Höhe des Vergleichsentgelts ohne Belang. 24

dd) Die Vergütung eines bei der Entleiherin beschäftigten PC-Technikers kann auch nicht, wie der Kläger meint, schon deshalb als Vergleichsentgelt für Einsätze außerhalb der Niederlassung H zugrunde gelegt werden, weil der Ent- 25

leiherin mit der Überlassung des Klägers ein PC-Techniker zur Verfügung gestanden hätte.

(1) Nach Art. 5 Abs. 1 RL müssen die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen entsprechen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären. Die Richtlinie stellt, indem sie auf „den gleichen Arbeitsplatz“ Bezug nimmt, auf die Art der vom Leiharbeitnehmer beim Entleiher ausgeübten Tätigkeit ab. Mangels abweichender nationaler Regelung kommt es daher für die Bestimmung des Vergleichsentgelts zunächst allein auf diese an. Nichts anderes gilt, wenn der Entleiher keine vergleichbaren Stammarbeitnehmer beschäftigt. Auch in diesem Fall ist das Vergleichsentgelt tätigkeitsbezogen zu bestimmen. Es ist unabhängig davon, ob der Entleiher in seinem Betrieb ein allgemeines Entgeltschema anwendet, in das der Leiharbeitnehmer fiktiv eingruppiert werden kann (*vgl. hierzu BAG 13. März 2013 - 5 AZR 294/12 - Rn. 24 mwN; 19. Februar 2014 - 5 AZR 1047/12 - Rn. 44*), das Arbeitsentgelt zugrunde zu legen, das der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre. Neben der konkreten Tätigkeit sind weitere Merkmale, wie zB die formale Qualifikation, die Kompetenz oder die Berufserfahrung des Leiharbeitnehmers, nur dann von Bedeutung, wenn der Entleiher diese auch bei der Ermittlung und Bemessung der Vergütung von Stammarbeitnehmern als vergütungsrelevant berücksichtigen würde (*vgl. ErfKWank 15. Aufl. § 3 AÜG Rn. 15; HWK/Kalb 6. Aufl. § 3 AÜG Rn. 32; Schaub/Koch Arbeitsrechts-Handbuch 16. Aufl. § 120 Rn. 54; Boemke/Lembke AÜG 3. Aufl. § 9 Rn. 104, 105; Schüren in Schüren/Hamann AÜG 4. Aufl. § 9 Rn. 121 ff.; Ulber/J. Ulber AÜG 4. Aufl. § 9 Rn. 66 ff.; Mengel in Thüsing AÜG 3. Aufl. § 9 Rn. 24*).

26

(2) Die Höhe des Vergleichsentgelts ist danach allein tätigkeitsbezogen zu bestimmen. Dass die Entleiherin bei der Bemessung des Entgelts vergleichbarer Stammarbeitnehmer weitere Kriterien als vergütungsrelevant berücksichtigt

27

hätte, ist (*wie bereits unter II 2 a aa (2) ausgeführt*) weder deren Auskunft zu entnehmen, noch hat der Kläger dies substantiiert dargelegt.

b) Für Zeiträume seiner Überlassung an das R H fehlt es, wie bereits vom Arbeitsgericht zu Recht hervorgehoben, an Tatsachenvortrag des Klägers, der die Ermittlung der Anspruchshöhe für jeden einzelnen Überlassungszeitraum ermöglichte. 28

aa) Die in den Lohnabrechnungen Oktober 2009, Januar und August 2010 ausgewiesenen Gesamtstundenzahlen und Leistungen des Beklagten beziehen sich auf verschiedene Überlassungszeiträume: So war der Kläger in keinem dieser Kalendermonate ausschließlich der Niederlassung H überlassen. Im August 2010 wurde er der Entleiherin sogar mehrfach überlassen. Grundlage hierfür waren verschiedene, jeweils zeitlich befristete Überlassungsverträge. 29

bb) Eine Saldierung des Vergleichsentgelts und des vom Beklagten gezahlten Entgelts, wie sie der zur Ermittlung der Höhe des Anspruchs nach § 10 Abs. 4 AÜG für jeden Überlassungszeitraum vorzunehmende Gesamtvergleich erfordert (*vgl. BAG 23. März 2011 - 5 AZR 7/10 - Rn. 35 f., BAGE 137, 249; 13. März 2013 - 5 AZR 294/12 - Rn. 26*), kann allein auf Basis der vom Kläger vorgelegten Lohnabrechnungen nicht vorgenommen werden. Die in den Abrechnungen ausgewiesenen Stunden und Leistungen können den einzelnen Überlassungszeiträumen nicht zugeordnet werden. Deshalb kann auf Basis der Abrechnungen nicht nachvollzogen werden, welche Vergütung der Kläger im jeweiligen Überlassungszeitraum vom Beklagten tatsächlich erhalten hat. 30

3. Der Kläger hatte nach dem Verfahrensverlauf ausreichend Gelegenheit und Veranlassung, seinen Sachvortrag zu präzisieren und zu ergänzen. Bereits die Entleiherin hatte sich im Auskunftsrechtsstreit, wie dem Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 23. Februar 2012 (- 3 Ca 2436/11 -) zu entnehmen ist, darauf berufen, die Arbeitsbedingungen eines PC-Technikers betreffen nur einen Teil der Überlassungen. Zudem hat das Arbeitsgericht in seiner die vorliegende Klage abweisenden Entscheidung ausgeführt, die Höhe der Differenzvergütung könne anhand der vom Kläger vorgelegten Auskunft und der von 31

ihm in Bezug genommenen Abrechnungen nicht festgestellt werden. Dies hätte den Kläger zu weiterem Vortrag und bei ggf. fehlender eigener Kenntnis zur Einholung einer ergänzenden Auskunft der Entleiherin veranlassen müssen. Es ist deshalb nicht geboten, die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, um dem Kläger eine Ergänzung seines Sachvortrags zu ermöglichen.

III. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts begründet Nr. 1 Arbeitsvertrag keinen vertraglichen Anspruch des Klägers auf Vergütung in Höhe eines bei der Entleiherin beschäftigten PC-Technikers. Die vertragliche Bestimmung sollte (die in Bezug genommenen „tariflichen“ Regelungen als wirksam gedacht) allein gewährleisten, dass bei Übertragung einer „Tätigkeit“ ... „die einer niedrigeren Entgeltgruppe zuzuordnen ist“ ... „der Mitarbeiter gleichwohl entsprechend seiner bisherigen tarifvertraglichen Eingruppierung zu vergüten“ sei. Auf das von der Entleiherin vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährte Entgelt bezieht sich Nr. 1 letzter Absatz des Arbeitsvertrags überhaupt nicht. 32

IV. Der Kläger hat die Höhe des ihm zustehenden Urlaubsentgelts nicht schlüssig dargelegt. Sein Vortrag begründet hinsichtlich des innerhalb und außerhalb der Überlassungszeiträume gewährten Urlaubs keinen Anspruch auf ein höheres Urlaubsentgelt. 33

1. Während der Überlassung hat der Leiharbeitnehmer einen Anspruch auf Urlaubsentgelt entsprechend den für Stammarbeitnehmer geltenden Bestimmungen. 34

a) Zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen, die gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. f, i RL einem Leiharbeitnehmer während der Überlassung zu gewähren sind, gehören auch die urlaubsbezogenen Arbeitsbedingungen. Urlaub ist damit eine wesentliche, dem Gebot der Gleichbehandlung unterliegende Arbeitsbedingung iSv. § 10 Abs. 4 AÜG. Bestehen bei der Entleiherin keine in Einklang mit § 13 BUrlG stehenden Regelungen des Urlaubsentgelts, ist, wie bei Stammarbeitnehmern auch, dessen Höhe nach den gesetzlichen Bestimmungen zu ermitteln. Dabei sind nach § 1 BUrlG die infolge der Freistellung ausge- 35

fallenen Arbeitszeiten zu vergüten (sog. Zeitfaktor). Die Höhe des Urlaubsentgelts (sog. Geldfaktor) ist nach § 11 BUrlG zu ermitteln, indem nach dem Referenzprinzip auf den in den letzten 13 Wochen vor Urlaubsbeginn erzielten Verdienst abzustellen ist, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes (*BAG 19. Februar 2014 - 5 AZR 700/12 - Rn. 51; 28. Januar 2015 - 5 AZR 122/13 - Rn. 26*).

b) Vorliegend ist von der Bemessung des Urlaubsentgelts von Stammarbeitnehmern der Entleiherin nach den Vorgaben des § 11 Abs. 1 BUrlG auszugehen. Auf abweichende Regelungen hat sich der Kläger nicht berufen. Ob er danach Anspruch auf weiteres Urlaubsentgelt hätte, kann nicht festgestellt werden, weil der Kläger die Höhe der Differenzvergütung im jeweiligen Referenzzeitraum nicht dargelegt hat. 36

2. Für außerhalb der Überlassungszeiträume gewährten Erholungsurlaub ist bei der Berechnung des Urlaubsentgeltanspruchs nach § 11 BUrlG das Entgelt zugrunde zu legen, das der Kläger in den letzten 13 Wochen vor Urlaubsantritt erzielte, unabhängig davon, ob er in diesem Zeitraum durchgehend überlassen wurde (*vgl. BAG 19. Februar 2014 - 5 AZR 700/12 - Rn. 60*). Der Kläger hat auch insoweit mangels schlüssigen Vortrags zur Höhe der Differenzvergütung nicht dargelegt, dass der Beklagte weitere Zahlungen schuldet. 37

V. Der Kläger hat gemäß § 91 ZPO die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen. 38

Müller-Glöge

Biebl

Weber

Feldmeier

R. Rehwald