

**10 Sa 609/12**  
10 Ca 320/11  
(ArbG München - Kammer Ingolstadt -)

Verkündet am: 19.12.2012

Heger  
Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

S.

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Firma A. GmbH

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 14. November 2012 durch die weitere aufsichtführende Richterin Kautnik und die ehrenamtlichen Richter Mayr und Holten

für Recht erkannt:

- 1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts München, Kammer Ingolstadt, Aktenzeichen 10 Ca 320/11, vom 06.06.2012 unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen wie folgt abgeändert:**

**Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.527,20 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 19.03.2011 zu zahlen.**

**Von den erstinstanzlichen Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagte 55 % und der Kläger 45 %, von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte 77 % und der Kläger 23 %.**

- 2. Die Revision wird zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten um Vergütung nach den Grundsätzen des equal-pay-Gebotes.

Der Kläger wurde von der Beklagten, einem Unternehmen, welches gewerbsmäßig Arbeitnehmerüberlassung betreibt, gemäß Arbeitsvertrag vom 13.09.2010 (Bl. 6 - 12 d. A.) als Maschinenbediener eingesetzt. Das Arbeitsverhältnis bestand vom 13.09.2010 bis 19.02.2011. Im Arbeitsvertrag wurde unter § 2 u. a. Folgendes geregelt:

**„§ 2 Anwendbare Tarifverträge**

1. 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, Dienstleistung (BIGD), dem Arbeitnehmerverband land- und ernährungswirtschaftlicher Berufe (ALEB), medsonet. Die Gesundheitsgewerkschaft (medsonet) andererseits abgeschlossenen Tarifverträge, derzeit bestehend aus Manteltarifvertrag, Manteltarifvertrag für die Auszubildenden, Entgelttarifvertrag, Entgelttarifverträge West und Ost sowie Beschäftigungssicherungstarifvertrag, in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung.
2. ...“

In § 5 wurde die Vergütung geregelt. Dieser lautet auszugsweise wie folgt:

**„§ 5 Vergütung**

1. Die Vergütung erfolgt auf der Grundlage der für den Mitarbeiter gem. § 1 dieses Vertrages geltenden Tarifverträge (Entgelttarifvertrag und Entgelttarifvertrag Ost/West\*). Der Mitarbeiter wird entsprechend seiner Tätigkeit in die Entgeltgruppe 4 des Entgelttarifvertrages (Ziff. 3) eingruppiert.

|                                       |                 |
|---------------------------------------|-----------------|
| Der Stundenlohn beträgt               | 9,56 EUR brutto |
| (gemäß Entgelttarifvertrag Ost/West*) |                 |
| zzgl. ggf. übertarifliche Zulage      | 0,00 EUR brutto |

\* (...)

Sonstige außertarifliche Sonderzahlungen (Ziffer 15 MantelTV) \_\_\_\_ EUR brutto

2. Für Zuschläge\* werden derzeit gezahlt:

|   |       |
|---|-------|
| Zuschlagspflichtige Mehrarbeit                            | 25 %  |
| Nachtarbeit   | 20 %  |
| Sonntags-/Feiertagsarbeit                                 | 50 %  |
| Neujahr, 1. Weihnachtsfeiertag, Ostersonntag, 1. Mai      | 100 % |
| Erschwerniszulage gem. Ziff. 5.6 des Manteltarifvertrages | 6 %   |

\* Für die in Ziff. 5.5 des Manteltarifvertrages aufgeführten Branchen gelten die dort genannten Zuschlagsregelungen.

Beim Zusammentreffen mehrerer Zuschläge ist nur der jeweils höchste Zuschlag zu zahlen.

3. Zuschlagspflichtige Mehrarbeit sind die von einem in Vollzeit beschäftigten Mitarbeiter geleisteten Arbeitsstunden, welche seine arbeitsvertragliche Arbeitszeit um mehr als 20 % überschreiten.

Die Berechnung der zuschlagspflichtigen Mehrarbeit richtet sich nach Ziffer 5.1 des Manteltarifvertrages.

4. Für die Gewährung vermögenswirksamer Leistungen gilt derzeit Ziff. 12 des Manteltarifvertrages. Jubiläumzahlungen werden derzeit nach Maßgabe der Ziff. 14 des Manteltarifvertrages gewährt. Sonderzahlungen gemäß Ziffer 15 des Manteltarifvertrages werden auf betrieblicher Grundlage oder nach Maßgabe des § 18 des Arbeitsvertrages gewährt (z. B. über die Gewährung von Sonderzahlungen gem. Ziffer 15 des Manteltarifvertrages).
5. Die Vergütung wird monatlich nachträglich bis spätestens zum 15. des Folgemonats auf ein von dem Mitarbeiter anzugebendes Konto überwiesen.

...“

§ 9 des Arbeitsvertrages lautet folgendermaßen:

**„§ 9 Ersatz von Aufwendungen**

*Soweit dem Mitarbeiter Ansprüche auf Aufwendungsersatz gem. § 670 BGB zustehen, z. B. für Fahrtkostenersatz, Wegegeld, Heimfahrten, Auslösungen, Übernachtungskosten oder Verpflegungsaufwendungen, werden diese jeweils Einsatz bezogen geregelt.“*

§ 16 des Arbeitsvertrages lautet wie folgt:

**„§ 16 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.
3. Lehnt die Gegenpartei den Anspruch 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 der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird. Abweichend hiervon beträgt die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung für den Arbeitnehmer drei Monate nach Ablehnung oder dem Fristablauf.“

Der Kläger wurde vom 13.09.2010 bis 17.12.2010 in dem Betrieb der Fa. S. GmbH (im Folgenden: S. GmbH) und vom 01.01.2011 bis 07.02.2011 bei der Fa. B. GmbH (im Folgenden: B. GmbH) eingesetzt.

Die Fa. S. GmbH (Entleiherin) teilte auf das Auskunftsbegehren des Klägers vom 07.02.2011 mit Schreiben vom 11.02.2011 (Bl. 13 d. A.) u. a. Folgendes mit:

„...“

*Herr S. war in unserem Betrieb als Leiharbeiter über die Firma A. in der Zeit von 13.09.2010 bis zum 17.12.2010 in der Abteilung: CNC-Drehen als Maschinenbediener eingesetzt.*

*Zu seinen wesentlichen Arbeitsbedingungen gehörten die Tätigkeiten, die im Rahmen allgemeiner Anweisungen verrichtet werden können und deren Ausführung in der Regel eine einschlägige, erfolgreich abgeschlossene Berufsausbildung voraussetzt. Insbesondere die Aufgaben: Teile in CNC-Maschine einlegen und Teile vermessen. Das Arbeitsentgelt eines vergleichbaren Arbeitnehmers in unserem Betrieb beträgt nach Entgeltgruppe 4, Handwerkerstarifvertrag 11,28 €/Std. brutto zzgl. einer außertariflichen Zulage von 1,35 €/Std. brutto = 12,63 €/Std. brutto.*

...“

Die Fa. B. GmbH erteilte dem Kläger mit Schreiben vom 14.02.2011 (Bl. 14 f. d. A.) folgende Auskunft:

„...“

*Bei uns im Betrieb der B. GmbH richten sich die wesentlichen Arbeitsbedingungen für zu Herrn S. vergleichbare Arbeitnehmer nach dem Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer zwischen der B. GmbH und der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG Bau) - BMA-RTVG. Er ist im Wesentlichen inhaltsgleich zu dem allgemein verbindlichen Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe. So gilt auch bei uns hinsichtlich der Arbeitszeit die 40-Stunden-Woche.*

*Die Entlohnung für vergleichbare Arbeitnehmer richtet sich im Betrieb der B. GmbH nach § 5 des oben benannten BMA-RTVG in Verbindung mit dem Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen in der B. GmbH zwischen der B. GmbH und der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG Bau) - BMA-TV Lohn. Auch hier lehnen sich die Tarifstundenlohngaben im Wesentlichen an den Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland mit Ausnahme der fünf neuen Länder und des Landes Berlin (TV Lohn/West) an. Im Betrieb der B. GmbH würde ein vergleichbarer Arbeitnehmer in Lohngruppe 3 für Facharbeiter eingruppiert. Die Höhe des Tarifstundenlohns eines Arbeitnehmers dieser Tarifgruppe beträgt 14,02 Euro. Bei Überstunden kommt ein Überstundenzuschlag von 25 % des Tarifstundenlohns pro Stunde hinzu, wobei die ersten 150 Überstunden innerhalb von 12 Kalendermonaten zuschlagsfrei sind; sie werden einem Ausgleichskonto zugeführt.*

...“

Der Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer der Fa. B. GmbH vom 07.07.2002 zwischen der Fa. B. GmbH und der IG Bau (Bl. 85 - 107 d. A.), der Tarifvertrag vom 20.08.2007 zur Änderung des Rahmentarifvertrages vom 07.07.2002 in der Fassung vom 29.07.2005 (Bl. 108 - 110 d. A.) und die Lohntafel vom 23.05.2009, gültig vom 01.04.2009 bis 31.03.2011 (Bl. 111 d. A.), wurden vorgelegt. Der Manteltarifvertrag für alle Arbeitnehmer metallverarbeitender Handwerke in Bayern vom 08.10.2007 (Bl. 67 - 76 d. A.) und der Entgelttarifvertrag vom 22.07.2009, abgeschlossen zwischen dem Fachverband Metall Bayern und der Christlichen Gewerkschaft Metall Landesverband Bayern, wurden gleichfalls zur Akte gegeben (Bl. 77 - 78 d. A.).

Die Beklagte erteilte dem Kläger monatliche Gehaltsabrechnungen und zahlte die entsprechenden Nettobeträge an ihn aus. Für den Monat November 2010 (Bl. 18 d. A.) wies die Abrechnung einen Zeitlohn für 164 Stunden mit einem Lohnsatz in Höhe von je 9,56 € brutto, eine Auftragszulage für 164 Stunden in Höhe von je 0,44 € brutto sowie acht Feiertagsstunden mit jeweils 9,56 € brutto aus, ebenso „Man. AZ-Kto-Zugang“ für 18 Einheiten zu einem Lohnsatz in Höhe von je 9,56 € brutto. Weiter wurden Nacht- und Sonntagszuschläge abgerechnet. Schließlich wurden je 23 Einheiten „Übernachtung frei“ und „Fahrtkosten st/svfrei“ mit einem Lohnsatz in Höhe von jeweils 20,- € brutto ausgewiesen. Insgesamt errechnete die Beklagte 2.781,40 € brutto. Dies entsprach einem Betrag in Höhe von 2.342,54 € netto.

Für den Monat Dezember 2010 (Bl. 19 d. A.) wies die Gehaltsabrechnung Urlaubstage und Zeitlohn sowie Auftragszulage für je 79,75 Stunden zu einem Lohnsatz in Höhe von je 9,56 € bzw. 0,44 € brutto sowie „Man. AZ-Kto-Zugang“ von 2,75 Stunden und „Man. AZ-Kto-Abgang“ von 49 Stunden zu jeweils 9,56 € brutto aus. Ebenso waren 35 Urlaubsstunden zu einem Lohnsatz in Höhe von 10,40 € brutto sowie Nacht- und Sonntagszuschläge ausgewiesen. Weiter rechnete die Beklagte „Übernachtung frei“ und „Fahrtkosten st/svfrei“ für jeweils elf Einheiten zu einem Lohnsatz in Höhe von 20,- € brutto. Insgesamt errechnete sich ein Betrag in Höhe von 2.227,65 € brutto, dies entsprach einem Betrag in Höhe von 1.761,81 € netto.

Für den Monat Januar 2011 (Bl. 20 d. A.) wies die Gehaltsabrechnung Zeitlohn für 6,12 und 113,25 Stunden sowie 7 Feiertagsstunden, „Man. AZ-Kto-Zugang“ für 22,25 Einheiten, „Man. AZ-Kto-Abgang“ für -21 Einheiten sowie „Man. AZ-Kto-Abgang“ für 49 Einheiten und 21 Firmenstunden zu einem Lohnsatz in Höhe von jeweils 9,56 € brutto aus. Wei-

ter rechnete die Beklagte „Überstundenzuschlag 25 %“ und „SA Zuschlag 25 %“ für insgesamt 15,86 Einheiten bei einem Lohnsatz in Höhe von 9,56 € brutto ab. Auch für den Monat Januar berechnete sie „Übernachtung frei“ mit 7 Einheiten zu einem Satz von je 20,- € und acht Einheiten zu einem Satz von 22,- € sowie „Fahrtkosten st/svfrei“ mit insgesamt 15 Einheiten zu einem Satz von 25,- €. Insgesamt ermittelte die Beklagte einen Bruttobetrag in Höhe von 2.192,74 € und einen sich hieraus ergebenden Nettobetrag in Höhe von 1.769,76 €.

Für den Monat Februar 2011 (Bl. 21 d. A.) wies die Abrechnung Zeitlohn für 50,06 Stunden, „Man. AZ-Kto-Zugang“ für 17,44 Einheiten und „Man. AZ-Kto-Abgang“ für 2,44 Einheiten, Urlaubsstunden in Höhe von 23,38 Einheiten und „Lohnfortzahl. Krank“ in Höhe von 28 Einheiten jeweils zu einem Lohnsatz in Höhe von 9,56 € brutto aus. Weiter wurde ein „Überstundenzuschlag 25 %“ für 4,78 Einheiten, „SA Zuschlag 25 %“ für 6,06 Einheiten und Firmenstunden für 11,56 Einheiten zu einem Lohnsatz in Höhe von je 9,56 € brutto ausgewiesen, für „Übernachtung frei“ und für „Fahrtkosten st/svfrei“ wurden jeweils sechs Einheiten zu einem Lohnsatz in Höhe von 20,- € brutto bzw. 25,- € brutto berechnet. Insgesamt errechnete die Beklagte einen Bruttobetrag in Höhe von 1.232,77 €, was einem Nettobetrag in Höhe von 959,39 € entsprach.

Mit Schreiben vom 14.02.2011 (Bl. 64 - 65 d. A.), der Beklagten per Fax am selben Tag übermittelt, machte der Kläger gegenüber dieser seine Ansprüche in Höhe von insgesamt 1.803,36 € geltend; er ermittelte für die Monate November 2010 einen Betrag in Höhe von 539,25 € und für Dezember 2010 in Höhe von 486,62 €. Die übrigen Beträge beziehen sich auf die Monate September und Oktober 2010. Die Beklagte wies die Forderung mit Schreiben vom 17.02.2011 zurück.

Unter dem Datum vom 17.03.2011 erhob der Kläger Zahlungsklage in Höhe von 3.223,81 € brutto; hierin war für November 2010 ein Betrag in Höhe von 539,25 € brutto, für Dezember 2010 in Höhe von 486,62 € brutto, für Januar 2011 in Höhe von 893,49 € brutto und für Februar 2011 in Höhe von 526,96 € brutto enthalten. Die Klage wurde der Beklagten am 19.03.2011 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 25.01.2012 (Bl. 224 - 226 d. A.) änderte der Kläger seine Klageanträge und begehrte nunmehr für November 2010 319,17 € brutto, für Dezember 2010 546,09 € brutto, für Januar 2011 787,19 € brutto und für Februar 2011 457,73 € brutto.

Der Kläger war erstinstanzlich der Auffassung, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) nicht tariffähig gewesen sei; er bezog sich insoweit auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vom 14.12.2010 (1 ABR 19/10). Folglich seien die von der CGZP abgeschlossenen Tarifverträge nicht geeignet, den in § 9 Nr. 2 AÜG normierten Grundsatz der Gleichbehandlung zu durchbrechen. Die in Bezug genommenen weiteren tariflichen Regelungen könnten gleichfalls zu keinem anderen Ergebnis führen, da die Regelung in § 2 Nr. 1 des Arbeitsvertrages, die eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstelle, wegen Intransparenz unwirksam sei. Nach dem Bestimmtheitsgebot müssten die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen in einem Arbeitsvertrag so genau beschrieben werden, dass keine vermeidbaren Unklarheiten und keine ungerechtfertigten Spielräume entstünden. Für ihn sei aufgrund der Verweisung nicht klar, welche der tariflichen Regelungen unter welcher Voraussetzung gelten sollte. Weiter war er der Auffassung, dass die den Manteltarifvertrag unterzeichnenden Einzelgewerkschaften ihre satzungsmäßige Zuständigkeit überschritten hätten, da ein Tarifvertrag für die branchenübergreifende Arbeitnehmerüberlassung abgeschlossen worden sei.

Für seinen Einsatz bei der Fa. S. GmbH hätte er daher den dort geltenden Stundenlohn in Höhe von 12,63 € brutto sowie die Zuschläge entsprechend dem Manteltarifvertrag gem. § 4 Nr. 2 und § 8 erhalten müssen.

Der Kläger hat weiter gemeint, dass ihm für seinen Einsatz bei der Fa. B. GmbH nach dem geltenden Firmentarifvertrag Vergütung zustehe. Weiter hat er ausgeführt, dass sein dortiger Einsatz von der Beklagten beendet worden sei, da am 07.02.2011 das Auskunftsverlangen bei dem Entleiher eingegangen sei. Hierbei hat es sich nach seiner Auffassung um eine unzulässige Maßregelung gehandelt.

Schließlich hat er gemeint, dass die von der Beklagten gezahlten Fahrt- und Übernachtungskosten im Rahmen des equal-pay-Vergleichs außer Betracht bleiben müssten, da es sich um einen reinen Auslagenersatz und nicht um das für die Tätigkeit geschuldete Entgelt handle. Aufgrund wechselnder Einsatz Tätigkeiten sei der Auslagenersatz der typischen Situation des Leiharbeitnehmers geschuldet; ein Stammarbeitnehmer, mit Ausnahme von Monteuren, schulde in der Regel keine wechselnde Einsatz Tätigkeit.

Der Anspruch nach § 10 Abs. 4 AÜG auf Gewährung der im Betrieb des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen für einen vergleichbaren Arbeitnehmer, ein-



schließlich des Arbeitsentgelts, enthalte in § 9 Regelungen zu Höhe und Umfang. Eine Bestimmung des Begriffs „Arbeitsentgelt“ sei im Gesetz nicht enthalten; Arbeitsentgelt sei jedoch alles, was als Gegenleistung für die Arbeitsleistung pro Zeiteinheit bezahlt werde. Auslagenersatz und Fahrtkosten seien jedoch Sachleistungen, die unabhängig von der Zahl der geleisteten Stunden und der Dauer der täglichen Arbeitszeit anfielen.

Der Kläger hat zuletzt erstinstanzlich beantragt:

*Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.799,94 € brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 19.03.2011 zu zahlen.*

Die Beklagte hat beantragt,

*die Klage abzuweisen.*

Sie hat hierzu ausgeführt, der mehrgliedrige Tarifvertrag sei wirksam vereinbart worden und gelte für das streitgegenständliche Arbeitsverhältnis. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14.12.2010 (aaO) spiele keine Rolle, da neben der CGZP weitere Gewerkschaften mit unterzeichnet hätten, die teilweise, wie bspw. die CGM und ALEB, bereits als tariffähig anerkannt worden seien; bei mehrgliedrigen Tarifverträgen sei jeder Tarifvertrag gesondert auf seine Rechtswirksamkeit zu prüfen. Bei den in Bezug genommenen Tarifverträgen handle es sich um sog. mehrgliedrige Tarifverträge im engeren Sinn, die der Interessenlage der Beteiligten entsprächen, sodass selbst im Fall der Unwirksamkeit eines Tarifvertrages dies nur eine Teilnichtigkeit zur Folge haben würde. Dies habe auch bei eventuellen Zuständigkeitsüberschreitungen zu gelten. Die Christliche Gewerkschaft Metall (CGM) sei jedoch für den Bereich der metallerzeugenden und -verarbeitenden Industrie, des Metallhandwerks, der Elektroindustrie und der sonstigen Metallbetriebe zuständig und anerkanntermaßen auch tariffähig. In diesem Organisationsbereich sei der Kläger auch eingesetzt worden.

Durch die Bezugnahme sei vielmehr eine Klärung herbeigeführt worden. Eine Mehrdeutigkeit oder Intransparenz habe nicht vorgelegen bzw. sei vermieden worden.

Des Weiteren hat die Beklagte gemeint, dass ihr Vertrauensschutz zuzugestehen sei, falls das tarifliche Regelungswerk unwirksam wäre.

In der Sache hat die Beklagte eingewandt, dass im Monat November 2010 bereits 920,- € brutto für Verpflegung, Übernachtung und Fahrtkosten bezahlt worden seien. Gleiches habe für die Überstunden, Sonntags-, Feiertags- und Nachtzuschläge in Höhe von insgesamt 336,59 € brutto zu gelten. Diese Beträge seien im Rahmen des equal-pay-Vergleichs mit einzubeziehen. Es habe mithin kein Saldo zugunsten des Klägers bestanden.

Für den Monat Dezember 2010 hat die Beklagte ergänzend eingewandt, dass kein Urlaubsentgelt zu „S.-Sätzen“ geschuldet sei, da der Kläger während der Urlaubsstunden nicht bei dem Entleiherbetrieb S. GmbH eingesetzt worden sei. Den Betrag in Höhe von 20,55 € brutto als Urlaubszuschlag hat sie bestritten.

Für den Monat Januar 2011 hat sie ergänzend vorgetragen, dass, ausweislich der von der Fa. B. GmbH erteilten Auskunft, die ersten 150 Überstunden innerhalb von zwölf Kalendermonaten gem. Ziff. 4.12 des vorgelegten Rahmentarifvertrages zuschlagsfrei seien. Da der Kläger dieses Volumen nicht überschritten habe, stehe ihm auch der angesetzte Zuschlag selbst nach equal-pay-Grundsätzen nicht zu.

Die berechneten und bezahlten Überstundenzuschläge aus dem Einsatz bei der Fa. S. GmbH sowie die Sonntags-, Feiertags-, „SA“- und Nachtzuschläge bei der Fa. B. GmbH in Höhe von insgesamt 308,44 € brutto seien gegenzurechnen. Weiter hat die Beklagte eingewandt, dass der Kläger an 21 Stunden im Januar 2011 nicht bei der Fa. B. GmbH eingesetzt worden sei; hierbei habe es sich vielmehr um sog. Firmenstunden gehandelt. Für diese Stunden sei der sog. equal-pay-Grundsatz nicht zur Anwendung zu bringen. Ein Saldo zugunsten des Klägers habe sich daher nicht ergeben.

Für den Monat Februar 2011 hat die Beklagte eingewandt, dass der Kläger ab 08.02.2011 für insgesamt 11,56 Stunden, nach Abmeldung durch den Kunden Fa. B. GmbH, auf sog. Firmenstunden zu setzen gewesen sei. Weiterhin sei während seines Urlaubs für 23,38 Stunden sowie während seiner Krankheit kein Einsatz bei der Fa. B. GmbH erfolgt. Der equal-pay-Grundsatz könnte daher überhaupt nur bis 07.02.2011 angewandt werden. Auch für den Monat Februar 2011 habe sich daher kein Saldo zugunsten des Klägers ergeben.

Weiter hat die Beklagte gemeint, dass die arbeitsvertraglich vereinbarten Ausschlussfristen greifen würden, da die Ausschlussfristenregelung jedenfalls im Arbeitsvertrag den An-

forderungen an die höchstrichterliche Rechtsprechung genügen würde. Gehaltsansprüche des Klägers würden ebenso wie etwaige Ansprüche gem. § 10 Abs. 4 AÜG regelmäßig am Ende des jeweiligen Kalendermonats zur Auszahlung fällig. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die Ansprüche verfallen seien.

Der Kläger hat hierauf erwidert, dass die tarifvertraglichen Ausschlussfristen mangels wirksamer Vereinbarung nicht zur Anwendung kämen. Hinsichtlich der arbeitsvertraglich vereinbarten Ausschlussfrist hat er die zweite Stufe der Ausschlussfristenregelung für unwirksam erachtet. Die Forderung wird nach seiner Auffassung dann fällig, wenn der Zahlungsbetrag annähernd beziffert werden könne. Erst dann, wenn der Anspruch erkennbar und durchsetzbar sei, was frühestens am 14.02.2011 der Fall gewesen sei, könne dieser Betrag geltend gemacht werden. Der Begriff der Fälligkeit müsse ermessensgerecht unter Einbeziehung des Kenntnisstandes des Gläubigers und subjektiver Zurechnungsgesichtspunkte interessensgerecht ausgelegt werden.

Wegen weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 16.03.2011, 11.07.2011, 18.11.2011 und 25.01.2012 nebst Anlagen, die Schriftsätze der Beklagten vom 10.05.2011, 14.10.2011 und 12.03.2012 nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht München, Kammer Ingolstadt, hat mit Urteil vom 06.06.2012 der Klage in Höhe von 1.994,15 € brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass sich der Anspruch des Klägers dem Grunde nach aus § 10 Abs. 4 AÜG in der bis 29.04.2011 geltenden alten Fassung i. V. m. § 9 Nr. 2 AÜG ergebe. Die Vereinbarung in § 2 Nr. 1 des Arbeitsvertrages, wonach die dort genannten Tarifwerke der Zeitarbeitsbranche Anwendung finden sollten, sei gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB mangels hinreichender Transparenz unwirksam, da die Verweisungsklausel nicht ausreichend klar und verständlich sei. Eine abweichende Regelung gem. § 9 Nr. 2 AÜG in Form des Vorliegens eines einschlägigen Tarifvertrages, der insbesondere auch durch einzelarbeitsvertragliche Inbezugnahme im Verhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher Anwendung finden könne, liege nicht vor.

Bei dem vereinbarten Arbeitsvertrag handle es sich um einen Formularvertrag, auf den §§ 305 ff. BGB Anwendung fänden. Zwar könne keine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB stattfinden, da Tarifverträge Rechtsvorschriften i. S. v. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB seien. Jedoch unterliege der einzelvertraglich vollständig einbezogene Tarifvertrag der Transparenzkontrolle gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB einschließlich dem Bestimmtheitsgebot. In der Bezugnahmeklausel in § 2 Nr. 1 des Arbeitsvertrages werde die gleichzeitige Anwendung mehrerer Tarifverträge geregelt. Dem Arbeitsvertrag sei jedoch nicht zu entnehmen, welche der möglichen tariflichen Regelungen unter welchen Voraussetzungen Anwendung finden solle. Dies wäre jedoch nach Auffassung des Arbeitsgerichts erforderlich gewesen, insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die verschiedenen in Bezug genommenen Tarifverträge unabhängig voneinander zu unterschiedlichen Zeitpunkten gekündigt, neu abgeschlossen oder anderen Regelungen zugänglich sein können. Daher sei die Bestimmung in § 2 Nr. 1 des Arbeitsvertrages insgesamt rechtsunwirksam.

Weiter halte diese Bestimmung dem sog. blue-pencil-Test nicht stand.

Die Bezugnahme auf mehrere gleichlautende Tarifverträge benachteilige den Kläger in besonderer Weise, weil allein das Risiko hinsichtlich einer Bezugnahme von unwirksamen Tarifverträgen reduziert werden sollte. Der Kläger müsste das Prüfverfahren gem. § 97 Abs. 1 ArbGG gegen mehrere Tarifvertragsparteien gleichzeitig führen, wodurch offensichtlich werde, dass er damit von der Geltendmachung berechtigter Ansprüche abgehalten bzw. diese jedenfalls erschwert werde solle.

Der von der Beklagten erhobene Einwand des Vertrauensschutzes stelle sich nicht mehr, da nach den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 22.05.2012 (1 ABN 27/12) sowie vom 23.05.2012 (1 AZB 58/11 und 1 AZB 67/11) die CGZP zu keinem Zeitpunkt tariffähig gewesen sei.

Der Kläger habe seine Ansprüche mit Schreiben vom 14.02.2011 rechtzeitig vor Ablauf der dreimonatigen Ausschlussfrist gem. § 16 Nr. 1 des Arbeitsvertrages geltend gemacht. Der Lauf der Ausschlussfristen habe für seine Ansprüche betreffend die Monate November 2010 bis Februar 2011 jeweils am ersten Kalendertag der jeweiligen Folgemonate begonnen, sodass er seine Ansprüche mit Schreiben vom 14.02.2011 rechtzeitig geltend gemacht habe. Die in § 16 Nr. 3 des Arbeitsvertrages enthaltene zweite Stufe der Ausschlussfristenregelung sei unbeachtlich, da diese Bestimmung gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB unwirksam sei. Die zweite Stufe einer einzelvertraglich vereinbarten Aus-

schlussfrist müsse gleichfalls mindestens drei Monate betragen. Verstöße nur eine Stufe gegen die dreimonatige Mindestfrist, bleibe der erste Teil entsprechend den Grundsätzen des blue-pencil-Tests nach § 306 Abs. 1 BGB erhalten.

Arbeitsentgelt i. S. v. § 10 Abs. 4 AÜG stelle nur die reine Stundenvergütung dar. So werde sichergestellt, dass für gleiche Arbeitsleistung dieselbe Vergütung bezahlt werde.

Für die Vergütungsansprüche des Klägers betreffend die Monate November und Dezember 2010 sei daher ein Stundenlohn in Höhe von 12,63 € brutto, für seine Ansprüche betreffend die Monate Januar und Februar 2011 ein solcher in Höhe von 14,02 € brutto zugrunde zu legen. Sämtliche sonstigen von der Beklagten an den Kläger erbrachten Leistungen stellten einen teilweisen Ausgleich für die üblicherweise geringere Vergütung des Leiharbeitnehmers gegenüber den Stammarbeitnehmern dar, demzufolge sei bei der Berechnung der Zuschläge von den genannten erhöhten Stundenlöhnen auszugehen. Ohne Bedeutung sei, dass bei der Fa. B. GmbH für die ersten 150 Überstunden keine Zuschläge bezahlt würden. Der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts vom 23.03.2011 (5 AZR 7/10), wonach ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum vorzunehmen sei, sei nicht zu folgen. Dies gelte auch für die geleisteten Verpflegungs- und Übernachtungskosten.

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben errechnete das Arbeitsgericht für November 2010 einen Betrag in Höhe von 319,17 € brutto, für Dezember 2010 in Höhe von 546,09 € brutto, für Januar 2011 in Höhe von 722,72 € brutto sowie für Februar 2011 in Höhe von 406,17 € brutto als noch zu leistende Vergütungsdifferenz. Weitergehende Ansprüche waren nach Auffassung des Arbeitsgerichts nicht zuzusprechen, da die sog. Firmenstunden im Januar und Februar 2011 nicht mit dem erhöhten Stundenlohn angesetzt werden könnten.

Hinsichtlich der Begründung im Einzelnen wird auf die Seiten 7 - 16 des Urteils (Bl. 251 - 260 d. A.) verwiesen.

Gegen dieses Urteil vom 06.06.2012, der Beklagten am 18.06.2012 zugestellt, richtet sich ihre mit Schriftsatz vom 18.07.2012, am selben Tag beim Landesarbeitsgericht München eingegangen, eingelegte Berufung, die sie mittels eines am 09.08.2012 beim Landesarbeitsgericht München eingegangenen Schriftsatzes begründet hat.

Die Beklagte macht geltend, das Erstgericht gehe in seiner Rechtsauffassung fehl, soweit es das Urteil darauf stützt, dass die arbeitsvertragliche Einbeziehung der streitgegenständlichen mehrgliedrigen Tarifwerke CGZP und anderer nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB intransparent und damit unwirksam sei. Ein mehrgliedriger Tarifvertrag könne dynamisch in Bezug genommen werden, eine derartige Regelung sei weder überraschend noch intransparent. Der Kläger werde nicht von einer Intransparenz belastet.

Die Teilung des mehrgliedrigen Tarifvertrages aufgrund der Tarifunfähigkeit einer der tarifschließenden Gewerkschaften, der CGZP, müsse nach dem blue-pencil-Test möglich sein. Die Unwirksamkeit einzelner Tarifverträge wegen bspw. fehlender Tarifzuständigkeit führe nicht zur Unwirksamkeit der anderen Tarifverträge, zumal die CGM im Metallbereich, in dem der Kläger fachlich auch ausschließlich eingesetzt worden sei, wirksam Tarifverträge abschließen könne.

Der Kläger werde nicht in besonderer Weise benachteiligt, wenn er ein Prüfverfahren gem. § 97 Abs. 1 ArbGG gegen mehrere Tarifvertragsparteien gleichzeitig führen müsse. Weiterhin sei der Vertrauensschutz der Beklagten in die Tariffähigkeit der CGZP zu Unrecht nicht berücksichtigt worden. Eine mögliche Fehlerhaftigkeit des mehrgliedrigen Tarifvertrages könne nicht rückwirkend greifen.

Die Beklagte rügt weiter, dass ein Vergütungsanspruch für den Monat Dezember 2010, soweit er über 486,62 € brutto hinausgehe, verfallen sei. Deshalb könne nicht ein Betrag in Höhe von 546,09 € brutto zugesprochen werden; zu Unrecht sei ein weiterer Betrag in Höhe von 59,47 € brutto zugesprochen worden. Weiters habe das Arbeitsgericht zu Unrecht keinen Gesamtvergleich aller dem Kläger zugeflossenen Leistungen und Entgelte im Überlassungszeitraum entgegen der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts vorgenommen. Nach Auffassung der Beklagten seien Fahrt- und Übernachtungskosten mit einzustellen. In den Entleiherbetrieben würden Fahrtkosten und Auslagenersatz nur geleistet, wenn Mitarbeiter aufgrund von Entsendung zu Montagetätigkeiten fahren. Fahrten der Arbeitnehmer von deren Privatwohnung zum Betrieb, wie sie der Kläger absolviert habe, seien demgegenüber in beiden Fällen nicht erstattungsfähig. Es handle sich mithin um einen von der Beklagten erbrachten geldwerten Vorteil, der zusätzlich zum tarifvertraglichen Entgelt gewährt werde. Der geldwerte Vorteil müsse zugunsten der Beklagten in die equal-pay-Berechnung mit eingestellt werden. Ergänzend nimmt die Beklagte insoweit Bezug auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 23.03.2011 (aaO).

Schließlich ist sie der Auffassung, dass für keinen der Monate ein positiver Saldo entstanden sei. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass im Monat Januar 2011 die ersten 150 geleisteten Überstunden bei der Fa. B. GmbH zuschlagsfrei seien; dies sei auch bei den vom Kläger geforderten Stundenzuschlägen zu beachten. Gleiches gelte für den Monat Februar 2011. Der Kläger sei am 07.02.2011 abgemeldet worden, sodass lediglich 50,06 Stunden nach den equal-pay-Grundsätzen zu erstatten seien.

Die Beklagte beantragt:

*Das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 06.06.2012, Az.: 10 Ca 320/11, wird, soweit die Klage nicht abgewiesen wurde, aufgehoben und die Klage insgesamt abgewiesen.*

Der Kläger beantragt,

*die Berufung zurückzuweisen.*

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und ist der Auffassung, dass die Berufung unbegründet sei. Hierzu führt er im Wesentlichen aus, dass, wie vom Arbeitsgericht auch entschieden, die in den Entleiherbetrieben geltenden Bedingungen nach § 9 Nr. 2 AÜG auf das Arbeitsverhältnis Anwendung fänden, da die arbeitsvertragliche Bezugnahme-klausel gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB mangels Einhaltung des Transparenzgebots unwirksam sei. So gebe es bereits in der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte entsprechende Entscheidungen. Der Kläger verweist insoweit auf die nicht rechtskräftigen Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 14.08.2012 (1 Sa 495/11), des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 20.09.2011 (7 Sa 1318/11) und des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 23.05.2012 (2 Sa 615/11). Weiter führt er aus, die Beklagte verkenne, dass es um die Frage gehe, ob Regelungen getroffen werden müssten, die erkennen ließen, welcher der in Bezug genommenen Tarifverträge in welcher Konstellation im Arbeitsverhältnis gelten solle. Weiter gebe es Zweifel, ob die Gewerkschaften, die sich dem mehrgliedrigen Tarifvertrag angeschlossen hätten, überhaupt tariffähig seien. Er meint weiter, dass das Arbeitsgericht den sog. blue-pencil-Test zu Recht nicht zur Anwendung gebracht habe, da ein Streichen nicht dem Willen des

Klauselverwenders entsprechen würde. Weiters ist er der Auffassung, dass es sich insofern um eine geltungserhaltende Reduktion handle, die nicht zulässig sei. Auch werde er durch die Belastung mit einem Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG, wie vom Arbeitsgericht richtigerweise erkannt, an der Wahrnehmung seiner Rechte gehindert und damit besonders benachteiligt. Je mehr Tarifverträge unterschiedlicher Tarifvertragsparteien zusammengefasst würden, desto langwieriger und umfangreicher wäre das Unterfangen, die Unwirksamkeit des Tarifwerks insgesamt festzustellen. Hinsichtlich des Vertrauensschutzes habe das Arbeitsgericht zu Recht darauf abgestellt, dass dies für den vorliegenden Rechtsstreit unerheblich sei, da fehlende Tariffähigkeit nicht durch Vertrauensgesichtspunkte ersetzt werden könne.

Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil, soweit ihm für Dezember 2010 ein über 486,62 € brutto hinausgehender Betrag zuerkannt wurde, da nach Sinn und Zweck der Ausschlussfrist diese erst zu laufen beginne, wenn der Anspruchsinhaber den Anspruch beziffern könne. Auch hinsichtlich der Höhe der in den equal-pay-Vergleich einzubeziehenden Leistungen wie Zulagen, Fahrtkosten und Übernachtungen verteidigt er das Urteil des Arbeitsgerichts, da es nach seiner Meinung nicht zulässig sei, sog. arbeitsentgeltunabhängige Sonderleistungen zu verrechnen und einen Nettovergleich vorzunehmen. Anknüpfungspunkt sei der Begriff des Arbeitsentgelts. Hierunter sei, wie vom Arbeitsgericht angenommen, die Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung zu verstehen. Andere Leistungen seien dann einzubeziehen, wenn an die im Bruttostundenlohn ausgedrückte Arbeitsleistung angeknüpft werde. Dies gelte jedoch nicht für Fahrtkosten und Auslagenersatz, da diese nicht an die Zahl der geleisteten Stunden oder die Arbeitsdauer anknüpfen und für die allgemeinen Erschwernisse aufgrund der typischen Belastung für Arbeitnehmerüberlassung gewährt würden.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens in der Berufung wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze vom 09.08.2012 und 12.10.2012 sowie auf das Sitzungsprotokoll vom 14.11.2012 Bezug genommen.



## **Entscheidungsgründe:**

### **I.**

Die Berufung ist zulässig.

Sie ist nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

### **II.**

Dem Kläger steht gem. §§ 10 Abs. 4, 9 Nr. 2 AÜG in der bis 29.04.2011 geltenden Fassung ein Betrag in Höhe von 1.527,20 € brutto zu.

**1.** Nach §§ 10 Abs. 4, 9 Nr. 2 AÜG in der bis zum 29.04.2011 geltenden Fassung kann der Leiharbeitnehmer im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 2 AÜG von diesem die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen. Gem. § 9 Nr. 2 AÜG hat ein Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher Anspruch auf Gewährung vergleichbarer Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts, es sei denn, es sind zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer abweichende tarifliche Regelungen vereinbart.

**1.1** Die Voraussetzungen von § 9 Nr. 2 AÜG sind gegeben. Die Ansprüche des Klägers auf „equal pay“ wurden nicht wirksam durch die Vereinbarung der Geltung der „zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e. V. (AMP) einerseits und der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit und Personaler-serviceagenturen (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), medsonet. Die Gesundheitsgewerkschaft (medsonet) andererseits abgeschlos-

senen Tarifverträge, derzeit bestehend aus Manteltarifvertrag, Manteltarifvertrag für die Auszubildenden, Entgelttarifvertrag, Entgelttarifverträge West und Ost sowie Beschäftigungssicherungstarifvertrag, in ihrer jeweils gültigen Fassung“, abbedungen. Die diesbezügliche Bezugnahme Klausel in § 2 des Arbeitsvertrages vom 13.09.2010 ist unwirksam, da sie gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt.

**1.1.1** Der von der Beklagten verwandte Arbeitsvertrag stellt ein von ihr gestelltes und vorformuliertes Vertragsformular dar, das Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. des Gesetzes beinhaltet.

**1.1.2** Die Bezugnahme Klausel ist unwirksam, da ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vorliegt.

Nach § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Diese unangemessene Benachteiligung kann sich daraus ergeben, dass die Bedingungen nicht klar und verständlich sind (vgl. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das Transparenzgebot schließt das Bestimmtheitsgebot ein. Die Regelung unter § 2 des Arbeitsvertrages vom 13.09.2010 ist nicht hinreichend klar und verständlich. Ihre Intransparenz ergibt sich schon daraus, dass nicht feststellbar ist, welcher Tarifvertrag nach dem Willen der Parteien Anwendung finden soll. Die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen müssen jedoch so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen (vgl. BAG v. 31.08.2005 - 5 AZR 545/04). Durch das Transparenzgebot soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass der Vertragspartner von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Eine Klausel muss im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Verwenders so klar und präzise wie möglich umschreiben (vgl. ErfK, 13. Aufl., §§ 305 - 310 BGB Rn. 44). Allein die Verweisung auf die Vorschriften eines Gesetzes oder eines anderen Regelwerks ist für sich genommen nicht intransparent. Dies gilt auch, soweit eine Verweisung dynamisch ausgestaltet ist, da dynamische Bezugnahme Klauseln der üblichen Regelungstechnik entsprechen und den Interessen beider Parteien dienen. Ausreichend ist es, wenn zum jeweiligen Zeitpunkt der Anwendung die in Bezug genommenen Regelungen bestimmbar sind. Ber-

gen jedoch unklar abgefasste allgemeine Vertragsbedingungen die Gefahr in sich, dass der Arbeitnehmer seine Rechte nicht wahrnimmt, liegt eine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 1 BGB vor (so auch LAG Schleswig-Holstein v. 14.08.2012 - 1 Sa 495/11).

**a)** In der Rechtsprechung wird unterschiedlich beurteilt, ob nach diesen Grundsätzen die vorstehende Bezugnahmeklausel unwirksam ist (vgl. insoweit LAG Schleswig-Holstein v. 14.08.2012, aaO, oder LAG Hamm v. 25.04.2012 - 3 Sa 1657/11); demgegenüber hält das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz (vgl. Ur. v. 01.06.2012 - 9 Sa 24/12) die Regelung für wirksam.

**b)** Nach Auffassung der erkennenden Kammer ist die Bezugnahmeklausel in § 2 des Arbeitsvertrages mangels Transparenz unwirksam. Die Intransparenz ergibt sich schon daraus, dass nicht feststellbar ist, welcher der verschiedenen Tarifverträge nach dem Willen der Parteien Anwendung finden soll. Die Beklagte weist selbst darauf hin, dass es sich um einen mehrgliedrigen Tarifvertrag handelt. Mehrgliedrige Tarifverträge sind, wenn auch in einer einheitlichen Urkunde zusammengefasst, in ihrem Schicksal, insbesondere auch im Bestand, völlig unabhängig voneinander. Sie stehen rechtlich als jeweils eigenständige Tarifverträge nebeneinander. Schuldrechtliche Bindungen bestehen jeweils zwischen der einzelnen tarifschließenden Partei, die die volle Herrschaft über diesen von ihr geschlossenen Tarifvertrag behält, und der jeweiligen Gegenpartei. Eine wirksame arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen derartigen mehrgliedrigen Tarifvertrag setzt deswegen zwingend eine Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien darüber voraus, welcher der verschiedenen, in einem äußerlich einheitlich zusammengefassten Tarifvertrag nun Gegenstand der Bezugnahme sein soll. Wegen des potentiell unterschiedlichen Schicksals der einzelnen, in einer Urkunde zusammengefassten Tarifverträge lassen sich nur im Fall einer eindeutigen Bezugnahme die sich für die Arbeitsvertragsparteien ergebenden Rechte und Pflichten zweifelsfrei bestimmen. Nur dann lässt sich auch feststellen, ob die Arbeitsvertragsparteien einen wirksamen Tarifvertrag in Bezug genommen haben, da dann nämlich feststeht, wer tarifschließende Partei ist, deren Tariffähigkeit ggf. nach dem in § 97 Abs. 1 ArbGG vorgesehenen Verfahren überprüft werden könnte und müsste. Nach der vereinbarten Bezugnahme finden jedoch sich möglicherweise widersprechende Tarifverträge aufgrund der dynamischen Bezugnahmeklausel auf das Arbeitsverhältnis

Anwendung. Im Konfliktfall könnte nicht geklärt werden, welcher der Tarifverträge der maßgebliche ist. Damit sind die im Zeitpunkt der jeweiligen Anwendung in Bezug genommenen Regelungen nicht mehr bestimmbar i. S. der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urt. v. 10.12.2008 - 4 AZR 81/07).

Da es vorliegend an einer klaren und eindeutigen Bezugnahme fehlt, ist es auch nicht ausgeschlossen, dass die Formulierung in § 2 des Arbeitsvertrages der Vorstellung geschuldet ist, dass die in Bezug genommenen Tarifverträge ganz unabhängig von der Frage der tarifschließenden Parteien auf Gewerkschaftsseite und unabhängig von Problemen, die sich aus der Mehrgliedrigkeit ergeben könnten, Geltung erlangen sollten. Eine derartige Regelung benachteiligt jedoch den betroffenen Arbeitnehmer in ganz besonderer Weise unangemessen. Der Kläger führt zu Recht aus, dass er ggf. mehrere Prüfverfahren gem. § 97 Abs. 1 ArbGG gegen die am mehrgliedrigen Tarifvertrag beteiligten Gewerkschaften führen müsste. Vom Arbeitgeber als Verwender, der sich auf einen mehrgliedrigen Tarifvertrag beziehen will, ist daher zu verlangen, dass er sich für einen der darin zusammengefassten Tarifverträge entscheidet. Dies ist ihm ohne weiteres zumutbar, während dem Arbeitnehmer die Nachteile und Ungewissheiten, die sich aus einer pauschalen Bezugnahme ergeben, unzumutbar sind. Richtigerweise führen Überschreitungen im Zuständigkeitsbereich nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Regelwerks, sondern zur Teilnichtigkeit des jeweiligen Tarifvertrages. Im Hinblick auf die intransparente und damit belastende Regelung in der Bezugnahme Klausel verifiziert sich jedoch das eingangs beschriebene Problem der Unklarheit, welcher der mehreren Tarifverträge nun zur Anwendung kommen soll und dass Teilnichtigkeiten auftreten.

**1.2** Zu Recht weist der Kläger darauf hin, dass guter Glaube an die Tariffähigkeit nicht geschützt wird. Der von der Beklagten geltend gemachte Vertrauensschutz in die tarifliche Regelung führt mithin zu keiner anderen Beurteilung. Die Frage des Vertrauensschutzes, wie von der Beklagten eingewandt, stellt sich aufgrund der nunmehrigen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Beschl. v. 22.05.2012 - 1 ABN 27/12 - und v. 23.05.2012 - 1 AZB 58/11 und 1 AZB 67/11) nicht mehr, da die CGZP zu keinem Zeitpunkt tariffähig war.

**1.3** Die Bestimmung in § 2 des Arbeitsvertrages vom 13.09.2010 hält auch dem sog. blue-pencil-Test, wie vom Arbeitsgericht zu Recht ausgeführt, nicht stand. Diese Regelung ist, was als Indiz für eine inhaltliche Teilbarkeit angesehen werden kann, zwar sprachlich teilbar, aber es soll dennoch über die Rechtsfigur des mehrgliedrigen Tarifvertrages das in Bezug genommene Gesamtregelwerk zur Anwendung kommen.

**2.** Soweit die Beklagte meint, das Arbeitsgericht habe zu Unrecht weitergehende Vergütungsansprüche zugesprochen, da fehlerhafterweise das von ihr gezahlte „Übernachtungsgeld“ und „Fahrtkosten“ nicht berücksichtigt worden seien, geht diese Auffassung fehl. Die vom Kläger geltend gemachten Zahlungsansprüche betreffen das Arbeitsentgelt i. S. v. § 10 Abs. 4 AÜG. Hierunter fallen nicht nur das laufende Entgelt, sondern auch alle Zuschläge und Zulagen, Ansprüche auf Entgeltfortzahlung sowie weitere Vergütungsbestandteile. Der Begriff des Arbeitsentgelts ist weit zu verstehen. Das Arbeitsentgelt des Leiharbeitnehmers muss mithin mindestens demjenigen entsprechen, das für ihn gelten würde, wenn er vom Entleiher für die gleiche Arbeitsaufgabe eingestellt worden wäre. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz selbst enthält keine Begriffsbestimmungen des Arbeitsentgelts und der wesentlichen Arbeitsbedingungen. Arbeitsentgelt ist all das, was für die Arbeitsleistung pro Zeiteinheit (Zeitentgelt) oder für das Arbeitsergebnis (Akkordlohn/Prämienlohn) gezahlt wird. Dazu gehören Provisionen, Tantiemen, Gewinnbeteiligungen und Sachleistungen (vgl. Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., § 9 Rn. 125). Bei den wesentlichen Arbeitsbedingungen ist zwischen Arbeitsbedingungen im engeren Sinne und den sonstigen Sach- und Geldleistungen zu unterscheiden. Maßgeblich sind jedoch jeweils die an die Arbeitspflicht des Leiharbeitnehmers geknüpften Leistungen. Da in erster Linie Lohndumping verhindert werden soll, ist insbesondere für das Arbeitsentgelt allein auf Leistungen mit reinem Entgeltcharakter, allerdings einschließlich von Lohnnebenleistungen und Urlaub, abzustellen (vgl. Thüsing, AÜG, 3. Aufl., § 9 Rn. 32 m. w. N.). Es ist ein Gesamtvergleich der Entgelte anzustellen. Dazu gehören auch die sog. Sachbezüge.

**2.1** Nicht erfasst wird demgegenüber Aufwendungsersatz. Aufwendungen i. S. v. § 670 BGB sind Vermögensopfer, die der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags freiwillig oder auf Weisung des Auftraggebers macht, ferner solche, die sich als notwendige Folge der Ausführung ergeben. Sie müssen nachweisbar für den konkreten Einzelfall entstanden sein (vgl. Palandt, BGB, 71. Aufl., § 670 BGB Rn. 3). § 670 BGB

enthält einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der auch im Arbeitsverhältnis gilt: Wer im Interesse eines anderen Aufwendungen macht, für die er keine Vergütung erhält, kann Ersatz der Aufwendungen von demjenigen verlangen, für den er tätig geworden ist (vgl. BAG Großer Senat, Beschl. v. 10.11.1961 - GS 1/60). Voraussetzung ist, dass es sich um Aufwendungen zum Zwecke der Ausführung des Auftrags handelt, die der Betreffende den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Kann der Arbeitnehmer die ihm vom Arbeitgeber übertragene Arbeit nicht ohne auswärtige Übernachtung ausführen, hat der Arbeitgeber nach § 670 BGB die Übernachtungskosten zu ersetzen (vgl. BAG v. 14.02.1996 - 5 AZR 978/94). Der Aufwendungsersatz ist kein Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung; er steht nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis. Entsprechend der Regelung in § 9 des Arbeitsvertrages wird Aufwendungsersatz, wie z. B. Fahrtkostenersatz und Übernachtungskosten, jeweils einsatzbezogen geregelt. Dieser Regelung ist zu entnehmen, dass es sich hierbei tatsächlich um echten Aufwendungsersatz handelt. Im Gegensatz zu dem allgemeinen Grundsatz, dass Anfahrten zum Arbeitsplatz dem persönlichen Lebensbereich des Arbeitnehmers zuzuordnen sind, handelt es sich bei Leiharbeitnehmern um Aufwendungen. Die wechselnden Einsatzorte bringen nicht zu kalkulierende Vermögensaufwendungen in Form von Fahrt- und Übernachtungskosten im Interesse des Verleihers mit sich, die nicht vom Leiharbeitnehmer zu tragen sind. Bedingt durch die verschiedenen Einsätze haben Leiharbeitnehmer im Einzelfall auswärts zu übernachten, entsprechende Übernachtungskosten zu zahlen und damit weitere Aufwendungen neben dem Unterhalt für ihren festen Wohnsitz. Diese Mehraufwendungen werden durch die Vergütung nicht mit abgegolten. Entsprechend der Regelung im Arbeitsvertrag sollen dem Mitarbeiter die Aufwendungen für Fahrtkosten und Übernachtungskosten erstattet werden. Es handelt sich mithin tatsächlich um echten Aufwendungsersatz, der auch nicht als Arbeitsentgelt im weiteren Sinne zu verstehen ist. Dafür spricht auch, dass dieser einsatzbezogen gewährt wird. Die von der Beklagten vorgegebene Pauschalierung steht dem nicht entgegen, da § 670 BGB nicht zwingend ist (vgl. BAG v. 14.02.1996, aaO, Rn.11).

**2.2** Ausweislich der Gehaltsabrechnungen bezahlte die Beklagte für die jeweiligen Einsatztage im Kalendermonat „Übernachtungsgeld“ und „Fahrtkosten“. Die aufwandsbezogenen Zahlungen sind entgegen ihrer Auffassung nicht zu berücksichtigen. Die von ihr eingewandten Saldierungsbeträge für die Monate November 2010 bis einschließlich Februar 2011 hat das Arbeitsgericht mithin zu Recht nicht in Ansatz gebracht.

**3.** Der Anspruch auf Gewährung gleicher Arbeitsbedingungen ist während der Dauer der Überlassung, d. h. dem Zeitraum, während dessen der Leiharbeitnehmer dem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wird, um dort unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten, gegeben (vgl. BAG v. 23.03.2011 - 5 AZR 7/10). Es ist ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen. Ein Einzelvergleich zur Ermittlung des Vergleichsmodells i. S. einer Meistbegünstigung („Rosinenpicken“) scheidet allerdings aus (vgl. Thüsing, aaO, § 9 Rn. 26). Wird der Leiharbeitnehmer nicht überlassen, greift die eingeschränkte Gleichbehandlung beim Entgelt nicht ein; für Zeiten der Nichtüberlassung hat der Gesetzgeber ausdrücklich ein zweites reduziertes Lohnniveau (Basisvergütung) erlaubt (vgl. Schüren/Hamann, aaO, § 9 Rn. 148).

Zur Bestimmung der Höhe des Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG kann der Leiharbeitnehmer zunächst auf die ihm nach § 13 AÜG erteilten Auskünfte Bezug nehmen (vgl. BAG v. 19.09.2007 - 4 AZR 656/06 - Rn. 54). Bestreitet der Verleiher die maßgeblichen Umstände der Auskunft jedoch in erheblicher Art und im Einzelnen, bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Anspruchsteller die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen muss.

Im vorliegenden Fall sind die Überlassungszeiträume vom 01.11.2010 bis einschließlich 17.12.2010 für den Einsatz bei der Fa. S. GmbH sowie die Zeit vom 01.01.2011 bis 08.02.2011 für den Einsatz bei der Fa. B. GmbH maßgeblich.

**3.1** Nach der von der Fa. S. GmbH erteilten Auskunft zahlte diese an einen vergleichbaren Arbeitnehmer nach Entgeltgruppe 4, Handwerkstarifvertrag einen Bruttostundenlohn in Höhe von 11,28 € und eine außertarifliche Zulage in Höhe von 1,35 € brutto. Ausweislich des Manteltarifvertrages für alle Arbeitnehmer metallverarbeitender Handwerke in Bayern beträgt der Zuschlag für Mehrarbeit 25 %, für Nachtarbeit 10 %, für Sonntagsarbeit 60 % und der Urlaubszuschlag 4,65 %. Von der Beklagten wird der Mehrarbeits- und Nachtzuschlag in gleicher Höhe gewährt; der Sonntagszuschlag beträgt demgegenüber 50 %, Urlaubszuschlag gewährt sie nicht. Das bloße Bestreiten der Beklagten, dass der Tarifvertrag nicht zur Anwendung komme, ist nicht erheblich, da die Auskunft auf den Handwerkstarifvertrag abstellt.

**3.1.1** Für den Monat November 2010 errechnet sich mithin auf der Basis der geleisteten 164 Zeit- und acht Feiertagsstunden sowie den 18 Stunden „Man. AZ-Kto-Zugang“ und des erhöhten Sonntagszuschlags von 60 % ein Differenzbetrag in Höhe von 319,17 € brutto.

**3.1.2** Für den Monat Dezember 2010 errechnet sich unter Berücksichtigung der geleisteten 79,75 Zeitstunden, des „Man. AZ-Kto-Zugang“ von 2,75 Stunden und „Man. AZ-Kto-Abgang“ von 49 Stunden, einem Überstundenzuschlag für 49 Stunden, 35 Urlaubsstunden, einem Urlaubszuschlag für 35 Stunden in Höhe von 4,65 %, einem Nachtzuschlag für 87 Stunden und dem Sonntagszuschlag für zwei Stunden ein Betrag in Höhe von insgesamt 546,09 € brutto. Dieser ist jedoch in Höhe von 59,47 € brutto verfallen, der Kläger hat mithin für Dezember 2010 lediglich einen Anspruch in Höhe von 486,62 € brutto.

**a)** Die in § 16 Nr. 1 des Arbeitsvertrages vom 13.09.2010 enthaltene Ausschlussfristenregelung wurde wirksam vereinbart. Sie ist weder überraschend, noch intransparent, noch benachteiligt sie den Kläger unangemessen i. S. v. §§ 305 c Abs. 1, 307 Abs. 1 Nr. 2 BGB.

**b)** Die Vereinbarungen in Arbeitsverträgen über Ausschlussfristen sind grundsätzlich nicht überraschend. Es entspricht vielmehr einer weit verbreiteten Übung, im Arbeitsverhältnis einzelvertragliche Ausschlussfristen zu vereinbaren. Zwar werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Auch der ungewöhnliche äußere Zuschnitt der Klausel und ihre Unterbringung an unerwarteter Stelle kann die Bestimmung zu einer ungewöhnlichen und damit überraschenden Klausel machen (vgl. insoweit BAG v. 31.08.2005, aaO).

**c)** Danach gilt vorliegend Folgendes: Die Parteien vereinbarten in § 16 mit der Überschrift „Ausschlussfristenregelung“ wesentlich am Ende des Arbeitsvertrages kurz vor der Unterschriftenleistung eine so bezeichnete Regelung. Es handelt sich mithin nicht um eine unübersichtliche und an einer nicht zu erwartenden Stelle im Regelwerk enthaltene Ver-



einbarung, mit der ein Vertragspartner nicht zu rechnen hat, sodass die Regelung jedenfalls Vertragsbestandteil wurde.

**d)** Die Ausschlussfrist ist auch nicht wegen Intransparenz nach § 307 Abs. 1 Nr. 2 BGB unwirksam, etwa weil ihr Verhältnis zur tariflichen Ausschlussfrist nicht klar und verständlich wäre. Aus dem Einleitungssatz wird deutlich, dass die individualvertragliche Ausschlussfrist unabhängig von tariflichen Fristen vereinbart wird. Hiermit wird deutlich, dass nach dem Willen des Verwenders diese Regelung zusätzlich gelten soll. Die Regelungen im Arbeitsvertrag und Tarifvertrag sind identisch, sodass für den Kläger keine Zweifel hinsichtlich der einzuhaltenden Frist aufkommen können. In § 16 Nr. 2 des Arbeitsvertrages ist der Hinweis enthalten, dass Ansprüche ausgeschlossen sind, wenn sie nicht innerhalb der Frist von drei Monaten geltend gemacht werden; damit wird der Vertragspartner hinreichend deutlich auf den Rechtsverlust hingewiesen (vgl. BAG v. 31.08.2005, aaO).

**e)** Die dreimonatige Ausschlussfrist benachteiligt den Kläger auch nicht unangemessen; dies hat das Bundesarbeitsgericht mehrfach entschieden (vgl. BAG v. 12.03.2008 - NZA 2008, 699). Dieser Auffassung schließt sich die erkennende Kammer auch an.

**f)** Offen bleiben kann, ob die vereinbarte Regelung in § 16 Nr. 3 des Arbeitsvertrages, die unterschiedliche Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung vorsieht, den Kläger unangemessen benachteiligt. Soweit die Parteien eine zweistufige Ausschlussfristenregelung vereinbaren, ist entsprechend der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine jeweils drei Monate betragende Frist einzuhalten (vgl. BAG v. 25.05.2005 - NZA 2005, 1111). Die in § 16 Nr. 3 Satz 1 des Arbeitsvertrages geregelte einmonatige Frist zur gerichtlichen Geltendmachung ist jedenfalls wegen der unangemessenen Benachteiligung unwirksam. Demgegenüber sieht § 16 Nr. 3 Satz 2 eine dreimonatige Frist zur gerichtlichen Geltendmachung für Arbeitnehmer vor. Selbst wenn man davon ausginge, dass diese Vereinbarung unwirksam wäre, führt dies demgegenüber jedoch nicht dazu, dass auch die dreimonatige Ausschlussfrist in § 16 Nr. 1 unwirksam ist. Die in § 16 Nr. 3 vereinbarte Regelung stellt eine eigenständige Regelung dar, die ohne weiteres aus dem Vertrag entsprechend dem blue-pencil-Test gem. § 306 Abs. 1 BGB gestrichen werden kann (vgl. ErfK, Arbeitsrecht, 13. Aufl., §§ 194 - 218 BGB Rn. 46 m. w. N.).

**g)** Nach § 16 Nr. 1 des Arbeitsvertrages müssen die Ansprüche innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten ab Fälligkeit geltend gemacht werden.

**aa)** Der Differenzlohnvergütungsanspruch des Klägers für Dezember 2010 war gemäß der arbeitsvertraglichen Regelung in § 2 mit dem 15. Kalendertag des Folgemonats fällig. Der Anspruch hätte daher bis zum Ablauf des 15.04.2011 geltend gemacht werden müssen. Der Kläger hat seine Ansprüche mit Schreiben vom 14.02.2011 in Höhe von 486,62 € geltend gemacht. Den weitergehenden Betrag von 59,47 € hat er jedoch erst mit der Klageerweiterung vom 25.01.2012 eingeklagt. Soweit er einwendet, es handle sich um einen Rechenfehler, der unschädlich sei, zumal es sich nur um einen unerheblich niedrigeren Betrag handle und die Größenordnung bekannt gewesen sei, verfängt dieses Argument nicht, da Ausschlussfristen der Rechtssicherheit dienen und bezwecken, dass sich der Anspruchsgegner rechtzeitig auf noch offene Forderungen einstellen kann (vgl. BAG v. 13.12.2007 - 6 AZR 222/07 - EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 189).

**bb)** Fällig ist eine Leistung grundsätzlich dann, wenn der Gläubiger die Leistung verlangen kann (vgl. BAG v. 22.01.2008 - 9 AZR 416/07- EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 190). Auf eine Kenntnis vom Anspruch kommt es insoweit nicht an. Nur besondere Umstände können im Einzelfall dazu führen, dass Entstehens- und Fälligkeitszeitpunkt nicht übereinstimmen (vgl. BAG v. 19.02.2004 - 6 AZR 664/02 - EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 174). Die Umstände könnten dann vorliegen, wenn es dem Gläubiger praktisch unmöglich ist, den Anspruch mit seinem Entstehen geltend zu machen, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die rechtsbegründenden Tatsachen in der Sphäre des Schuldners liegen und der Gläubiger es nicht durch schuldhaftes Zögern versäumt hat, sich Kenntnis von den hierzu maßgeblichen Voraussetzungen zu verschaffen, die er benötigt, um Ansprüche geltend zu machen. Allgemeine Regel ist vielmehr, dass Entstehen und Fälligkeit des Anspruchs zusammenfallen (so BAG v. 09.08.2011 - 9 AZR 475/10 - DB 2012, 122).

**cc)** Danach gilt vorliegend Folgendes: Der Kläger hat ausweislich seines Auskunftsbegehrens bei den Entleiherfirmen, geltend gemacht am 07.02.2011, bereits mit Abgabe der Auskünfte am 11.02.2011 und 14.02.2011 davon Kenntnis erlangt, dass ihm weitergehende Vergütungsansprüche zustehen. Ein Ausnahmefall dergestalt, dass es ihm prak-

tisch unmöglich gewesen sei, den Anspruch mit seinem Entstehen geltend zu machen, ist mithin nicht gegeben. Der Auskunftsanspruch gegen den Entleiher ermöglicht es dem Leiharbeitnehmer, bereits mit Beginn des Einsatzes Auskunft zu erhalten, ob die Grundsätze von „equal pay“ auch eingehalten werden. Spätestens mit Erhalt der Gehaltsabrechnungen und der Auskunft durch die Entleiherfirmen war der Kläger in der Lage, seine Ansprüche geltend zu machen.

Der Kläger hat nichts dazu vorgetragen, dass er entsprechend der Regelung in § 16 Nr. 2 des Arbeitsvertrages trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutender Sorgfalt verhindert war, die dreimonatige Frist einzuhalten. Die im Streit stehende Frage der Tariffähigkeit der CGZP ist kein Umstand, der sich in der Sphäre der Beklagten abspielte. Bereits zum 14.11.2010 hatte das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass der CGZP die Tariffähigkeit fehlt. Es würde einen Wertungswiderspruch darstellen, wenn man einerseits Arbeitgebern den Vertrauensschutz in die Wirksamkeit der in Bezug genommenen Tarifverträge versagt, andererseits aber Ansprüche von Arbeitnehmern erst fällig stellt, wenn rechtskräftig festgestellt ist, dass ein bestimmtes tarifliches Regelwerk nicht wirksam vereinbart wurde.

Soweit der Kläger einwendet, es handle sich nur um einen unerheblichen Betrag, die Größenordnung sei bekannt gewesen, führt dies zu keiner anderen Beurteilung, da es sich um einen Betrag um mehr als 10 % handelt und aus dem Vorbringen gerade nicht entnommen werden kann, wo der Rechenfehler liegen soll.

**3.2** Nach der von der Fa. B. GmbH erteilten Auskunft richten sich die wesentlichen Arbeitsbedingungen nach dem Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer zwischen der Fa. B. GmbH und der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG Bau) sowie dem Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen in der Fa. B. GmbH zwischen dieser und der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG Bau). Danach beträgt der Tarifstundenlohn 14,02 € brutto und der Überstundenzuschlag 25 %, wobei die ersten 150 Überstunden innerhalb von zwölf Kalendermonaten zuschlagsfrei sind.

**3.2.1** Für den Monat Januar 2011 hat das Arbeitsgericht im Rahmen des Gesamtvergleichs den geltend gemachten Überstundenzuschlag in Höhe von 9,32 € brutto sowie in Höhe von 154,72 € brutto zu Unrecht zugesprochen, da ausweislich der Auskunft der

Fa. B. GmbH und dem entsprechend hierzu vorgelegten tariflichen Regelwerk die ersten 150 Überstunden zuschlagsfrei zu leisten sind. Das equal-pay-Gebot besteht für jeden Tag der Überlassung des Leiharbeitnehmers an den jeweiligen Entleiher. Mit dem Wechsel zu einem anderen Entleiher gelten dessen Arbeitsbedingungen.

Für Zeiten, in denen ein Leiharbeitnehmer nicht an den Entleiher überlassen ist - die sog. verleihfreien Zeiten -, verbleibt es bei den Vereinbarungen zwischen den Parteien des Leiharbeitsvertrages. Für die Höhe der Vergütung enthält das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz keine Vorgaben. Die untere Grenze einer individualrechtlichen Vergütungsvereinbarung für das Lohnniveau (Basisvergütung) stellen im Rahmen der Vertragsfreiheit die Sittenwidrigkeit und der Lohnwucher (§ 138 BGB) dar. Dem Vorbringen der Parteien kann nicht entnommen werden, dass der arbeitsvertragliche Stundenlohn in Höhe von 9,56 € brutto nichtig ist.

Dem Kläger steht mithin für den Monat Januar 2011 ein noch zu zahlender Betrag in Höhe von 321,03 € brutto zu.

**3.2.2** Für den Monat Februar 2011 steht dem Kläger noch ein Vergütungsanspruch in Höhe von 400,38 € brutto zu. Er kann für die einsatzfreien Zeiten, wie vom Arbeitsgericht richtig dargestellt, keinen über 9,56 € brutto pro Stunde hinaus gehenden Bruttostundenlohn für sich beanspruchen. Ihm steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein weitergehender Anspruch zu. Unstreitig war er nach dem 08.02.2011 nicht mehr im Einsatz, so dass das equal-pay-Gebot nicht zur Anwendung kommt. Ihm steht der Anspruch auch nicht gem. § 612 a BGB zu. Gem. § 612 a BGB darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Der Arbeitnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Maßregelung i. S. v. § 612 a BGB. Vorliegend hat der Kläger behauptet, der Einsatz bei der Fa. B. GmbH sei in unmittelbarem Zusammenhang mit seinem Auskunftersuchen durch die Beklagte beendet worden. Dies hat die Beklagte bestritten. Der Kläger hat hierzu kein entsprechendes Beweisangebot unterbreitet. Er blieb beweisfällig.

Soweit der Kläger einen Überstundenzuschlag in Höhe von 16,75 € brutto für 4,78 Stunden geltend macht, ist auf die Ausführungen unter 3.2.1 zu verweisen. Ein Zuschlag ist ausweislich der tariflichen Regelung bei der Fa. B. GmbH für die ersten 150 Überstunden nicht geschuldet, dieser Anspruch steht ihm nicht zu.

4. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286, 288 Abs. 1, 247 BGB.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO.

### IV.

Die Revision war zuzulassen, da die Entscheidung von grundsätzlicher Bedeutung ist, soweit es um die Berücksichtigung von Aufwendungsersatz geht, zumal in der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 23.03.2011 (5 AZR 7/10) in den Gesamtvergleich auch Mietzuschüsse mit eingestellt werden. Weiters ist derzeit noch nicht höchstrichterlich geklärt, ob die zum 01.01.2010 geschlossenen mehrgliedrigen Tarifverträge zwischen dem AMP einerseits und den Gewerkschaften des CGZP andererseits wirksam in Bezug genommen werden konnten. Hierzu herrschen unterschiedliche obergerichtliche Auffassungen (vgl. insoweit LAG Düsseldorf v. 08.02.2011 - 11 Sa 852/11 - und LAG Berlin-Brandenburg v. 20.09.2011 - 7 Sa 1318/11). Im Einzelnen gilt:

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil können beide Parteien Revision einlegen.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Kautnik

Mayr

Holten