
Datum: 19.09.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 3. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 Sa 420/12
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:0919.3SA420.12.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Minden, 1 Ca 1083/11

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Minden teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger über denerstinstanzlich ausgerichteten Betrag hinaus weitere

1. 1.323,72 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 22.08.2010 zu zahlen,
2. 1.177,52 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 22.09.2010 zu zahlen,
3. 766,20 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 22.10.2010 zu zahlen,
4. 987,30 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 22.11.2010 zu zahlen,
5. 1.249,05 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 22.12.2010 zu zahlen,
6. 533,55 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 22.01.2011 zu zahlen,

zahlen,

7. 470, 16 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 22.02.2011 zu zahlen,

8. 732,30 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 22.03.2011 zu zahlen,

9. 609,26 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 22.06.2011 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen der Kläger zu 18,7 %, die Beklagte zu 81,3 %, die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 13,8 %, die Beklagte zu 86,2 %.

Die Revision wird für beide Parteien zugelassen.

Verkündet am 19.09.2012:	1
Sponda, RBe	2
als Urkundsbeamtin	3
der Geschäftsstelle	4
<u>3 Sa 420/12</u>	5
1 Ca 1083/11	6
ArbG Minden	7
Landesarbeitsgericht Hamm	8
Im Namen des Volkes	9
Urteil	10
In Sachen	11
hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamm	12
auf die mündliche Verhandlung vom 19.09.2012	13
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Schmidt	14
	15

sowie die ehrenamtlichen Richter Thiel, H.-J. und Menke

für Recht erkannt: 16

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Minden teilweise
abgeändert: 17

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger über denerstinstanzlich ausgeurteilten Betrag
hinaus weitere 18

1. 1.323,72 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz seit 22.08.2010 zu zahlen, 19

2. 1.177,52 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz seit 22.09.2010 zu zahlen, 20

3. 766,20 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz seit 22.10.2010 zu zahlen, 21

4. 987,30 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz seit 22.11.2010 zu zahlen, 22

5. 1.249,05 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz seit 22.12.2010 zu zahlen, 23

6. 533,55 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz seit 22.01.2011 zu zahlen, 24

7. 470, 16 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz seit 22.02.2011 zu zahlen, 25

8. 732,30 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz seit 22.03.2011 zu zahlen, 26

9. 609,26 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem
Basiszinssatz seit 22.06.2011 zu zahlen. 27

Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen. 28

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen. 29

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen der Kläger zu 18,7 %, die Beklagte zu 81,3
%, die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 13,8 %, die Beklagte zu 86,2 %. 30

Die Revision wird für beide Parteien zugelassen. 31

Tatbestand 32

Die Parteien streiten um einen Anspruch des Klägers auf Gewährung von
Arbeitsbedingungen nach dem equal pay-Gebot des § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG. 33

Der Kläger war vom 28.06.2010 bis zum 30.04.2011 als Leiharbeitnehmer bei der Beklagten,
einem Unternehmen der Zeitarbeitsbranche, beschäftigt. 34

Grundlage der Beschäftigung war zunächst ein schriftlicher Arbeitsvertrag vom 25.06.2010, der in § 2 folgende Bezugnahmeklausel enthielt:

„§ 2 Anwendbare Tarifverträge 36

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 abgeschlossene Tarifverträge, derzeit bestehend aus Manteltarifvertrag, Entgelttrahmentarifvertrag, Entgelttarifverträge West und Ost sowie Beschäftigungssicherungstarifvertrag, in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung. 37

2. Die Bestimmungen der in Abs. 1 genannten Tarifverträge gehen den Bestimmungen dieses Arbeitsvertrages vor. Dies gilt nicht, soweit die in Abs. 1 genannten Tarifverträge eine Abweichung durch Arbeitsvertrag ausdrücklich zulassen oder sich aus den Bestimmungen dieses Arbeitsvertrages eine für den Mitarbeiter günstigere Regelung ergibt. Insoweit gilt § 4 Abs. 3 TVG, insbesondere für die Durchführung des Günstigkeitsvergleichs gemäß Satz 2 entsprechend. 38

3. Die derzeit geltenden Tarifverträge können zu den üblichen Geschäftszeiten in den Büroräumen der unter § 1 Abs. 1 genannten Geschäftsstellen eingesehen werden und/oder werden auf Wunsch persönlich ausgehändigt. 39

Zur Geltendmachung und zum Ausschluss von Ansprüchen enthielt § 9 die nachfolgende Regelung: 40

§ 9 Geltendmachung und Ausschluss von Ansprüchen 41

1. Alle beiderseitigen Ansprüche aus oder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder seiner Beendigung verfallen, wenn sie nicht innerhalb von 3 Monaten nach Fälligkeit gegenüber der jeweils anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht werden. 42

2. Der Fristablauf beginnt, sobald der Anspruch entstanden ist und der Anspruchsberechtigte von den, den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. 43

3. Lehnt die jeweils andere Vertragspartei den Anspruch ab oder erklärt sie sich nicht innerhalb von einem Monat nach der schriftlichen Geltendmachung, so verfällt der Anspruch, wenn er nicht innerhalb von 3 Monaten nach der Ablehnung oder nach dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird. 44

4. Abs. 1 und 2 gelten nicht für Ansprüche, die sich aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit sowie aus vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen des Mitarbeiters oder Z1 bzw. eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen von Z1 ergeben. 45

5. Abs. 1 und 3 gelten nicht, soweit die auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträge eine für den Mitarbeiter günstigere Regelung über den Ausschluss oder den Verfall von Ansprüchen enthalten." 46

Ferner schlossen die Parteien unter dem 25.06.2010 als Anlage 1 eine „Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag vom 25.06.2010“, wonach für den Fall, dass durch eine gerichtliche Entscheidung rechtskräftig festgestellt wird, dass die zwischen dem AMP einerseits und der CGZP und den zugehörigen Einzelgewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge unwirksam sind, sich die Rechte und Pflichten ab dem Zeitpunkt der Unwirksamkeit nach den Tarifverträgen BZA/DGB in der jeweils gültigen Fassung richten sollen. Hinsichtlich des genauen Wortlauts wird auf die Zusatzvereinbarung (Bl 33 der GA) Bezug genommen.	47
Der Kläger war vom Juli 2010 bis April 2011 als Leiharbeitnehmer bei der Firma J1 Söhne in P1 eingesetzt. Mit Geltendmachungsschreiben vom 20.06.2011, bei der Beklagten am 22.06.2011 eingegangen (Bl. 6; 31 d. A.), machte er unter Hinweis auf eine fehlende Tariffähigkeit der CGZP vergeblich Differenzansprüche nach dem Equal-Pay-Grundsatz in Höhe von 14.592,84 € brutto geltend; hinsichtlich der genauen Berechnung wird auf die diesem Schreiben beigelegte Vergleichsrechnung (Bl. 5 der d. A.) Bezug genommen.	48
Einen Anspruch auf Zahlung dieses Betrages hat der Kläger zunächst mit der unter dem 06.08.2011 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage weiter verfolgt	49
Zuletzt hat der Kläger seine Differenzansprüche neu berechnet unter Berücksichtigung der Vergleichsbedingungen bei der Firma J1 Söhne, ausgehend von einem Monatsentgelt nach ERA inklusive zehn Prozent Leistungszulage auf der Basis einer 37,5 Stundenwoche mal 4,35 Wochen monatlich, Zugrundelegung eines Stundenlohns von 14,15 € und Zuschlägen für Spätarbeit und Nachtarbeit; er hat danach ihm zustehende Nachzahlungsansprüche in Höhe von insgesamt 11.538,27 € unter Einschluss von 1.384,68 € zusätzlichem Urlaubsgeld errechnet; auf seine Vergleichsberechnung (Bl. 81 d. A.) wird Bezug genommen.	50
Zwischenzeitlich hatte der Kläger gegen die Firma J1 Söhne Auskunftsklage nach § 13 AÜG erhoben (1 Ca 1321/11). Im dortigen Gütetermin vom 24.11.2011 (vgl. Protokoll, Bl. 82 f. d. A.) überreichte die Prozessbevollmächtigte der Firma J1 Söhne dem Prozessbevollmächtigten des Klägers zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs eine zweiseitige Aufstellung über die vom Kläger in der fraglichen Zeit bei der Firma J1 Söhne üblicherweise bezogenen Vergütungen im Zeitraum Juni 2010 bis März 2011. Im Einzelnen wird insoweit auf die Aufstellung der Entleiherin (Bl. 84 und 85 der GA) Bezug genommen.	51
Der Kläger hat zum Einen die arbeitsvertragliche Verweisung auf die darin genannten Tarifverträge angesichts der festgestellten Tarifunfähigkeit der Gewerkschaft CGZP für unwirksam erachtet.	52
Zum Anderen hat er einen Verfall von Ansprüchen für nicht gegeben erachtet, da die einzelvertragliche Ausschlussklausel im Arbeitsvertrag eine überraschende Klausel darstelle, mit der er auch aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes nicht habe rechnen müssen. Zudem regle § 9 Abs. 5, dass die Absätze 1 bis 3 nicht gelten sollten, soweit sich aus anwendbaren Tarifverträgen eine günstigere Regelung ergebe; Tarifverträge kämen aber gerade nicht zur Anwendung.	53
Der Kläger hat zuletzt beantragt,	54
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 11.538,27 € brutto nebst Zinsen in Höhe von jeweils fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf jeweils	55
1.323,72 € seit dem 01.08.2010 (Juli 2010),	56
	57

1.177,52 € seit dem 01.09.2010 (August 2010),	
908,67 € seit dem 01.10.2010 (September 2010),	58
1.042,47 € seit dem 01.11.2010 (Oktober 2010),	59
1.249,05 € seit dem 01.12.2010 (November 2010),	60
1.100,35 € seit dem 01.01.2011 (Dezember 2010),	61
946,30 € seit dem 01.02.2011 (Januar 2011),	62
801,16 € seit dem 01.03.2011 (Februar 2011),	63
708,78 € seit dem 01.04.2011 (März 2011),	64
895,56 € seit dem 01.05.2011 (April 2011) sowie auf weitere	65
1.384,68 € seit dem 01.06.2011	66
zu zahlen.	67
Die Beklagte hat beantragt,	68
die Klage abzuweisen.	69
Sie hat geltend gemacht, eventuelle Nachzahlungsansprüche seien jedenfalls für die Zeit bis einschließlich Februar 2011 nach der arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist bei erstmaliger Geltendmachung vom 20.06.2011 mit Eingang bei ihr am 22.06.2011 verfallen.	70
Eine Fälligkeit von Ansprüchen setze dabei nicht erst mit Kenntnis der Entscheidung des BAG zur fehlenden Tariffähigkeit der CGZP am 14.12.2010 ein. Insbesondere habe der Kläger bereits mit der Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag Kenntnis von der Problematik der Tariffähigkeit der CGZP gehabt; selbst wenn für die Fälligkeit auf den 14.12.2010 abzustellen sei, habe es einer Geltendmachung bis zum 14.03.2011 bedurft. Die einzelvertraglich vereinbarten Fristen seien zudem länger als die der in Bezug genommenen Tarifverträge und daher für den Arbeitnehmer günstiger. Selbst wenn tarifliche Verfallfristen intransparent seien, würden weiterhin die einzelvertraglichen Fristen Anwendung finden.	71
Sie hat ferner darauf verwiesen, auf für nicht von einem Verfall betroffene Zeiträume seien Ansprüche nicht gegeben, da im Arbeitsvertrag bewusst auf einen „mehrgliedrigen Tarifvertrag im engeren Sinne“ Bezug genommen worden sei, der ungeachtet einer möglichen Tariffunfähigkeit der Gewerkschaft CGZP weiterhin Anwendung finde. Hilfsweise hat sie insoweit beantragt, das Verfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG auszusetzen.	72
Zur Höhe der Klageforderung hat die Beklagte die Anwendung eines Tarifvertrages der Metallindustrie im Entleiherbetrieb bestritten.	73
Ferner bestehe ein Anspruch auf equal-Treatment nur für tatsächliche Einsatzzeiten.	74
Mit Urteil vom 16.02.2012 hat das Arbeitsgericht die Beklagte zur Zahlung von 1.527,72 € brutto nebst Zinsen verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen.	75
	76

Zur Begründung hat es ausgeführt. der Kläger habe einen Anspruch auf Vergütungsnachzahlung auf Basis des sogenannten „Equal-Pay“-Grundsatzes aus den §§ 10 Abs. 4, 9 Ziff. 2 AÜG, allerdings nur für die Monate März und April 2011 in Höhe von (nur) 1.527,72 € brutto. Mögliche Ansprüche für den davor liegenden Zeitraum seien verfallen.	
Die einzelvertragliche Bezugnahme auf die zwischen dem AMP und der CGZP sowie Einzelgewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge verstoße gegen das Transparenzgebot nach § 307 BGB, da insbesondere wegen der dynamischen Bezugnahme nicht erkennbar sei, welche der tariflichen Regelungen unter welchen Voraussetzungen auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung finden sollten.	77
Der Kläger habe auch durch Bezugnahme auf die ihm im Verfahren 1 Ca 1321/11 Arbeitsgericht Minden erteilte Auskunft der Firma J1 Söhne seinen Anspruch schlüssig dargelegt. Dem sei die Beklagte zuletzt nicht mehr substantiiert entgegengetreten. Hiernach sei ihm im Monat März 2010 eine Gesamtvergütung von 2.160,81 € brutto gezahlt worden. Abzüglich der ihm für diesen Monat von der Beklagten gezahlten 1.528,65 € verbleibe somit eine Differenz von 632,16 € zugunsten des Klägers. Für den Monat April 2011 habe der Kläger mit seiner letzten Vergleichsrechnung schlüssig und nachvollziehbar einen Betrag in Höhe von 2.300,79 € brutto dargelegt, den er für seine Tätigkeit als Schweißer von der Firma J1 Söhne erhalten hätte; abzüglich der ihm von der Beklagten für diesen Zeitraum nur gezahlten 1.405,23 € verbleibe ein Nachzahlungsanspruch von 895,56€ brutto. Dass und inwieweit das vom Kläger geforderte Urlaubsgeld etwa auf den allein nicht verfallenen Zeitraum der Monate März und April 2011 beruhen könnte, sei nicht nachvollziehbar dargelegt.	78
Einer Aussetzung des Verfahrens habe es insoweit nicht bedurft.	79
Hingegen seien die weiteren möglichen Nachzahlungsansprüche des Klägers für die Zeit bis einschließlich Februar 2011 verfallen, die einzelvertraglich vereinbarte Ausschlussfrist in § 9 des Arbeitsvertrages sei rechtswirksam, da sie der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 f. BGB standhalte . Sie sei schon deshalb nicht überraschend, weil derartige Ausschlussfristen im Arbeitsleben allgemein üblich sind. Sie ist, gerade hinsichtlich der Ziff. 1 des § 9 hinreichend deutlich und verständlich. Nach § 9 Ziff. 5 könne keine anderen günstigere tarifvertragliche Regelung über den Ausschluss oder über den Verfall von Ansprüchen eingreifen, da die Verweisungsklausel des § 2 nach dem oben Ausgeführten gerade unwirksam ist.	80
Nachzahlungsansprüche des Klägers seien spätestens mit der Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 fällig geworden und hätten damit bis zum 14.03.2011 geltend gemacht werden müssen.	81
Gegen das unter dem 13.03.2011 zugestellte Urteil, auf dessen Entscheidungsgründe im Übrigen Bezug genommen wird, hat der Kläger unter dem 23.03.2012 Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 13.06.2012 unter dem 12.06.2012 begründet.	82
Die Beklagte hat ihrerseits gegen das gleichfalls unter dem 13.03.2011 zugestellte Urteil unter dem 04.04.2012 Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 14.06.2012 unter dem 14.06.2012 begründet.	83
Der Kläger verbleibt bei seiner Auffassung, ein Verfall von Ansprüchen aufgrund vertraglicher Ausschlussklausel komme nicht in Betracht.	84

Die Verfallklausel in § 9 des Vertrages sei intransparent. Die in Bezug genommenen	85
Tarifverträge sähen kürzere als die einzelvertraglich genannten Fristen vor. Der daraus resultierende Konflikt lasse sich nicht durch das Günstigkeitsprinzip auflösen.	86
Zudem sei zu bedenken, dass es zur Durchsetzung von Equal-Pay-Ansprüchen wegen des Erfordernisses der Einholung von Auskünften nach § 13 AÜG eines gewissen Vorlaufs bedürfe, so dass mit der Geltendmachung vom 20.06.2011 Ausschlussfristen ohnehin gewahrt seien.	87
Für den Monat März 2011 habe das Arbeitsgericht ihm zu wenig zugesprochen, da die Auskunft der Entleiherin einen Betrag von 2.237,43 € ausweise und nicht nur 2.160,81 €. Urlaubsgeld könne er beanspruchen, da er in der Zeit vom 11. bis 29.04.2011 Urlaub gehabt habe, was unter Einschluss von Feiertagen 13 Arbeitstage ausmache.	88
Der Kläger beantragt,	89
das Urteil des Arbeitsgerichts Minden vom 16.02.2012 teilweise abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn	90
1. 1.323,72 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.08.2010 zu zahlen	91
2. 1.177,52 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.09.2010 zu zahlen	92
3. 908,67 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.10.2010 zu zahlen	93
4. 1.042,47 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.11.2010 zu zahlen	94
5. 1.249,05 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.12.2010 zu zahlen	95
6. 1.100,35 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.01.2011 zu zahlen	96
7. 946,30 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.02.2011 zu zahlen	97
8. 801,16 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.03.2011 zu zahlen	98
9. 78,62 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.04.2011 zu zahlen	99
10. 720,07 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.06.2011 zu zahlen.	100
Die Beklagte beantragt,	101
die Berufung des Klägers zurückzuweisen, und	102
	103

das Urteil des Arbeitsgerichts Minden vom 16.02.2012 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Sie verteidigt das arbeitsgerichtliche Urteil zum Einen dahingehend, es habe zu Recht einen Verfall von Ansprüchen bis einschließlich Februar 2011 angenommen. 104

Die einzelvertraglich vereinbarte Ausschlussklausel halte einer Kontrolle stand; sie sei hinreichend deutlich gefasst, die Dauer der Ausschlussfrist sei ausreichend lang bestimmt. Auch sei sie nicht unwirksam, weil in Bezug genommene Tarifverträge kürzere Fristen enthielten. Unzutreffend sei insoweit die Annahme, längere Ausschlussfristen könnten den Arbeitnehmer benachteiligen. 105

Die Ausschlussfrist habe auch nicht erst mit Veröffentlichung der Gründe der Entscheidung vom 14.12.2010 zu laufen begonnen. Für den Beginn der Ausschlussfrist komme es lediglich auf die Kenntnis oder Erkennbarkeit der anspruchsbegründenden Tatsachen an. Es sei Leiharbeitnehmern auch ohne Kenntnis einer Entscheidung zur Tariffähigkeit der CGZP möglich gewesen, Ansprüche auf Differenzvergütung geltend zu machen. 106

Unzutreffend habe das Arbeitsgericht dem Kläger aber Ansprüche für die Monate März und April 2011 zuerkannt, weil ein mehrgliedriger Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung gefunden habe. Die Verweisung auf diesen Tarifvertrag sei weder intransparent, noch benachteilige sie den Arbeitnehmer unangemessen. Selbst der Abschluss eines inhaltlich geänderten Tarifvertrages bei einem mehrgliedrigen Tarifvertrag ändere nichts am Bestand und am Inhalt des mehrgliedrigen Tarifvertrages 107

Der Kläger beantragt insoweit, 108

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 109

Das Arbeitsgericht habe zutreffend angenommen, dass die Verweisung in § 2 des Arbeitsvertrages intransparent sei. Dort werde auf alle Tarifverträge dynamisch verwiesen. 110

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 111

Entscheidungsgründe 112

Die Berufungen der Parteien sind zulässig, begründet ist aber nur die Berufung des Klägers zu einem Teil, wohingegen die Berufung der Beklagten unbegründet ist. 113

A. 114

Durchgreifende Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufungen bestehen nicht. 115

Die Berufungen sind statthaft gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 2 b) ArbGG. 116

Die Berufungen sind auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, §§ 517 ff. ZPO. 117

B. 118

Die Berufung des Klägers ist zu einem überwiegenden Teil begründet, weil dem Kläger Ansprüche auch für die Monate zustehen, für die das Arbeitsgericht einen Verfall von Ansprüchen angenommen hat, allerdings nicht in der noch geltend gemachten Höhe. 119

Demgegenüber ist die Berufung der Beklagten unbegründet, weil das Arbeitsgericht dem Kläger zutreffend Zahlungsansprüche für die Monate März und April 2011 zugesprochen hat.	120
I. Dem Kläger stehen grundsätzlich Ansprüche auf Zahlung aus dem Gesichtspunkt des Equal-Pay für die Zeit der Beschäftigung bei der Beklagten und der Tätigkeit bei der Fa. J1 Söhne zu.	121
1. Nach § 10 Abs. 4 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 vergleichbare Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen verlangen.	122
Nach § 9 Nr. 2 AÜG sind wiederum Vereinbarungen unwirksam, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen vorsehen; dies gilt allerdings u. a. dann nicht, wenn ein Tarifvertrag abweichende Regelungen zulässt, wobei im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren können.	123
2. Solche Tarifverträge liegen jedoch nicht vor.	124
a) Die Anwendung von Tarifverträgen BZA/DGB auf das Arbeitsverhältnis der Parteien macht die Beklagte selbst nicht geltend.	125
b) Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fanden nicht die mit Arbeitsvertrag vom 25.06.2010 in Bezug genommenen mehrgliedrigen Tarifverträge zwischen dem AMP einerseits und der CGZP und angeschlossenen Einzelgewerkschaften andererseits Anwendung.	126
aa) Unter den Parteien besteht kein Streit darüber, dass es sich bei der Vereinbarung vom 25.06.2010 nebst Zusatzvereinbarung vom selben Tag um Regelungen handelt, die den Anforderungen der §§ 305 ff. BGB unterfallen.	127
Nach § 307 Abs.1 Satz 2 BGB kann sich eine zur Unwirksamkeit der Klausel führende unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Klausel nicht klar und verständlich ist. Das Transparenzgebot schließt dabei das Bestimmtheitsgebot ein (BAG 31.08.2005, DB 2006, 1273).	128
Die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen müssen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Eine Klausel muss daher, um dem Bestimmtheitsgebot zu genügen, im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners der Verwenders so klar und präzise wie möglich umschreiben. Sie darf keine vermeidbaren Unklarheiten und Spielräume enthalten, allerdings den Verwender auch nicht überfordern, so dass die Verpflichtung, den Inhalt der Klausel klar und verständlich zu formulieren, nur im Rahmen des Möglichen besteht (BAG 31.08.2005, DB 2006, 1273; BAG 08.08.2007, DB 2008, 133; BAG 14.08.2007, DB 2008, 66).	129
Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt allerdings nicht schon deshalb vor, weil der Arbeitnehmer keine oder nur eine erschwerte Möglichkeit hat, die betreffende Regelung zu verstehen. Erst in der Gefahr, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders wegen unklar abgefasster allgemeiner Vertragsbedingungen seine Rechte nicht wahrnimmt, liegt eine	130

unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB (BAG 18.05.2011, DB 2011,10).

Abzustellen ist bei der Bewertung der Transparenz auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BAG 08.08.2007, DB 2008, 133). 131

Dabei ist nicht auf den flüchtigen Betrachter, sondern auf den aufmerksamen und sorgfältigen Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr abzustellen (BAG 28.05.2009, EzA BGB 2002 § 307 Nr.45) 132

Das Transparenzgebot des § 307 Abs.1 Satz 2 BGB gilt gemäß § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB auch für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die nicht von Rechtsvorschriften abweichende oder ergänzende Regelungen vereinbart werden. 133

bb) Unter Berücksichtigung dieser Anforderungen verstößt bereits die Fassung der Bezugnahmeklausel in § 2 Ziffer 1 des Arbeitsvertrages für sich betrachtet gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. 134

Bezug genommen wird auf einen mehrgliedrigen Tarifvertrag, weil jede der genannten Gewerkschaften auf Seiten der Arbeitnehmer einen eigenen Tarifvertrag abgeschlossen hat. Hierüber besteht unter den Parteien kein Streit. 135

Die vertragliche Formulierung enthält jedoch keinerlei Klarstellung, unter welchen Voraussetzungen welcher der genannten Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden soll. 136

Dabei kann es dahingestellt bleiben, dass sich möglicherweise aus den Satzungen der Einzelgewerkschaften ergeben kann, wer für welche Bereiche diese Tarifverträge abschließen kann und will; dies hätte dann aber in der Bezugnahmeklausel in ausreichender Form zum Ausdruck kommen müssen, um für den Gegner des Klauselverwenders keine unvermeidbaren Klarheiten zu lassen, welcher der genannten Tarifverträge denn nun zur Anwendung kommen soll. Es kann nicht offen bleiben, welcher Tarifvertrag wann auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden soll und wonach sich die Anwendbarkeit richten soll. 137

Zwar führt eine dynamische Verweisung auf andere Regelwerke an sich noch nicht zu einer Intransparenz, wobei unerheblich ist, dass dann noch nicht absehbar ist, welchen Inhalt das andere Regelwerk haben soll; ausreichend ist insoweit, dass die in Bezug genommenen Regelungen bestimmbar sind. 138

Eine solche Bestimmbarkeit ist aber nicht gegeben, da gerade unklar ist, wann unter welchen Voraussetzungen welcher der genannten Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden soll. 139

Auch gerade im Hinblick auf die bestehende und bekannte Unsicherheit, ob auf Seiten der Arbeitnehmervertretungen Tariffähigkeit für den Abschluss von Tarifverträgen für die Zeitarbeitsbranche, ggfs. in welchem Umfang gegeben ist, bedarf es der Klarstellung, welches der maßgebliche Tarifvertrag sein soll, der für das Arbeitsverhältnis Bedeutung hat und geeignet sein kann, eine Ausnahme vom Equal-Pay-Gebot zu begründen. 140

cc) Eine fehlende Transparenz ergibt sich aber jedenfalls aufgrund der Regelung der Zusatzvereinbarung vom 25.06.2010. 141

Selbst wenn die Bezugnahme auf mehrere Tarifverträge in § 2 Ziffer 1 des Arbeitsvertrages noch ausreichend bestimmt sein sollte, ist zu berücksichtigen, dass die Zusatzvereinbarung vom 25.06.2012 alternativ für eine bestimmte Fallgestaltung die Anwendung eines anderen Tarifwerks mit anderen Tarifvertragsparteien festlegt.

Damit wird für einen Arbeitnehmer nicht ausreichend erkennbar, welches Tarifwerk dann für sein Arbeitsverhältnis grundsätzlich maßgeblich sein soll. 143

Das Bundesarbeitsgericht hat bereits mit Urteil vom 15.01.2009 im Verfahren 2AZR 641/07 zu einem in den entscheidenden Passagen ähnlichen Wortlaut im Rahmen einer Änderungskündigung befunden, ein solches Angebot sei nicht hinreichend bestimmt, da für den Empfänger des Angebots nicht hinreichend klar sei, welche der möglichen tariflichen Regelungen unter welchen Voraussetzungen überhaupt gelten solle. In dem Änderungsvertrag würden zum Einen unterschiedliche tarifliche Regelungen - nämlich die der Tarifverträge CGZP und die der BZA - gleichzeitig angeboten. Ferner solle die Anwendung der Tarifverträge BZA von der „Unwirksamkeit“ der Tarifverträge CGZP abhängen. Es bleibe für den Kläger unklar, auf welcher dauerhaften tariflichen Grundlage sich zukünftig sein Arbeitsverhältnis gründen solle. 144

Stellt sich ein Angebot im Rahmen einer Änderungskündigung als nicht hinreichend bestimmt dar, kann für eine vertragliche Regelung, die einem solchen Angebot entspricht, nichts anderes gelten. 145

Wenn auch im Unterschied zum vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall eine arbeitgeberseitige Ersetzungsbefugnis bezüglich der Tarifverträge hier nicht gegeben ist und ein Teil der Unklarheit dadurch entfällt, verbleibt gleichwohl die Unklarheit, nach welchem Tarifwerk sich dauerhaft die Vertragsbedingungen des Klägers richten sollen. 146

Zudem bleibt auch bei dem nunmehrigen Wortlaut zur rechtskräftigen Feststellung, dass Tarifverträge „unwirksam sind“ auch unter Berücksichtigung des Vorspanns zur Zusatzvereinbarung noch offen, ob damit die Feststellung einer fehlenden Tariffähigkeit im Rahmen eines Verfahrens nach § 97 ArbGG gemeint ist, zumal arbeitgeberseits in den hier bekannten Verfahren immer eingewendet worden ist, mit der Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 sei ohnehin eine Aussage über die Nichtigkeit von abgeschlossenen Tarifverträgen nicht getroffen. 147

Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Abwälzung des Risikos, dass in Bezug genommene Tarifverträge mangels Tariffähigkeit der CGZP sich als unwirksam darstellen können, im Übrigen eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt. 148

II. Ein Verfall von Ansprüchen aufgrund einer individualvertraglichen Ausschlussfrist kam insgesamt nicht in Betracht, da auch die im Arbeitsvertrag geregelte Frist einer Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB nicht standhält. 149

1. Bei der Regelung des § 9 handelt es sich nicht um eine überraschende Klausel im Sinne des § 305 c Abs. 1 BGB. 150

a) Nach § 305 c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihnen zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. 151

Ungewöhnlich in diesem Sinne sind Klauseln, denen ein "Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt" innewohnt, weil sie eine Regelung enthalten, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und mit der dieser den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Zwischen den durch die Umstände bei Vertragsschluss begründeten Erwartungen und dem tatsächlichen Vertragsinhalt muss ein deutlicher Widerspruch bestehen (BAG 29.11.1995, EzA BGB § 611 Inhaltskontrolle Nr. 4; BAG 09.05.2007, DB 2008, 874; BAG 25.09.2008, DB 2009, 569).	152
Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, insbesondere auch das äußere Erscheinungsbild des Vertrags (BAG 29.11.1995, EzA BGB § 611 Inhaltskontrolle Nr. 4; BAG 25.09.2008, DB 2009, 569).	153
Es ist daher auch möglich, dass eine Klausel als Überraschkungsklausel zu bewerten ist, weil sie an einer unerwarteten Stelle im Text eingefügt worden ist. Dabei ist das Überraschkungsmoment um so eher zu bejahen, je belastender die Bestimmung ist (BAG 09.05.2007, DB 2008, 874; BAG 25.09.2008, DB 2009, 569).	154
Hier kann für den Verwender die Pflicht bestehen, auf die Bestimmung besonders hinzuweisen oder die Klausel drucktechnisch hervorzuheben (BAG 09.05.2007, DB 2008, 874; BAG 25.09.2008, DB 2009, 569).	155
Auch das Unterbringen einer Klausel an einer unerwarteten Stelle im Text kann sie als Überraschkungsklausel erscheinen lassen (BAG 29.11.1995, EzA BGB § 611 Inhaltskontrolle Nr. 4; BAG 31.08.2005, EzA ArbZG § 6 Nr. 6).	156
Eine vertragliche Ausschlussfrist wird daher nicht Vertragsinhalt, wenn sie der Verwender ohne besonderen Hinweis und ohne drucktechnische Hervorhebung unter falscher oder missverständlicher Überschrift einordnet (BAG 29.11.1995, EzA BGB § 611 Inhaltskontrolle Nr. 4).	157
b) Hiernach ist die Annahme einer überraschenden Klausel nicht gerechtfertigt.	158
Die Ausschlussfrist ist in § 9 unter einer zutreffenden Überschrift geregelt, die schon nach ihrem Wortlaut auf einen möglichen Ausschluss von Ansprüchen hinweist.	159
Die Überschrift ist zudem drucktechnisch hervorgehoben.	160
Auch ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Regelung von Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen üblich ist und daher grundsätzlich mit ihnen zu rechnen ist.	161
2. Die Klausel hält auch hinsichtlich der in den Ziffern 1 bis 3 festgelegten Fristen einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand.	162
a) Eine einzelvertragliche Ausschlussfrist stellt eine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung dar; denn gesetzlich gilt nur das Verjährungsrecht.	163
Zwar kommt Ausschlussfristen und Verjährungsfristen nicht dieselbe Rechtswirkung zu. Während der Ablauf der Ausschlussfrist rechtsvernichtende Wirkung hat und von Amts wegen zu berücksichtigen ist, gibt die Verjährung dem Schuldner eine Einrede und hindert damit die Durchsetzung der rechtlich fortbestehenden Forderung. Damit besitzt die Ausschlussfrist zwar sogar eine stärkere, für den Betroffenen nachteiligere Wirkung, im Ergebnis geht es aber jeweils darum, dass der Anspruchsinhaber seinen Anspruch gegen	164

den Willen des Anspruchsgegners nur innerhalb bestimmter Fristen verwirklichen kann § 202 BGB lässt eine Abkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren dabei im Grundsatz zu.(BAG 25.05.2005, aaO).

b) Einzelvertragliche zweistufige Ausschlussfristen mit einer jeweiligen Frist von 3 Monaten, die erste Stufe geknüpft an die Fälligkeit des Anspruchs, stellen danach keine unangemessene Benachteiligung des Gegners des Klauselverwenders dar. 165

Lediglich eine Frist von weniger als drei Monaten im Rahmen einer einzelvertraglichen Ausschlussfrist ist unangemessen kurz (insoweit zur Frist für die schriftliche Geltendmachung BAG 31.08.2005, EzA ArbZG § 6 Nr. 6; für die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung BAG 25.05.2005, aaO). 166

3. Die Klausel hält allerdings nicht dem Transparenzgebot entsprechend den oben unter I. 1. c) aa) dargestellten Anforderungen stand. 167

a) Die Klausel selbst weist in ausreichender Weise darauf hin, dass ein Verfall der Ansprüche gegeben ist, wenn die festgelegten Fristen nicht gewahrt sind. Die Rechtsfolgen der Fristversäumung sind damit unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. 168

b) Die Klausel ist auch nicht intransparent dadurch, dass in § 2 Ziffer 2 des Vertrages geregelt ist, dass die Bestimmungen der in Bezug genommenen Tarifwerke den Bestimmungen des Arbeitsvertrages grundsätzlich vorgehen, soweit nicht die Tarifverträge eine Abweichung durch Arbeitsvertrag zulassen oder die arbeitsvertragliche Regelung günstiger ist. 169

Denn § 9 enthält für den Ausschluss von Ansprüchen eine Sonderregelung mit einer eigenständigen Kollisionsregelung für den Fall unterschiedlicher Regelungen im Arbeitsvertrag und im Tarifvertrag, der der allgemeinen Bestimmung zum Verhältnis von arbeitsvertraglicher Regelung und tarifvertraglicher Regelung vorgeht. 170

c) Die Regelung ist aber unbestimmt dadurch, dass § 9 Ziffer 5 die Geltung der zuvor in Ziffern 1 bis 3 getroffenen Fristen ausschließt, soweit ein anwendbarer Tarifvertrag eine andere für den Mitarbeiter günstigere Regelung enthält, weil nicht klar ist, welche tarifliche Regelung damit betroffen ist. 171

§ 9 Ziffer 5 gibt zwar grundsätzlich das Günstigkeitsprinzip wieder, wie es auch gesetzlich in § 4 Abs. 3 TVG niedergelegt ist. Dabei kann vom Klauselverwender hinsichtlich der Verdeutlichung des Prinzips nicht mehr verlangt werden, als der Gesetzgeber selbst insoweit regelt. Die Schwierigkeit, im Einzelfall feststellen zu können, ob eine Regelung für den Arbeitnehmer günstiger ist oder nicht, ist ein allgemeines Problem der Anwendung des Günstigkeitsprinzips und kann daher auch in dieser allgemeinen Form dargestellt werden. Die Feststellung der Günstigkeit einer tariflichen Regelung gegenüber der vertraglichen ist daher kein Problem der ausreichenden Bestimmtheit, sondern der rechtlichen Feststellung der Günstigkeit. 172

Mit welchem Tarifwerk ein solcher Günstigkeitsvergleich erfolgen soll, ergibt sich jedoch nicht in ausreichend bestimmter Weise. 173

§ 9 Ziffer 5 legt fest, dass die vorgenannten individualvertraglich geregelten Fristen dann nicht gelten sollen, wenn „die auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträge“ eine für den Mitarbeiter günstigere Regelung enthalten. 174

Damit der Arbeitnehmer einen solchen Günstigkeitsvergleich anstellen kann, muss ihm jedoch klar sein, welches der maßgebliche Tarifvertrag ist. Ein Günstigkeitsvergleich lässt sich nicht einheitlich für mehrere denkbare Weise zur Anwendung kommenden Tarifverträge anstellen.	175
Da nach den Ausführungen zu I. 2. b) unklar ist, welches Tarifwerk auf das Arbeitsverhältnis des Klägers Anwendung finden soll, ist damit auch die Regelung der Ausschlussfrist insoweit unklar.	176
d) Die Klausel über die individualvertraglichen Ausschlussfristen in den Ziffern 1 bis 3 des § 9 kann auch nicht mit Hilfe des „blue-pencil“-Prinzips aufrecht erhalten werden.	177
Die Teilbarkeit der Klausel ist mittels einer Streichung des unwirksamen Teils mit einem "blauen Stift" zu ermitteln (BAG 21.04.2005, EzA BGB 2002 § 309 Nr. 3). Ist die verbleibende Regelung weiterhin verständlich, bleibt sie bestehen. Maßgeblich ist, ob sie mehrere sachliche Regelungen enthält (BAG 11.04. 2006, EzA BGB 2002 § 307 Nr. 14) und der unzulässige Teil sprachlich eindeutig abtrennbar ist. Gegenstand der Inhaltskontrolle sind dann für sich jeweils verschiedene, nur formal verbundene AGB-Bestimmungen (BAG 12.03.2008, EzA BGB 2002 § 307 Nr.33).	178
Eine solche sprachliche Abtrennung scheidet vorliegend aus, da § 9 Ziffer 5 nicht eine eigenständige Regelung zum Verfall von Ansprüchen darstellt, die getrennt von den Regelungen in den Ziffern 1 bis 3 zu einem Verfall führen kann, sondern eine Verknüpfung mit den individualvertraglichen Ausschlussfristen erfolgt in der Weise, dass die tariflichen Regelungen bei bestimmter Fallgestaltung vorgehen sollen. Damit wird eine Abhängigkeit der Geltung der Fristen aus Ziffern 1 bis 3 von der tariflichen Regelung herbeigeführt, die gesamte Verfallfristenregelung stellt sich als eine einheitliche Gesamtregelung dar, die nicht auseinander gezogen werden kann.	179
III. Der Höhe nach ergeben sich die ausgerichteten Beträge für die der Klage zu Grunde liegenden Zeiträume.	180
1. Da der Anspruch auf Gewährung gleicher Arbeitsbedingungen gemäß §§ 10 Abs. 4, 9 Nr.2 AÜG während der Dauer der Überlassung besteht, ist ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen (BAG 23.03.2011, EzA AÜG § 10 Nr. 15).	181
a) Der Gesamtvergleich der Entgelte hat dabei wie beispielsweise für Zeiträume des Annahmeverzuges derart zu erfolgen, dass anderweitiger Verdienst für die gesamte Dauer des Annahmeverzuges anzurechnen ist (vgl. dazu beispielsweise BAG 29.08.1999, EzA BGB § 615 Nr. 96).	182
Es ist daher im Falle des Annahmeverzuges zunächst die Vergütung für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste zu ermitteln; dieser Gesamtvergütung ist gegenüberzustellen, was der Arbeitnehmer in der betreffenden Zeit anderweitig erworben hat (BAG, 22.11.2005, EzA BGB 2002 § 615 Nr. 14).	183
Für die Berechnung des Entgelts bei Arbeitnehmerüberlassung bedeutet das, dass das Entgelt eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Überlassungszeitraum mit den einzubeziehenden Bestandteilen einerseits anzusetzen ist und diesem die gesamte bezogene Vergütung durch den Vertragsarbeitgeber gegenüberzustellen ist.	184

Zu den anzurechnenden Verdiensten zählen dabei alle Leistungen, die als Gegenleistung vom Vertragsarbeitgeber für die Erbringung der Arbeitsleistung erbracht werden.

b) Nicht gerechtfertigt ist danach eine Stückelung nach sachgruppenbezogenen Leistungen, so dass nicht das laufende monatliche Entgelt einerseits, Jahresleistungen andererseits, Aufwendungsersatzleistungen und ähnliches gesondert zu ermitteln und anzusetzen sind. 186

Eine solche Berechnung würde dazu führen, dass dem Leiharbeitnehmer höhere Leistungen zuerkannt würden als einem vergleichbaren Stammarbeitnehmer im Entleiherbetrieb, denn diesfalls wären beispielsweise Jahresleistungen, die der Vertragsarbeitgeber nicht erbringt, voll anzusetzen, ohne dass der Vertragsarbeitgeber die Möglichkeit hätte, ggf. höheres laufendes Entgelt gegenüber einem Stammarbeitnehmer des Entleiherbetriebes anzurechnen. 187

2. Der Begriff des Arbeitsentgeltes ist weit zu verstehen (BAG 23.03.2011, EzA AÜG § 10 Nr. 15). 188

Erfasst werden damit nicht nur das laufende Entgelt, sondern auch alle Zuschläge und Zulagen, sowie weitere Vergütungsbestandteile, auch Lohnersatzleistungen, die einem Stammarbeitnehmer des Entleihers zur Seite stehen (Ulber, AÜG, § 9 Rz.91, 100; Thüsing/Mengel, AÜG, § 9 Rz 30; Thüsing/Pelzner, AÜG § 3 Rz.60). 189

a) Richtig ist zwar insoweit, dass ein Anspruch auf Gewährung der wesentlichen Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Arbeitnehmers nur für die Zeit der Überlassung gegeben ist, nicht hingegen für die verleihfreie Zeit. 190

Dies bedeutet aber nicht, dass die Zeiten des Arbeitsausfalls wegen Arbeitsunfähigkeit, eines gesetzlichen Feiertages oder wegen Urlaubs immer als verleihfreie Zeiten anzusehen sind; dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn sie zu einer Zeit angefallen waren, nachdem die Entsendung zu einem Entleiher beendet war. Sind sie demgegenüber bei einer fortdauernden Überlassung wie hier angefallen, gehören sie zu den zu gewährenden wesentlichen Arbeitsbedingungen. Soweit ein Arbeitgeber geltend machen will, die Zeit der Überlassung sei beendet gewesen, muss er dieses jedenfalls darlegen 191

b) Zeiten der Arbeitsunfähigkeit und des feiertagsbedingten Lohnausfalls sind daher wie bei einem Stammarbeitnehmer des Entleihers zu bemessen. 192

Dies gilt auch für die Bemessung des Urlaubsentgelts, das sich nach dem Verdienst richtet, der dem Arbeitnehmer für die Zeit der Überlassung zu gewähren ist. 193

Ebenso sind dem Leiharbeitnehmer Sonderzahlungen wie Urlaubsgeld und 13. Monatseinkommen unter den Voraussetzungen und in der Höhe zu gewähren, wie sie vergleichbaren Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb gewährt werden. 194

3. Vergleichbarer Arbeitnehmer im Sinne des § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG ist der Arbeitnehmer des Entleihers mit gleicher oder ähnlicher Tätigkeit, die Arbeitnehmer müssen tätigkeitsbezogen vergleichbar sein (Ulber, AÜG, § 9, Rz. 104, Thüsing/Mengel, AÜG, §9, Rz. 24). Ausgangspunkt muss dabei der konkrete Arbeitsplatz sein, den der Leiharbeitnehmer besetzt (Ulber, a.a.O., § 9 Rz. 105). 195

Ist dabei eine zu gewährende Arbeitsbedingung an besondere persönliche Merkmale gebunden, wie besondere Qualifikationen oder ein Berufsabschluss, muss auch der 196

Leiharbeitnehmer diese erfüllen (Ulber, a.a.O., § 9, Rz. 107; Thüsing/Mengel, a.a.O., § 9, Rz. 24). Es sind daher auch personenbezogene Komponenten zu berücksichtigen (Schüren, AÜG, § 9, Rz. 121)

4. Hinsichtlich der Bestimmung der wesentlichen Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Entleiherbetrieb gilt der Grundsatz, dass der Arbeitnehmer die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und im Streitfall beweisen muss (BAG 23.03.2011, EzA AÜG § 10 Nr. 15). 197

Zur Bestimmung der Höhe des Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG kann der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast dabei zum einen dadurch genügen, dass er den Inhalt einer Auskunft des Entleihers nach § 13 AÜG vorträgt (BAG, 19.09.2007, EzA AÜG § 13 Nr.1; BAG 23.03.2011, aaO.). Eine solche Auskunft liegt hier jedoch nicht vor, so dass es bei der grundsätzlichen Darlegungslast beim Kläger verblieb. 198

5. Unter Berücksichtigung dieser Kriterien waren für die Zeit der Überlassung an die Fa. J1 Söhne Stundenentgelte und Sonderleistungen anzusetzen, wie sie sich aus der Auskunft der Entleiherin im Verfahren 1 Ca 1321/11 Arbeitsgericht Minden ergeben. 199

a) Soweit es um Entgelte vergleichbarer Arbeitnehmer bei der Entleiherin geht, waren diese anzusetzen, da die Beklagte der vom Kläger in Bezug genommenen Auskunft nicht entgegengetreten ist. 200

Abzuziehen waren hiervon die Beträge, die der Kläger in seiner eigenen Aufstellung als Zahlung durch die Beklagte für die jeweiligen Monate (Bl 81 der GA) angibt. 201

Es ergaben sich danach folgende Differenzbeträge: 202

- für Juli 2010 jedenfalls 1.323,72 €, wie geltend gemacht, da nach der Aufstellung der Entleiherin der anzusetzende Betrag höher als der vom Kläger geltend gemachte ist 203

- für August 2010 aus dem gleichen Gesichtspunkt jedenfalls 1.177,52 € 204

- für September 2010 lediglich 766,20 € als Differenz zwischen dem von der Entleiherin angegebenen Betrag von 2.238,44 € und dem vom Kläger als Leistung der Beklagten angegebenen Betrag in Höhe von 1.472,24 € 205

- für Oktober 2010 987,30 € als Differenz zwischen dem von der Entleiherin angegebenen Betrag von 2.398,79 € und dem vom Kläger als Leistung der Beklagten angegebenen Betrag in Höhe von 1.411,49 € 206

- für November 2010 jedenfalls 1.249,05, da sich unter Zugrundelegung der Angaben der Entleiherin ein höherer Betrag ergeben würde 207

- für Dezember 2010 533,55 € als Differenz zwischen von der Entleiherin angegebenen 2.028,49 € und 1.494,94 € 208

- für Januar 2011 470,16 € als Differenz zwischen 1.926,88 € und 1.456,72 € 209

- für Februar 2011 732,30 € als Differenz zwischen 2.127,63 € und 1.395,33 € 210

- für März 2011 der vom Arbeitsgericht ausgeurteilte Betrag, da zutreffend der Betrag von 2.160,81 € aus der Auskunft der Entleiherin angesetzt worden ist 211

- für April 2011 der ausgerichtete Betrag, den die Beklagte rechnerisch nicht angegriffen hat. 212

b) Urlaubsgeld war für lediglich 11 Tage anzusetzen, da es gegenüber dem Vorbringen der Beklagten zum Umfang der Urlaubsgewährung keinen weitergehenden substantiierten Vortrag des Klägers zu einem größeren Umfang gibt. Es ergab sich insoweit ein Anspruch in Höhe von 609,26 €. 213

C. 214

Die Kosten des Rechtsstreits waren wegen der unterschiedlichen Forderungshöhen getrennt nach den Instanzen im Verhältnis des jeweiligen Obsiegens zum Unterliegen nach § 92 Abs. 1 ZPO zu verteilen. 215

Wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfragen insbesondere zur Fälligkeit von Ansprüchen aus § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG, zur Wirksamkeit von Verfallfristen, zum Vertrauensschutz und zur Berechnung von Ansprüchen war die Revision nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG für beide Parteien zuzulassen. 216

. 217

. 218
