

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 16. Dezember 2020  
- 5 AZR 22/19 -  
ECLI:DE:BAG:2020:161220.U.5AZR22.19.0

I. Arbeitsgericht  
Karlsruhe

Urteil vom 10. April 2018  
- 7 Ca 284/17 -

II. Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg  
- Kammern Mannheim -

Urteil vom 6. Dezember 2018  
- 14 Sa 27/18 -

---

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerüberlassung - Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt („equal pay“) - Darlegungslast - Ausschlussfristen

# BUNDEARBEITSGERICHT



5 AZR 22/19

14 Sa 27/18

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am

16. Dezember 2020

## URTEIL

Schmidt-Brenner, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Dezember 2020 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Eberhard und Bürger für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 6. Dezember 2018 - 14 Sa 27/18 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

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

Die Klägerin, die keiner Gewerkschaft angehört, war aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrags von Januar bis September 2017 bei der Beklagten, die gewerblich Arbeitnehmerüberlassung betreibt, als Leiharbeiterin beschäftigt. Sie erhielt einen Stundenlohn von zuletzt 9,85 Euro brutto und einsatzbezogene Zulagen in unterschiedlicher Höhe. Vom 24. Januar bis zum 28. April 2017 war die Klägerin der E GmbH & Co. KG (iF nur E) und vom 4. Mai bis zum 31. Juli 2017 der P GmbH & Co. KG (iF nur P) überlassen. 2

Dem Arbeitsverhältnis lag ein Formulararbeitsvertrag zugrunde, in dem es ua. heißt: 3

#### **„§ 1 Beginn / Inhalt / Einbeziehung des Tarifvertrages**

...

(2) Die Rechte und Pflichten der Parteien dieses Arbeitsvertrages bestimmen sich nach den jeweils inhaltlich und betrieblich-fachlich einschlägigen Tarifverträgen für die Zeitarbeit in ihrer jeweils gültigen Fassung, die zwischen dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. (iGZ) auf der einen und den Gewerkschaften IG BCE, NGG, IG Metall, GEW, ver.di, IG Bau, EVG oder GdP oder etwaigen zukünftig hinzutretenden Mitgliedsgewerkschaften des DGB auf der anderen Seite geschlossen wurden. Soweit der Mitarbeiter in einem Kundenbetrieb eingesetzt ist, sind ausschließlich jeweils diejenigen der vorgenannten

Tarifverträge betrieblich-fachlich einschlägig, die von derjenigen Gewerkschaft geschlossen wurden, in deren betrieblich-fachliche Zuständigkeit dieser Kundenbetrieb fällt. Sofern in dieser Weise die betrieblich-fachliche Zuständigkeit mehrerer der vorgenannten Gewerkschaften gegeben ist oder die für den jeweiligen Kundenbetrieb betrieblich-fachlich zuständige Gewerkschaft zu demselben Regelungsgegenstand mehrere sich widersprechende Tarifverträge mit dem iGZ geschlossen hat, sind wiederum ausschließlich jeweils diejenigen Tarifverträge betrieblich-fachlich einschlägig, die für den Einsatz in der Art von Betrieb geschlossen wurden, welcher der Kundenbetrieb zugehört. Kommen auch insoweit noch mehrere Tarifverträge mit demselben Regelungsgegenstand in Betracht, finden jeweils ausschließlich die für den Mitarbeiter in Bezug auf den jeweiligen Regelungsgegenstand günstigsten Regelungen dieser Tarifverträge Anwendung. Soweit für den Einsatz in dem jeweiligen Kundenbetrieb keiner der vorgenannten Tarifverträge betrieblich-fachlich einschlägig ist oder der Mitarbeiter nicht an Kunden überlassen ist, finden die in Satz 1 genannten mit der Gewerkschaft ver.di geschlossenen Tarifverträge Anwendung.

...

### **§ 15 Ausschlussfristen**

Die Parteien vereinbaren hiermit einzelvertraglich unabhängig von der Geltung eines Tarifvertrages und der einzelvertraglichen Inbezugnahme eines Tarifvertrages im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses:

(1) Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei in Textform geltend gemacht werden. Lehnt die Gegenpartei die Ansprüche in Textform ab, sind die Ansprüche innerhalb einer weiteren Ausschlussfrist von drei Monaten ab Zugang der Ablehnung gerichtlich geltend zu machen. Ansprüche, die nicht innerhalb dieser Fristen geltend gemacht werden, sind ausgeschlossen.

(2) Absatz 1 gilt auch für etwaige Ansprüche des Mitarbeiters nach § 10 Absatz 4 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz auf Gewährung der gleichen wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts eines vergleichbaren Arbeitnehmers im jeweiligen Kundenbetrieb.

...

(4) Die Ausschlussfrist bezieht sich nicht auf Ansprüche nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG).“

Mit Schreiben vom 22. August 2017 hat die Klägerin erfolglos dem Grunde nach „rückwirkend ab Beginn des Arbeitsverhältnisses und für die Zukunft gleiches Arbeitsentgelt wie vergleichbare Arbeitnehmer des jeweiligen Kundenbetriebes“ geltend gemacht und am 20. November 2017 die vorliegende Klage erhoben. Sie hat unter Berufung auf eine Auskunft der ersten Entleiherin vorgetragen, als unmittelbar bei der E Beschäftigte hätte sie Vergütung nach dem Monatslohntarifvertrag der Textilindustrie Baden-Württemberg erhalten, zunächst nach dessen Lohngruppe II und bei Bewährung ab dem vierten Monat nach dessen Lohngruppe III. Danach ergäben sich rechnerisch Bruttostundenlöhne von 12,24 Euro bzw. 12,58 Euro. Die zweite Entleiherin, die P, sei ein Unternehmen der Elektroindustrie, deren branchenüblicher Tariflohn sich nach den Tarifverträgen der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg richte. Das tarifliche monatliche Bruttoentgelt einer Anlernkraft im ersten Beschäftigungsjahr entspräche einem Stundenlohn von 15,58 Euro brutto.

4

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz durch arbeitsvertragliche Vereinbarung der Anwendung entsprechender Tarifverträge sei mit Art. 5 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (iF Leiharbeits-RL) nicht vereinbar, ebenso wenig lasse Unionsrecht eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz hinsichtlich des Arbeitsentgelts bei befristeten Leiharbeitsverhältnissen zu. Darüber hinaus würden die in Bezug genommenen Tarifverträge entgegen Art. 5 Abs. 3 Leiharbeits-RL den Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern nicht achten.

5

Die Klägerin hat - soweit für die Revision von Belang - beantragt, 6  
die Beklagte zu verurteilen, an sie 3.019,82 Euro brutto  
nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über  
dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zah-  
len.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, die Tariföff- 7  
nung in § 8 Abs. 2 Satz 3 AÜG und § 9 Nr. 2 AÜG aF sei unionsrechtlich nicht zu  
beanstanden und gelte auch für befristete Leiharbeitsverhältnisse. Die in Bezug  
genommenen Zeitarbeitstarifverträge würden den Gesamtschutz von Leiharbeit-  
nehmern in Art. 5 Abs. 3 Leiharbeits-RL in genügender Weise achten.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 8  
hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht  
zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klage weiter, während die Be-  
klagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die 9  
Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Auf die von der Klägerin aufgeworfenen  
und vom Landesarbeitsgericht erörterten unionsrechtlichen Fragen kommt es  
nicht entscheidungserheblich an. Die Klage ist schon deshalb unbegründet, weil  
ein möglicher Anspruch auf Differenzvergütung für den Zeitraum der Überlas-  
sung an die E jedenfalls verfallen ist, einen möglichen Anspruch auf Differenz-  
vergütung für den Zeitraum der Überlassung an die P hat die Klägerin nicht hin-  
reichend substantiiert dargelegt.

I. Ob für den Zeitraum ihrer Überlassung an die E ein Anspruch der Klägerin auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 8 Abs. 1 AÜG in der seit dem 1. April 2017 geltenden Fassung und - für den Zeitraum davor - § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG aF entstanden ist, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Denn ein solcher Anspruch wäre - sein Entstehen und die schlüssige Berechnung der Höhe des Anspruchs (*zum nicht statthafter „Herunterrechnen“ des Monatslohns von Stammarbeitnehmern auf einen fiktiven Stundenlohn vgl. BAG 23. November 2016 - 5 AZR 53/16 - Rn. 31 mwN, BAGE 157, 213; 16. Oktober 2019 - 4 AZR 66/18 - Rn. 45 mwN, BAGE 168, 96*) zugunsten der Klägerin unterstellt - nach § 15 Abs. 1 Arbeitsvertrag wegen nicht rechtzeitiger Geltendmachung verfallen. 10

1. Die Klägerin musste die erste Stufe der Ausschlussfristenregelung in § 15 Abs. 1 Arbeitsvertrag beachten. Es handelt sich um eine eigenständige arbeitsvertragliche Regelung, die der AGB-Kontrolle standhält. Dem steht die Unabdingbarkeit (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG) des Anspruchs aus § 8 Abs. 1 AÜG bzw. § 10 Abs. 4 AÜG aF nicht entgegen, weil Ausschlussfristen ausschließlich die Art und Weise der Durchsetzung eines entstandenen Anspruchs betreffen und nicht zu dessen Inhalt gehören (*BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 36 mwN, BAGE 144, 306*). 11

a) § 15 Arbeitsvertrag ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung (§ 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB). Das belegt schon das äußere Erscheinungsbild der Regelung und steht zwischen den Parteien außer Streit. Die Klausel enthält - wie ihr Eingangssatz ausdrücklich betont - unabhängig von der Inbezugnahme tariflicher Vorschriften eine eigenständige arbeitsvertragliche Ausschlussfristenregelung (*sh. zum grundsätzlichen Vorrang der in einen Arbeitsvertrag aufgenommenen Klauseln gegenüber einer nur durch die pauschale Bezugnahme auf einen Tarifvertrag anwendbaren Regelung auch BAG 16. Oktober 2019 - 4 AZR 66/18 - Rn. 30 mwN, BAGE 168, 96*). Diese erfasst, wie in § 15 Abs. 2 Arbeitsvertrag auch ausdrücklich festgehalten, den Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt, weil dieser ein Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis ist (*vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 39, BAGE 144, 306*). 12

b) Die Klausel ist nicht überraschend iSd. § 305c Abs. 1 BGB und damit Vertragsbestandteil geworden. Denn die Vereinbarung von Ausschlussfristen entspricht einer weit verbreiteten Übung im Arbeitsleben. Die Regelung findet sich auch nicht an einer irgendwo im Arbeitsvertrag versteckten Stelle. Sie ist vielmehr in einem mit „Ausschlussfristen“ überschriebenen eigenen Paragraphen enthalten, der zudem durch Fettdruck hervorgehoben ist (*vgl. zum Ganzen BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 46, BAGE 144, 306*). Zudem wird in § 15 Abs. 2 Arbeitsvertrag ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Klausel auch den Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz erfasst. 13

c) Die Klausel ist nicht mangels hinreichender Transparenz unwirksam, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Denn der Arbeitnehmer kann ersehen, dass alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und auch der Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt verfallen (also - untechnisch - in Wegfall geraten), wenn sie nicht innerhalb bestimmter Fristen in der in der Klausel bezeichneten Weise geltend gemacht werden (*BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 49, BAGE 144, 306*). Das verdeutlicht zudem § 15 Abs. 1 Satz 3 Arbeitsvertrag mit dem Hinweis, dass die nicht innerhalb der Fristen geltend gemachten Ansprüche „ausgeschlossen“ sind. 14

Ob eine fehlende Ausnahme für den gesetzlichen Mindestlohn gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt (*so BAG 18. September 2018 - 9 AZR 162/18 - BAGE 163, 282*), kann dahingestellt bleiben. Denn § 15 Abs. 4 Arbeitsvertrag nimmt Ansprüche nach dem Mindestlohngesetz ausdrücklich von der Ausschlussfristenregelung aus. 15

d) Die Verfallklausel hält - jedenfalls auf der im Streitfall maßgeblichen ersten Stufe - der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand. Denn eine Frist zur Geltendmachung von mindestens drei Monaten ab Fälligkeit benachteiligt den Arbeitnehmer nicht unangemessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben (*st. Rspr., vgl. - im Zusammenhang mit dem Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt - BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 51 mwN, BAGE 144, 306; 17. April 2019 - 5 AZR 331/18 - Rn. 20 mwN*). Die Klausel lässt auf ihrer ersten 16



Stufe auch zu, dass die Klägerin ihre Ansprüche durchsetzen kann, selbst wenn sie die Höhe des vergleichbaren Stamarbeitnehmern gewährten Arbeitsentgelts (noch) nicht im Einzelnen kennt. Weil in der Klausel nicht davon die Rede ist, dass Ansprüche auf gleiches Arbeitsentgelt konkret beziffert sein müssten, reicht in solchen Fällen die Geltendmachung in Textform (§ 309 Nr. 13 Buchst. b BGB) „dem Grunde nach“ aus (vgl. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 52 f., aaO).

2. Die Klägerin hat die erste Stufe der Ausschlussfrist nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Arbeitsvertrag nicht eingehalten. Sie hat einen möglichen Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt für die Dauer der Überlassung an die E nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erstmals mit Schreiben vom 22. August 2017 dem Grunde nach geltend gemacht. Weil der Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 8 Abs. 1 AÜG bzw. § 10 Abs. 4 AÜG aF ein die arbeitsvertragliche Vergütungsabrede korrigierender gesetzlicher Entgeltanspruch ist, wird er mit dem im Arbeitsvertrag für die Vergütung bestimmten Zeitpunkt fällig (BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 42, BAGE 144, 306, seither st. Rspr.). Die Fälligkeit der Vergütung für April 2017 trat nach § 4 Abs. 2 Satz 3 Arbeitsvertrag zum 15. Mai 2017 ein. Am 22. August 2017, auf den das Geltendmachungsschreiben der Klägerin datiert und an dem es ausweislich des Eingangsstempels auch bei der Beklagten eingegangen ist, waren damit Ansprüche auf gleiches Arbeitsentgelt für Überlassungen bis einschließlich des Monats April 2017 verfallen.

II. Ob der Klägerin für den Zeitraum ihrer Überlassung an die P ein Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt gemäß § 8 Abs. 1 AÜG zusteht, ist nicht entscheidungserheblich. Denn die Klägerin hat die Höhe eines solchen - möglichen - Anspruchs nicht substantiiert dargelegt.

1. Der Anspruch des Leiharbeitnehmers auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 8 Abs. 1 AÜG, § 10 Abs. 4 AÜG aF ist ein die vertragliche Vergütungsabrede korrigierender gesetzlicher Entgeltanspruch, der mit jeder Überlassung entsteht und jeweils für die Dauer der Überlassung besteht. Zur Ermittlung der Höhe des Anspruchs ist deshalb ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen (*BAG 23. März 2011 - 5 AZR 7/10 - Rn. 35 f., BAGE 137, 249*). Darlegungs- und beweispflichtig für die Höhe des Anspruchs ist nach allgemeinen Grundsätzen der Leiharbeitnehmer (*BAG 13. März 2013 - 5 AZR 146/12 - Rn. 21; seither st. Rspr., vgl. zuletzt BAG 16. Oktober 2019 - 4 AZR 66/18 - Rn. 42, BAGE 168, 96; Schüren/Hamann AÜG 5. Aufl. § 8 Rn. 82, 86; MüKoBGB/Spinner 8. Aufl. § 611a Rn. 1202; HWK/Höpfner 9. Aufl. § 8 AÜG Rn. 17*). Stützt sich - wie im Streitfall - der Leiharbeitnehmer im Prozess nicht auf eine Auskunft nach § 13 AÜG, muss er zur Darlegung des Anspruchs auf gleiches Arbeitsentgelt alle für dessen Berechnung erforderlichen Tatsachen vortragen. Dazu gehört vorrangig die Benennung eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers und das diesem vom Entleiher gewährte Arbeitsentgelt. Beruft sich der Leiharbeitnehmer - alternativ - auf ein allgemeines Entgeltschema, hat er nicht nur dessen Inhalt, sondern auch darzulegen, dass ein solches im Betrieb des Entleihers im Überlassungszeitraum tatsächlich Anwendung fand und wie er danach fiktiv einzugruppieren gewesen wäre (*st. Rspr. BAG 13. März 2013 - 5 AZR 146/12 - Rn. 23; 21. Oktober 2015 - 5 AZR 604/14 - Rn. 13, 20, BAGE 153, 75*).

19

2. Diesen Anforderungen genügt der Sachvortrag der Klägerin nicht. Sie hat sich zur Darlegung der Höhe einer Differenzvergütung nach § 8 Abs. 1 AÜG für den Zeitraum der Überlassung an die P weder auf eine Auskunft der Verleiherin nach § 13 AÜG gestützt (obwohl sie eine entsprechende Klage angestrengt hatte), noch für ihren Einsatz vergleichbare Stammarbeitnehmer konkret benannt und zu deren Arbeitsentgelt substantiiert vorgetragen. Die Klägerin hat lediglich ohne nähere Begründung behauptet, die P sei „ein Unternehmen der Elektroindustrie“, deren branchenüblicher Tariflohn sich nach den Tarifverträgen der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg richte. Allein die Zugehörigkeit zur Metall- und Elektroindustrie besagt jedoch noch nicht, dass das entleihende Unternehmen aufgrund rechtlicher Verpflichtung oder tatsächlicher Handhabung

20

vergleichbare Stammarbeitnehmer „nach Tarif“ und nach welchem konkreten Tarifwerk vergütet würde (vgl. - zu einem ähnlichen Sachvortrag - BAG 13. März 2013 - 5 AZR 146/12 - Rn. 24; die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde war erfolglos, BVerfG 21. März 2015 - 1 BvR 3199/13 -). Zudem hat die Beklagte in Erwiderung auf das Vorbringen der Klägerin schon erstinstanzlich „die Anwendung des TV ME BaWü durch unser Kundenunternehmen“ bestritten, ohne dass die Klägerin Beweis für die Höhe der Vergütung vergleichbarer Stammarbeitnehmer im Betrieb der P angeboten hätte.

3. Der vom Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der Revisionsverhandlung beantragte Nachlass eines Schriftsatzes war nicht geboten. 21

Der Senat hat bereits in seinen Urteilen vom 23. März 2011 (- 5 AZR 7/10 - Rn. 36, BAGE 137, 249) und 13. März 2013 (- 5 AZR 146/12 - Rn. 21 ff.) darauf hingewiesen, dass der Leiharbeitnehmer für den Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweispflichtig ist. Davon mussten die Klägerin bzw. ihre Prozessbevollmächtigten ausgehen. Sie hätten - wenn sie sich nicht auf eine Auskunft nach § 13 AÜG stützten - in den Tatsacheninstanzen alle für die Anspruchshöhe relevant sein könnenden Tatsachen substantiiert vortragen und nach dem Bestreiten der Beklagten unter Beweis stellen müssen, zumal sie nicht davon ausgehen konnten, das Bestreiten der Beklagten sei unbeachtlich. Denn durch die arbeitsvertragliche Vereinbarung der Geltung von Tarifwerken der Leiharbeitsbranche entfiel die Pflicht der Entleiherin, in ihrem Vertrag mit der Beklagten das Arbeitsentgelt vergleichbarer Stammarbeitnehmer anzugeben, § 12 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 AÜG bzw. § 12 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 AÜG aF. Ferner muss ein Prozessbevollmächtigter schon in den Tatsacheninstanzen bedenken, dass das Bundesarbeitsgericht als Revisionsgericht der Bindung an das Revisionsrecht unterliegt und neuer Sachvortrag in der Revisionsinstanz nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 559 ZPO grundsätzlich nicht berücksichtigungsfähig ist (BAG 25. September 2013 - 5 AZR 617/13 (F) - Rn. 3). 22

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

23

Linck

Berger

Biebl

Eberhard

E. Bürger