

**10 Sa 829/12**  
2 Ca 872/11  
(ArbG Passau - Kammer Deggendorf -)

Verkündet am: 06.03.2013

Kübler  
Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

L.

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Firma A. GmbH

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter:

- 2 -

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 30. Januar 2013 durch den Richter am Arbeitsgericht Dr. Oehme und die ehrenamtlichen Richter Stürzer und Hadyk

**für Recht erkannt:**

1. **Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Passau - Kammer Deggendorf - vom 09.05.2012 - 2 Ca 872/11 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.**
2. **Die Revision wird für die Beklagte zugelassen.**

**Tatbestand:**

Die Parteien streiten um Vergütungsdifferenzen nach dem Grundsatz des equal-pay sowie im Wege der Widerklage um Rückzahlung von Pauschalen für Übernachtung und Fahrtkosten.

Die Beklagte ist ein Unternehmen der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung. In der Zeit vom 14.05.2007 bis zum 30.11.2009 war der am 00.00.1956 geborene Kläger bei ihr als Monteur zur Mitarbeit für den Metallbereich sowie für allgemeine Montage- und Demontearbeiten beschäftigt. Die Einzelheiten sind in einem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 12.05.2007 geregelt (Bl. 8 – 16 d. A.). In diesem heißt es u.a.:

**„§ 1 Vertragsgegenstand / Tarifierung**

...

4. Auf das Arbeitsverhältnis finden die für den Arbeitgeber fachlich einschlägigen Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung. Dies sind zurzeit die zwischen der Tarifgemeinschaft christliche Gewerkschaft Zeitarbeit und PSA und dem Arbeitgeberverband mittelständischer Personaldienstleister e.V. abgeschlossenen Tarifverträge. ... Soweit die nachfolgenden Regelungen mit den Bestimmungen der in Bezug genommenen Tarifverträge wörtlich übereinstimmen, dient dies der besseren Verständ-

lichkeit dieses Vertrages; Wortlautwiederholungen tariflicher Bestimmungen sind demnach nur deklaratorisch. Ausgenommen hiervon ist § 12 (Geltendmachung und Ausschluss von Ansprüchen) dieses Vertrages; diese Regelung wirkt konstitutiv.

...

### **§ 12 Geltendmachung und Ausschluss von Ansprüchen**

1. Beide Arbeitsvertragsparteien können sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nur schriftlich innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei 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 zuzumutender 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 Anspruches, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von einem Monat nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird.“

In der Zeit vom 07.01. bis zum 22.02.2008 und vom 10.03. bis 14.03.2008 sowie vom 24.06. bis zum 16.10.2009 wurde der Kläger bei der Firma K. GmbH in M. eingesetzt.

Mit Schreiben vom 16.02.2010 wandte sich die Gewerkschaft IG Metall in Z. für den Kläger an die K. GmbH und bat um Mitteilung der Verdienste vergleichbarer Arbeitnehmer. Unter dem Datum 19.02.2010 teilte die K. GmbH daraufhin mit (vgl. Bl. 41 d. A.):

„... bezüglich des ihrem obigen Schreiben, teilen wir ihnen mit, dass ein vergleichbaren Arbeitnehmer einen Stundenlohn von brutto € 8,50 bei einer 45-Stunden-Woche erhält. Es gibt keine Zuschläge und das Weihnachtsgeld ist eine freiwillige Leistung der Firma, Urlaubsgeld wird nicht gezahlt.“

Für den Zeitraum des Einsatzes bei der K. GmbH zahlte die Beklagte an den Kläger einen Bruttostundenlohn von € 7,50. Daneben erhielt er ausweislich der Lohn-/ Gehaltsabrechnungen unter der Lohnart 543 Übernachtungskostenpauschalen und unter der Lohnart 544 einen pauschalen Fahrtkostenzuschuss (vgl. die Lohn- und Gehaltsabrechnungen

Juni 2009 bis Oktober 2009, Bl. 17 – 21 d. A., und Januar bis März 2008, Bl. 22 – 24 d. A.).

Ausweislich der während des Einsatzes bei der K. GmbH geführten Tätigkeitsnachweise (Bl. 25 – 40 d. A.) und der darauf basierenden Lohn-/Gehaltsabrechnungen hat der Kläger folgende Arbeitsstunden beim Entleiher geleistet:

07.01. – 22.02.2008	313,0	Arbeitsstunden
10.03. – 14.03.2008	45,0	Arbeitsstunden
24.06. – 16.10.2009	713,5	Arbeitsstunden
<hr/>		
Summe	1.071,5	Arbeitsstunden

Aus der Stundenlohndifferenz von € 1,00 ergibt sich der Klagebetrag von € 1.071,50 brutto.

Für den Einsatz bei der K. GmbH existieren in Einzelfällen sog. Arbeitsanweisungen, aus welchen sich eine Übernachtungskostenpauschale von € 20,00 pro Übernachtung und eine Fahrtkostenzuschusspauschale von € 90,00 pro Woche bei Erbringung der vereinbarten Arbeitszeit von 45 Stunden pro Woche ergeben (vgl. Bl. 233 – 235 d. A.).

Mit Schreiben der IG Metall Verwaltungsstelle Z. vom 15.11.2011 hat der Kläger gegenüber der Beklagten diverse Vergütungsdifferenzen für verschiedene Einsätze geltend gemacht (vgl. Bl. 42 d. A.). Darunter befindet sich auch der Betrag von € 1.071,50 brutto für die Beschäftigung bei der K. GmbH. Mit seiner am 23.12.2011 beim Arbeitsgericht Passau eingegangenen Klage verfolgt der Kläger diese Ansprüche weiter.

Mit einem an das Arbeitsgericht Passau gerichteten Schriftsatz vom 09.01.2012 teilte die Beklagte mit, dass sie die Lohnabrechnungen für die in der Klage geltend gemachten Zeiträume geändert habe und sich somit ein Rückzahlungsanspruch von € 3.081,56 ergebe (vgl. Bl. 61 d. A.). Dem Schreiben waren korrigierte Abrechnungen beigelegt, welche jedoch nicht auf die Person des Klägers lauten (vgl. Bl. 55 – 60 d. A.).

Der Kläger hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, dass die Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaft Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) einen wirksamen Tarifvertrag nicht habe abschließen können und er deshalb für die Zeit seines Einsatzes bei der K. GmbH einen Anspruch auf Vergütung eines vergleichbaren Arbeitnehmers habe. Die seitens der Beklagten geleisteten Unkostenpauschalen führten nicht zu einer Erfüllung seines Entgeltanspruches.

**Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt:**

**Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 1.071,50 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 02.12.2011 zu zahlen.**

**Die Beklagte beantragte erstinstanzlich:**

**Klageabweisung.**

Die Beklagte trägt vor, sie habe die Lohnabrechnungen für die streitgegenständlichen Zeiträume nach Klageerhebung wunschgemäß korrigiert und die Bruttostundenlöhne um € 1,00 angehoben. Sie vertritt insofern die Auffassung, dass sie im Gegenzug berechtigt sei, die bisher gezahlten Aufwandskostenpauschalen vom Kläger zurück zu verlangen, da diese bei der K. GmbH ebenfalls nicht bezahlt werden würden. Soweit der Kläger bezüglich dieser Rückforderung der Beklagten die Einrede der Verjährung erhebe, müsse er sich auch eine Verjährung seiner Klageforderung entgegenhalten lassen. Jedenfalls ergebe sich nach Wegfall des Fahrgelds und der Übernachtungskostenpauschalen auch unter Berücksichtigung der Klageforderung ein Rückzahlungsbetrag von € 3.081,56. Eingehend am 16.01.2012 hat die Beklagte Widerklage auf Zahlung von € 3.081,56 erhoben.

**Die Beklagte beantragt im Wege der Widerklage,**

**den Kläger zur Zahlung von € 3.081,56 nebst Zinsen zu verurteilen.**

**Der Kläger hat beantragt,**

**die Widerklage abzuweisen.**

Hinsichtlich der Widerklageforderungen aus dem Jahre 2008 werde die Einrede der Verjährung erhoben. Im Übrigen ist der Kläger der Auffassung, dass ein Rückforderungsanspruch von vornherein nicht bestehe. Mit den auf den ursprünglich erstellten Lohn-/ Gehaltsabrechnungen ausgewiesenen Fahrtkosten- und Übernachtungskostenpauschalen habe die Beklagte deren Höhe anerkannt und könne diese nicht im Nachgang korrigieren.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von € 1.071,50 brutto verurteilt und die Widerklage abgewiesen.

Das Arbeitsgericht hat diesen Anspruch auf § 611 BGB i.V.m. dem equal-pay-Grundsatz gestützt. Mangels Tariffähigkeit der CGZP gehe die Bezugnahme im Arbeitsvertrag auf deren Tarifwerk ins Leere. Die klägerischen Ansprüche seien auch nicht verfallen. Die in § 12 Arbeitsvertrag geregelte Ausschlussfrist halte einer AGB-Kontrolle nicht stand. Die vertragliche Ausschlussfrist der zweiten Stufe (1 Monat) sei zu kurz und somit rechtsunwirksam. Auf die Geltung der ersten Stufe müsse daher nicht mehr eingegangen werden, weil die zweite Stufe eine unzulässige Regelung enthalte und demzufolge eine Frist zur Einklagung nicht in Lauf getreten sei. Soweit sich die Beklagte auf die Einrede der Verjährung berufen habe, sei davon auszugehen, dass die Verjährungsfrist für Ansprüche aus dem Jahre 2008 erst zum 31.12.2011 ablaufe. Zu diesem Zeitpunkt seien die streitgegenständlichen Ansprüche durch Anspruchsschreiben des Verfahrensbevollmächtigten des Klägers bereits geltend gemacht gewesen, so dass die Verjährung unterbrochen sei. Die klägerischen Ansprüche seien auch nicht verwirkt, da die Beklagte weder Zeit- noch Umstandsmomente vorgetragen habe. Die Beklagte habe im Ergebnis auch anerkannt, dass dem Kläger für den Einsatz bei der K. GmbH ein Stundenlohn von € 8,50 brutto zustehe.

Allerdings sei sie im Gegenzug nicht berechtigt, die jeweiligen Übernachtungskostenpauschalen und Fahrtkostenzuschusspauschalen zurückzufordern. In diesem Zusammenhang sei zwischen dem Lohn nach den Grundsätzen des equal-pay und den nach den firmeninternen Grundsätzen dem Arbeitnehmer zustehenden Auslösezahlungen zu unterscheiden. Die Pauschalen würden gerade deshalb bezahlt, weil dem Leiharbeiter durch den Einsatz Fahrtkosten und Aufwendungen für Übernachtungen entstehen. Entsprechend sei auch die Widerklage abzuweisen.

Das Urteil wurde der Beklagten am 24.07.2012 zugestellt. Hiergegen legte sie am 23.08.2012 Berufung ein, welche sie am 24.10.2012 innerhalb verlängerter Frist begründet hat.

Die Berufung stützt sich darauf, dass das Arbeitsgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass die geleisteten Pauschalen nicht Lohnbestandteil seien. Nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seien in den Gesamtvergleich auch sämtliche dem Kläger zugeflossene Sonderzahlungen, Prämien und Mietzuschüsse einzustellen. Der Begriff des Arbeitsentgeltes sei weit zu verstehen. Im Wege der Widerklage würde zweitinstanzlich nurmehr ein Betrag von € 1.073,62 für den Zeitraum Januar bis März 2008 weiterverfolgt. Bei einer Abrechnung mit einem Stundenlohn von € 7,50 brutto nebst den geleisteten Pauschalen hätten sich Gesamtbezüge in Höhe von € 4.598,34 ergeben. Eine Abrechnung zum Stundenlohn von € 8,50 brutto ohne Pauschalen führe zu einem Betrag von € 3.524,72. Mithin ergebe sich eine Differenz von € 1.073,62.

Die Beklagte hat weiter vorgetragen, dass der Kläger eine Übernachtungspauschale von € 20,00 je Übernachtung erhalten habe. Nach ihren Erkenntnissen seien dem Kläger tatsächlich jedoch nur Aufwendungen in Höhe von € 13,00 pro Übernachtung entstanden. Daneben habe der Kläger wöchentlich € 90,00 an Fahrtkosten erhalten. Dies unabhängig davon, ob für die Fahrten Fahrgemeinschaften gebildet worden seien oder nicht.

**Die Beklagte hat beantragt:**

1. **Das Urteil des Arbeitsgerichts Passau, Kammer Deggendorf, Az. 2 Ca 872/11, vom 09.05.2012 wird aufgehoben.**
2. **Die Klage wird abgewiesen.**
3. **Der Kläger und Berufungsbeklagte wird im Wege der Widerklage verurteilt, an die Beklagte und Berufungsklägerin € 1.073,62 nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Widerklage zu bezahlen.**

**Der Kläger beantragt**

**die Berufung zurückzuweisen.**

Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Entgegen der Auffassung der Beklagten seien die in Ansatz gebrachten Übernachtungskosten- bzw. Fahrtkostenzuschusspauschalen nicht als Lohnbestandteil anzusehen. Insoweit handele es sich um Aufwenderersatz, der sich an der tatsächlichen Höhe eines typischerweise entstehenden Mehraufwandes, der dem Kläger dadurch entstehe, dass ihm durch den Einsatz im Rahmen der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung Fahrt- und Übernachtungskosten erwachsen, orientiere. Die Rückforderungsansprüche der Beklagten seien nicht nur verjährt, sondern auch nach § 12 des Arbeitsvertrages verfallen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Beklagten vom 24.10.2012 (Bl. 193 – 204 d. A.), die drei Schriftsätze der Beklagten vom 23.01.2013 (Bl. 238 – 239 d. A., 243 – 245 d. A. und 256 – 265 d. A.) sowie den Schriftsatz vom 29.01.2013 (Bl. 266 – 267 d. A.) sowie die Schriftsätze des Klägers vom 18.12.2012 (Bl. 221 – 223 d. A.), 23.01.2013 (Bl. 231 – 235 d. A.) und auf die Sitzungsniederschrift vom 30.01.2013 (Bl. 268 – 270 d. A.) verwiesen.



## **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

### **I.**

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist nach §§ 64 Abs. 1, 2b ArbGG statthaft und auch im Übrigen form- und fristgerecht eingelegt und begründet, §§ 66 Abs. 1, Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO.

### **II.**

Die Berufung der Beklagten ist in der Sache ohne Erfolg. Das Arbeitsgericht hat zutreffend entschieden, dass dem Kläger die zugesprochenen Differenzlohnansprüche zustehen.

- 1.) Die Klage ist zulässig. Der Kläger ist – auch vor dem Landesarbeitsgericht München – ordnungsgemäß vertreten. Soweit die Beklagte das Vorliegen einer entsprechenden Vollmacht gerügt hat, findet sich diese im Original auf Bl. 180 der Akte. Ausweislich ihres Wortlauts gilt diese auch für die Berufungsinstanz.
- 2.) Die Klage ist auch begründet. Die Ansprüche des Klägers aus den Jahren 2008 und 2009 ergeben sich danach aus § 10 Abs. 4 AÜG in der bis zum 29.04.2011 geltenden Fassung i.V.m. § 9 Nr. 2 AÜG.
  - a) Nach § 10 Abs. 4 AÜG a.F. kann der Leiharbeitnehmer im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 2 von diesem die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen.

- b) Eine hiervon abweichende Regelung existiert zwischen den Parteien nicht. Nach § 9 Nr. 2 AÜG sind für den Arbeitnehmer nachteilige Abweichungen nur durch einen zwischen den Parteien nach § 4 Abs. 1 TVG aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit geltenden oder durch im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages durch Bezugnahme vereinbarten Tarifvertrages zulässig. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass mit dem Kläger vergleichbare Arbeitnehmer der K. GmbH im maßgeblichen Zeitraum einen um € 1,00 brutto pro Stunde höheren Lohn erhielten.

Die Vereinbarung eines niedrigeren Entgelts als es vergleichbaren Arbeitnehmern im Entleiherbetrieb gezahlt wird durch den in Bezug genommenen Entgelttarifvertrag zwischen der CGZP und dem Arbeitgeberverband mittelständischer Personaldienstleister (AMP) ist schon deshalb unwirksam, weil die CGZP zu keinem Zeitpunkt eine tariffähige Arbeitnehmervereinigung im Sinne des § 2 Abs. 1 TVG und auch keine tariffähige Spitzenorganisation war (*BAG 23. Mai 2012 – 1 AZB 58/11 – Rn. 12, NZA 2012, 623*). Aus der fehlenden Tariffähigkeit der CGZP folgt, dass – auch – der im Arbeitsvertrag in Bezug genommene Entgelttarifvertrag unwirksam ist. Ein unwirksamer Tarifvertrag kann nicht zu einer Abweichung vom gesetzlichen Anspruch auf equal-pay führen (*BAG 13. März 2013 – 5 AZR 594/11 – Pressemitteilung Nr. 17/13; LAG Berlin-Brandenburg 20. September 2011 – 7 Sa 1318/11 – Rn. 35, BB 2012, 1544 und juris*).

Die Beklagte kann sich insofern auch nicht auf Vertrauensschutz berufen (*LAG Berlin-Brandenburg 20. September 2011 – 7 Sa 1318/11 – Rn. 36, aaO*). Der gute Glaube auf die Tariffähigkeit einer Vereinigung ist nicht geschützt (*BAG 15. November 2006 – 10 AZR 665/05 – AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 34*).

- c) Der Anspruch des Klägers auf Zahlung von € 1.071,50 brutto aus § 10 Abs. 4 AÜG i.V.m. § 9 Nr. 2 AÜG ist auch nicht durch Erfüllung – § 362 BGB – erloschen. Zutreffend ist das Arbeitsgericht davon ausgegangen, dass weder die Übernachtungskosten- noch die Fahrtkostenzuschusspauschalen die klägerischen Ansprüche auf equal-pay erfüllen. Aufwendungsersatz bleibt außer Betracht, es sei denn, es handelt sich um „verschleiertes“ und damit steuerpflichtiges Arbeitsentgelt

(BAG 13. März 2013 – Pressemitteilung Nr. 17/13). Sowohl die pauschal erstatteten Fahrtkosten (LAG Baden-Württemberg 27. August 2012 – 9 Sa 187/11 – Rn. 89, juris; LAG Berlin-Brandenburg 20. September 2011 – 7 Sa 1318/11 – Rn. 46, aaO; LAG Hamm 30. Juni 2011 – 8 Sa 387/11 – Rn. 13, LAGE TVG § 4 Ausschlussfrist Nr. 58) als auch die Übernachtungskostenpauschale (Ulber AÜG 4. Aufl. 2011 § 1 Rn. 73 mwN) stellen einen mit dem „equal-pay-Anspruch“ nicht vergleichbaren Aufwendungsersatz nach § 670 BGB (analog) dar. Ihre Höhe ist nicht von der Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden pro Tag/pro Woche/pro Monat abhängig. Daran ändert sich auch nichts, dass ausweislich der zur Akte gereichten Arbeitsanweisungen die Pauschalen nur bei Erbringung der vereinbarten Arbeitszeit gezahlt werden sollten. Ganz offensichtlich handelt es sich dabei lediglich um ein Druckmittel, um den Arbeitnehmer zur Erfüllung der vollen vertraglichen Arbeitszeit zu „motivieren“. Für Aufwendungsersatz werden daneben keine Sozialversicherungsbeiträge gezahlt mit der Folge, dass sie auch für die Ermittlung von Sozialleistungen (Arbeitslosengeld 1 und Krankengeld) keinen Einfluss haben (LAG Berlin-Brandenburg 20. September 2011 – 7 Sa 1318/11 – Rn. 46, aaO). Dem Kläger sind hier durch den auswärtigen Einsatz Kosten für Übernachtung und Fahrten entstanden. Insofern handelt es sich gerade nicht lediglich um Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte, deren Kosten grundsätzlich dem Arbeitnehmer zugewiesen sind. Vielmehr werden die hiermit verbundenen Mehrkosten in fremdem Interesse aufgewandt und sind damit dem Grunde nach vom Arbeitgeber zu tragen (LAG Hamm 30. Juni 2011 – 8 Sa 387/11 – Rn. 15, aaO).

Eine andere Beurteilung rechtfertigt sich vorliegend auch nicht daraus, dass die Beklagte nicht gegen Vorlage entsprechender Übernachtungskosten- und Fahrtkostenbelege Aufwendungsersatz leistet, sondern sich für Pauschalen entschieden hat. Aus diesem Grunde ist auch nicht entscheidend, ob der Kläger tatsächlich Aufwendungen in Höhe der geleisteten Pauschalen hatte. Sinn einer Pauschalierung ist es gerade, zum Zwecke der Vereinfachung auf eine centgenaue Abrechnung der getätigten Aufwendungen zu verzichten. So ist es auch im Steuerrecht anerkannt, dass eine Verpflegungsmehraufwendungspauschale kein zu versteuerndes Entgelt ist, auch wenn dieser Betrag tatsächlich nicht „verbraucht“ worden ist (vgl. Hinweis H 9.7 zu § 9 EStG). Spiegelbildlich sind solche Pauschalen auch

komplett als Aufwendung berücksichtigungsfähig, wenn tatsächlich ein geringerer Aufwand (hier möglicherweise € 13,00 pro Übernachtung) entstanden ist (Einkommensteuerrichtlinie R 9.7 Abs. 3 S. 1 zu § 9 EStG). Nichts anderes ergibt sich hinsichtlich der Fahrtkostenpauschale. Der Kläger hat in den Tätigkeitsnachweisen jeweils seine gefahrenen Kilometer eingetragen und ausweislich dieses Vordrucks erklärt, dass die aufgeführten Fahrleistungen mit dem eigenen bzw. einem zur Nutzung überlassenen PKW in der bezeichneten Höhe tatsächlich entstanden sind. Soweit die Beklagte vorgetragen hat, dass der Kläger mit anderen Arbeitnehmern zum Teil Fahrgemeinschaften gebildet habe, ist dies jedenfalls unsubstantiiert. Wenn die Beklagte meint, der Kläger habe die Vordrucke wissentlich falsch ausgefüllt, obliegt ihr eine nähere Darlegung, betreffend welche Einsätze dies tatsächlich erfolgt sein soll. Soweit dies der Beklagten ursprünglich gleichgültig gewesen sein sollte, weil sie nach Rücksprache mit ihrem Steuerberater die angesetzten Fahrtkosten von € 90,00 für steuerrechtlich zulässig gehalten hat, führt dies nicht dazu, dass der Kläger nunmehr im Einzelnen die Höhe der ihm tatsächlich entstandenen Aufwendungen nachweisen müsste.

d) Der Anspruch des Klägers ist auch nicht verfallen.

Auf etwaige Ausschlussfristen aus dem Tarifwerk CGZP/AMP kommt es von vornherein nicht an, da diese Tarifverträge – wie oben beschrieben – sämtlichst unwirksam sind.

Eine Verfristung ergibt sich darüber hinaus nicht aus § 12 Arbeitsvertrag. Dieser stellt eine Allgemeine Geschäftsbedingung dar und ist nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.

aa) Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrag handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt. Vertragsbedingungen sind für eine Vielzahl von Verträgen bereits dann vor-

formuliert, wenn ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist (*BAG 1. März 2006 – 5 AZR 363/05 – Rn. 20, BAGE 117, 155*). Diese Voraussetzung ist selbst dann erfüllt, wenn die mehrfache Verwendung eines von einem Dritten vorformulierten Vertragstextes von der Partei selbst nicht geplant ist (*BGH 16. November 1990 – V ZR 217/89 – Rn. 12, NJW 1991, 843; MünchKommBGB/Basedow Band 2a § 305 Rn. 19*). Aus dem Inhalt und der äußeren Gestaltung der in einem Vertrag verwendeten Bedingungen kann sich ein vom Verwender zu widerlegender Anschein dafür ergeben, dass sie zur Mehrfachverwendung formuliert worden sind (*BGH 24. November 2005 – VII ZR 87/04 – WM 2006, 247 und juris, BAG 1. März 2006 – 5 AZR 363/05 – Rn. 22, aaO; 20. Mai 2008 – 9 AZR 382/07 – Rn. 25, AP BGB § 307 Nr. 35*). Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist (*BGH 27. November 2003 – VII ZR 53/03 – BGHZ 157, 102; BAG 1. März 2006 – 5 AZR 363/05 – aaO; BAG 20. Mai 2008 – 9 AZR 382/07 aaO*). Da der Arbeitnehmer Verbraucher iSd § 13 BGB ist, finden die §§ 305c Abs. 2, 306-309 BGB aber auch dann Anwendung, wenn vorformulierte Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und der Arbeitnehmer auf Grund der Vorformulierung auf deren Inhalt keinen Einfluss hatte (*BAG 18. März 2008 – 9 AZR 168/07 – Rn. 16 ff., BAGE 126, 187; 25. Mai 2005 – 5 AZR 572/04 – V 1 der Gründe, BAGE 115, 19; ErfK/Preis 13. Aufl. 2013 §§ 305-310 BGB Rn. 23*). Der Anschein eines zur Mehrfachverwendung entwickelten Vertrages wird auch nicht dadurch widerlegt, dass er in Teilen individuelle Vereinbarungen enthält (*BGH 27. November 2003 - VII ZR 53/03 - unter II 1 b bb der Gründe, BGHZ 157, 102*)

Danach handelt es sich – auch – bei § 12 Arbeitsvertrag um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Dies ergibt sich sowohl aus der drucktechnischen Aufmachung als auch aus der Bezeichnung der Parteien als „Arbeitgeber“ und „Arbeitnehmer“ im gesamten Vertrag. Die Beklagte hat auch nicht vorgebracht, dass § 12 Arbeitsvertrag individuell ausgehandelt worden sei.

- bb) Grundsätzlich ist es zulässig, Ausschlussfristen auch in Formulararbeitsverträgen zu regeln (*BAG 25. Mai 2005 – 5 AZR 572/04 – zu IV 1 der Gründe, aaO*; *2. März 2004 – 1 AZR 271/03 – BAGE 109, 369, 381 f.*). §§ 305 ff. BGB enthalten keine Bestimmungen, welche Ausschlussfristen für unwirksam erklären. Einzelvertragliche Ausschlussfristen stellen jedoch eine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB) dar, da Ansprüche – abgesehen von einer Verwirkung nach § 242 BGB – nach der Konzeption des Gesetzes erhalten bleiben und nur im Rahmen des Verjährungsrechts geltend zu machen sind (*BAG 28. September 2005 – 5 AZR 52/05 – Rn. 24, BAGE 116, 66*).

§ 12 des Arbeitsvertrages ist hinsichtlich der Frist für die gerichtliche Geltendmachung gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dies ist vorliegend gegeben. Eine Ausschlussfrist – auch auf zweiter Stufe – von zwei Monaten ist mit wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Verjährungsrechts nicht vereinbar, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Erfasst sie alle Vergütungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, schränkt sie wesentliche Rechte, welche sich aus der Natur des Arbeitsvertrages ergeben, in der Art und Weise ein, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Bei der Ermittlung, welche Ausschlussfrist noch angemessen ist, kann Berücksichtigung finden, dass in arbeitsrechtlichen Gesetzen bevorzugt verhältnismäßig kurze Fristen zur Geltendmachung von Rechtspositionen vorgesehen sind (*BAG 28. September 2005 – 5 AZR 52/05 – Rn. 32, aaO mit einem Überblick über wesentliche Beispiele*). In ständiger Rechtsprechung gehen das Bundesarbeitsgericht und die Instanzgerichte davon aus, dass für die gerichtliche Geltendmachung eine 3-Monats-Frist noch angemessen ist (*BAG 25. Mai 2005 – 5 AZR 572/04 – zu IV 7 d der Gründe, aaO*).

Die Unwirksamkeit von § 12 Abs. 1 Arbeitsvertrag ergibt sich – anders als vom Arbeitsgericht angenommen – nicht bereits aus einer Unwirksamkeit

von § 12 Abs. 3 Arbeitsvertrag, soweit dieser lediglich eine einmonatige Frist zur Geltendmachung vorsieht.

Gegenstand einer Inhaltskontrolle sind jeweils verschiedene, nur formal verbundene AGB-Bestimmungen. Auch im Rahmen einer Ausschlussfristenregelung können deshalb inhaltlich voneinander zu trennende Bestimmungen nach Anwendung des sogenannten Blue-Pencil-Tests wirksam sein (*BAG 16. Mai 2012 – 5 AZR 251/11 – Rn. 37, NZA 2012, 971; 12. März 2008 – 10 AZR 152/07 – Rn. 26 ff., AP BGB § 305 Nr. 10; 25. Mai 2005 – 5 AZR 572/04 – BAGE 115, 19*). Voraussetzung ist allerdings, dass die Regelungen nicht nur sprachlich, sondern auch inhaltlich voneinander trennbar sind. Ist die nach Streichung des unwirksamen Teils verbleibende Regelung weiterhin verständlich, bleibt sie bestehen (*BAG 16. Mai 2012 – 5 AZR 251/11 – Rn. 37, aaO; BGH 7. Oktober 1981 – VIII ZR 214/80 – zu II 3 e der Gründe, NJW 1982, 178; 25. Juni 2003 – VIII ZR 344/02 – zu II 2 der Gründe, NJW 2003, 2899; 21. April 2005 – 8 AZR 425/04 – zu II 3 e der Gründe, AP BGB § 307 Nr. 3; 14. September 2011 – 10 AZR 526/10 – Rn. 26 ff., EzA BGB 2002 § 307 Nr. 54; Uffmann RdA 2012, 113, 118; Preis RdA 2012, 101, 106*).

Vorliegend sind die beiden Stufen der Ausschlussfrist auf diese Art und Weise trennbar. Die erste Stufe mit der wirksamen Ausschlussfrist von drei Monaten zur schriftlichen Geltendmachung bleibt somit bestehen, obwohl die zweite Stufe einer Inhaltskontrolle nicht standhalten kann.

- e) Dem klägerischen Anspruch steht die seitens der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nicht entgegen. Der Anspruch aus § 10 Abs. 4 AÜG unterliegt der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB (*BAG 13. März 2013 – Pressemitteilung 17/13*). Die Verjährungsfrist begann für die ersten hier streitgegenständlichen Ansprüche mit Schluss des Jahres 2008 zu laufen, § 199 Abs. 1 BGB. Danach beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in welchem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von dem den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Die dreijährige Verjähr-

rungsfrist der ersten Ansprüche endete damit am 31.12.2011. Der Kläger hat seine Ansprüche mit Klageschrift vom 22.12.2011, beim Arbeitsgericht Passau eingegangen am 23.12.2011, geltend gemacht. Die Verjährung war somit durch die Klageschrift – nicht das Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten – gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt.

- 3.) Der Kläger hat gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 611 Abs. 1, 614 S. 2 BGB, 10 Abs. 4 AÜG einen Anspruch auf Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 1.071,50. Gemäß §§ 611 Abs. 1, 614 S. 2 BGB hat der Arbeitnehmer, dessen Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, einen Anspruch auf Zahlung der Vergütung am Ende dieses Zeitabschnittes. Zwar wird in § 4 Abs. 6 Arbeitsvertrag eine Fälligkeitsregelung dahingehend getroffen, dass die Vergütung bis spätestens zum 15. des Folgemonats zu zahlen sei. Ausweislich § 1 Abs. 4 gilt der schriftliche Arbeitsvertrag – mit Ausnahme der Ausschlussfrist nach § 12 Arbeitsvertrag – jedoch rein deklaratorisch. Da der Tarifvertrag jedoch unwirksam ist – vgl. die obigen Ausführungen – fehlt es an einer speziellen Fälligkeitsvereinbarung. Daher kam die Beklagte mit Ablauf eines jeden Monats, in dem sie entgegen ihrer Verpflichtung die Lohnansprüche des Klägers nicht erfüllte, in Verzug gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB, ohne dass es einer Mahnung bedurft hätte (*vgl. zur Fälligkeit eines equal-pay-Anspruchs auch BAG 13. März 2013 – Pressemitteilung Nr. 17/13*). Die Leistungszeitbestimmung gemäß § 14 S. 2 BGB stellt eine kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar (*BAG 14. Mai 1998 – 8 AZR 634/96 – NZA RR 1999, 511*).
- 4.) Die Berufung der Beklagten hat auch hinsichtlich der Widerklage keinen Erfolg. Ein Anspruch auf Rückzahlung der für Übernachtungskosten und Fahrtkostenzuschüsse geleisteten Pauschalen besteht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt. Im Übrigen wäre ein solcher Anspruch nach § 12 Arbeitsvertrag verfallen. § 12 Arbeitsvertrag wirkt - ausweislich der Regelung von § 1 Abs. 4 Arbeitsvertrag – konstitutiv und unabhängig von der Wirksamkeit des in Bezug genommenen Tarifvertrages. Die Beklagte hat ihre vermeintlichen Ansprüche gegen den Kläger nicht innerhalb des zweimonatigen Ausschlussfrist des § 12 Abs. 1 Arbeitsvertrag geltend gemacht, sondern erstmals mit dem an das Arbeitsgericht gerichteten Schreiben vom 09.01.2012. Die Beklagte



kann sich als Klauselverwender auch nicht auf die Unwirksamkeit – vgl. oben – berufen. Die Inhaltskontrolle stellt lediglich einen Ausgleich für die einseitige Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch den Klauselverwender dar (*BAG 27. Oktober 2005 – 8 AZR 3/05 – AP BGB § 310 Nr. 5; LAG Rheinland-Pfalz 28. Juni 2012 – 2 Sa 107/12 – Rn. 33, juris*). Die Inhaltskontrolle dient nicht dem Schutz des Klauselverwenders vor den von ihm selbst eingeführten Formulararbeitsbedingungen (*vgl. BGH 2. April 1998 – IX ZR 79/97 – NJW 1998, 2280; 4. Dezember 1986 – VII ZR 354/85 – BGHZ 99, 160*).

### III.

Die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels hat die Beklagte gemäß § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen.

Die Revision wurde für die Beklagte zugelassen, weil die Frage der Anrechnung von Pauschalbeträgen für Aufwendungsersatz auf den Anspruch aus § 10 Abs. 4 AÜG höchststrichterlich bislang nicht geklärt wurde, § 72 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann die Beklagte Revision einlegen.

Für den Kläger ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

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 Revisionsschrift 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>

Dr. Oehme

Stürzer

Hadyk