

Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 19. Februar 2014
- 5 AZR 920/12 -

I. Arbeitsgericht Paderborn

Urteil vom 3. November 2011
- 1 Ca 955/11 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 22. August 2012
- 3 Sa 1851/11 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt („equal pay“) - Vergütungsabsenkung nach vorangegangener Arbeitslosigkeit - gestaffelte Bezugnahme auf Tarifverträge - überraschende Klausel - rückwirkende Vertragsänderung - vertragliche Ausschlussfrist - Günstigkeitsvergleich

Gesetze:

AÜG aF § 9 Nr. 2; AÜG nF § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4, § 19; BGB § 305c Abs. 1, § 307 Abs. 1 Satz 1; TVG § 4 Abs. 3

Leitsätze:

keine

Hinweis des Senats:

(teilweise) Parallelentscheidung zu führender Sache - 5 AZR 700/12 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 920/12
3 Sa 1851/11
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Februar 2014

URTEIL

Radtko, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Februar 2014 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöße, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie die ehrenamtliche Richterin Reinders und den ehrenamtlichen Richter Busch für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 22. August 2012 - 3 Sa 1851/11 - 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 1966 geborene Kläger war, nach vorangegangener Arbeitslosigkeit, seit 18. August 2008 bei der Beklagten, die gewerblich Arbeitnehmerüberlassung betreibt, beschäftigt. Er erhielt anfangs einen Stundenlohn von 6,53 Euro brutto, ab 18. Februar 2009 von 7,21 Euro brutto, ab Juli 2009 von 7,35 Euro brutto und ab Oktober 2010 von 7,60 Euro brutto. 2

Der Kläger wurde im Zeitraum vom 18. August 2008 bis zum 31. Juli 2011 der B GmbH (*im Folgenden: Entleiherin*) als Helfer überlassen. 3

Dem Arbeitsverhältnis der Parteien lag zunächst ein Formulararbeitsvertrag vom 15. August 2008 (*im Folgenden: Arbeitsvertrag 2008*) zugrunde, in dem ua. geregelt ist: 4

„§ 1 Vertragspartner und Vertragsgrundlagen

...

3. Auf das Arbeitsverhältnis finden die Regelungen des Manteltarifvertrages (MTV) vom 29.11.2004, des Entgelttrahmentarifvertrages (ERTV) vom 29.11.2004, des Entgelttarifvertrages (ETV) West / Ost vom 19.06.2006 sowie des Beschäftigungssicherungstarifvertrages vom 29.11.2004, jeweils geschlossen zwischen der Tarifgemeinschaft



Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP) und dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e.V. (AMP) in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung.

4. Soweit die nachfolgenden Regelungen mit den Bestimmungen der gemäß Ziffer 3 in Bezug genommenen Tarifverträge wörtlich übereinstimmen, dient dies der besseren Verständlichkeit dieses Vertrages; Wortlautwiederholungen tariflicher Bestimmungen sind demnach nur deklaratorisch.

Soweit die Regelungen dieses Vertrages den gemäß Ziffer 3 in Bezug genommenen Tarifverträgen derzeit oder zukünftig widersprechen sollten, gelten vorrangig die jeweils maßgeblichen tariflichen Bestimmungen. Dies gilt nicht, soweit die Tarifverträge gemäß Ziffer 3 eine Abweichung ausdrücklich zulassen oder sich aus den Regelungen dieses Arbeitsvertrages eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung ergibt.

5. Sollten die in Ziffer 3 in Bezug genommenen Tarifverträge unwirksam werden, sollen sich die Rechte und Pflichten aus diesem Arbeitsverhältnis nach dem Manteltarifvertrag (MTV) vom 22.07.2003, dem Entgelttrahmentarifvertrag Zeitarbeit (ERTV) vom 22.07.2003 sowie dem Entgelttarifvertrag Zeitarbeit (ETV) vom 22.07.2003, jeweils geschlossen zwischen dem Bundesverband Zeitarbeit Personaldienstleistungen e.V. (BZA) und den unterzeichnenden Mitgliedsgewerkschaften des DGB, in ihrer jeweils gültigen Fassung richten.

...

§ 4 Entgelt

1. Die Höhe des dem Mitarbeiter zustehenden Entgeltes ergibt sich aus dem ERTV in Verbindung mit dem ETV.
2. Das Bruttoentgelt beträgt derzeit EUR 6,53 pro Stunde.

Innerhalb der ersten sechs Beschäftigungsmonate wird von der Möglichkeit der Entgeltsenkung gemäß § 4 ERTV Gebrauch gemacht. Demnach beträgt das gesenkte tarifliche Bruttoentgelt während dieses Zeitraumes, also bis einschließlich 17.02.2009, EUR 6,53 pro Stunde.



...
...

4. Das Entgelt wird nach Abzug der gesetzlichen Abgaben wie Steuern und Sozialversicherung monatlich nachträglich, spätestens bis zum 21. des Folgemonats auf ein vom Mitarbeiter anzugebendes Konto überwiesen oder durch Verrechnungsscheck gezahlt.“

Am 12. Juni 2009 schlossen die Parteien einen neuen Arbeitsvertrag
(im Folgenden: *Arbeitsvertrag 2009*), in dem es ua. heißt:

„§ 2 Anwendbare Tarifverträge

1. Auf das Arbeitsverhältnis finden die zwischen der Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP) und dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e.V. (AMP) geschlossenen Tarifverträge, derzeit bestehend aus Manteltarifvertrag (MTV), einem Entgelttrahmentarifvertrag (ERTV), einem Entgelttarifvertrag (ETV) West/Ost sowie einem Beschäftigungssicherungstarifvertrag in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung.
2. Die Bestimmungen der in Abs. 1 genannten Tarifverträge gehen den Bestimmungen dieses Arbeitsvertrages vor. Dies gilt nicht, soweit die in Abs. 1 genannten Tarifverträge eine Abweichung durch Arbeitsvertrag ausdrücklich zulassen oder sich aus den Bestimmungen dieses Arbeitsvertrages eine für den Mitarbeiter günstigere Regelung ergibt. In-soweit gilt § 4 Abs. 3 TVG, insbesondere für die Durchführung des Günstigkeitsvergleichs gemäß Satz 2 entsprechend.

...

§ 3 Vertragsdauer und Kündigung

1. Das Vertragsverhältnis beginnt am: 18.08.2008
2. Zutreffendes ist anzukreuzen:

Das Arbeitsverhältnis

☒ besteht bereits seit dem 18.08.2008. Dieser Arbeitsvertrag stellt daher eine Änderung des Arbeitsvertrages dar, die zum



18.08.2008 wirksam wird. Damit besteht das Arbeitsverhältnis

☐ weiterhin unbefristet fort.

☒ weiterhin befristet fort für die Zeit vom 18.08.2008 bis zum 18.12.2009.

...

§ 5 Entgelt

1. Das Bruttoentgelt beträgt derzeit 7,21 EUR pro Stunde.

...

5. Das Entgelt wird monatlich nachträglich, spätestens bis zum 21. des Folgemonats auf ein vom Mitarbeiter anzugebendes Konto überwiesen oder durch Verrechnungsscheck gezahlt.

...

§ 9 Geltendmachung und Ausschluss von Ansprüchen

1. Alle beiderseitigen Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder seiner Beendigung verfallen, wenn sie nicht innerhalb von 3 Monaten nach Fälligkeit gegenüber der jeweils anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht werden.

2. Der Fristablauf beginnt, sobald der Anspruch entstanden ist und der Anspruchsberechtigte von den, den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste.

3. Lehnt die jeweils andere Vertragspartei den Anspruch ab oder erklärt sich nicht innerhalb von einem Monat nach der schriftlichen Geltendmachung, so verfällt der Anspruch, wenn er nicht innerhalb von 3 Monaten nach der Ablehnung oder nach dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird.

4. Abs. 1 und 2 gelten nicht für Ansprüche, die sich aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit sowie aus vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen des Mitarbeiters oder Z bzw. eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen von Z ergeben.



5. Abs. 1 und 3 gelten nicht, soweit die auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträge eine für den Mitarbeiter günstigere Regelung über den Ausschluss oder den Verfall von Ansprüchen enthalten.“

In einer von der Beklagten unter Hinweis auf die bestrittene Tariffähigkeit der CGZP gestellten, vom Kläger unterzeichneten „Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag vom 12.06.2009“ (*im Folgenden: Zusatzvereinbarung 2009*) heißt es ua.:

„Bislang ist jedoch nicht rechtskräftig festgestellt, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP) Tarifverträge nicht wirksam abschließen kann. Sollte ein Gericht dagegen rechtskräftig feststellen, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP) nicht tariffähig war bzw. ist, wären die oben genannten Tarifverträge - je nach der Entscheidung des Gerichts - von Anfang an oder gemäß der rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts unwirksam und könnten auf das Arbeitsverhältnis nicht (mehr) angewendet werden.

Bei einer Unwirksamkeit der oben genannten Tarifverträge hätte der Mitarbeiter Anspruch auf die bei den jeweiligen Entleihern (Kundenbetriebe) geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen. In der Regel bedeutet das für den Mitarbeiter insbesondere einen Anspruch auf eine höhere Vergütung.

Da diese Ansprüche für die Vergangenheit nur sehr schwer zu ermitteln und die Folgen für die Z kaum kalkulierbar sind, soll für diesen Fall die Geltung anderer Tarifverträge vereinbart werden. Damit soll sichergestellt werden, dass auch für den Fall der Unwirksamkeit der jetzt vereinbarten Tarifverträge ein rechtssicherer und wirtschaftlich kalkulierbarer Zustand erhalten bleibt.

Dies vorausgeschickt soll folgendes gelten:

1. Für den Fall, dass durch eine gerichtliche Entscheidung rechtskräftig festgestellt wird, dass die zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) und der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP) geschlossenen Tarifverträge (nachfolgend Tarifverträge AMP/CGZP genannt) unwirksam sind, bestimmen sich die Rechte und Pflichten der Z und des Mitarbeiters aus dem Arbeitsverhältnis



ab dem Zeitpunkt der Unwirksamkeit nach den zwischen dem Bundesverband Zeitarbeit Personaldienstleistungen e.V. (BZA) und der Tarifgemeinschaft der Mitgliedsgewerkschaften des DGB geschlossenen Tarifverträgen (nachfolgend Tarifverträge BZA/DGB genannt), derzeit bestehend aus Mantel-, Entgeltrahmen- und Entgelttarifvertrag in der jeweils gültigen Fassung.“

Unter dem Datum des 24. Juni 2010 schlossen die Parteien folgende von der Beklagten vorformulierte Vereinbarung (*im Folgenden: Vereinbarung 2010*):

„Statt der bislang geltenden Regelung des § 2 Ziff. 1 des Arbeitsvertrages soll künftig folgendes gelten:

Auf das Arbeitsverhältnis finden die zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e.V. (AMP) einerseits und der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP), der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM), der DHV - Die Berufsgewerkschaft e.V. (DHV), dem Beschäftigtenverband Industrie, Gewerbe, Dienstleistungen (BIGD), dem Arbeitnehmerverband land- und ernährungswirtschaftlicher Berufe (ALEB) und der medsonet. Die Gesundheitsgewerkschaft (medsonet) andererseits abgeschlossenen Tarifverträge sowie die diese ersetzenden Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung. Zur Zeit sind das Manteltarifvertrag, Entgelt-Rahmentarifvertrag, Entgelttarifverträge West und Ost, sowie ein Beschäftigungssicherungstarifvertrag.“

Mit der am 31. Mai 2011 eingereichten Klage und der Klageerweiterung vom 13. September 2011 hat der Kläger unter Berufung auf § 10 Abs. 4 AÜG die Differenz zwischen der von der Beklagten erhaltenen Vergütung und dem Arbeitsentgelt verlangt, das die Entleiherin im Überlassungszeitraum vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt haben soll.

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - zuletzt sinngemäß beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 19.295,87 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 16. August 2011 zu zahlen.



Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, etwaige Ansprüche des Klägers seien gemäß § 9 Arbeitsvertrag 2009 verfallen. Die Regelung gelte für den gesamten Überlassungszeitraum, weil der Arbeitsvertrag 2009 zum 18. August 2008 zurückwirke. Die Ausschlussfristenregelung sei wirksam. § 9 Abs. 5 Arbeitsvertrag 2009 entspreche in seiner Regelung letztlich § 4 Abs. 3 TVG. Es sei deshalb fraglich, ob nicht gemäß § 307 Abs. 3 BGB jede Transparenzkontrolle ausscheide. Der Kläger habe durch einen Abgleich der vertraglichen Ausschlussfristen mit den in Betracht kommenden tariflichen Ausschlussfristen unschwer einen Günstigkeitsvergleich anstellen können. Mit der Vereinbarung 2010 sei lediglich § 2 Abs. 1 Arbeitsvertrag 2009 geändert worden. Die übrigen Vertragsbedingungen und die Zusatzvereinbarung 2009 seien weiterhin gültig geblieben. Die Zusatzvereinbarung 2009 nehme wirksam auf die Tarifverträge BZA/DGB Bezug. Ansprüche auf equal pay könnten damit allenfalls vor dem 24. Juni 2010 entstanden sein. Für die ersten sechs Wochen des Arbeitsverhältnisses könne der Kläger bereits deshalb keine Differenzvergütung verlangen, weil er zuvor arbeitslos gewesen sei.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage - nach Vernehmung eines Geschäftsführers der Entleiherin als Zeugen - teilweise stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin vollständige Klageabweisung.

11

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zwar zu Recht erkannt, dass die Beklagte nach § 10 Abs. 4 AÜG verpflichtet ist, dem Kläger für den Zeitraum vom 18. August 2008 bis zum 31. Juli 2011 gleiches Arbeitsentgelt zu zahlen, wie es die Entleiherin vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährte (A). Der Anspruch des Klägers ist nicht verfallen (B). Doch ist die dem Kläger zustehende Differenzvergütung vom Landesarbeitsgericht neu zu berechnen. Dazu ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache

12



zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO (C).

A. Der Kläger hat nach § 10 Abs. 4 AÜG für die Zeit der Überlassung an die B GmbH Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt, wie es die Entleiherin ihren Stammarbeitnehmern gewährte. Eine nach § 9 Nr. 2 AÜG zur Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung berechtigende Vereinbarung haben die Parteien mit dem Arbeitsvertrag 2008, dem Arbeitsvertrag 2009, der Zusatzvereinbarung 2009 und der Vereinbarung 2010 nicht getroffen. Der Anspruch des Klägers war auch nicht in den ersten sechs Wochen des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Nr. 2 Halbs. 2 AÜG aF ausgeschlossen. 13

I. § 1 Abs. 3 Arbeitsvertrag 2008 verweist auf wegen fehlender Tariffähigkeit der CGZP unwirksame Tarifverträge. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Bezugnahme auf die in § 1 Abs. 5 Arbeitsvertrag 2008 genannten zwischen dem Bundesverband Zeitarbeit Personaldienstleistungen e.V. (BZA) und den DGB-Mitgliedsgewerkschaften der Tarifgemeinschaft Zeitarbeit abgeschlossenen Tarifverträge sind nicht gegeben. Die Vereinbarung setzt, wie sich aus den Worten „sollten die ... in Bezug genommenen Tarifverträge unwirksam werden“ ergibt, die anfängliche Wirksamkeit der in § 1 Abs. 3 Arbeitsvertrag 2008 in Bezug genommenen Tarifverträge voraus. Diese waren jedoch wegen fehlender Tariffähigkeit der CGZP von Anfang an unwirksam (vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 21 ff.). 14

II. Der Arbeitsvertrag 2009 und die Zusatzvereinbarung 2009 rechtfertigten weder für die Vergangenheit, noch für die Zukunft eine Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung. 15

1. § 3 Abs. 2 Satz 3 Arbeitsvertrag 2009 ist, soweit eine rückwirkende Änderung des Arbeitsvertrags erreicht werden sollte, nicht Vertragsbestandteil geworden. Die AGB-Klausel ist überraschend. 16

a) Nach § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußere 17



ren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil (vgl. dazu BAG 19. August 2010 - 8 AZR 645/09 - Rn. 54; 14. Dezember 2010 - 9 AZR 642/09 - Rn. 50, jeweils mwN; 16. Mai 2012 - 5 AZR 331/11 - Rn. 16, BAGE 141, 324). Zwischen den durch die Umstände bei Vertragsschluss begründeten Erwartungen und dem tatsächlichen Vertragsinhalt muss ein deutlicher Widerspruch bestehen. Da sich das Überraschungsmoment auch aus dem Erscheinungsbild des Vertrags ergeben kann, ist es möglich, dass das Unterbringen einer Klausel an einer unerwarteten Stelle im Text sie als Überraschungsklausel erscheinen lässt. Das Überraschungsmoment ist umso eher zu bejahen, je belastender die Bestimmung ist. Im Einzelfall muss der Verwender darauf besonders hinweisen oder die Klausel drucktechnisch hervorheben (BAG 23. Februar 2005 - 4 AZR 139/04 - zu II 4 b cc (1) der Gründe, BAGE 114, 33; 21. Juni 2011 - 9 AZR 203/10 - Rn. 34, BAGE 138, 136).

b) Die Klausel ist überraschend. Der Kläger musste nicht damit rechnen, dass der von der Beklagten gestellte Vertrag unter der Überschrift „§ 3 Vertragsdauer und Kündigung“ eine Klausel enthalten würde, die sich weder auf die Fortdauer des befristeten Vertragsverhältnisses noch auf dessen Beendigung mittels Kündigung beziehen würde, sondern darauf abzielte, das Vertragsverhältnis mit Wirkung für die Vergangenheit auf andere Grundlagen zu stellen. Hieran ändern auch die Unterstreichungen der Daten „18.8.2008“ und „18.12.2009“ nichts. Diese heben das Eintrittsdatum „18.8.2008“ und den „18.12.2009“ als vorgesehenen Austrittstermin drucktechnisch hervor, nicht aber die von der Beklagten angestrebte Rückwirkung der Vereinbarung. Der Kläger musste aufgrund des Hinweises auf Beginn und Ende des Arbeitsverhältnisses nicht mit einer rückwirkenden Vertragsänderung rechnen.

2. Im Übrigen wäre die Klausel - als Vertragsbestandteil gedacht - gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Eine Vertragsänderung zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt ist nach § 311a Abs. 1 BGB zwar grundsätzlich zulässig (BAG 15. Oktober 2013 - 9 AZR 572/12 - Rn. 24). Die Rück-

18

19



wirkung benachteiligt den Kläger jedoch unangemessen. Dies ergibt sich, wenn man sie nicht isoliert betrachtet, sondern den Inhalt der angestrebten rückwirkenden Vertragsänderungen bewertet.

- a) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Das Interesse des Verwenders an der Aufrechterhaltung der Klausel ist mit dem Interesse des Vertragspartners am Wegfall der Klausel und deren Ersetzung durch die maßgeblichen gesetzlichen Regelungen (§ 306 Abs. 2 BGB) abzuwägen. Dabei ist der gesamte Vertragsinhalt zu berücksichtigen (*BAG 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - Rn. 28, BAGE 115, 372; 20. März 2013 - 10 AZR 8/12 - Rn. 29*). Den im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten ist gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB angemessen Rechnung zu tragen. Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. 20
- b) § 3 Arbeitsvertrag 2009 ist nicht nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB einer Inhaltskontrolle entzogen. Die Klausel regelt keine Hauptleistungspflichten, sondern ist als Teil des Arbeitsvertrags insgesamt kontrollfähige Nebenbestimmung. § 3 Abs. 2 Satz 3 Arbeitsvertrag 2009 weicht iVm. der Zusatzvereinbarung 2009 von Rechtsvorschriften ab und stellt im Nachhinein den Vertragszweck in Frage. 21
- aa) Rechtsvorschriften iSd. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind neben dem dispositiven Gesetzesrecht auch anerkannte, ungeschriebene Rechtsgrundsätze 22



und Prinzipien. Zu diesen gehört das im Schuldrecht verankerte und anerkannte Äquivalenzprinzip. Es dient dazu, das ursprünglich von den Parteien festgelegte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu erhalten. Dieses Gleichgewicht wird gestört, wenn der Arbeitnehmer durch einseitigen Verzicht oder Erlass ohne rechtfertigende sachliche Gründe und kompensatorische Gegenleistung Ansprüche verliert (*BAG 21. Juni 2011 - 9 AZR 203/10 - Rn. 44, BAGE 138, 136*).

bb) Die mit § 3 Abs. 2 Satz 3 Arbeitsvertrag 2009 iVm. Nr. 1 Zusatzvereinbarung 2009 geregelte rückwirkende gestaffelte Bezugnahme auf die Tarifverträge BZA/DGB weicht vom Äquivalenzprinzip ab. 23

Der Vergütungsanspruch stellt ein wesentliches Recht des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis dar. Er ergibt sich aus der Natur des Arbeitsvertrags (§ 611 BGB). Zu den von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB geschützten Rechten gehört auch seine Verwirklichung (*vgl. BAG 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - Rn. 31, BAGE 116, 66*). Dies gilt auch für den Anspruch des Leiharbeitnehmers auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 10 Abs. 4 AÜG, der als ein die arbeitsvertragliche Vergütungsabrede korrigierender gesetzlicher Entgeltanspruch mit der Überlassung entsteht (*vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 42*). Die Rückwirkung zielte auf den Ausschluss der während der Geltung des Arbeitsvertrags 2008 bereits entstandenen Ansprüche des Klägers auf equal pay und damit auf einen Anspruchsverzicht. Der einseitig den Arbeitnehmer treffende, kompensationslose Ausschluss von Ansprüchen widerspricht einer ausgewogenen Vertragsgestaltung. Die mit der Rückwirkungsklausel einhergehende Benachteiligung des Arbeitnehmers ist sachlich nicht zu begründen und führt zu deren Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. 24

c) Auch die nachträgliche zeitliche Begrenzung bereits entstandener Ansprüche auf equal pay durch eine aufgrund der Rückwirkungsvereinbarung auf weniger als drei Monate verkürzte Ausschlussfrist benachteiligt den Kläger - ohne dass es auf die Wirksamkeit der Ausschlussfristenregelung im Übrigen ankäme - unangemessen iSd. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die erste Stufe der Ausschlussfrist (§ 9 Abs. 1 Arbeitsvertrag 2009) stellt nach ihrem Wortlaut für den Fristbeginn auf den Zeitpunkt der Fälligkeit des Anspruchs ab, ohne zwi- 25



schen „Alt-“ und „Neuansprüchen“ zu differenzieren. Dies führte - vermittelt durch die Rückwirkungsklausel - für bei Abschluss des Arbeitsvertrags 2009 bereits entstandene und fällige Ansprüche dazu, dass die Frist zur Geltendmachung bei Inkrafttreten der Ausschlussklausel entweder bereits abgelaufen wäre oder aber so verkürzt würde, dass die erforderliche Mindestfrist zur Geltendmachung von drei Monaten ab Fälligkeit (*vgl. BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - zu IV 7 der Gründe, BAGE 115, 19; 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - Rn. 36, BAGE 116, 66*) nicht gewahrt wäre. Beides benachteiligte den Arbeitnehmer unangemessen iSd. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

d) Die Unwirksamkeit der Rückwirkungsklausel führt zu ihrem ersatzlosen Wegfall bei Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags im Übrigen (§ 306 Abs. 1 und Abs. 2 BGB). Eine geltungserhaltende Reduktion kommt nicht in Betracht. § 306 BGB sieht eine solche Rechtsfolge nicht vor. Der Zweck der Inhaltskontrolle, den Rechtsverkehr von unwirksamen Klauseln freizuhalten, würde nicht erreicht, blieben unwirksame Klauseln mit verändertem Inhalt aufrechterhalten. Überzogene Klauseln könnten weitgehend ohne Risiko verwendet werden. Erst in einem Prozess würde der Vertragspartner die zutreffenden Vertragsbedingungen erfahren. Wer die Möglichkeit nutzen kann, die ihm der Grundsatz der Vertragsfreiheit für die Aufstellung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eröffnet, muss auch das vollständige Risiko einer Unwirksamkeit der Klausel tragen (*BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - zu IV 8 a der Gründe mwN, BAGE 115, 19*). Anderenfalls liefe die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB weitgehend leer (*vgl. BAG 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - Rn. 39, BAGE 116, 66*).

e) Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet aus. Sie setzt voraus, dass die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften und das Unterbleiben der Ergänzung des Vertrags keine angemessene, den typischen Interessen der Vertragsparteien Rechnung tragende Lösung bietet (*BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 - BAGE 113, 140*). Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Unwirksamkeit der Rückwirkungsklausel lässt den Regelungsplan der Parteien nicht als vervollständigungsbedürftig erscheinen. Bei ihrem Wegfall greifen die ge-

26

27



setzunglichen Regelungen des § 10 Abs. 4 AÜG und die Verjährungsregeln der §§ 195 ff. BGB ein, die einen hinreichenden Interessenausgleich bieten.

3. Die Parteien haben mit dem Arbeitsvertrag 2009 und Nr. 1 der Zusatzvereinbarung 2009 auch für die Zukunft keine zur Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung berechtigende Vereinbarung getroffen. 28

a) Der Arbeitsvertrag 2009 verweist in § 2 Abs. 1 ebenso wie der Arbeitsvertrag 2008 auf wegen fehlender Tariffähigkeit der CGZP unwirksame Tarifverträge. 29

b) Die Bezugnahme auf die in der Zusatzvereinbarung 2009 genannten „zwischen dem Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. (BZA) und der Tarifgemeinschaft der Mitgliedsgewerkschaften des DGB geschlossenen Tarifverträge“ ist bereits deshalb nicht zum Tragen gekommen, weil ihre tatbestandlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Auch nach dem Behaupten der Beklagten ist nicht „durch gerichtliche Entscheidung rechtskräftig festgestellt“ worden, dass die in § 2 Abs. 1 Arbeitsvertrag 2009 genannten „Tarifverträge ... unwirksam sind“. 30

c) Die Vereinbarung 2010, mit der die Geltung der vom Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e.V. (AMP) mit der CGZP und einer Reihe von christlichen Arbeitnehmervereinigungen geschlossenen Tarifverträge vereinbart werden sollte, ist mangels Kollisionsregel intransparent und nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam (vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 26 ff.). 31

4. Der equal-pay-Anspruch des Klägers war nicht in den ersten sechs Wochen des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Nr. 2 Halbs. 2 AÜG in der bis 29. April 2011 geltenden Fassung ausgeschlossen. 32

a) Nach § 9 Nr. 2 Halbs. 2 AÜG aF waren Vereinbarungen, mit denen vom Gebot der Gleichbehandlung abgewichen wurde, unwirksam, es sei denn, der Verleiher gewährte dem zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmer, wenn mit diesem erstmals ein Arbeitsverhältnis begründet wurde, für die Überlassung an einen 33



Entleiher für die Dauer von insgesamt höchstens sechs Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrags, den der Leiharbeitnehmer zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hatte. Nach § 19 AÜG nF ist die Bestimmung auf Leiharbeitsverhältnisse, die vor dem 15. Dezember 2010 begründet wurden, weiterhin anzuwenden.

b) Die Parteien haben von der Möglichkeit, eine Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung in den ersten sechs Wochen des Arbeitsverhältnisses zu vereinbaren, keinen Gebrauch gemacht. Sowohl § 9 Nr. 2 Halbs. 2 AÜG aF als auch § 10 AÜG aF setzen eine eigenständige Vergütungsabrede voraus. Wie das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen hat, fehlt es hieran. Die Regelung in § 4 Arbeitsvertrag 2008 hat lediglich deklaratorische Bedeutung. Sie erschöpft sich in einer wiederholenden Verweisung auf die mit § 1 Abs. 3 in Bezug genommenen zwischen dem AMP und der CGZP geschlossenen, wegen fehlender Tariffähigkeit der CGZP unwirksamen Tarifverträge. Die „tariflichen“ Entgeltbestimmungen sind auch nicht kraft Bezugnahme als Allgemeine Geschäftsbedingung Bestandteil des Arbeitsvertrags geworden. 34

B. Der Anspruch des Klägers auf gleiches Arbeitsentgelt ist nicht verfallen. 35

I. Ansprüche, die vor Abschluss des Arbeitsvertrags 2009 entstanden sind, werden von den in § 9 Arbeitsvertrag 2009 geregelten Ausschlussfristen nicht erfasst. § 3 Arbeitsvertrag 2009 ist, wie bereits ausgeführt, soweit mit Abs. 2 Satz 3 eine rückwirkende Änderung des Arbeitsvertrags vereinbart werden sollte, nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil geworden. 36

II. Der Kläger musste auch hinsichtlich später entstandener Ansprüche die Ausschlussfristen nach § 9 Arbeitsvertrag 2009 nicht einhalten. Die eigenständige Ausschlussfristenregelung ist intransparent und damit nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. 37

1. Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich die zur Unwirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung führende unangemessene Benachteiligung aus der mangelnden Klarheit und Verständlichkeit der Bedingung ergeben. Die- 38



ses Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein. Der Vertragspartner des Klauselverwenders soll ohne fremde Hilfe Gewissheit über den Inhalt der vertraglichen Rechte und Pflichten erlangen können und nicht von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten werden. Eine Klausel muss im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners so klar und präzise wie möglich umschreiben. Sie verletzt das Bestimmtheitsgebot, wenn sie vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält (*BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 765/10 - Rn. 15*). Auch bei einer die Art und Weise der Geltendmachung eines entstandenen Entgeltanspruchs regelnden Klausel muss der Arbeitnehmer bei Vertragsabschluss erkennen können, was auf ihn zukommt. Wegen der weitreichenden Folgen von Ausschlussfristen (*BAG 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - Rn. 26, BAGE 115, 372*) muss aus der Klausel ersichtlich sein, welche Rechtsfolgen der Arbeitnehmer zu gewärtigen hat und was er zu tun hat, um deren Eintritt zu verhindern (*BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 48*).

2. Diesen Anforderungen genügt die Ausschlussfristenregelung in § 9 Arbeitsvertrag 2009 nicht. 39

a) Der Beginn der ersten Stufe der Ausschlussfrist ist nicht klar und eindeutig geregelt. § 9 Abs. 1 Arbeitsvertrag 2009 wäre zwar - bei isolierter Betrachtung - hinreichend transparent. Der Arbeitnehmer könnte ersehen, dass „alle beiderseitigen Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder seiner Beendigung verfallen“, wenn sie nicht innerhalb bestimmter Fristen in der in der Klausel bezeichneten Weise geltend gemacht werden (*vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 48 f.*). Jedoch folgt die Intransparenz aus dem Kontext mit den weiteren Regelungen des § 9. 40

aa) § 9 Abs. 1 Arbeitsvertrag 2009 stellt hinsichtlich des Fristbeginns auf die Fälligkeit des Anspruchs ab. Fälligkeit bezeichnet nach § 271 BGB den Zeitpunkt, von dem ab der Gläubiger die Leistung verlangen kann. Dieser Zeitpunkt richtet sich in erster Linie nach den Vereinbarungen der Parteien. Haben diese eine Zeit bestimmt, so ist gemäß § 271 Abs. 2 BGB im Zweifel anzunehmen, dass der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der 41



Schuldner aber sie vorher bewirken kann. Das bedeutet, dass die Forderung zwar erfüllbar, jedoch noch nicht fällig ist (*BGH 1. Februar 2007 - III ZR 159/06 - Rn. 16, BGHZ 171, 33*).

bb) Im Gegensatz zu § 9 Abs. 1 Arbeitsvertrag 2009 stellt § 9 Abs. 2 Arbeitsvertrag 2009 auf das Entstehen des Anspruchs ab. Bereits diese Anknüpfung an juristisch zu unterscheidende Zeitpunkte erschwert dem Arbeitnehmer das Verständnis der ihm mit der AGB-Klausel auferlegten Obliegenheit. Die „Fälligkeit“ eines Anspruchs ist von dessen „Entstehung“ zu unterscheiden. Entstehungs- und Fälligkeitszeitpunkt einer Forderung können auseinanderfallen (*BAG 23. September 2003 - 1 AZR 576/02 - Rn. 31, BAGE 107, 347; ErfK/Preis 14. Aufl. §§ 194 - 218 BGB Rn. 52*). Ein Anspruch entsteht, sobald die dafür festgelegten tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind (*BAG 23. September 2003 - 1 AZR 576/02 - aaO*). Seine Fälligkeit kann erst zu einem späteren Zeitpunkt eintreten. Vorliegend bleibt für den Arbeitnehmer unklar, ob ein Anspruch bereits dann, wenn die in Abs. 2 bezeichneten Voraussetzungen erfüllt sind, innerhalb von drei Monaten geltend zu machen ist oder ob die Ausschlussfrist in jedem Fall erst ab Fälligkeit zu laufen beginnt. Die Regelung enthält damit Unklarheiten und Spielräume, die den Arbeitnehmer von der Durchsetzung erworbener Rechte abhalten könnten.

cc) Der wegen dieser doppelten Anknüpfung undeutliche Regelungsgehalt wird durch die in § 9 Abs. 2 Arbeitsvertrag 2009 verwendete Terminologie vollkommen unverständlich. Der Formulierung „der Fristablauf beginnt“ lässt sich nicht entnehmen, ob sie sich auf den Anfang oder das Ende der Ausschlussfrist beziehen soll. Das Wort „Ablauf“ hat mehrere Bedeutungen. Rechtlich kann es einen Verlauf oder eine Abfolge, aber auch das Ende einer Zeitdauer oder Frist bezeichnen (*vgl. Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl.; Duden Das Bedeutungswörterbuch 4. Aufl.*). Sollte sich Abs. 2 auf den Fristbeginn beziehen, hätte die Beklagte statt „der Fristablauf beginnt“, unschwer „der Fristlauf beginnt“ oder - wie in § 199 Abs. 1 BGB bezogen auf die Verjährungsfrist - „die Ausschlussfrist beginnt“ formulieren können. Sollte sich Abs. 2 auf das Fristende beziehen, würde die Aussage des Abs. 1 vollständig neutralisiert.

42

43

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- dd) Dies hätte unschwer vermieden werden können, wenn die Beklagte als Verwenderin der Klausel klargestellt hätte, dass die Frist frühestens zu laufen beginnt, wenn die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Arbeitsvertrag 2009 erfüllt sind, jedoch in keinem Fall vor Eintritt der Fälligkeit. 44
- b) Zur Intransparenz des § 9 Arbeitsvertrag 2009 trägt des Weiteren der Abs. 5 bei. Nach Abs. 5 sollten die Abs. 1 und Abs. 3 nicht gelten, wenn „die anwendbaren Tarifverträge“ eine „für den Mitarbeiter günstigere Regelung über den Ausschluss und Verfall von Ansprüchen“ enthalten. Damit wurde die Anwendbarkeit von Abs. 1 und Abs. 3 spekulativ. 45
- aa) Auf welche Tarifverträge Bezug genommen werden sollte, ist unklar. Bei Abschluss des Arbeitsvertrags 2009 konnte auch im Wege der Auslegung nicht festgestellt werden, auf welche nach § 2 Abs. 1 Arbeitsvertrag 2009 als anwendbar in Betracht kommenden Tarifverträge Bezug genommen werde. Für den Kläger war deshalb nicht erkennbar, mit welchem der in Betracht kommenden Tarifverträge ein Günstigkeitsvergleich anzustellen sei. 46
- bb) Auch aufgrund der Regelung in Nr. 1 der Zusatzvereinbarung 2009 war es für den Kläger bei Abschluss des Arbeitsvertrags 2009 nicht vorhersehbar, welche tariflichen Bestimmungen und damit auch Ausschlussfristen auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden würden (*vgl. zur Unbestimmtheit eines Änderungsangebots im Rahmen einer Änderungskündigung: BAG 15. Januar 2009 - 2 AZR 641/07 -*). Zudem stellt die Zusatzvereinbarung als Voraussetzung für die Geltung der „zwischen dem Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. (BZA) und der Tarifgemeinschaft der Mitgliedsgewerkschaften des DGB geschlossenen Tarifverträge“ auf eine rechtskräftige Feststellung der Unwirksamkeit der in § 2 Abs. 1 Arbeitsvertrag 2009 genannten Tarifverträge AMP/CGZP ab, ohne zu kennzeichnen, in welchem Prozessrechtsverhältnis diese Bedingung eintreten könnte. Dabei kommen neben einem von den Parteien selbst geführten Rechtsstreit auch solche Dritter in Betracht. Der Ausgang solcher Rechtsstreite wäre für den Arbeitnehmer nicht feststellbar. 47



- cc) Die Vereinbarung 2010, mit der - in einer auf von § 2 Abs. 1 beschränkten Änderung des Arbeitsvertrags 2009 - die Geltung der vom Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e.V. (AMP) mit der CGZP und einer Reihe von christlichen Arbeitnehmervereinigungen geschlossenen Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung vereinbart werden sollte, ist, wie schon unter A. ausgeführt, mangels Kollisionsregel intransparent (*vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 26 ff.*). Dies schlägt auf die Regelung der Ausschlussfristen in § 9 Arbeitsvertrag durch. 48
- dd) Weitere vermeidbare Unklarheiten werden dadurch hervorgerufen, dass § 9 Abs. 5 Arbeitsvertrag 2009 auf die für den Mitarbeiter „günstigere“ Regelung verweist. 49
- (1) § 9 Abs. 5 Arbeitsvertrag 2009 entspricht nicht der gesetzlichen Regelung in § 4 Abs. 3 TVG. 50
- (a) Für das Verhältnis von tarifvertraglichen und arbeitsvertraglichen Regelungen gilt die Kollisionsregel des § 4 Abs. 3 TVG. Hiernach treten unmittelbar und zwingend geltende Tarifbestimmungen hinter einzelvertraglichen Vereinbarungen mit für Arbeitnehmer günstigeren Bedingungen zurück. Ob ein Arbeitsvertrag abweichende günstigere Regelungen gegenüber dem Tarifvertrag enthält, ergibt ein Vergleich zwischen der tarifvertraglichen und der arbeitsvertraglichen Regelung. Zu vergleichen sind dabei die in einem inneren, sachlichen Zusammenhang stehenden Teilkomplexe der unterschiedlichen Regelungen (*sog. Sachgruppenvergleich: st. Rspr. BAG 17. April 2013 - 4 AZR 592/11 - Rn. 14 mwN*). 51
- (b) Abweichend von § 4 Abs. 3 TVG ist § 9 Abs. 5 Arbeitsvertrag 2009 nicht darauf gerichtet zu regeln, wann die tarifliche Regelung hinter der arbeitsvertraglichen zurücktritt, sondern umgekehrt, wann die tarifliche Regelung gegenüber der arbeitsvertraglichen den Vorrang haben soll. Bereits dies lässt es fraglich erscheinen, ob die Maßstäbe eines Günstigkeitsvergleichs nach § 4 Abs. 3 TVG auf die vorliegende Regelung übertragen werden können. 52



- (c) Darüber hinaus nimmt § 9 Abs. 5 Arbeitsvertrag 2009 im Gegensatz zu § 2 Abs. 2 Arbeitsvertrag 2009 als speziellere Regelung auch nicht auf § 4 Abs. 3 TVG Bezug. Ein verständiger und redlicher Arbeitnehmer musste deshalb nicht darauf schließen, der Regelungswille der Beklagten als Verwenderin der Klausel sei auf die Anwendung der für § 4 Abs. 3 TVG geltenden Grundsätze eines Günstigkeitsvergleichs gerichtet. Vor allem ist unklar, ob ein Sachgruppen- oder Einzelvergleich zur Ermittlung der „günstigeren Regelung“ anzustellen ist. 53
- (2) Die Klausel bliebe selbst dann intransparent, wenn ihr die für den Günstigkeitsvergleich anzulegenden Maßstäbe durch Auslegung entnommen werden könnten. Auch in diesem Fall enthielte sie vermeidbare Spielräume und Unklarheiten. Die Auslegungsbedürftigkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung führt zwar nicht automatisch zu deren Intransparenz. Lässt sich jedoch eine Klausel unschwer so formulieren, dass das Gewollte klar zu erkennen ist, führt eine Formulierung, bei der das Gewollte allenfalls durch eine umfassende Auslegung ermittelbar ist, zu vermeidbaren Unklarheiten (*BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 765/10 - Rn. 18*). Letzteres ist hier der Fall. § 9 Abs. 5 Arbeitsvertrag 2009 ist intransparent, weil sich die Regelung durch Verwendung des Wortes „länger“ anstelle von „günstiger“, unschwer so hätte formulieren lassen, dass das nach dem Bekunden der Beklagten Gewollte - die längere Ausschlussfrist zur Geltung zu bringen - klar erkennbar gewesen wäre. 54
3. Eine Streichung von § 9 Abs. 2 und Abs. 5 Arbeitsvertrag 2009 unter Aufrechterhaltung der Ausschlussfristenregelung im Übrigen in Anwendung des sog. blue-pencil-Tests scheidet aus, weil es sich um eine einheitliche Regelung handelt, die inhaltlich nicht teilbar ist (*vgl. BAG 12. März 2008 - 10 AZR 152/07 - Rn. 26 ff. mwN; 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 37, BAGE 141, 340*). § 9 Arbeitsvertrag 2009 enthält nicht jeweils verschiedene, nur formal verbundene AGB-Bestimmungen. Diese sind vielmehr untrennbar miteinander verknüpft. Mit § 9 Abs. 5 Arbeitsvertrag 2009 soll der Anwendungsbereich der eigenständigen arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen festgelegt werden. Und erst aus § 9 Abs. 2 Arbeitsvertrag 2009 - legt man die Bestimmung in der von 55



der Beklagten vertretenen Interpretation aus - soll sich der Beginn der Ausschlussfrist ergeben.

4. Eine ergänzende Vertragsauslegung im Sinne einer auf § 9 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4 Arbeitsvertrag 2009 beschränkten Geltung der vertraglichen Ausschlussfristenregelung kommt nicht in Betracht. Die Intransparenz der Klausel führt zu deren ersatzlosem Wegfall unter Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags im Übrigen, § 306 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Dem mit einer Ausschlussfrist verfolgten Zweck, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zu erreichen, wird durch die gesetzlichen Verjährungsfristen hinreichend Rechnung getragen. 56

III. Der Kläger war nicht gehalten, Ausschlussfristen aus den in § 1 Abs. 3 Arbeitsvertrag 2008 und in § 2 Abs. 1 Arbeitsvertrag 2009 genannten, von der CGZP mit dem AMP abgeschlossenen Tarifverträgen einzuhalten. Die Anwendung dieser Ausschlussfristen scheidet aus, weil die Tarifverträge, wie bereits ausgeführt, nicht wirksam arbeitsvertraglich in Bezug genommen wurden. 57

Gleiches gilt für die Ausschlussfristen aus den von der CGZP und einer Reihe von Arbeitnehmervereinigungen mit dem AMP abgeschlossenen Tarifverträgen, die mit der Vereinbarung 2010 in Bezug genommen werden sollten. 58

IV. Die Ansprüche des Klägers sind nicht nach § 16 MTV BZA/DGB verfallen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Anwendung der in § 1 Abs. 5 Arbeitsvertrag 2008 und in Nr. 1 Zusatzvereinbarung 2009 genannten Tarifverträge und damit der darin geregelten Ausschlussfristen sind, wie bereits ausgeführt, nicht erfüllt. Es kann deshalb offenbleiben, ob die in § 16 MTV BZA/DGB geregelten tariflichen Ausschlussfristen im Hinblick auf ihre Länge dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes genügen, ob diese Ansprüche auf equal pay erfassen und ob deren Inhalt auch bei einer gebotenen gesetzeskonformen Auslegung in sich widersprüchlich bleibt, mit der Folge, dass die tarifliche Ausschlussfristenregelung wegen eines Verstoßes gegen das Gebot der Normenklarheit unwirksam wäre. 59



- C. In welcher Höhe dem Kläger Differenzvergütung zusteht, kann der Senat aufgrund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. 60
- I. Der Kläger hat sich die vom Landesarbeitsgericht - nach erfolgter Beweisaufnahme - getroffenen Feststellungen zur Höhe des Arbeitsentgelts vergleichbarer Stammarbeitnehmer zu Eigen gemacht. Hiernach vergütete die Entleiherin vergleichbare Stammarbeitnehmer, nach einer bei ihr außerhalb tariflicher Regelungen Anwendung findenden Lohngruppe 1, im Jahr 2008 mit einem Bruttostundenlohn in Höhe von 9,62 Euro, im Jahr 2009 von 9,82 Euro, im Jahr 2010 von 10,03 Euro und im Jahr 2011 von 10,28 Euro. Zudem gewährte sie diesen als Urlaubs- und Weihnachtsgeld jährliche Sonderzahlungen. Die Beklagte hat gegen diese Feststellungen im Revisionsverfahren keine Rügen erhoben. 61
- II. Soweit die Beklagte erstinstanzlich bestritten hat, dass die Entleiherin im streitgegenständlichen Zeitraum vergleichbare Stammarbeitnehmer beschäftigt hat, ist dies unerheblich. 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. Er richtet sich nach dem im Betrieb des Entleiher für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden Arbeitsentgelt. Der Anspruch setzt dabei nicht stets voraus, dass während der Überlassung auch tatsächlich vergleichbare Stammarbeitnehmer beschäftigt sind. 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 Falle das Arbeitsentgelt, das der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit unmittelbar beim Entleiher eingestellt worden wäre (*BAG 13. März 2013 - 5 AZR 242/12 - Rn. 30 mwN*). 62
- III. Für die Berechnung der dem Kläger zustehenden Differenzvergütung gilt Folgendes: 63



1. Ausgehend von den in den Lohnabrechnungen der Beklagten als vergütungspflichtig ausgewiesenen Stunden und den von ihr erbrachten Leistungen ergibt sich im Vergleich zu den Stundenlöhnen, die die Entleiherin vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt hätte, nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ein Differenzbetrag in Höhe von 14.777,88 Euro brutto. 64
2. Soweit das Landesarbeitsgericht dem Kläger für den streitgegenständlichen Zeitraum seiner Überlassung über den Betrag von 14.777,88 Euro brutto hinaus als Differenzvergütung insgesamt 19.295,87 Euro brutto zugesprochen hat, wird dies durch die bisherigen Feststellungen nicht getragen. 65
- a) Der Kläger hat die Gewährung 13. Monatseinkommen und Urlaubsgelder begehrt. Er hat vorgetragen, nach den bei der Entleiherin geltenden tariflichen Bestimmungen betrage das 13. Monatseinkommen 65 % eines durchschnittlichen Monatsverdienstes, das Urlaubsgeld 56 % des für 30 Urlaubstage gewährten Urlaubsentgelts. Die Beklagte hat dies bestritten. 66
- b) Das Landesarbeitsgericht hat zwar gestützt auf die Aussage des als Zeugen vernommenen Geschäftsführers der Entleiherin festgestellt, dass die Entleiherin vergleichbaren Stammarbeitnehmern im Überlassungszeitraum zusätzlich ein 13. Monatseinkommen und ein Urlaubsgeld gewährte, die dem Kläger zugesprochenen Beträge lassen sich jedoch allein aufgrund der bisherigen Feststellungen nicht nachvollziehen. 67
- aa) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts entspricht das von der Entleiherin gewährte 13. Monatseinkommen dem 0,6-fachen eines regelmäßigen Monatseinkommens eines mit einer Wochenarbeitszeit von 38 Stunden beschäftigten vergleichbaren Stammarbeitnehmers. Feststellungen dazu, wie die Entleiherin die Höhe des regelmäßigen Monatsverdienstes ermittelt und nach welchen Grundsätzen die Zahlung an im Verlauf eines Kalenderjahres eingetretene Stammarbeitnehmer erfolgt, hat das Landesarbeitsgericht nicht getroffen. 68



bb) Auch zur Berechnung der Höhe des vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährten Urlaubsgelds, insbesondere wenn diese im Verlauf eines Kalenderjahres eintreten, hat das Landesarbeitsgericht keine Feststellungen getroffen. Es hat lediglich angenommen, dass von einer anteiligen Zahlung an die Stammarbeitnehmer auszugehen sei.

69

IV. Bei der Zinsentscheidung ist zu berücksichtigen, dass der Kläger Zinsen ab 16. August 2011 verlangt hat. Hiernach können ihm für die für den Zeitraum August 2008 bis Juni 2011 zu ermittelnde Differenzvergütung Verzugszinsen ab 16. August 2011 zugesprochen werden. Die auf den Monat Juli 2011 entfallende Differenzvergütung, die zu dem in § 5 Abs. 5 Arbeitsvertrag 2009 für die Vergütung bestimmten Zeitpunkt am 21. August 2011 fällig wurde (*vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 42*), ist aufgrund Verzugs nach § 286 Abs. 2 Nr. 1, § 288 Abs. 1 BGB erst ab 22. August 2011 zu verzinsen.

70

Müller-Glöge

Biebl

Weber

Reinders

Busch

