

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 1 Sa 392/12

5 Ca 891/12 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 14.05.2013

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 14.05.2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 21.11.2012 – 5 Ca 891/12 – teilweise geändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 7.868,34 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 21.04.2012 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Der Kläger trägt 20 %, die Beklagte 80 % der Kosten des Rechtsstreits (beide Rechtszüge).

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand:

Der Kläger macht Zahlungsansprüche nach den Grundsätzen des „equal-pay“ geltend.

Er war vom 24.11.2008 bis 31.10.2009 bei der Beklagten auf Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrags (Bl. 45 – 49 d. A.) als Leiharbeitnehmer beschäftigt. Der Arbeitsvertrag lautet auszugsweise:

„Die von dem Mitarbeiter im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu leistenden Arbeitsleistungen und –pflichten werden durch nachfolgende Regelungen, die jeweils gültigen tarifvertraglichen Regelungen zwischen der Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeiten und PSA (=CGZP) und AMP, sowie durch bestehende oder künftige Betriebsvereinbarungen / Betriebsordnungen (z. Zt. nicht vorhanden) bzw. durch die Firma T. bzw. den Kundenbetrieb im Rahmen des Direktionsrechts durch entsprechende Einzelanweisungen bestimmt.

...

Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, gleich welcher Art, entfallen, wenn sie nicht innerhalb von einer Ausschlussfrist von zwei Monaten ab ihrer Fälligkeit schriftlich gegenüber der anderen Vertragspartei geltend gemacht werden, In diesem Zusammenhang verweisen wir auf den derzeit gültigen MTV zwischen dem CGZP und der AMP § 19.2.“

Der Kläger war während der gesamten Zeit seines Beschäftigungsverhältnisses bei der Firma D. C.I. als Tischler in der Vormontage eingesetzt. Zum 01.11.2009 wechselte der Kläger in ein Arbeitsverhältnis mit der Firma D. C. I.. Mit dieser schloss er einen schriftlichen Arbeitsvertrag (Bl. 146 – 148 d. A.), nach dem er entsprechend dem Tarifvertrag der Metallindustrie ein monatliches Bruttoentgelt nach der Tarifgruppe EG 5G in Höhe von insgesamt EUR 2.523,00 brutto erhält. Ferner ist vereinbart, dass die Bestimmungen des Tarifvertrages für die Metallindustrie in H. Anwendung finden, solange die D. tarifgebunden ist. Wegen weiterer Einzelheiten dieses Anstellungsvertrags wird auf Bl. 146 – 148 d. A. verwiesen.

Mit seiner Klage macht der Kläger die Differenz zwischen monatlich EUR 2.523,00 brutto und dem bei der Beklagten in den Monaten Januar bis Oktober 2009 erzielten Entgelt geltend, wobei er bei der Berechnung seiner Forderung die von der Beklag-

ten gezahlte Mehrarbeit nicht berücksichtigt. Nach seinen Berechnungen (Seiten 2 – 4 des Schriftsatzes vom 10.09.2012, Bl. 52 – 54 d. A.), ergeben sich hieraus Brutto-lohndifferenzen für Januar bis Oktober 2009 in Höhe von EUR 8.023,33, ein Anspruch auf tarifliches Urlaubsgeld in Höhe von EUR 1.449,88 brutto sowie eine Differenz bei der Auszahlung des Mehrarbeitskontos in Höhe von EUR 374,65 (vgl. zu letzterem Seite 2 des Schriftsatzes vom 31.10.2012, Bl. 74 d. A.).

Der Kläger hat behauptet, er sei seit November 2009 an demselben Arbeitsplatz als Tischler in der Vormontage beschäftigt, den er auch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten innegehabt habe. Wäre er dort von Januar bis Oktober 2009 für D. tätig gewesen, hätte er EUR 2.523,00 brutto im Monat erhalten sowie die tarifliche Sonderzahlung.

Da die in seinem Arbeitsvertrag enthaltene Bezugnahme Klausel auf die von CGZP geschlossenen Tarifverträge mangels Tariffähigkeit dieser Gewerkschaft unwirksam sei, stehe ihm der entsprechende Differenzlohn nach den Grundsätzen des „equal pay“ zu. Wirksame Ausschlussfristen seien nicht vereinbart.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn EUR 9.847,86 brutto zuzüglich Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB sei Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und in erster Instanz im Wesentlichen vorgetragen, sie bestreite, dass vergleichbare Stammarbeitnehmer im Entleiherbetrieb vorhanden gewesen seien und dass die vom Kläger ab November 2009 verrichteten Tätigkeiten identisch mit denen im Zeitraum von Januar bis Oktober 2009 gewesen seien. Ferner nehme der Kläger nicht den notwendigen Gesamtvergleich aller Entgelte vor. Schließlich bestreite sie mit Nichtwissen, dass der Kläger ein zusätzliches Urlaubsgeld erhalten hätte. Ferner hat sich die Beklagte in erster Instanz auf die Grundsätze des Vertrauensschutzes nach § 242 BGB berufen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, dem Kläger stehe ein Anspruch gemäß § 10 Abs. 4 AÜG auf die im Entleiherbetrieb geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen zu. Ein Tarifvertrag sei auf das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht anwendbar, da die CGZP nicht tariffähig sei. Die im Arbeitsvertrag vereinbarte Ausschlussfrist sei unwirksam. Das Bestreiten der Beklagten mit Nichtwissen hinsichtlich der Beschäftigungsbedingungen im Entleiherbetrieb sei unwirksam, da die Beklagte nach dem AÜG eine Erkundigungs- und Informationsobliegenheit treffe. Sie hätte sich erkundigen müssen, welche Vergütung ein bei der Entleiherfirma beschäftigter Tischler erhalte. Die Ansprüche seien schließlich auch richtig berechnet.

Gegen dieses ihr am 04.12.2012 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 19.12.2012 Berufung eingelegt und diese am 04.02.2013 begründet.

Sie trägt vor:

Es sei von ihr zulässigerweise mit Nichtwissen bestritten worden, dass vergleichbare Stammarbeitnehmer im Betrieb der Firma D. eine Vergütung von EUR 2.523,00 brutto erhalten hätten. Die vom Arbeitsgericht festgestellten Erkundigungspflichten gebe es nicht. § 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG sei nicht einschlägig, da entsprechende Informationen im Vertrag mit der Firma D. nicht aufgenommen worden seien. § 13 AÜG gebe nur dem Arbeitnehmer einen Anspruch. Der Kläger habe auch nicht dargelegt, woraus sich für den Überlassungszeitraum die von ihm behauptete Eingruppierung ergebe. In § 10 Abs. 4 AÜG in der für den hier maßgeblichen Zeitraum geltenden Fassung sei ein Anspruch für die Vergangenheit nicht vorgesehen gewesen. Die Vorschrift habe nur Ansprüche für die Zukunft begründen sollen. Ferner seien die Ansprüche des Klägers verwirkt, da er die Vergütungsabrechnungen der Beklagten akzeptiert habe und erst 2 ½ Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geklagt habe, obwohl er bereits bei Begründung seines Arbeitsverhältnisses mit der Firma D. gewusst habe, dass die Stammarbeitnehmer mehr erhielten. Schließlich sei die Berechnung fehlerhaft. So habe der Kläger im Januar 2009 nur 85 Stunden gearbeitet. Der Kläger lege auch nicht die gesamte von ihr gezahlte Bruttovergütung bei der Berechnung der Differenz zugrunde. Schließlich sei der Anspruch auch deswegen verfallen, da § 19 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages auf den Manteltarifvertrag verweise, der

nach einer entsprechenden Änderung eine 3-monatige Ausschlussfrist enthalte. Diese Verweisung sei auf individualrechtlicher Grundlage wirksam.

Die Beklagte beantragt:

Die Klage wird unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Lübeck, Az. 5 Ca 891/12 vom 21.11.2012 abgewiesen.

Der Kläger beantragt:

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Er habe während seiner Beschäftigung bei der Beklagten und in der Zeit danach bei der Firma D. dieselbe Tätigkeit ausgeübt, wie zuvor. Bei der Firma D. bestehe Tarifbindung. Im Übrigen verteidigt der Kläger die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts und nimmt auf seinen erstinstanzlichen Vortrag Bezug.

Die Berufungskammer hat Beweis durch schriftliche Zeugeneinvernahme erhoben. Wegen des Inhalts des Beweisbeschlusses wird auf Verfügung vom 05.03.2013 Bl. 125 d. A) Bezug genommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die schriftliche Zeugenaussage (Bl. 133 d. A.) verwiesen. Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Akte verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß § 64 Abs. 2 b ArbGG statthafte, form- und fristgemäß eingelegte und begründete und damit zulässige Berufung der Beklagten ist zum Teil begründet und im Übrigen unbegründet. Dem Kläger stehen dem Grunde nach Ansprüche nach den Grundsätzen des „equal-pay“ zu, allerdings nicht in der vollen von ihm geltend gemachten Höhe. Dementsprechend ist das Urteil des Arbeitsgerichts L. teilweise abzuändern und die Klage abzuweisen. Im Einzelnen gilt Folgendes:

Anspruchsgrundlage für das Begehren des Klägers ist § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG in der bis zum 29.04.2011 gültigen Fassung.

I.

§ 10 Abs. 4 Satz 1 gewährt unter den in der Vorschrift genannten Voraussetzungen den Leiharbeitnehmern den Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt wie vergleichbare Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb. Entgegen der Auffassung in der Berufungsbegründung bestand auch nach der Vorgängerversion des jetzigen § 10 Abs. 4 AÜG ein Anspruch auf Gewährung gleichen Arbeitsentgelts auch für die Vergangenheit. Das entspricht, soweit hier ersichtlich, der allgemeinen Auffassung in der Kommentarliteratur. Danach begründete § 10 Abs. 4 AÜG einen eigenständigen gesetzlichen Anspruch auf Gewährung des Arbeitsentgelts im Entleiherbetrieb gegen den Verleiher (Schüren/Hamann, AÜG, 4. Auflage 2010, § 10, Rn. 232; Boemke/Lembke, AÜG, 2. Auflage 2005, § 10, Rn 108 und § 9, Rn 162).

II.

Dem Anspruch steht die Vereinbarung einer tarifvertraglichen Vergütungsregelung nicht entgegen (§ 9, Nr. 2 AÜG a.F.) zu. Wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, wird durch die in Ziff. 3 des Arbeitsvertrags der Parteien geregelte Bezugnahme auf den von der CGPZ mit AMP geschlossenen Tarifvertrag der Anspruch des Klägers nicht beseitigt. Die CGPZ ist nicht tariffähig und konnte keine wirksamen Tarifverträge schließen (siehe Pressemitteilung Nr. 17/13 des Bundesarbeitsgerichts).

III.

Die Ansprüche des Klägers sind auch nicht verfallen.

1. Zutreffend hat das Arbeitsgericht bereits ausgeführt, dass die in § 7 Satz 1 des Arbeitsvertrags vereinbarte 2-monatige Ausschlussfrist nach § 307 Abs. 1 Satz 1

BGB unwirksam ist. Einwendungen hiergegen sind im Berufungsverfahren nicht erhoben worden.

2. Soweit die Beklagte sich auf die Regelung in § 19 Ziff. 3 Arbeitsvertrag i. V. m. § 19 Ziff. 2 MTV bezieht, führt dies ebenfalls nicht zur Vereinbarung einer wirksamen Ausschlussfrist. Nach § 19 Ziff. 3 des Arbeitsvertrags sollen die Regelungen der Tarifverträge zwischen der AMP und PSA und der Interessengemeinschaft N.-B. Zeitarbeitsunternehmen ergänzend zum Vertrag gelten. Sie sollen also für den Fall eingreifen, dass der vorliegende Arbeitsvertrag keine Regelungen enthält. Das ist hier nicht der Fall, denn § 7 des Arbeitsvertrags enthält gerade eine Regelung über Ausschlussfristen. Die Parteien haben auch den Fall geregelt, dass eine individualvertragliche Vereinbarung, wie hier der Ausschlussfristen, unwirksam ist. Sie haben in § 19 Ziff. 1 des Arbeitsvertrags für den Fall der Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen des Vertrags vereinbart, dass die Vertragsparteien sich dazu verpflichten, eine so entstehende Vertragslücke durch eine ergänzende Abmachung zu schließen. In Fällen unwirksamer vertraglicher Bestimmungen soll also nicht automatisch die tarifliche Regelung gelten, sondern eine zwischen den Parteien auszuhandelnde. Das macht deutlich, dass entgegen der Auffassung der Beklagten im Berufungsverfahren § 19 Ziff. 3 hier nicht die Anwendung des Manteltarifvertrags eröffnet.

3. Soweit schließlich in § 7 Satz 2 einzelvertraglich auf die Ausschlussfrist im „derzeit gültigen MTV“ zwischen der CGZP und der AMP Bezug genommen ist, so enthielt diese Ausschlussklausel zum Zeitpunkt der Vertragsvereinbarung ebenfalls eine 2-monatige und damit unwirksame Ausschlussfrist. Durch § 7 Satz 2 des Arbeitsvertrags ist auch nicht auf den jeweils gültigen Manteltarifvertrag und damit auf die letzte Fassung des § 19 Ziff. 2 Bezug genommen, sondern ausdrücklich auf den „derzeit gültigen“ Manteltarifvertrag, also auf denjenigen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

IV.

Die Ansprüche des Klägers sind auch nicht nach allgemeinen Grundsätzen verwirkt.

Die Verwirkung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) setzt voraus, dass der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage war (Zeitmoment) und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und sich darauf eingerichtet hat, dieser werde sein Recht auch künftig nicht mehr geltend machen (Umstandsmoment). Zum Zeitablauf müssen besondere Umstände sowohl im Verhalten des Berechtigten als auch des Verpflichteten hinzukommen, die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen. Der Berechtigte muss unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle (Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Auflage, § 72, Rn 30 mwN).

Danach fehlt es vorliegend an den Voraussetzungen der Verwirkung, weil keine tatsächlichen Umstände erkennbar sind, aus denen die Beklagte darauf schließen dürfte, dass der Kläger etwaige Differenzlohnansprüche nicht mehr geltend machen würde. Allein der Umstand, dass dem Kläger bewusst war, dass er als Stammarbeitnehmer bei der Firma D. mehr Entgelt erzielt hätte als bei Tätigkeit für die Beklagte, weckt noch kein Vertrauen darauf, dass der Kläger diese Ansprüche nicht geltend machen werde. Die Untätigkeit des Klägers beruhte vielmehr – auch für die Beklagte erkennbar – darauf, dass die Fragen der Tariffähigkeit der CGZP und der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen zum damaligen Zeitpunkt noch nicht geklärt waren.

Auf den noch in erster Instanz geltend gemachten „sozialrechtlichen Vertrauensschutz“ hat sich die Beklagte im Berufungsverfahren nicht mehr bezogen. Im Übrigen hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass ein etwaiges Vertrauen der Verleiher in die Tariffähigkeit der CGZP nicht geschützt ist (Pressemitteilung Nr. 17/13).

V.

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen den Equal-Pay-Grundsatz ist, dass der Kläger die Vergütung eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers im Beschäftigungszeitraum verlangen kann.

Der Kläger hat zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen, dass er bei einer Beschäftigung bei der Firma D. im hier streitgegenständlichen Zeitraum von Januar bis Oktober 2009 ein Bruttomonatsentgelt von EUR 2.523,00 sowie ein tarifliches Urlaubsgeld erhalten hätte.

1. Für die Höhe der Vergütung eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers ist der Kläger als Anspruchsteller darlegungs- und beweisbelastet (BAG vom 23.03.2011 – 5 AZR 7/10 – Juris, Rn 36). Der Arbeitnehmer kann sich zur Substantiierung seines Vortrags auf die Auskunft seines Entleihers beziehen. In diesem Fall ist ein qualifiziertes Bestreiten der Gegenseite hinsichtlich der in Anspruch genommenen Seite wegen der Höhe der Vergütung erforderlich (BAG, aaO).

Der Kläger hat sich im vorliegenden Verfahren nicht auf eine entsprechende Auskunft bezogen. Damit bleibt die Darlegungs- und Beweislast grundsätzlich bei ihm. Die Darlegungen des Klägers, wonach er als Stammarbeitnehmer der Firma D. im Zeitraum Januar bis Oktober 2009 eine Bruttomonatsvergütung von EUR 2.523,00 bezogen hätte, genügen diesen Anforderungen.

Diesen Vortrag hat die Beklagte entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts zulässigerweise mit Nichtwissen bestritten. Nach § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Die Rechtsprechung schränkt die Befugnis zum Bestreiten mit Nichtwissen dahingehend ein, dass auch Vorgänge, die nicht Gegenstand der eigenen Wahrnehmung gewesen sind, aber Vorgänge im eigenen Geschäfts- oder Verantwortungsbereich sind, den eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen im Sinne des § 138 Abs. 4 ZPO gleichgestellt werden (Zöller, 28. Auflage, § 138, Rn 16).

Auch unter Berücksichtigung dieses erweiterten eigenen Geschäfts- und Verantwortungsbereichs bleibt das Bestreiten der Beklagten zu den Arbeitsbedingungen bei der Firma D. mit Nichtwissen zulässig. Die Firma D. ist nicht Teil des Geschäfts- oder Verantwortungsbereichs der Beklagten. Die Beklagte hat dargelegt, dass Informationen über die Arbeitsbedingungen der Stammarbeitnehmer nicht in ihrem Vertrag mit der Firma D. aufgenommen sind und insoweit auf § 12 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz hingewiesen. Dem ist der Kläger nicht weiter entgegengetreten. Eine Erkundigungspflicht über den eigenen Geschäfts- oder Verantwortungsbereich hinaus kennt die Rechtsprechung nicht.

b) Nach der demnach erforderlichen und durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Berufungsgerichts fest, dass der Arbeitsplatz des Klägers in der Zeit von Januar bis Oktober 2009 in die Entgeltgruppe EG 5 G ERA MTV eingestuft war und dass der Kläger bei einer Festanstellung bei der Firma D. in diesem Zeitraum diese Vergütung auch erhalten hätte. Das hat der Zeuge W. in seiner schriftlichen Aussage zur Überzeugung des Gerichts und unmissverständlich ausgeführt. Er hat wörtlich erklärt, der Arbeitsplatz, an dem Herr O. (Kläger) eingesetzt gewesen sei, sei nach seiner Kenntnis entsprechend ERA Entgeltgruppe 5 eingruppiert gewesen. Dann heißt es „demzufolge hätte Herr O. bei einer Anstellung auch diese Vergütung erhalten“. Die Kammer teilt insoweit nicht die Einschätzung der Beklagten, der Zeuge W. habe nur eine Meinung geäußert und zur konkreten Vergütungshöhe keine Angaben gemacht. Die Vergütungshöhe steht bei einer Eingruppierung in die Entgeltgruppe 5 G ERA fest, sie beträgt im hier maßgeblichen Zeitraum nach dem damals einschlägigen Entgelttarifvertrag EUR 2.523,00 brutto. Dass der Zeuge W. nur eine quasi unverbindliche Meinung geäußert hat, lässt sich seinem Schreiben nicht entnehmen. Der Zeuge W. spricht davon, dass die von ihm getätigten Aussagen auf seiner Kenntnis beruhen. Genauere Angaben, von denen der Zeuge erklärt, er könne sie nicht machen, da er nur beratend tätig gewesen sei, bedurfte es in diesem Fall nicht.

c) Ferner hat der Zeuge die in erster Instanz noch bestrittene Behauptung des Klägers bestätigt, wonach ihm bei der Firma D. auch das tarifliche Urlaubsgeld gezahlt

worden wäre. Das ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit auch aus dem vom Kläger vorgelegten schriftlichen Arbeitsvertrag mit der Firma D. in der dortigen Ziff. 15, in der auf die Bestimmungen des Tarifvertrags für die Metallindustrie für die Dauer der Tarifbindung der D. Bezug genommen wird.

2. Der Kläger hat seine Vergütungsansprüche jedoch nicht in vollem Umfang zutreffend berechnet.

a) Zur Berechnung des Anspruchs auf die Differenzvergütung ist ein Gesamtvergleich aller Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen (BAG, Urteil vom 23.03.2011 – 5 AZR 7/10 – Juris, Rn 35). Außer Betracht bleibt nur Aufwändungsersatz, soweit es sich nicht um verschleiertes Arbeitsentgelt handelt (vgl. BAG, Pressemitteilung Nr. 17/13).

b) Für Januar 2009 steht dem Kläger danach ein Differenzlohnanspruch in Höhe von EUR 800,02 brutto zu.

aa) Der Kläger hat im Monat Januar insgesamt 119,7 vergütungspflichtige Arbeitsstunden abgeleistet. Für 56 Stunden ist ihm unbezahlter Urlaub gewährt worden. Das weist die Januar-Abrechnung aus (Bl. 14 d. A.). Die 119,7 Stunden setzen sich aus 98,7 Arbeitsstunden (85,8 Normalstunden + 12,9 Stunden aus dem Arbeitszeitkonto) sowie 7 Stunden Tarifurlaub und bezahltem Sonderurlaub und einem bezahlten Feiertag zusammen.

bb) Dementsprechend ist der Vergütungsanspruch des Klägers bei der Firma D. im Verhältnis von 119,7 zu 151,5 (monatliche Arbeitszeit bei einer 35-Stunden-Woche, die sowohl bei der Firma D. als auch bei der Beklagten gilt) ins Verhältnis zu setzen. Daraus ergibt sich eine fiktive Vergütung bei der Firma D. für den Monat Januar in Höhe von EUR 1.993,42 brutto.

Der unbezahlte Urlaub wäre auch bei der Firma D. nicht vergütet worden. Dementsprechend ist der Vergütungsanspruch des Klägers für Januar 2010 zu kürzen.

cc) Von diesem Betrag ist der gesamte für Januar gezahlte Bruttolohn, also EUR 1.193,40 abzuziehen.

Entgegen der Auffassung des Klägers ist auch die an ihn gezahlte Vergütung für Mehrarbeit (Lohnarten 114 und 115, VMA/VMApfl.) zu berücksichtigen. Der Kläger hat hierzu unbestritten vorgetragen, es handele sich um ausbezahlte Vergütung für Mehrarbeit. Damit ist sie Teil der bei dem gebotenen Gesamtvergleich zu berücksichtigenden Vergütung. Die Mehrarbeitsstunden können vom Kläger nicht einfach bei der Berechnung außer Ansatz gelassen werden, weil sonst nicht auszuschließen ist, dass der Kläger mehr erhält, als er erhalten hätte, wenn er tatsächlich bei D. beschäftigt gewesen wäre. So mag es sein, dass bei der Firma D. keine Überstunden ausbezahlt werden, sondern diese nur in Freizeit ausgeglichen werden. Ebenfalls ist (theoretisch) denkbar, dass die Mehrarbeitsvergütung bei D. niedriger ist als bei der Beklagten. Dem Kläger hätte es freigestanden, etwaige Mehrstunden in den einzelnen Monaten im Wege der Gesamtberechnung auch bei der Berücksichtigung des von ihm fiktiv erzielten Arbeitseinkommens zu berücksichtigen. Das hat er indes nicht getan. Etwaige Ansprüche waren jedenfalls im Berufungstermin auch verjährt.

dd) Demnach sind vom fiktiven Einkommen des Klägers für Januar 2009 bei der Firma D. in Höhe von EUR 1.993,42 die von der Beklagten gezahlten EUR 1.193,40 abzuziehen, so dass ein Differenzanspruch in Höhe von EUR 800,02 verbleibt.

c) Für Februar bis Oktober 2009 beträgt der Differenzanspruch des Klägers EUR 5.243,83.

aa) In den Monaten Februar bis Oktober 2009 hat der Kläger jeweils die tarifliche Wochenarbeitszeit von 35 Stunden erbracht. Ihm hätte daher bei der Firma D. ein Vergütungsanspruch für 9 Monate à EUR 2.523,00, das sind EUR 22.707,00, zugestanden.

bb) Für die Monate Februar und März sind hiervon nach den vorgelegten Abrechnungen und unter Berücksichtigung der ausgezahlten Mehrarbeit (VMA/VMApfl.) EUR 1.838,59 und EUR 2.255,18 abzuziehen. Für April 2009 sind EUR 2.151,20 ab-

zuziehen. Das betrifft neben der ausbezahlten Mehrarbeitsvergütung (VMApfl.) in Höhe von EUR 162,00 auch die Abgeltung des Arbeitszeitkontos in Höhe von EUR 208,61. Auch bei diesem Betrag handelt es sich um Vergütung für geleistete Stunden, die danach im Gesamtvergleich mit zu berücksichtigen sind. Da der Kläger nur bei der Firma D. tätig war, können sich die Abgeltungsstunden aus dem Arbeitszeitkonto auch nur hierauf beziehen.

cc) Für Mai 2009 beträgt der zu berücksichtigende Betrag EUR 1.674,76, für Juni 2009 EUR 1.852,46, für Juli 2009 EUR 2.021,92, für August 2009 EUR 1.866,90, für September 2009 EUR 1.777,84 und für Oktober 2009 EUR 2.024,32 einschließlich des ausgezahlten Arbeitszeitkontos. Die Summe der zu saldierenden Beträge beträgt danach EUR 17.463,17, so dass eine Restforderung des Klägers in Höhe von EUR 5.243,83 verbleibt.

d) Ferner steht dem Kläger die geltend gemachte Differenz für Mehrarbeitsvergütung in Höhe von EUR 374,71 brutto zu. Diesem Anspruch ist die Beklagte der Höhe nach nicht entgegen getreten. Von diesem Betrag ist auch nichts zu saldieren, weil die von der Beklagten erfolgte Arbeitszeitkontoauszahlung bereits im Oktober 2009 beim Abzugsbetrag berücksichtigt worden ist.

e) Schließlich steht nach der durchgeführten Beweisaufnahme fest, dass dem Kläger auch das tarifliche Urlaubsgeld anteilig für 2009 bei D. zugestanden hätte.

Wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, beträgt dies nach § 10.3 MTV im Falle des Klägers EUR 1.449,88. Dieser Berechnung ist die Beklagte ebenfalls nicht weiter entgegen getreten. Die Beklagte selbst zahlt kein zusätzliches Urlaubsgeld, so dass von diesem Betrag auch nichts zu saldieren ist.

f) In der Summe ergibt sich damit folgende Berechnung:

EUR 800,02 + EUR 5.243,83 + EUR 374,61 + EUR 1.449,88 = EUR 7.868,34.

Die weitergehende Klage ist unbegründet.

Rechtshängigkeitszinsen stehen dem Kläger gemäß den §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1, 291 BGB zu.

VII.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision sind, nachdem das BAG die einschlägigen Rechtsfragen mittlerweile entschieden hat, nicht ersichtlich.