

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 24. September 2014
- 5 AZR 256/13 -

I. Arbeitsgericht Trier

Urteil vom 14. Februar 2012
- 3 Ca 880/11 -

II. Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Urteil vom 29. November 2012
- 2 Sa 172/12 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt („equal pay“)

Bestimmungen:

AÜG § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4; BGB § 307 Abs. 1 Satz 2

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu weiteren teilweisen Parallelsachen

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 256/13
2 Sa 172/12
Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. September 2014

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. September 2014 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie die ehrenamtlichen Richter Dittrich und Dr. Dombrowsky für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 29. November 2012 - 2 Sa 172/12 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

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

Der 1968 geborene Kläger ist seit dem 10. April 2006 bei der Beklagten, die gewerblich Arbeitnehmerüberlassung betreibt, beschäftigt. Seit 2006 wurde er einem Unternehmen des R-Konzerns als Stromableser überlassen. 2

Dem Arbeitsverhältnis lag zunächst ein Formulararbeitsvertrag vom 19. April 2006 zugrunde, in dem es ua. heißt: 3

„1. Gegenstand und Bezugnahme auf Tarifvertrag

...

Der Mitarbeiter ist eingestellt als

Außendienstmitarbeiter,

Der Mitarbeiter wird aufgrund der notwendigen Qualifikation für die im Kundeneinsatz ausgeübte Tätigkeit entsprechend des nachfolgend genannten Entgelttarifvertrages wie folgt eingruppiert:

Entgeltgruppe: AWE 4+

Die Rechte und Pflichten der Parteien dieses Arbeitsvertrages bestimmen sich nach den nachstehenden Regelungen sowie nach den zwischen dem Arbeitgeberverband mittelständischer Personaldienstleister (AMP) und der Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP) geschlossenen Tarifverträgen in der jeweils gültigen Fassung, derzeit bestehend aus Manteltarifvertrag (MTV), Entgelttarifvertrag (ERTV),

Entgelttarifvertrag (ETV) und Beschäftigungssicherungstarifvertrag (BeschSiTV).

Der Arbeitgeber ist berechtigt, durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Mitarbeiter die vorgenannten Tarifverträge jeweils für die Zukunft durch solche zu ersetzen, die von einem anderen für den Arbeitgeber zuständigen Arbeitgeberverband geschlossen wurden (Tarifwechsel kraft Inbezugnahme). In diesem Fall treten die von diesem anderen Arbeitgeberverband geschlossenen Tarifverträge hinsichtlich sämtlicher Regelungen dieses Arbeitsvertrages an die Stelle der vorgenannten Tarifverträge.

...

5. Arbeitszeit

Als regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit ausschließlich Pausen werden 35,00 Stunden vereinbart.

...

Lage, Beginn, Ende und Dauer der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit sowie die Lage und Dauer der Pausen richten sich nach den in dem Betrieb des jeweiligen Kunden geltenden betrieblichen Regelungen, im Übrigen nach den Bestimmungen der in 1. genannten Tarifverträge. Der jeweilige Arbeitszeitbeginn ist als Beginn der Verpflichtung zur Arbeitsleistung selbst zu verstehen und nicht als Eintreffen im Kundenbetrieb bzw. am Arbeitsplatz.

...

6. Vergütung

...

6.4 Zahlung

Die Vergütung wird nach Abzug der gesetzlichen Beiträge wie Steuern und Sozialversicherung, monatlich bis spätestens zum 20. des Folgemonats auf ein vom Mitarbeiter anzugebendes Konto überwiesen.

...

14. Ausschluss von Ansprüchen

Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, sind ausgeschlossen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht worden sind; dies gilt nicht, wenn die in 1. genannten Tarifverträge eine abweichende Regelung enthalten.

Unberührt hiervon bleiben Ansprüche aus unerlaubter Handlung.

Lehnt die Gegenpartei die Erfüllung des Anspruchs schriftlich 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 Ablehnung oder Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird; dies gilt nicht, wenn die in 1. genannten Tarifverträge eine abweichende Regelung enthalten.

...“

Weitere Zusatzvereinbarungen von 2006 und 2007 betrafen den Einsatz und die Vergütung des Klägers. 4

Am 26. April 2010 schlossen die Parteien rückwirkend zum 1. Januar 2010 eine von der Beklagten vorformulierte „Zusatzvereinbarung“, die lautet: 5

„Zwischen den Vertragsparteien besteht Einigkeit, dass ab dem 01.01.2010 (bei späterem Eintritt ab Beginn des Arbeitsverhältnisses) auf das bestehende Arbeitsverhältnis die Tarifverträge zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) und den Einzelgewerkschaften des christlichen Gewerkschaftsbundes (CGB) in der jeweils gültigen Fassung Anwendung finden. Diese bestehen derzeit aus Manteltarifvertrag (MTV), Entgelttarifvertrag (ERTV), Entgelttarifvertrag (ETV) und Beschäftigungssicherungstarifvertrag (BeschSiTV). Der Tarifvertragspartner CGB tritt somit an die Stelle der unter Ziffer 1. des geschlossenen Arbeitsvertrages genannten Tarifvertragspartei Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP).

Alle übrigen getroffenen Regelungen des Arbeitsvertrages gelten fort und bleiben von dieser Zusatzvereinbarung unberührt.“

In einem anderen Rechtsstreit schlossen die Parteien einen Vergleich, wonach ab dem 1. Mai 2011 auf das Arbeitsverhältnis die zwischen dem Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e. V. (BZA) und der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit (DGB) geschlossenen Tarifverträge Anwendung finden. 6

Auf Anfrage des Klägers erteilte ihm die R AG mit Schreiben vom 16. August 2012 folgende Auskunft: 7

„...“

in Erfüllung unserer Auskunftsverpflichtung gem. § 13 AÜG übersenden wir Ihnen nachfolgende Informationen.

Herr C ist seit April 2006 im Wege der Arbeitnehmerüberlassung bei der R GmbH eingesetzt; zunächst als Stromableser, seit Juli 2007 dann als Kombi-Außendienstmitarbeiter.

Die Eingruppierung seiner Tätigkeiten wäre zunächst in A 4 / Start (2006 - 2007) und dann B2/Basis nach Anlage 1 zum Vergütungstarifvertrag der Tarifgruppe RWE des AGWE vom 28.11.2011 erfolgt.

Die Grundvergütung wird 13mal je Jahr gezahlt, zudem gibt es eine Sonderzuwendung in Höhe von 363,00 EUR (Anlage 2 zum Vergütungstarifvertrag der Tarifgruppe RWE des AGWE vom 28.11.2011) einmalig je Jahr.

Die Spesen und Fahrtkosten werden entsprechend der individuellen Aufwendungen nach der gültigen Reisekostenregelung der RWE vergütet.

Die fiktive Gehaltsentwicklung von Herrn C entnehmen Sie bitte der Anlage zum Vergütungstarifvertrag der Tarifgruppe RWE des AGWE vom 28.11.2011; der Verbleib in Basis und Erfahrungsstufen ist jeweils maximal drei Jahre vorgesehen.

...“

Nach erfolgloser außergerichtlicher Geltendmachung mit Schreiben vom 25. Februar und 3. März 2011 hat der Kläger mit der am 6. Juli 2011 eingereichten Klage unter Berufung auf § 10 Abs. 4 AÜG die Differenz zwischen der von der Beklagten erhaltenen Vergütung und dem Arbeitsentgelt, das die Entleiherin vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt haben soll, auf der Grundlage der Vergütungsgruppen B 1 und B 2 verlangt. Darüber hinaus hat er 8

Differenzfahrkostenerstattung sowie die Zahlung von Weihnachtsgeld und Sonderzuwendungen beansprucht.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, nachdem die Tarifunfähigkeit der CGZP durch das Bundesarbeitsgericht festgestellt worden sei, laufe die arbeitsvertragliche Verweisung auf die mit der CGZP geschlossenen Tarifverträge leer. Er habe daher Anspruch auf Vergütung zu den im Entleiherbetrieb gültigen Bedingungen, namentlich den Tarifverträgen der Tarifgruppe RWE. 9

Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 63.197,08 Euro brutto nebst Zinsen zu zahlen. 10

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, ein Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt sei nicht entstanden, zumindest zum Teil verjährt. Zudem habe der Kläger die Höhe des Anspruchs nicht dargelegt. Auf die von der R AG erteilte Auskunft könne er sich nicht stützen, weil diese nicht Entleiherin sei. Der Kläger habe sein Zahlenwerk nicht an die erteilte Auskunft angepasst. 11

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. 12

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Die Beklagte ist nach § 10 Abs. 4 AÜG verpflichtet, dem Kläger für die streitgegenständliche Zeit der Überlassung an ein Unternehmen des R-Konzerns das gleiche Arbeitsentgelt zu zahlen, wie es die Entleiherin vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt hätte (I.). Der Kläger musste keine Ausschlussfristen einhalten (II.). Die Ansprüche sind jedoch unter Umständen teilweise verjährt (III.). In welcher Höhe dem Kläger Differenzvergütung zusteht, kann der Senat aufgrund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. Das führt zur Auf- 13

hebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (IV.).

- I. Der Kläger hat für die streitgegenständliche Zeit der Überlassung an ein Unternehmen des R-Konzerns Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 10 Abs. 4 AÜG. Eine nach § 9 Nr. 2 AÜG zur Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung berechtigte Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. Nr. 1 Arbeitsvertrag verweist auf wegen der fehlenden Tariffähigkeit der CGZP unwirksame Tarifverträge. Die Zusatzvereinbarung vom 26. April 2010 könnte die Beklagte allenfalls für die Zeit ab dem 1. Januar 2010 von der Pflicht zur Gleichbehandlung entbinden. Sie ist aber mit dem von der Beklagten gewollten Inhalt intransparent und nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam (*vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 294/12 - Rn. 11 ff., 18*). 14
- II. Der Anspruch des Klägers auf gleiches Arbeitsentgelt ist nicht verfallen. 15
1. Der Kläger war nicht gehalten, Ausschlussfristen aus unwirksamen Tarifverträgen der CGZP oder aus den nicht wirksam in das Arbeitsverhältnis einbezogenen Tarifverträgen zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e. V. (AMP) und Einzelgewerkschaften des Christlichen Gewerkschaftsbunds vom 15. März 2010 (fortan: AMP-TV 2010) einzuhalten. Derartige „tarifliche“ Ausschlussfristenregelungen sind auch nicht kraft Bezugnahme als Allgemeine Geschäftsbedingung Bestandteil des Arbeitsvertrags geworden (*vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 294/12 - Rn. 21 f.*). 16
2. Ob Nr. 14 Arbeitsvertrag eine eigenständige, bei Unwirksamkeit der in Bezug genommenen „Tarifverträge“ oder bei einer unwirksamen Bezugnahme auf Tarifverträge zum Tragen kommende vertragliche Ausschlussfristenregelung enthält, kann dahingestellt bleiben. Als solche würde sie einer AGB-Kontrolle nicht standhalten. Die Kürze der Fristen auf beiden Stufen benachteiligte den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (*vgl. BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - BAGE 115, 19; 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - BAGE 116, 66*). 17

3. Die Ansprüche des Klägers sind nicht nach § 16 MTV BZA/DGB oder gemäß Nr. 14 des mit Wirkung zum 1. Mai 2011 im Wege des Prozessvergleichs vor dem Arbeitsgericht Trier (- 3 Ca 985/11 -) geschlossenen Änderungsvertrags verfallen. 18

Die Klausel erfasst (nur) Ansprüche, die nach Änderung der Bezugnahmeklausel fällig geworden sind. Die von der Beklagten intendierte Rückwirkung der Ausschlussfristenregelung wäre - als Vertragsbestandteil gedacht - nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil sie den Kläger durch die nachträgliche zeitliche Begrenzung eines bereits entstandenen Anspruchs auf gleiches Arbeitsentgelt entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligte (vgl. BAG 19. Februar 2014 - 5 AZR 1046/12 - Rn. 23; 19. Februar 2014 - 5 AZR 920/12 - Rn. 16 ff., 25). 19

III. Soweit der Kläger Ansprüche aus 2007 und im Laufe des Rechtsstreits im Wege der Klageerweiterungen weitere Ansprüche geltend gemacht hat, sind diese unter Umständen verjährt. 20

1. Der Anspruch des Leiharbeitnehmers auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 10 Abs. 4 AÜG ist ein die arbeitsvertragliche Vergütungsabrede korrigierender gesetzlicher Entgeltanspruch, der mit der Überlassung entsteht und mit dem arbeitsvertraglich für die Vergütung bestimmten Zeitpunkt fällig wird. Mangels Eingreifens der besonderen Tatbestände der §§ 196, 197 BGB unterliegt er der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB. Für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist kommt es - neben dem Entstehen des Anspruchs - nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB darauf an, dass der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Die von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB geforderte Kenntnis des Gläubigers ist vorhanden, wenn er aufgrund der ihm bekannten Tatsachen gegen eine bestimmte Person eine Klage, sei es auch nur eine Feststellungsklage, erheben kann, die bei verständiger Würdigung so viel Erfolgsaussicht hat, dass sie dem Gläubiger zumutbar ist. Die erforderliche Kenntnis setzt keine zutreffende rechtliche Würdigung voraus, es genügt vielmehr die Kenntnis der den Anspruch begründenden 21

tatsächlichen Umstände. Danach hat der Leiharbeitnehmer von dem Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 10 Abs. 4 AÜG ausreichende Kenntnis iSv. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, wenn er Kenntnis von der Tatsache hat, dass vergleichbare Stammarbeitnehmer des Entleihers mehr verdienen als er. Dagegen kommt es nicht auf eine zutreffende rechtliche Würdigung der arbeitsvertraglichen Klausel an, mit der der Verleiher von der in § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG eröffneten Möglichkeit, von dem Gebot der Gleichbehandlung abzuweichen, Gebrauch macht. Vertraut der Leiharbeitnehmer auf deren Rechtswirksamkeit und in diesem Zusammenhang auf die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition, ist dieses Vertrauen ebenso wenig geschützt wie das des Verleihers. Etwas anderes gilt nur dann, wenn und solange dem Leiharbeitnehmer die Erhebung einer die Verjährung hemmenden Klage (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) unzumutbar war (*BAG 20. November 2013 - 5 AZR 776/12 - Rn. 16*).

2. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, ob dem Kläger die Tatsachen bekannt waren, aus denen er im vorliegenden Rechtsstreit gefolgert hat, vergleichbare Stammarbeitnehmer hätten mehr verdient als er. 22

IV. In welcher Höhe dem Kläger - nicht verjährte - Ansprüche auf Differenzvergütung zustehen, kann der Senat wegen fehlender Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. Auch dies führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. 23

1. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist es unerheblich, ob die Entleiherin tatsächlich vergleichbare Stammarbeitnehmer beschäftigt. Wendet der Entleiher in seinem Betrieb ein allgemeines Entgeltschema an, kann auf die fiktive Eingruppierung des Leiharbeitnehmers in dieses Entgeltschema abgestellt werden. Maßstab ist in diesem Fall das Arbeitsentgelt, das der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre. Das gebietet schon die unionsrechtskonforme Auslegung des § 10 Abs. 4 AÜG im Lichte des Art. 5 Abs. 1 RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (fortan: RL). Es fehlt zudem jeglicher Anhaltspunkt, dass nach nationalem Recht der Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt entfallen soll, wenn der Entlei- 24

her für eine bestimmte Tätigkeit nur noch Leih-, aber keine Stammarbeitnehmer mehr beschäftigt (*BAG 19. Februar 2014 - 5 AZR 680/12 - Rn. 15*).

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass - entsprechend der von der R AG erteilten Auskunft - im R-Konzern ein allgemeines Entgeltschema, nämlich die Tarifverträge der Tarifgruppe RWE, Anwendung findet. Maßgeblich ist damit das Entgelt, das der Kläger erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit bei der Entleiherin angestellt worden wäre. 25

2. Die Auskunft der R AG vom 16. August 2012 ist ordnungsgemäß. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger der R GmbH zur Arbeitsleistung überlassen war, die Auskünfte aber von der R AG erteilt wurden. Denn § 13 AÜG hindert den Entleiher nicht, zur Erstellung und Bekanntgabe der Auskunft Hilfspersonen hinzuzuziehen, sofern diese über das für eine ordnungsgemäße Auskunft erforderliche Wissen verfügen (*BAG 19. Februar 2014 - 5 AZR 1048/12 - Rn. 27 mwN*). 26

3. Das Landesarbeitsgericht wird festzustellen haben, ob der Kläger als Stammarbeitnehmer die tariflichen Voraussetzungen einer Vergütung nach Vergütungsgruppe B 2 erfüllt hätte. Dabei kann sich der Kläger für die Darlegung des Entgelts vergleichbarer Stammarbeitnehmer auf die Auskunft der R AG vom 16. August 2012 stützen. Deshalb ist es im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast Sache der Beklagten, die Auskunft zu erschüttern (*vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 146/12 - Rn. 22*). Dazu hat sie - bislang - keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ergeben würde, die Tätigkeit des Klägers im Streitzeitraum habe nicht der in der Auskunft zugrunde gelegten Tätigkeit entsprochen. Das Landesarbeitsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - keine Feststellungen über das Entgelt vergleichbarer Stammarbeitnehmer getroffen. Sollte die Beklagte die Auskunft insoweit erschüttern, wird der die Auskunft ergänzende Sachvortrag des Klägers zu den Eingruppierungsvoraussetzungen der beanspruchten Vergütungsgruppe und deren tatsächlicher Handhabung bei der Entleiherin zu werten sein. 27

4. Zur Ermittlung der Höhe des Anspruchs nach § 10 Abs. 4 AÜG ist ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen. 28
- a) Zutreffend hat der Kläger als Ausgangspunkt für die Berechnung der Differenzvergütung zuletzt ein Monatsgehalt angesetzt. 29
- Im erneuten Berufungsverfahren wird festzustellen sein, ob der Kläger für die bei der Entleiherin zu beanspruchende Monatsvergütung die dort geschuldete regelmäßige Arbeitszeit (§ 4 MTV RWE) erbracht bzw. durch gesetzliche Entgeltfortzahlungstatbestände „abgedeckt“ hat. 30
- b) Hat der Kläger nach den von der Beklagten abgerechneten und damit streitlos gestellten Stunden Mehrarbeit iSv. § 5 MTV RWE geleistet - was bislang allerdings nicht ausreichend substantiiert dargelegt ist -, kann er dafür Differenzvergütung nach den tariflich vorgesehenen Regeln beanspruchen. Der Abgeltung von Mehrarbeit kann die Beklagte nicht den Vorrang von Freizeit- ausgleich (§ 5 Nr. 4 MTV RWE) entgegenhalten, wenn sie keinen Freizeit- ausgleich gewährt, sondern die Mehrarbeitsstunden - wenn auch zu niedrig - vergütet hat. 31
5. Der Senat kann nicht feststellen, ob und in welcher Höhe der Antrag zu 11., mit dem der Kläger Fahrkostenersatz geltend macht, begründet ist. 32
- a) Echter Aufwendungsersatz ist kein Arbeitsentgelt. Er ist auch keine wesentliche Arbeitsbedingung iSv. § 10 Abs. 4 AÜG. Solche sind ausschließlich die in Art. 3 Abs. 1 Buchst. f, i RL genannten Regelungsgegenstände (BAG 23. März 2011 - 5 AZR 7/10 - Rn. 29, BAGE 137, 249). Dazu gehört Aufwendungsersatz nicht. Nur soweit sich Aufwendungsersatz als „verschleiertes“ und damit steuerpflichtiges Arbeitsentgelt darstellt, ist er beim Gesamtvergleich der Entgelte zu berücksichtigen (BAG 23. März 2011 - 5 AZR 7/10 - Rn. 35, aaO). 33
- b) Der Kläger hat die Zahlung weiteren (Brutto-)Entgelts in Form steuerlich nicht begünstigter Fahrgelder bislang nicht näher substantiiert. Dass die Entleiherin tatsächlich 0,33 Euro/km gezahlt und es nicht bei 0,30 Euro/km - steuerlich privilegiert - belassen hätte, ergibt sich aus den Feststellungen der 34

Vorinstanzen nicht. Das Landesarbeitsgericht wird deshalb im erneuten Berufungsverfahren - ggf. nach ergänzendem Sachvortrag der Parteien - entsprechende Feststellungen treffen müssen.

Müller-Glöge

Laux

Biebl

Dittrich

Dombrowsky