

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 146/12
1 Sa 322/11
Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. März 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 13. März 2013 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht

Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie den ehrenamtlichen Richter Busch und die ehrenamtliche Richterin Christen für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 23. August 2011 - 1 Sa 322/11 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

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

Der 1963 geborene Kläger war bei der Beklagten, die gewerblich Arbeitnehmerüberlassung betreibt, beschäftigt und vom 5. März bis zum 30. Juni 2007 der K GmbH, vom 2. Juli bis zum 12. Dezember 2007 der S AG und ab dem 2. Januar 2008 wiederum der K GmbH als Produktionshelfer überlassen. Der Kläger erhielt bei einer regelmäßigen Arbeitszeit von 152 Monatsstunden einen Bruttostundenlohn von 5,77 Euro nebst einer Zulage, die im Juli 2007 0,25 Euro brutto, in den Monaten August und September 2007 0,59 Euro brutto und ab Oktober 2007 0,93 Euro brutto je Stunde betrug. 2

Dem Arbeitsverhältnis lag ein Formulararbeitsvertrag vom 2. März 2007 (im Folgenden: *Arbeitsvertrag*) zugrunde, in dem es ua. heißt: 3

„§ 1 Vertragsgegenstand/Tarifanwendung

1. Der Arbeitnehmer wird als Produktionshelfer eingestellt. Er verpflichtet sich, bei Kundenunternehmen des Arbeitgebers an verschiedenen Orten im gesamten Bundesgebiet und ggf. im benachbarten Ausland tätig zu werden.

...

4. Auf das Arbeitsverhältnis finden die für den Arbeitgeber fachlich einschlägigen Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung. Dies sind zurzeit die zwischen

der Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA und dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e. V. abgeschlossenen Tarifverträge (Manteltarifvertrag, Entgelttarifvertrag, Entgelttarifvertrag und Beschäftigungssicherungstarifvertrag). Im Falle eines Verbandswechsels des Arbeitgebers gelten die Bestimmungen der dann einschlägigen Tarifwerke in ihrer jeweils geltenden Fassung.

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

...

§ 4 Vergütung

1. Die Vergütung erfolgt auf der Grundlage der für den Arbeitgeber gem. § 1 dieses Vertrages geltenden Tarifverträge (Entgelttarifvertrag und Entgelttarifvertrag Ost). Der Arbeitnehmer wird entsprechend seiner Tätigkeit in die Entgeltgruppe E 1 des Entgelttarifvertrages (Ziff. 3) eingruppiert. Der Stundenlohn beträgt danach 5,77 EUR brutto.

2. Für Zuschläge gilt derzeit:

Zuschlagspflichtige Mehrarbeit	25 %
Nachtarbeit	20 %
Sonntags-/Feiertagsarbeit	50 %
Neujahr, 1. Weihnachtsfeiertag, Oster- sonntag, 1. Mai	100 %

3. Zuschlagspflichtige Mehrarbeit sind die vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeitsstunden, welche seine arbeitsvertragliche Arbeitszeit um mehr als 20 % überschreiten. Ist die vom Arbeitgeber für den jeweiligen Einsatz im Kundenbetrieb festgelegte und dem Arbeitnehmer vor seinem Einsatz zugewiesene Arbeitszeit länger, sind zuschlagspflichtige Mehrarbeit erst die Arbeitsstunden, welche die einsatzbezogene Sollarbeitszeit um mehr als 20 % überschreiten.

4. Die Lohnabrechnung wird zum Schluß eines jeden Kalendermonats erstellt und die Vergütung jeweils zum 15. - 20. des Folgemonats auf ein von dem Arbeitnehmer anzugebendes Konto überwiesen. Bei Überzahlung verpflichten Sie sich, ohne Rücksicht auf den Wegfall der Bereicherung, den überzahlten Betrag an uns zurückzahlen.

...

§ 12 Geltendmachung und Ausschluss von Ansprüchen

1. Beide Arbeitsvertragsparteien können sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nur schriftlich innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten ab Fälligkeit geltend 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 zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, diese Frist einzuhalten. Diese Ausschlussfrist gilt nicht für Ansprüche, die auf eine unerlaubte Handlung gestützt werden. 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.

...“

Mit Schreiben vom 20. Juli 2010 hat der Kläger von der Beklagten vergeblich die Zahlung von 3.549,36 Euro brutto begehrt. 4

Mit der am 29. Dezember 2010 eingereichten und der Beklagten am 13. Januar 2011 zugestellten Klage hat der Kläger für den Zeitraum 5. März 2007 bis 22. Juni 2008 unter Berufung auf § 10 Abs. 4 AÜG die Differenz zwischen der von der Beklagten erhaltenen Vergütung und dem Arbeitsentgelt, das die Entleiher im Streitzeitraum vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt haben sollen, verlangt und geltend gemacht, er habe eine Ausschlussfrist nicht einhalten müssen, zumindest habe eine solche erst mit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur fehlenden Tariffähigkeit der CGZP zu laufen begonnen. Der Kläger hat unter Schilderung seiner Tätigkeit vorgetragen, die 5

Entleiher, denen er überlassen war, gehörten dem Metallgewerbe an. Damit könne er eine Vergütung nach der „Lohngrundtafel der IG Metall Bezirk Berlin-Brandenburg Sachsen“ beanspruchen. Für seinen ersten Einsatz bei der K GmbH stehe ihm die Lohngruppe 1 und damit ein Bruttostundenlohn von mindestens 10,00 Euro zu, für die Tätigkeit bei der S AG und dem zweiten Einsatz bei der K GmbH gehe er von einem Bruttostundenlohn von mindestens 10,62 Euro aus.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 6
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 8.715,99 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 3.549,36 Euro seit dem 5. Oktober 2010 sowie aus weiteren 5.166,63 Euro seit Rechtshängigkeit am 13. Januar 2011 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, 7
mögliche Ansprüche seien jedenfalls nach § 12 Arbeitsvertrag verfallen. Außerdem hat sie bestritten, dass die Entleiher vergleichbaren Stammarbeitnehmern die vom Kläger seiner Berechnung zugrunde gelegten Tariflöhne gezahlt hätten.

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

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht 9
hat die Berufung des Klägers gegen das die Klage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

A. Die Revision ist zulässig. 10

Der Kläger hat zwar die Fristen zur Einlegung und Begründung der Revision (§ 74 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbGG) versäumt. Auf seinen rechtzeitig (§ 234 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO) gestellten Antrag ist ihm aber nach § 233 ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, weil er ohne sein Verschulden verhindert war, die Frist zur Einlegung der Revision, die eine Notfrist ist (§ 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 548 ZPO) und die Frist zur Begründung der Revision einzuhalten. Der Kläger war wegen Mittellosigkeit nicht in der Lage, rechtzeitig Revision einzulegen und zu begründen (*zur Mittellosigkeit als unverschuldete Verhinderung, vgl. BAG 20. Januar 2010 - 5 AZR 106/09 - Rn. 13*). Er hat innerhalb der Rechtsmittelfrist Prozesskostenhilfe beantragt, die ihm mit Beschluss vom 31. Januar 2012 (- 5 AZA 44/11 -) bewilligt worden ist. 11

B. Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die Beklagte war nach § 10 Abs. 4 AÜG verpflichtet, dem Kläger für die Zeit der Überlassungen an die K GmbH und die S AG das gleiche Arbeitsentgelt zu zahlen, wie es die Entleiher ihren Stammarbeitnehmern gewährten (*I.*). Der Kläger hat aber die Höhe des Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG nicht substantiiert dargelegt (*II.*). 12

I. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz verpflichtet den Verleiher, dem Leiharbeiter das gleiche Arbeitsentgelt zu zahlen, das der Entleiher vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt (*„equal pay“*). Von diesem Gebot der Gleichbehandlung erlaubt das AÜG ein Abweichen durch Tarifvertrag, wobei im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen arbeitsvertraglich vereinbaren können (§ 9 Nr. 2 AÜG) mit der Folge, dass der Entleiher grundsätzlich nur das tariflich vorgesehene Arbeitsentgelt gewähren muss (§ 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG). Eine solche zur Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung berechtigende Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. § 1 Nr. 4 Arbeitsvertrag verweist auf unwirksame Tarifverträge. Die CGZP konnte keine wirksamen Tarifverträge schließen. 13

1. Nach den Entscheidungen des Ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2010 (- 1 ABR 19/10 - BAGE 136, 302), dem Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 9. Januar 2012 (- 24 TaBV 1285/11 ua. -) sowie der Zurückweisung der hiergegen gerichteten Nichtzulassungsbeschwerde (BAG 22. Mai 2012 - 1 ABN 27/12 -) ist rechtskräftig und mit bindender Wirkung gegenüber jedermann festgestellt, dass die CGZP seit ihrer Gründung und jedenfalls bis zum 14. Dezember 2010 nicht tariffähig war (vgl. BAG 23. Mai 2012 - 1 AZB 58/11 - Rn. 12; 23. Mai 2012 - 1 AZB 67/11 - Rn. 7). 14

2. Fehlt einer Tarifvertragspartei die Tariffähigkeit, kann sie allenfalls eine Kollektivvereinbarung ohne normative Wirkung, aber keinen Tarifvertrag iSd. § 1 Abs. 1 TVG abschließen (zur fehlenden Tariffähigkeit: BAG 17. April 2012 - 1 ABR 5/11 - Rn. 69). Trotz fehlender Tariffähigkeit abgeschlossene „Tarifverträge“ sind deshalb von Anfang an unwirksam (BAG 15. November 2006 - 10 AZR 665/05 - Rn. 21 mwN, BAGE 120, 182; 27. November 1964 - 1 ABR 13/63 - zu B I der Gründe, BAGE 16, 329; ErfK/Franzen 13. Aufl. § 2 TVG Rn. 5; Schaub/Treber Arbeitsrechts-Handbuch 14. Aufl. § 198 Rn. 4). Davon geht auch § 97 Abs. 5 ArbGG aus. Die gesetzliche Anordnung, einen Rechtsstreit, der davon abhängt, ob eine Vereinigung tariffähig oder deren Tariffähigkeit gegeben ist, bis zur Erledigung des Beschlussverfahrens nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG auszusetzen, wäre sinnlos, wenn die fehlende Tariffähigkeit oder die fehlende Tariffähigkeit lediglich zu einer Unwirksamkeit des Tarifvertrags ex nunc führen würde. Dementsprechend wird in dem als besonderes Beschlussverfahren ausgestalteten Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG nicht eine ursprünglich bestehende Tariffähigkeit oder Tariffähigkeit „abgesprochen“, sondern lediglich das Fehlen der Fähigkeit oder der Zuständigkeit zum Abschluss eines Tarifvertrags festgestellt. 15

3. Die These vom fehlerhaften Tarifvertrag (HWK/Henssler 5. Aufl. § 1 TVG Rn. 21a), die in Anlehnung an die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft und des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses zur Vermeidung einer Rückabwicklung die Unwirksamkeit vollzogener Tarifverträge ex nunc annimmt, ist bei der 16

Vereinbarung tariflicher Regelungen gemäß § 9 Nr. 2 AÜG ungeeignet. Denn es geht in diesem Falle nicht um die Rückabwicklung vollzogener Tarifverträge, sondern um die Rechtsfolge des Scheiterns einer vom Gesetz nach § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG eröffneten Gestaltungsmöglichkeit. Dabei muss nichts rückabgewickelt werden. Der Arbeitnehmer behält die bezogene Vergütung aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung und erwirbt darüber hinaus nach § 10 Abs. 4 AÜG einen Anspruch auf die Differenz zu dem Entgelt, das er erhalten hätte, wenn das Gebot der Gleichbehandlung von Anfang an beachtet worden wäre. Dazu räumt § 13 AÜG dem Leiharbeitnehmer einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Entleiher ein.

4. Ein etwaiges Vertrauen der Verleiher in die Tariffähigkeit der CGZP ist nicht geschützt. 17

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*). 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. In der von der Revision angezogenen Entscheidung (*BAG 24. März 2004 - 5 AZR 303/03 - zu I 2 c cc der Gründe, BAGE 110, 79*) hat der Senat bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit der Vergütung eines Leiharbeitnehmers zwar auch einen von der CGZP abgeschlossenen Entgelttarifvertrag herangezogen, eine Feststellung von deren Tariffähigkeit war damit aber nicht verbunden. Die bloße Erwartung, das Bundesarbeitsgericht werde eine von ihm noch nicht geklärte Rechtsfrage in einem bestimmten Sinne, etwa entsprechend im Schrifttum geäußerter 18

Auffassungen, entscheiden, vermag einen Vertrauenstatbestand nicht zu begründen (*Koch SR 2012, 159, 161 mwN*).

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 ersten 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.

19

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

20

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. Zur Ermittlung der Höhe des Anspruchs ist deshalb ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen (*BAG 23. März 2011 - 5 AZR 7/10 - Rn. 35 f., BAGE 137, 249*). Darlegungs- und beweispflichtig für die Höhe des Anspruchs ist nach allgemeinen Grundsätzen der Leiharbeitnehmer.

21

a) Seiner Darlegungslast kann der Leiharbeitnehmer zunächst 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-

22

fen und die Höhe des Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG zu berechnen (vgl. *BT-Drucks. 15/25 S. 39; Brors in Schüren/Hamann AÜG 4. Aufl. § 13 Rn. 1 mwN*). Es obliegt sodann im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast dem Verleiher, die maßgeblichen Umstände der Auskunft in erheblicher Art und im Einzelnen zu bestreiten. Trägt er nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gilt der Inhalt der vom Leiharbeitnehmer vorgetragene Auskunft als zugestanden. Gelingt es dem Verleiher, die Auskunft des Entleihers zu erschüttern, bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Anspruchsteller die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen muss (vgl. *BAG 23. März 2011 - 5 AZR 7/10 - Rn. 36, BAGE 137, 249*).

b) Stützt sich der Leiharbeitnehmer im Prozess nicht auf eine Auskunft nach § 13 AÜG, muss er zur Darlegung des Anspruchs auf gleiches Arbeitsentgelt alle für dessen Berechnung erforderlichen Tatsachen vortragen. Dazu gehören vorrangig die Benennung eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers und das diesem vom Entleiher gewährte Arbeitsentgelt. Beruft sich der Leiharbeitnehmer - alternativ - auf ein allgemeines Entgeltschema, hat er nicht nur dessen Inhalt, sondern auch darzulegen, dass ein solches im Betrieb des Entleihers im Überlassungszeitraum tatsächlich Anwendung fand und wie er danach fiktiv einzugruppieren gewesen wäre. 23

2. Diesen Anforderungen genügt der Sachvortrag des Klägers nicht. Er hat sich zur Darlegung der Höhe einer Differenzvergütung nach § 10 Abs. 4 AÜG für die jeweiligen Überlassungszeiträume weder auf Auskünfte der Entleiher nach § 13 AÜG gestützt, noch für die jeweiligen Einsätze vergleichbare Stammarbeitnehmer konkret benannt und zu deren Arbeitsentgelt substantiiert vorgetragen. Der Kläger hat lediglich ohne nähere Begründung behauptet, die beiden entleihenden Unternehmen gehörten dem Metallgewerbe an und „ausgehend hiervon“ seiner Berechnung eine „Lohngrundtafel der IG Metall Bezirk Berlin-Brandenburg Sachsen“ zugrunde gelegt. Allein die Zugehörigkeit zum Metallgewerbe besagt jedoch noch nicht, dass die entleihenden Unternehmen aufgrund rechtlicher Verpflichtung oder tatsächlicher Handhabung vergleichbare Stammarbeitnehmer „nach Tarif“ vergüten würden. Soweit der Kläger in der 24

Berufungsinstanz hinsichtlich der K GmbH auf deren Entgeltordnung verwiesen hat, hat er deren Inhalt nicht vorgetragen und bar jeden Tatsachenvortrags lediglich ins Blaue hinein behauptet, diese stünde in der Höhe mindestens tarifvertraglichen Regelungen gleich.

C. Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen. 25

Müller-Glöge

Laux

Biebl

Busch

A. Christen