

Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 19. Februar 2014
- 5 AZR 680/12 -

I. Arbeitsgericht Mainz
- Kammer Bad Kreuznach -

Urteil vom 29. November 2011
- 6 Ca 755/11 -

II. Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

Urteil vom 1. Juni 2012
- 9 Sa 24/12 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt („equal pay“)

Gesetze:

AÜG § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4, § 13; Manteltarifvertrag der Tarifgruppe RWE vom 27. März 2006 (*MTV RWE*) § 4, § 5, § 16

Leitsätze:

keine

BUNDEARBEITSGERICHT



5 AZR 680/12

9 Sa 24/12

Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Februar 2014

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 19. Februar 2014 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie die ehrenamtliche Richterin Reinders und den ehrenamtlichen Richter Busch für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 1. Juni 2012 - 9 Sa 24/12 - 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 1962 geborene Kläger ist seit dem 15. November 2004 bei der Beklagten, die gewerblich Arbeitnehmerüberlassung betreibt, beschäftigt und seither einem Unternehmen des R-Konzerns als Stromableser überlassen. Der Kläger erhielt einen Bruttostundenlohn von zunächst 10,51 Euro, der sich über 10,63 Euro, 10,83 Euro und 11,05 Euro auf 11,43 Euro steigerte, um ab Mai 2011 auf 10,41 Euro zu sinken. 2

Dem Arbeitsverhältnis lag zunächst ein Formulararbeitsvertrag vom 18. Februar 2005 zugrunde, in dem es ua. heißt: 3

„1. Gegenstand und Bezugnahme auf Tarifvertrag

...

Der Mitarbeiter ist eingestellt als

Außendienstmitarbeiter,

Der Mitarbeiter wird aufgrund der notwendigen Qualifikation für die im Kundeneinsatz ausgeübte Tätigkeit entsprechend des nachfolgend genannten Entgelttarifvertrages wie folgt eingruppiert:

Entgeltgruppe: AWE 5+

Die Rechte und Pflichten der Parteien dieses Arbeitsvertrages bestimmen sich nach den nachstehenden Regelungen sowie nach den zwischen der Interessengemeinschaft Nordbayerischer Zeitarbeitsunternehmen e. V.

(INZ) und der Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP) geschlossenen Tarifverträgen in der jeweils gültigen Fassung, derzeit bestehend aus Manteltarifvertrag (MTV), Entgelttarifvertrag (ERTV), Entgelttarifvertrag (ETV) und Beschäftigungssicherungstarifvertrag (BeschSiTV).

Der Arbeitgeber ist berechtigt, durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Mitarbeiter die vorgenannten Tarifverträge jeweils für die Zukunft durch solche zu ersetzen, die von einem anderen für den Arbeitgeber zuständigen Arbeitgeberverband geschlossen wurden (Tarifwechsel kraft Inbezugnahme). Dies gilt insbesondere bei einer Fusion der Interessengemeinschaft Nordbayerischer Zeitarbeitsunternehmen e. V. (INZ). In diesem Fall treten die von diesem anderen Arbeitgeberverband geschlossenen Tarifverträge hinsichtlich sämtlicher Regelungen dieses Arbeitsvertrages an die Stelle der vorgenannten Tarifverträge.

...

5. Arbeitszeit

Als regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit ausschließlich Pausen werden 35,00 Stunden vereinbart.

...

Lage, Beginn, Ende und Dauer der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit sowie die Lage und Dauer der Pausen richten sich nach den in dem Betrieb des jeweiligen Kunden geltenden betrieblichen Regelungen, im Übrigen nach den Bestimmungen der in 1. genannten Tarifverträge. Der jeweilige Arbeitszeitbeginn ist als Beginn der Verpflichtung zur Arbeitsleistung selbst zu verstehen und nicht als Eintreffen im Kundenbetrieb bzw. am Arbeitsplatz.

...

14. Ausschluss von Ansprüchen

Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, sind ausgeschlossen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht worden sind; dies gilt nicht, wenn die in 1. genannten Tarifverträge eine abweichende Regelung enthalten.

Unberührt hiervon bleiben Ansprüche aus unerlaubter Handlung.

Lehnt die Gegenpartei die Erfüllung des Anspruchs schriftlich ab oder erklärt sie sich nicht innerhalb von einem Monat nach der Geltendmachung des Anspruchs, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von einem Monat nach Ablehnung oder Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird; dies gilt nicht, wenn die in 1. genannten Tarifverträge eine abweichende Regelung enthalten“.

Am 26. April 2010 schlossen die Parteien rückwirkend zum 1. Januar 2010 eine von der Beklagten vorformulierte „Zusatzvereinbarung“, die lautet:

„Zwischen den Vertragsparteien besteht Einigkeit, dass ab dem 01.01.2010 (bei späterem Eintritt ab Beginn des Arbeitsverhältnisses) auf das bestehende Arbeitsverhältnis die Tarifverträge zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) und den Einzelgewerkschaften des Christlichen Gewerkschaftsbundes (CGB) in der jeweils gültigen Fassung Anwendung finden. Diese bestehen derzeit aus Manteltarifvertrag (MTV), Entgelttarifvertrag (ERTV), Entgelttarifvertrag (ETV) und Beschäftigungssicherungstarifvertrag (BeschSiTV). Der Tarifvertragspartner CGB tritt somit an die Stelle der unter Ziffer 1. des geschlossenen Arbeitsvertrages genannten Tarifvertragspartei Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP).

Alle übrigen getroffenen Regelungen des Arbeitsvertrages gelten fort und bleiben von dieser Zusatzvereinbarung unberührt.“

Nach erfolgloser außergerichtlicher Geltendmachung hat der Kläger mit der am 25. August 2011 eingereichten Klage für den Zeitraum Januar 2008 bis Juli 2011 unter Berufung auf § 10 Abs. 4 AÜG die Differenz zwischen der von der Beklagten erhaltenen Vergütung und dem Arbeitsentgelt, das die Entleiherin vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt haben soll, verlangt. Mit Klageerweiterung vom 17. November 2011 fordert er Differenzvergütung für Überstunden. Zur Höhe des Anspruchs hat er sich unter Vorlage einer von der R AG erteilten Auskunft nach § 13 AÜG darauf berufen, im Entleiherunternehmen gölten Mantel- und Vergütungstarifvertrag der Tarifgruppe RWE. Seine Tätigkeit bei der Entleiherin unterfalle entsprechend der Auskunft der Vergütungsgruppe B 2 MTV RWE. Vergleichbare Stammarbeitnehmer erhielten zudem eine

jährliche Sonderzuwendung und ein Weihnachtsgeld, nicht durch Freizeit ausgeglichene Überstunden würden vergütet.

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt, 6
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 52.277,00 Euro brutto
nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basis-
zinssatz aus 46.832,00 Euro seit dem 21. August 2011
und aus weiteren 5.445,00 Euro seit Rechtshängigkeit der
Klageerweiterung zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, ein 7
Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt sei nicht entstanden, zumindest verfallen.
Zudem habe der Kläger die Höhe des Anspruchs nicht ausreichend dargelegt.
Auf die von der R AG erteilte Auskunft könne er sich nicht stützen, weil diese
nicht Entleiherin sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 8
hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsge-
richt zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Die Beklagte ist nach § 10 9
Abs. 4 AÜG verpflichtet, dem Kläger für die streitgegenständliche Zeit der Über-
lassung an ein Unternehmen des R-Konzerns das gleiche Arbeitsentgelt zu
zahlen, wie es die Entleiherin vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährte
(*I.*). Der Kläger musste keine Ausschlussfristen einhalten (*II.*). In welcher Höhe
dem Kläger Differenzvergütung zusteht, kann der Senat aufgrund der bisheri-
gen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. Das führt zur
Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das
Landesarbeitsgericht (*III.*).

I. Der Kläger hat für die streitgegenständliche Zeit der Überlassung an ein 10
Unternehmen des R-Konzerns Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 10
Abs. 4 AÜG. Eine nach § 9 Nr. 2 AÜG zur Abweichung vom Gebot der Gleich-

behandlung berechtigende Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. Nr. 1 Arbeitsvertrag verweist auf wegen der fehlenden Tariffähigkeit der CGZP unwirksame Tarifverträge. Die in sich widersprüchliche und damit unverständliche Zusatzvereinbarung vom 26. April 2010, die eine „Ersetzung“ der CGZP durch einen „Tarifpartner CGB“, der als solcher nicht Tarifvertragspartei ist, suggeriert, ist mit dem von der Beklagten gewollten Inhalt der Bezugnahme-klausel intransparent und nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam (vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 294/12 - Rn. 11 ff., 18; 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 26 ff.).

II. Der Anspruch des Klägers auf gleiches Arbeitsentgelt ist nicht verfallen. 11

1. Der Kläger war nicht gehalten, Ausschlussfristen aus unwirksamen Tarifverträgen der CGZP oder aus den nicht wirksam in das Arbeitsverhältnis einbezogenen Tarifverträgen zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e. V. (AMP) und Einzelgewerkschaften des Christlichen Gewerkschaftsbunds vom 15. März 2010 (*fortan: AMP-TV 2010*) einzuhalten. Derartige „tarifliche“ Ausschlussfristenregelungen sind auch nicht kraft Bezugnahme als Allgemeine Geschäftsbedingung Bestandteil des Arbeitsvertrags geworden (vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 294/12 - Rn. 21 f.). Etwas anderes ergibt sich nicht aus Nr. 14 Arbeitsvertrag. Diese Klausel regelt lediglich eine mögliche Kollision von arbeitsvertraglicher und tarifvertraglicher Ausschlussfrist (vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 40; 25. September 2013 - 5 AZR 778/12 - Rn. 14 ff.; 23. Oktober 2013 - 5 AZR 556/12 - Rn. 14).

2. Ob Nr. 14 Arbeitsvertrag eine eigenständige, bei Unwirksamkeit der in Bezug genommenen „Tarifverträge“ oder bei einer unwirksamen Bezugnahme auf Tarifverträge zum Tragen kommende vertragliche Ausschlussfristenregelung enthält, kann dahingestellt bleiben. Als solche würde sie einer AGB-Kontrolle nicht standhalten. 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).

III. In welcher Höhe dem Kläger Differenzvergütung zusteht, kann der Senat wegen fehlender Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. Das führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Im erneuten Berufungsverfahren wird Folgendes zu beachten sein: 14

1. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist es unerheblich, ob die Entleiherin tatsächlich vergleichbare Stammarbeitnehmer beschäftigt. Wendet der Entleiher in seinem Betrieb ein allgemeines Entgeltschema an, kann auf die fiktive Eingruppierung des Leiharbeitnehmers in dieses Entgeltschema abgestellt werden. Maßstab ist in diesem Fall das Arbeitsentgelt, das der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre. Das gebietet schon die unionsrechtskonforme Auslegung des § 10 Abs. 4 AÜG im Lichte des Art. 5 Abs. 1 RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (*fortan: RL*). Es fehlt zudem jeglicher Anhaltspunkt, dass nach nationalem Recht der Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt entfallen soll, wenn der Entleiher für eine bestimmte Tätigkeit nur noch Leih-, aber keine Stammarbeitnehmer mehr beschäftigt (*BAG 13. März 2013 - 5 AZR 294/12 - Rn. 24 mwN*). 15

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass - entsprechend der von der R AG erteilten Auskunft - im R-Konzern ein allgemeines Entgeltschema, nämlich die Tarifverträge der Tarifgruppe RWE, Anwendung findet. Maßgeblich ist damit das Entgelt, das der Kläger erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit bei der Entleiherin angestellt worden wäre. 16

2. Der Kläger kann sich für die Darlegung des Entgelts vergleichbarer Stammarbeitnehmer auf die Auskunft der R AG vom 25. Juli 2011 stützen, die diese - auch wenn nicht sie, sondern die R GmbH Entleiherin gewesen sein sollte - „zuständigkeitshalber“ erteilt hat. 17

Die Auskunft nach § 13 AÜG ist eine Wissenserklärung. Die Auskunftspflicht trifft zunächst die Entleiherin selbst, also diejenige natürliche oder juristische Person, in deren Betrieb der Leiharbeitnehmer eingesetzt wird. Das Gesetz hindert den Entleiher aber nicht, zur Erstellung und Bekanntgabe der Auskunft Hilfspersonen hinzuzuziehen, sofern diese über das für eine ordnungsge- 18

mäße Auskunft erforderliche Wissen verfügen (vgl. *allgemein BGH 28. November 2007 - XII ZB 225/05 - Rn. 15*). Insbesondere können - wie im Streitfall - konzernverbundene Unternehmen, die die Personalverwaltung für die Entleiherin wahrnehmen, mit der Auskunftserteilung betraut oder ein Arbeitgeberverband eingeschaltet werden (vgl. *BAG 23. März 2011 - 5 AZR 7/10 - Rn. 36, BAGE 137, 249*).

Deshalb ist es im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast Sache der Beklagten, die Auskunft zu erschüttern (vgl. *BAG 13. März 2013 - 5 AZR 146/12 - Rn. 22*). Dazu hat sie - bislang - keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ergeben würde, die Tätigkeit des Klägers im Streitzeitraum habe nicht seiner der Auskunft zugrunde gelegten „aktuellen“ Tätigkeit entsprochen. Nachgehen müssen wird das Landesarbeitsgericht aber - sofern es sich dabei nicht um eine Behauptung ins Blaue hinein handelt - dem unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten, „eine Vergütung nach B 2 nehme R nicht vor, soweit Mitarbeiter nicht über eine Inkassovollmacht verfügen“. Sollte die Beklagte die Auskunft insoweit erschüttern, wird der die Auskunft ergänzende Sachvortrag des Klägers zu den Eingruppierungsvoraussetzungen der Vergütungsgruppe B 2 MTV RWE und deren tatsächlicher Handhabung bei der Entleiherin zu werten sein.

19

3. Zur Ermittlung der Höhe des Anspruchs nach § 10 Abs. 4 AÜG ist ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen.

20

a) Dabei hat der Kläger zu Recht Leistungen wie eine Weihnachtsgewinnzuwendung (§ 10 MTV RWE) und eine Sonderzuwendung (§ 11 MTV RWE) sowie die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 15 Nr. II. 1.1 MTV RWE) und an Feiertagen (§ 2 Abs. 1 EFZG) in den Gesamtvergleich einbezogen. Denn der Begriff des Arbeitsentgelts in § 10 Abs. 4 AÜG ist, wie die beispielhafte Aufzählung in der Gesetzesbegründung (*BT-Drucks. 15/25 S. 38*) belegt, weit auszulegen. Zu ihm zählt nicht nur das laufende Arbeitsentgelt, sondern jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird bzw. aufgrund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss (*BAG 13. März 2013 - 5 AZR 294/12 - Rn. 27 mwN*).

21

Auch Urlaubsentgelt ist zu berücksichtigen. Denn Urlaub ist ein in Art. 3 Abs. 1 Buchst. f, i RL genannter Regelungsgegenstand und damit eine wesentliche, dem Gebot der Gleichbehandlung unterliegende Arbeitsbedingung iSv. § 10 Abs. 4 AÜG. Gewährt der Verleiher dem Leiharbeitnehmer während des Zeitraums einer Überlassung Urlaub, berechnet sich das Urlaubsentgelt nach den dafür beim Entleiher anzuwendenden Bestimmungen (*BAG 23. Oktober 2013 - 5 AZR 135/12 - Rn. 34*). Im Streitfall sind dies die Regelungen zur Urlaubsvergütung in § 13 Nr. III. MTV RWE. 22

b) Zutreffend hat der Kläger als Ausgangspunkt für die Berechnung der Differenzvergütung zuletzt ein Monatsgehalt angesetzt. Stammarbeitnehmer erhalten auf der Grundlage ihrer Eingruppierung nach § 16 MTV RWE in Verbindung mit dem Vergütungstarifvertrag ein Monatsgehalt. Deshalb richtet sich der Anspruch des Klägers aus § 10 Abs. 4 AÜG auf ein Monatsgehalt und verbietet sich das „Herunterrechnen“ auf einen - fiktiven - Stundenlohn (*BAG 23. Oktober 2013 - 5 AZR 135/12 - Rn. 32*). Dem steht § 22 Nr. 12 MTV RWE nicht entgegen. Die dortige Umrechnungsformel bezieht sich nur auf Fälle, in denen die geschuldete Monatsvergütung in eine Stundenvergütung umzurechnen bzw. eine Stundenvergütung geschuldet oder Bezugsgröße ist, wie etwa bei der Vergütung von Mehrarbeitsstunden (§ 5 Nr. 5 MTV) oder der Berechnung von Zeitzuschlägen (§ 6 Nr. 1 MTV RWE). Sie wird aber nicht eingesetzt, um die tarifliche Monatsvergütung in einen Stundenlohn umzuwandeln. Ein solches Vorgehen widerspräche dem tariflichen Ziel einer gleichbleibenden monatlichen Vergütung, weil Arbeitnehmer dann abhängig von der Anzahl der Arbeitstage im jeweiligen Monat unterschiedlich vergütet würden. 23

Es wird deshalb im erneuten Berufungsverfahren nach Feststellung der tariflichen Vergütungsgruppe, nach der der Kläger von der Entleiherin bei unmittelbarer Tätigkeit für diese vergütet worden wäre, weiter - gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag der Parteien - zu ermitteln sein, ob der Kläger für die bei der Entleiherin zu beanspruchende Monatsvergütung die dort geschuldete regelmäßige Arbeitszeit (§ 4 MTV RWE) erbracht bzw. durch gesetzliche Entgeltfortzahlungstatbestände „abgedeckt“ hat. Das Vorbringen des Klä- 24

gers, mindestens 38 Wochenstunden in diesem Sinne geleistet zu haben, könnte seine Bestätigung darin finden, dass sich trotz einer vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit von 35 Wochenstunden die Dauer der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit nach den im Kundenbetrieb geltenden Bestimmungen richtet, Nr. 5 Abs. 3 Arbeitsvertrag.

c) Hat der Kläger nach den von der Beklagten abgerechneten und damit 25
streitlos gestellten Stunden Mehrarbeit iSv. § 5 MTV RWE geleistet - was bislang allerdings nicht ausreichend substantiiert dargelegt ist -, kann er dafür Differenzvergütung nach den tariflich vorgesehenen Regeln beanspruchen. Der Abgeltung von Mehrarbeit kann die Beklagte nicht den Vorrang von Freizeitausgleich (§ 5 Nr. 4 MTV RWE) entgegenhalten, wenn sie keinen Freizeitausgleich gewährt, sondern die Mehrarbeitsstunden - wenn auch zu niedrig - vergütet hat.

Müller-Glöge

Biebl

Weber

Reinders

Busch