

Bundesarbeitsgericht
Vierter Senat

Urteil vom 16. Oktober 2019
- 4 AZR 66/18 -
ECLI:DE:BAG:2019:161019.U.4AZR66.18.0

I. Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven
- Kammern Bremen -

Urteil vom 16. März 2017
- 5 Ca 5482/16 -

II. Landesarbeitsgericht Bremen

Urteil vom 6. Dezember 2017
- 3 Sa 64/17 -

Entscheidungsstichworte:

equal-pay-Anspruch - Anwendung tariflicher Regelungen

Leitsatz:

Will der Verleiher vom Gleichstellungsgebot nach § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG aF abweichen, ist nach § 9 Nr. 2 Halbs. 3 AÜG aF für den Entleihzeitraum eine vollständige Inbezugnahme des zwischen den jeweiligen Tarifvertragsparteien abgeschlossenen Tarifwerks für die Arbeitnehmerüberlassung erforderlich. Unschädlich sind lediglich vertragliche Regelungen über Gegenstände, die tariflich nicht geregelt sind oder die zugunsten des Arbeitnehmers von den tariflichen Bestimmungen abweichen.

BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 66/18
3 Sa 64/17
Landesarbeitsgericht
Bremen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. Oktober 2019

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Oktober 2019 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Treber, den Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Klug sowie die ehrenamtliche Richterin Schuldts und den ehrenamtlichen Richter Dr. Wuppermann für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 6. Dezember 2017 - 3 Sa 64/17 - aufgehoben, soweit es dessen Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 16. März 2017 - 5 Ca 5482/16 - in Höhe von 17.920,81 Euro brutto nebst Zinsen zurückgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

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

Der Kläger war seit 2013 bis Juli 2017 bei der Beklagten, die ein Zeitarbeitsunternehmen betreibt, beschäftigt. Der Arbeitsvertrag vom 11. November 2013 enthält auszugsweise folgende Bestimmungen: 2

„Tarifliche Regelung

Auf das Arbeitsverhältnis finden im Sinne einer dynamischen Verweisung die folgenden von der Tarifgemeinschaft des Deutschen Gewerkschaftsbundes mit dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (IGZ e.V.) abgeschlossenen Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung:

- Manteltarifvertrag Zeitarbeit (MGV) in der aktualisierten Fassung vom 01.07.2010
- Entgelttrahmentarifvertrag Zeitarbeit (ERTV) in der Fassung vom 01.07.2010
- Entgelttarifvertrag Zeitarbeit in der Fassung vom 01.07.2010
- Tarifvertrag Beschäftigungssicherung Zeitarbeit in der Fassung vom 01.07.2006

Die jeweils maßgeblichen Tarifverträge liegen im Büro des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer* zur Einsicht aus. Für das Arbeitsverhältnis gelten die gesetzlichen Bestimmungen, die o.a. Tarifverträge sowie die Regelungen dieses Arbeitsvertrages.

...

§ 2 Art der Tätigkeit

Der Arbeitnehmer wird mit der Qualifikation als **Kraftfahrer** eingestellt.

Entsprechend dem derzeit gültigen ERTV entspricht dies der Entgeltgruppe **2**.

...

§ 8 Vergütung/Zahlungsweise

Die Vergütung richtet sich nach dem für den Arbeitnehmer jeweils maßgeblichen ERTV und ETV. Entsprechend der in Ziffer 2 festgelegten Entgeltgruppe erhält der Arbeitnehmer pro Monat **1850,00** (brutto) EURO

Zusätzlich zur Vergütung werden Zuschläge gemäß § 4 MTV und MTV Protokollnotiz Ziffer 7 gezahlt, sofern der Arbeitgeber diesen Arbeiten zugestimmt hat. ...

Der monatliche Auszahlungsbetrag wird bis spätestens zum 20. des Folgemonats auf ein vom Arbeitnehmer anzugebendes Konto überwiesen. Eventuelle Abschlagszahlungen des Arbeitgebers erfolgen auf freiwilliger Basis nach individueller Vereinbarung; es erwächst auch nach mehrmaligen aufeinander folgenden Zahlungen kein Rechtsanspruch daraus.

...

§ 11 Arbeitsverhinderung/Meldepflicht/Krankheit

...

Der Arbeitnehmer erhält die Entgeltfortzahlung nach dem Lohnausfallprinzip. Eine Kürzung von Sondervergütungen ist nach § 4a EFZG auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit zulässig.

...

§ 20 Ausschluss von Ansprüchen

...

Alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, sind ausgeschlossen, sofern sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von einem Monat nach ihrer Fälligkeit gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich erhoben werden. Lehnt der Arbeitgeber den Anspruch ab oder erklärt er sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach Geltendmachung des Anspruchs, so verfällt dieser, sofern er nicht innerhalb von einem Monat nach Ablehnung oder Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird (§ 10 MTV).

...“

In der Zeit vom 14. April 2014 bis zum 31. August 2015 war der Kläger 3
als Coil-Carrier-Fahrer bei der Firma D (Entleiher) eingesetzt und dort in einem
vollkontinuierlichen Schichtsystem tätig. Eine in diesem Zusammenhang erfolg-
te Vertragsänderung vom 14. April 2014 enthält folgende Regelung:

„§ 6 Arbeitszeit (§ 3 MTV)

In beiderseitigem Einvernehmen wird die regelmäßige durchschnittliche monatliche Arbeitszeit von 172,00 Std auf 151,67 Std reduziert.

Diese Vertragsänderung tritt ab dem 14.04.2014 in Kraft.

Alle übrigen Vereinbarungen des oben genannten Arbeitsvertrages bleiben unberührt.“

Am 25. April 2014 änderten die Parteien rückwirkend ab dem 14. April 4
2014 den Vertrag wie folgt:

„§ 8 Vergütung

Der Arbeitnehmer erhält ab dem 14.04.14 für den Einsatz als Carrierfahrer bei der Firma D den Vergütungssatz der Eingangsstufe 2 (11,25€).

...

Alle übrigen Vereinbarungen des oben genannten Arbeitsvertrages bleiben unberührt.“

Auf die Arbeitsverhältnisse der beim Entleiher beschäftigten Coil-Carrier-Fahrer fanden im Überlassungszeitraum kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme die Tarifverträge der Metall- und Elektroindustrie Unterweser Anwendung. Diese wurden nach Entgeltgruppe 5 des Entgelttarifvertrags (ERA Metall) vom 26. März 2008 vergütet. 5

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, ihm stehe nach § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG idF vom 30. April 2011 bis 31. März 2017 (aF) für den Zeitraum von April 2014 bis einschließlich August 2015 die Differenz zwischen der von der Beklagten gezahlten Vergütung und derjenigen zu, die die beim Entleiher beschäftigten Coil-Carrier-Fahrer erhalten haben. Er könne neben einer höheren Grundvergütung die tarifliche Leistungszulage und verschiedene Zuschläge verlangen. Die vertragliche Bezugnahme auf die Tarifverträge der Zeitarbeit sei nicht hinreichend transparent. Sie beinhalte einerseits eine dynamische Verweisung und nehme andererseits auf Tarifverträge in der Fassung vom 1. Juli 2010 Bezug, welche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht aktuell gewesen seien. Hierdurch sei nicht ersichtlich, welche Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis anwendbar seien. Im Übrigen wichen sowohl der Arbeitsvertrag als auch die Änderungsvereinbarung vom 25. April 2014 in wesentlichen Punkten von den tarifvertraglichen Regelungen ab. 6

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 7

- die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen weiteren Betrag in Höhe von 17.920,81 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz
- aus 351,33 Euro seit dem 21. Mai 2014,
- aus 1.816,69 Euro seit dem 21. Juni 2014,
- aus 1.213,68 Euro seit dem 21. Juli 2014,
- aus 1.510,96 Euro seit dem 21. August 2014,
- aus 1.619,47 Euro seit dem 21. September 2014,
- aus 1.228,47 Euro seit dem 21. Oktober 2014,
- aus 1.518,39 Euro seit dem 21. November 2014,
- aus 908,72 Euro seit dem 21. Dezember 2014,
- aus 1.000,61 Euro seit dem 21. Januar 2015,
- aus 713,65 Euro seit dem 21. Februar 2015,

aus 688,36 Euro seit dem 21. März 2015,
aus 449,59 Euro seit dem 21. April 2015,
aus 765,51 Euro seit dem 21. Mai 2015,
aus 1.282,50 Euro seit dem 21. Juni 2015,
aus 907,90 Euro seit dem 21. Juli 2015,
aus 932,06 Euro seit dem 21. August 2015 sowie
aus 1.012,92 Euro seit dem 21. September 2015
zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung 8
vertreten, die im Arbeitsvertrag in Bezug genommenen Tarifverträge seien aus-
reichend konkretisiert. Insbesondere die Vergütungsabrede knüpfe an die tarif-
vertragliche Regelung an. Die Parteien hätten sich im Rahmen der Vertragsän-
derung am 25. April 2014 lediglich darauf geeinigt, dass es grundsätzlich bei
der tarifvertraglichen Vergütung nach der Entgeltgruppe 2, Stufe 2 des ERTV
für die Zeitarbeit bleibe, diese aber für die Zeit des Einsatzes beim Entleiher
erhöht werde. Sofern die vertragliche Regelung zu den Ausschlussfristen un-
wirksam sei, finde jedenfalls die tarifliche Anwendung. Die Ansprüche des Klä-
gers seien daher verfallen.

Die Vorinstanzen haben die Klage - soweit für die Revision von Interes- 9
se - abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision ver-
folgt der Kläger seine Zahlungsklage in beschränktem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht 10
gegebenen Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden. Dies führt
zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und Zurückverweisung
der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

I. Die Klage ist zulässig, insbesondere ist sie hinreichend bestimmt, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Sie ist auf die Zahlung einer Bruttovergütung für den Überlassungszeitraum vom 14. April 2014 bis zum 31. August 2015 gerichtet und als abschließende Gesamtklage zu verstehen (vgl. zB BAG 23. Januar 2018 - 9 AZR 854/16 - Rn. 13). Aus dem Antrag und der Klagebegründung ist auch erkennbar, dass rechtskräftig vom Arbeitsgericht auf anderer rechtlicher Grundlage zugesprochene Differenzvergütungsansprüche für den Überlassungszeitraum anzurechnen sind. 11

II. Die Beklagte war entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nach § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG aF dem Grunde nach verpflichtet, dem Kläger für den Zeitraum der Überlassung an den Entleiher vom 14. April 2014 bis 31. August 2015 das Arbeitsentgelt zu zahlen, wie es der Entleiher den bei ihm beschäftigten Coil-Carrier-Fahrern (Stammarbeitnehmern) gewährte („equal pay“). Eine nach § 9 Nr. 2 AÜG aF zur Abweichung vom Gebot der Gleichstellung berechtigende Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. Die gegenteilige Annahme des Landesarbeitsgerichts ist rechtsfehlerhaft. Sie berücksichtigt nicht hinreichend, dass arbeitsvertraglich teilweise von den Tarifbestimmungen abweichende Regelungen getroffen wurden, die nicht ausschließlich zugunsten des Klägers wirkten. 12

1. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz verpflichtet den Verleiher, dem Leiharbeiter das gleiche Arbeitsentgelt zu zahlen, das der Entleiher vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt („equal pay“). Von diesem Gebot der Gleichstellung erlaubt das AÜG ein Abweichen durch Tarifvertrag, wobei im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen arbeitsvertraglich vereinbaren können (§ 9 Nr. 2 AÜG aF). Dies hat zur Folge, dass der Entleiher grundsätzlich nur das tariflich vorgesehene Arbeitsentgelt gewähren muss (§ 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG aF). 13

2. Eine Geltung der zwischen - in den jeweiligen Tarifverträgen namentlich aufgeführten - Mitgliedsgewerkschaften des DGB und der iGZ e.V. geschlossenen Tarifverträge kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit (§ 3 Abs. 1 TVG) hat das Landesarbeitsgericht weder festgestellt noch ist eine solche von den Parteien behauptet worden. 14
3. Eine den Anforderungen des § 9 Nr. 2 Halbs. 3 AÜG aF genügende vertragliche Inbezugnahme dieser Tarifverträge haben die Parteien nicht vereinbart. Deshalb bedarf die von der Revision angesprochene und kontrovers diskutierte Frage keiner Beantwortung, ob und ggf. mit welchem Verständnis die Norm insoweit überhaupt mit Unionsrecht vereinbar war (*zum Meinungsstand Lembke in Boemke/Lembke AÜG 3. Aufl. 2013 § 9 Rn. 189 ff.; zu § 8 AÜG nF ErfK/Wank 19. Aufl. 2019 AÜG § 8 Rn. 25; Preis/Sagan/Sansone EuArbR 2. Aufl. 2019 Rn. 12.81 ff.; LAG Baden-Württemberg 6. Dezember 2018 - 14 Sa 27/18 - [Revision anhängig - 5 AZR 22/19 -]*). 15
- a) § 9 Nr. 2 Halbs. 3 AÜG aF verlangt für den Entleihzeitraum eine vollständige Inbezugnahme des zwischen den jeweiligen Tarifvertragsparteien abgeschlossenen Tarifwerks für die Arbeitnehmerüberlassung (*ErfK/Wank 14. Aufl. 2014 AÜG § 3 Rn. 23d; Schaub/Koch ArbR-HdB 16. Aufl. 2015 § 120 Rn. 57; Schüren in Schüren/Hamann AÜG 4. Aufl. 2010 § 9 Rn. 167 ff.; Ulber/Ulber AÜG 4. Aufl. 2011 § 9 Rn. 313; ähnlich zu Branchenzuschlägen auch Bayreuther NZA-Beilage 2012, 115, 116; Nießen/Fabritius BB 2013, 375, 377*). Es muss sich dabei um die Bezugnahme auf wirksame Tarifverträge handeln (*st. Rspr., vgl. zB BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 13, BAGE 144, 306*). Nur die Vereinbarung solcher Tarifbedingungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien erlaubt es dem Verleiher, dem Leiharbeiter im Entleihzeitraum andere wesentliche Arbeitsbedingungen als diejenigen der Stammarbeiter des Entleihers zu gewähren (*zur Unterscheidung zwischen Vertrags- und Arbeitsbedingungen zB BAG 25. März 2015 - 5 AZR 368/13 - Rn. 35 mwN, BAGE 151, 170*). Eine lediglich punktuelle Vereinbarung tariflicher Bestimmungen genügt für eine Abweichung vom Gleichstellungsgebot des § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG aF nicht (*allg. Meinung, zB Lembke in Boemke/Lembke AÜG*

3. Aufl. 2013 § 9 Rn. 433). Gleiches gilt für die bloße Inbezugnahme sachlich und inhaltlich zusammenhängender Regelungsbereiche oder -komplexe aus Tarifwerken für die Arbeitnehmerüberlassung (so aber *AR-Reineke/Beck* 8. Aufl. 2016 § 3 AÜG Rn. 34; *HWK/Kalb* 7. Aufl. 2016 § 3 AÜG Rn. 38; *Lembke in Boemke/Lembke AÜG* 3. Aufl. 2013 § 9 Rn. 434; *NK-GA/Ulrici* 2016 § 3 AÜG Rn. 60; *Mengel in Thüsing AÜG* 3. Aufl. 2012 § 9 Rn. 36). Unschädlich sind hingegen vertragliche Regelungen über Gegenstände, die tariflich nicht geregelt sind und deshalb keine verdrängende Wirkung entfalten (*dazu BAG* 26. September 2017 - 1 AZR 717/15 - Rn. 31, *BAGE* 160, 237) sowie Vertragsbestimmungen, die zugunsten des Arbeitnehmers von den tariflichen Bestimmungen abweichen und deshalb auch im Fall einer beiderseitigen Tarifgebundenheit nach § 4 Abs. 3 TVG zulässig wären (*zu den Grundsätzen des Günstigkeitsvergleichs BAG* 10. Dezember 2014 - 4 AZR 503/12 - Rn. 41 ff. *mwN*, *BAGE* 150, 184; 11. Juli 2018 - 4 AZR 533/17 - Rn. 30 *mwN*, *BAGE* 163, 175). Dies ergibt eine Auslegung der Norm.

aa) Der Wortlaut des § 9 Nr. 2 Halbs. 3 AÜG aF erlaubt nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern die Vereinbarung der „Anwendung der tariflichen Regelungen“, um vom Gleichstellungsgebot abweichen zu können. Dies deutet zwar wegen der Verwendung des Plurals auf die Notwendigkeit der Vereinbarung der Gesamtheit der tariflichen Regelungen hin, ist aber nicht eindeutig. Sprachlich könnte darunter ein gesamter Tarifvertrag oder ein gesamtes Tarifwerk ebenso zu verstehen sein wie einzelne tarifliche Regelungen oder Regelungskomplexe.

17

bb) Die Gesetzssystematik spricht hingegen deutlich für die Notwendigkeit der vollständigen vertraglichen Inbezugnahme des jeweiligen Tarifwerks in seiner Gesamtheit, um die Rechtsfolge einer Verdrängung des Gleichstellungsgebots herbeizuführen.

18

(1) Ausgangspunkt ist § 9 Nr. 2 Halbs. 2 AÜG aF, wonach ein Tarifvertrag abweichende Regelungen vom Gleichstellungsgebot zulassen kann. Dieser Teil der Norm erfasst nach allgemeiner Auffassung die Abweichung vom equal-pay-Gebot durch Tarifverträge im Fall der beiderseitigen Tarifgebundenheit iSv. § 3 Abs. 1 TVG (vgl. zB *Lembke in Boemke/Lembke AÜG 3. Aufl. 2013 § 9 Rn. 225, 397 ff.*). In diesem „Normalfall“ des TVG (*dazu zB Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 3 Rn. 4 ff.*) gelten die gesamten Normen des Tarifwerks der Arbeitnehmerüberlassung unmittelbar und zwingend für die beiderseits Tarifgebundenen (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVG). Dies gilt unabhängig davon, ob es sich (nur) um „wesentliche Arbeitsbedingungen“ iSd. § 9 Nr. 2 Halbs. 1 AÜG aF handelt oder ob der normativ geltende Tarifvertrag - wie regelmäßig - weitere Bestimmungen enthält. Abweichende Abmachungen sind nur zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten (§ 4 Abs. 3 TVG).

19

(2) § 9 Nr. 2 Halbs. 3 AÜG aF erlaubt die Abweichung vom Gebot der Gewährung gleicher „wesentlicher Arbeitsbedingungen“ über die vorgenannte Fallgestaltung der beiderseitigen Tarifgebundenheit hinaus auch nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, wenn diese die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Bereits dies spricht dafür, dass auch Halbs. 3 unter tariflichen Regelungen diejenigen versteht, wie sie im Fall der Tarifgebundenheit nach Halbs. 2 (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG) gelten, also das Tarifwerk als Ganzes. Aus Halbs. 3 ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass hinsichtlich nicht tarifgebundener Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein geringeres Maß an Tarifierhebung verlangt wird (*diese Gesetzessystematik verkennt Mengel in Thüsing AÜG 3. Aufl. 2012 § 9 Rn. 36, soweit vertreten wird, „mangels gegenteiliger gesetzlicher Regelung“ genüge eine teilweise Inbezugnahme*). Soweit im Schrifttum die Inbezugnahme von Regelungsbereichen als ausreichend angesehen wird (*AR-Reineke/Beck 8. Aufl. 2016 § 3 AÜG Rn. 34; HWK/Kalb 7. Aufl. 2016 § 3 AÜG Rn. 38; Lembke in Boemke/Lembke AÜG 3. Aufl. 2013 § 9 Rn. 434; NK-GA/Ulrici 2016 § 3 AÜG Rn. 60*), wird in systematischer Hinsicht nicht ausreichend zwischen der Tatbestandsvoraussetzung für eine Abweichung vom Gleichstellungsgebot - die vereinbarte Anwendung der

20

tariflichen Regelungen - und der Rechtsfolge, wenn eine solche Abrede nicht besteht - dem Anspruch des Leiharbeitnehmers nach § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG aF - unterschieden.

cc) Weiterhin sprechen Sinn und Zweck des § 9 Nr. 2 AÜG aF für ein solches Verständnis. 21

(1) Die Neufassung des AÜG in der ab 30. April 2011 geltenden Fassung sollte Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung verhindern und der Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG dienen (*BT-Drs. 17/4804 S. 1*). § 9 Nr. 2 Halbs. 3 AÜG sollte dabei nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien weiterhin die Möglichkeit eröffnen, die Anwendung des einschlägigen Tarifwerks vertraglich zu vereinbaren. Änderungsvorschläge, die die Streichung der Abweichungsmöglichkeit durch vertragliche Bezugnahme vorsahen, waren im Gesetzgebungsverfahren abgelehnt worden (*vgl. BT-Drs. 17/5238 S. 11*). 22

(2) Die mögliche Abweichung durch Tarifverträge beruht auf der Erwägung, dass tarifvertragliche Regelungen eine hinreichende Gewähr für eine angemessene Berücksichtigung auch der Interessen der Arbeitnehmer bieten, da grundsätzlich von der Parität der Vertragspartner ausgegangen werden kann (*BT-Drs. 17/4804 S. 9 „Tarifverträgen kommt nach dem deutschen Arbeitsrecht grundsätzlich eine Richtigkeitsgewähr zu“; sh. auch BAG 21. Mai 2014 - 4 AZR 50/13 - Rn. 29 mwN, BAGE 148, 139*). Dabei hat der Gesetzgeber - wie auch bei der inhaltsgleichen Vorgängerbestimmung - nicht zwischen der Geltung des Tarifvertrags kraft Tarifgebundenheit und der Anwendung kraft vertraglicher Inbezugnahme unterschieden (*vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales BT-Drs. 17/5238 S. 16: „Etwas anderes gilt für tarifvertragliche Vereinbarungen sowie für einzelvertragliche Vereinbarungen, die eine wirksame tarifvertragliche Regelung für anwendbar erklären.“*). Nur die Anwendung des gesamten Tarifwerks, das bei unterstellter Tarifgebundenheit beider Parteien auf das Arbeitsverhältnis unmittelbar Anwendung fände, kann für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung aber die Vermutung begründen, dass die divergierenden Interessen angemessen ausgeglichen werden (*vgl. Schüren in Schüren/Hamann AÜG 4. Aufl. 2010 § 9 Rn. 168; ähnlich zur Tarif-* 23

öffnungsklausel in § 17 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG in der bis 31. Dezember 2017 geltenden Fassung BAG 19. April 2011 - 3 AZR 154/09 - Rn. 19, BAGE 137, 357; vgl. auch 21. März 2018 - 10 ABR 62/16 - Rn. 123, BAGE 162, 166: Die Annahme einer Gestaltung von Arbeitsbedingungen durch einen Tarifvertrag iSv. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG scheidet bei einer nur teilweisen Anwendung im Arbeitsverhältnis wegen der im Vergleich zu den unmittelbar Tarifgebundenen anderen Lage aus.).

(3) Der Gesetzgeber hat mit der Beibehaltung der Tariföffnungsklausel des § 9 Nr. 2 Halbs. 2 und 3 AÜG aF ausdrücklich von der durch Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG gebotenen Möglichkeit Gebrauch gemacht. Dabei wollte er den nach der Richtlinie gebotenen Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer durch die Geltung oder die Anwendung der Tarifverträge gewährleisten (BT-Drs. 17/4804 S. 9). Den Unternehmen der Arbeitnehmerüberlassung sollten alternative Regelungssysteme zur Verfügung stehen (*ähnlich Schüren in Schüren/Hamann AÜG 4. Aufl. 2010 § 9 Rn. 169*): Entweder sind dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der jeweiligen Überlassung die den vergleichbaren Stammarbeitnehmern des Entleihers zustehenden wesentlichen Arbeitsbedingungen zu gewähren oder die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer werden durch die tariflichen Arbeitsbedingungen der Zeitarbeitsbranche entweder kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit oder durch vertragliche Inbezugnahme gestaltet (so auch das Verständnis des BVerfG 29. Dezember 2004 - 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, 1 BvR 2582/03 - zu C II 6 der Gründe). Einen darüber hinaus gehenden Gestaltungsspielraum sollte § 9 AÜG aF hingegen nicht gewähren. Die Bedingungen der Leiharbeitnehmer gegenüber denjenigen der Stammarbeitnehmer flexibel zu gestalten (BT-Drs. 15/25 S. 38), lag nach der gesetzgeberischen Konzeption bei den Tarifvertragsparteien der Arbeitnehmerüberlassung (vgl. zu diesem Gedanken Lembke in Boemke/Lembke AÜG 3. Aufl. 2013 § 9 Rn. 183; *ähnlich BVerfG 29. Dezember 2004 - 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, 1 BvR 2582/03 - zu C II 3 b bb (1) der Gründe*), nicht hingegen beim einzelnen Verleiher.

24

dd) Die Entstehungsgeschichte der Norm stützt die hier vertretene Auslegung. § 9 Nr. 2 AÜG und § 10 Abs. 4 AÜG wurden erstmals durch Art. 6 Nr. 4 und Nr. 5 des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 (*BGBI. I S. 4607*) mit Wirkung zum 1. Januar 2003 eingeführt. Aus der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG idF vom 23. Dezember 2002 wird deutlich, dass damit der Schutz der Leiharbeitnehmer verstärkt werden sollte. Im Überlassungszeitraum sollte der Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ gelten (*vgl. BT-Drs. 15/25 S. 38; BAG 23. März 2011 - 5 AZR 7/10 - Rn. 23, BAGE 137, 249*). Im Regierungsentwurf war die Möglichkeit einer Abweichung vom Gleichstellungsgebot - abgesehen von den ersten sechs Wochen des Arbeitsverhältnisses - nur vorgesehen, wenn ein „für den Verleiher geltender Tarifvertrag“ abweichende Vereinbarungen zulässt (*BT-Drs. 15/25 S. 19, 38*). Dies hätte schon nach der dem TVG entnommenen Begrifflichkeit in § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG nur Fälle der beiderseitigen Tarifgebundenheit erfasst. In der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit war erstmals die - auch hier noch maßgebliche - Formulierung „Ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen“ enthalten, ohne dass eine vertragliche Bezugnahmemöglichkeit vorgesehen oder erwähnt war (*BT-Drs. 15/77 S. 34*). Erst auf Empfehlung des Vermittlungsausschusses kam es dann zur Aufnahme der Regelung, die dem Wortlaut des § 9 Nr. 2 Halbs. 3 AÜG aF entsprach (*BT-Drs. 15/201 S. 2*). Hieraus ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass an den Umfang der vertraglichen Inbezugnahme tariflicher Bestimmungen der Arbeitnehmerüberlassung geringere Anforderungen zu stellen wären als im - ursprünglich ausschließlich vorgesehenen - Fall der Geltung kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit. Die vorliegend maßgebliche Fassung des § 9 AÜG trat mit Wirkung vom 30. April 2011 in Kraft. Der Wortlaut der Norm ist - soweit relevant - durch diese Neufassung des AÜG unverändert geblieben.

25

b) Die zwischen Mitgliedsgewerkschaften des DGB und der iGZ e.V. geschlossenen Tarifverträge für die Zeitarbeit sind im Arbeitsverhältnis der Parteien nicht vollständig vertraglich in Bezug genommen worden. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Tarifverträge der Zeitarbeit gäben dem Arbeitsver-

26

hältnis das „Gepräge“, ist - wie dargestellt - nicht ausreichend, um die gesetzlichen Voraussetzungen für die Abweichung vom Gleichstellungsgebot nach § 9 Nr. 2 Halbs. 3 AÜG aF zu erfüllen.

aa) Bei den Bestimmungen des Arbeitsvertrags vom 11. November 2013 handelt es sich, ebenso wie bei den nachfolgenden Vertragsänderungen, um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. §§ 305 ff. BGB. Hiervon ist das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgegangen und auch die Beklagte stellt dies nicht in Frage. 27

bb) Der Arbeitsvertrag enthält unter der Überschrift „Tarifliche Regelung“ nach Wortlaut und Inhalt eine zeitdynamische Bezugnahmeklausel (*vgl. dazu zB BAG 30. August 2017 - 4 AZR 443/15 - Rn. 20, BAGE 160, 106*) auf die aufgelisteten Tarifverträge für die Zeitarbeit. Dabei trifft die Annahme des Landesarbeitsgerichts zu, alleine die Benennung der vorhergehenden Fassung vom 1. Juli 2010 beseitige nicht den Charakter als zeitdynamische Verweisung („in ihrer jeweils gültigen Fassung“). Diese führt auch nicht zu einer Intransparenz der Klausel. Es handelt sich erkennbar um lediglich fehlerhaft unterlassene Anpassungen dieser Angaben an den aktuellen Tarifstand. Gleiches gilt im Hinblick auf die fehlerhafte Datumsangabe beim Tarifvertrag Beschäftigungssicherung. Ernsthafte Zweifel iSv. § 305c Abs. 2 BGB (*vgl. dazu zB BAG 11. Dezember 2018 - 9 AZR 383/18 - Rn. 19, BAGE 164, 316*) am Inhalt der Bezugnahmeklausel konnten dadurch nicht entstehen. Sie ist als Teil der „übrigen Vereinbarungen“ durch die Vertragsänderungen vom 14. und 25. April 2014, die sich auf die Dauer der Monatsarbeitszeit und die Vergütungshöhe beschränkten, ausdrücklich unberührt geblieben. 28

cc) Die Annahme einer umfassenden Bezugnahme scheidet aber deshalb aus, weil verschiedene Regelungen des Arbeitsvertrags von den tariflichen Bestimmungen abweichen und nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen Vorrang vor diesen haben. Damit beschränkt sich die Wirkung der Bezugnahmeklausel auf den verbleibenden Teil der Tarifverträge. Die abweichenden Vertragsbestimmungen sind auch nicht so ausgestaltet, dass sie ausschließlich zugunsten des Klägers wirken würden. 29

(1) Ausdrücklich in einen Arbeitsvertrag aufgenommene Klauseln haben grundsätzlich Vorrang gegenüber einer nur durch die pauschale Bezugnahme auf einen Tarifvertrag anwendbaren Regelung. Belassen es die Arbeitsvertragsparteien nicht dabei, ihr Arbeitsverhältnis individualvertraglich pauschal einem bestimmten Tarifregime zu unterwerfen, sondern vereinbaren sie zu einzelnen Gegenständen darüber hinaus im Arbeitsvertrag ausformulierte Regelungen, bringen sie damit typischerweise zum Ausdruck, dass unabhängig von dem vertraglich in Bezug genommenen Tarifwerk jedenfalls diese Bestimmungen für das Arbeitsverhältnis maßgebend sein sollen. Das führt entgegen der Auffassung der Revision nicht ohne Weiteres zu einer Intransparenz der Bezugnahme Klausel, sondern beschränkt lediglich ihre Reichweite. Von diesem Grundsatz können die Arbeitsvertragsparteien abweichen, indem sie etwa einer ausdrücklich in den Arbeitsvertrag aufgenommenen Regelung eine nur „deklaratorische“, den Wortlaut des in Bezug genommenen Tarifwerks lediglich wiedergebende Bedeutung beimessen und damit gleichsam die Bezugnahme „ausformulieren“ (*BAG 28. Januar 2015 - 5 AZR 122/13 - Rn. 16 f. mwN*). Es bleibt ihnen auch unbenommen, - transparente - Kollisionsregeln (*zu den Anforderungen BAG 19. Februar 2014 - 5 AZR 920/12 - Rn. 45 ff.*) für das Verhältnis einer ausdrücklich in den Arbeitsvertrag aufgenommenen Klausel zu den in Bezug genommenen tariflichen Regelungen aufzustellen (*BAG 25. September 2013 - 5 AZR 778/12 - Rn. 15*).

(2) Danach weichen Bestimmungen des Arbeitsvertrags vom 11. November 2013 teilweise von dem für den Entleihzeitraum maßgeblichen MTV Zeitarbeit vom 17. September 2013 (MTV), in Kraft getreten am 1. November 2013, ab, ohne für den Kläger ausschließlich günstiger zu sein.

(a) Nach § 8 Abs. 2 Arbeitsvertrag werden Zuschläge nur gezahlt, „sofern der Arbeitgeber diesen Arbeiten zugestimmt hat“. Arbeitgeber ist dabei nach der ausdrücklichen Definition im Rubrum des Arbeitsvertrags die Beklagte, nicht der Entleiher. § 4 MTV enthält eine solche Einschränkung nicht. Vielmehr richten sich nach § 3.1.3 MTV die Einsatzzeiten - aufgrund derer ein Anspruch auf Zuschläge entstehen kann - nach den Regelungen im Entleihbetrieb oder den An-

forderungen des Entleihers. Der Arbeitsvertrag stellt insoweit eine weitere, im MTV nicht vorgesehene Tatbestandsvoraussetzung für den Anspruch auf tarifliche Zuschläge auf.

(b) Die Vergütung ist gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 Arbeitsvertrag bis spätestens zum 20. des Folgemonats auszuzahlen; § 11 Abs. 1 MTV sieht hingegen eine Fälligkeit spätestens zum 15. Bankarbeitstag vor. Die vertragliche Regelung ist etwa dann ungünstiger als die tarifliche, wenn der 1. des Monats auf einen Montag fällt. 33

(c) Die Abschlagszahlungen des Arbeitgebers erfolgen nach § 8 Abs. 4 Satz 2 Arbeitsvertrag nur „auf freiwilliger Basis nach individueller Vereinbarung“. Auch nach mehrmaligen aufeinander folgenden Zahlungen soll kein Rechtsanspruch daraus erwachsen. Demgegenüber gewährt § 11 Abs. 2 Satz 1 MTV (idF vom 17. September 2013) grundsätzlich auf Verlangen des Arbeitnehmers einen Abschlag am Ende des jeweiligen Abrechnungsmonats von bis zu 80 % des zu erwartenden Nettoeinkommens. Ab dem Inkrafttreten dieser Bestimmung des MTV zum 1. Juli 2014 ist der am 11. November 2013 geschlossene Arbeitsvertrag insoweit ungünstiger geworden. Dieser Umstand stand bei dessen Abschluss bereits fest. 34

(d) Für die Entgeltfortzahlung gilt nach § 11 Abs. 3 Satz 3 Arbeitsvertrag das Lohnausfallprinzip, während nach § 6a MTV das Referenzprinzip anzuwenden ist. Dabei handelt es sich nicht um eine günstigere arbeitsvertragliche Regelung, sondern diese ist allenfalls ambivalent (*ausf. BAG 15. April 2015 - 4 AZR 587/13 - Rn. 27 ff., BAGE 151, 221*). Es kommt auf den Einzelfall an, welche Berechnungsmethode für den Arbeitnehmer zu höheren Ansprüchen führt. 35

(e) Nach § 11 Abs. 3 Satz 4 Arbeitsvertrag soll eine Kürzung von Sondervergütungen nach § 4a EFZG auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit zulässig sein. § 8 MTV sieht hingegen hinsichtlich der tariflichen Jahressonderzahlungen eine solche Kürzungsmöglichkeit nicht vor. 36

- (f) Schließlich weicht die in § 20 Abs. 2 Arbeitsvertrag vereinbarte Ausschlussfrist von § 10 MTV ab. Die tarifliche Ausschlussfrist beträgt in beiden Stufen jeweils drei Monate und erfasst Ansprüche beider Vertragsparteien. Die vertragliche Regelung gewährt demgegenüber hinsichtlich beider Stufen lediglich eine Frist von einem Monat und erfasst einseitig nur Ansprüche des Arbeitnehmers „gegenüber dem Arbeitgeber“. Aus dem Klammerzusatz „(§ 10 MTV)“ lässt sich deshalb auch nicht entnehmen, ob hier nur eine fehlerhafte deklaratorische Wiedergabe der tariflichen Bestimmung gemeint war, wie man vielleicht noch bei einer bloßen Übernahme der kürzeren Fristen aus dem Vorgängertarifvertrag vom 1. Juli 2010 hätte annehmen können. 37
- (g) Ob, wie die Revision meint, noch weitere vertragliche Bestimmungen tatsächlich von den einschlägigen Tarifbestimmungen abweichen, bedarf nach den vorstehenden Ausführungen keiner weiteren Prüfung. 38
- (3) Den Vereinbarungen der Parteien kann nicht entnommen werden, diese Vertragsklauseln sollten lediglich nachrangig gegenüber den tariflichen Regelungen gelten. Eine Kollisionsregel (*dazu BAG 25. September 2013 - 5 AZR 778/12 - Rn. 15*) fehlt. Der letzte Satz der Einleitung des Arbeitsvertrags listet lediglich auf, dass für das Arbeitsverhältnis die gesetzlichen Bestimmungen, die in Bezug genommenen Tarifverträge sowie die vertraglichen Regelungen gelten sollen, ohne selbst die verschiedenen Normebenen in eine bestimmte Hierarchie zu stellen oder eine Regel für den Fall einer Kollision aufzustellen. 39
4. Mangels vollständiger Inbezugnahme bedarf es keiner Entscheidung durch den Senat, ob es an einer wirksamen Inbezugnahme iSd. § 9 Nr. 2 Halbs. 2 und 3 AÜG aF fehlt, weil es sich bei den im Arbeitsvertrag genannten Tarifverträgen um mehrgliedrige Tarifverträge handelt und die vertragliche Bezugnahmeklausel wegen des Fehlens einer Kollisionsregel als intransparent anzusehen wäre (*vgl. zu diesen Anforderungen an die Transparenz einer Bezugnahmeklausel BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 30, BAGE 144, 306*). 40

III. Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung der Berufungsentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Höhe eines dem Kläger hiernach unter Berücksichtigung der vom Arbeitsgericht bereits ausgeteilten Beträge ggf. noch zustehenden Differenzvergütungsanspruchs kann der Senat mangels entsprechender Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht abschließend beurteilen (§ 563 Abs. 3 ZPO). 41

1. Der Anspruch des Leiharbeitnehmers auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 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 ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen. Dabei sind das im Betrieb des Entleihers einem Stammarbeitnehmer gewährte Vergleichsentgelt und das dem Leiharbeitnehmer vom Verleiher gezahlte Entgelt miteinander zu saldieren. Zum Vergleichsentgelt zählt nicht nur das laufende Arbeitsentgelt, sondern jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses geleistet wird oder aufgrund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss (BAG 13. März 2013 - 5 AZR 294/12 - Rn. 27 mwN). Darlegungs- und beweispflichtig für die Höhe des Anspruchs ist der Arbeitnehmer (BAG 23. November 2016 - 5 AZR 53/16 - Rn. 25, BAGE 157, 213; 21. Oktober 2015 - 5 AZR 604/14 - Rn. 13, BAGE 153, 75). Stützt der Leiharbeitnehmer sich 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 gehören die Benennung vergleichbarer Stammarbeitnehmer und das diesen vom Entleiher gewährte Arbeitsentgelt (BAG 13. März 2013 - 5 AZR 146/12 - Rn. 23). 42

2. Diesen Anforderungen genügt der bisherige Vortrag des Klägers nicht in vollem Umfang. Da er von den Vorinstanzen - aus deren Sicht konsequent - hierauf nicht hingewiesen wurde und auch die Beklagte keine entsprechenden Einwendungen erhoben hatte, ist dem Kläger unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs die Gelegenheit zu ergänzendem Vorbringen zu geben und 43

die Zurückverweisung nach § 563 Abs. 1 ZPO an das Berufungsgericht geboten (vgl. dazu zB BAG 29. Juni 2017 - 6 AZR 785/15 - Rn. 30).

a) Zwischen den Parteien steht nicht im Streit, dass es sich bei den beim Entleiher beschäftigten Coil-Carrier-Fahrern um vergleichbare Stammarbeitnehmer iSv. § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG aF handelt. Auf deren Arbeitsverhältnisse fanden im Streitzeitraum kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme die Tarifverträge der Metall- und Elektroindustrie Unterweser Anwendung und die Vergütung erfolgte nach Entgeltgruppe 5 ERA Metall. Die Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden steht - soweit noch von Interesse - zwischen den Parteien ebenfalls außer Streit. 44

b) Keine Beachtung hat allerdings bisher gefunden, dass die Stammarbeitnehmer nach § 11 Ziff. 1.1 ERA Metall Anspruch auf ein (verstetigtes) Monatsentgelt laut Entgelttabelle des jeweiligen Tarifvertrags über Entgelte und Ausbildungsvergütungen (TV Entgelt Metall) haben. Der Kläger ist zwar in seinen Berechnungen von diesem Monatsentgelt ausgegangen, hat dieses aber - wohl im Hinblick auf die schwankenden Einsatzzeiten - auf einen fiktiven Stundenlohn (einschl. Leistungszulage) umgerechnet und mit den von der Beklagten auf deren Lohnabrechnungen angegebenen Einsatzstunden multipliziert. Wenn Stammarbeitnehmer aber ein Monatsgehalt erhalten, richtet sich auch der Anspruch des Leiharbeitnehmers aus § 10 Abs. 4 AÜG aF - der ja auf Gleichstellung mit diesen gerichtet ist - auf ein Monatsgehalt nach den Bestimmungen des Entleihbetriebs. Ein „Herunterrechnen“ auf einen - fiktiven - Stundenlohn scheidet aus (BAG 19. Februar 2014 - 5 AZR 1046/12 - Rn. 38; 23. Oktober 2013 - 5 AZR 135/12 - Rn. 32, BAGE 146, 217). Dies gilt unabhängig davon, ob eine solche Vorgehensweise sich zugunsten oder zuungunsten des Leiharbeitnehmers auswirkt, sie bildet jedenfalls den gesetzlichen equal-pay-Anspruch des Leiharbeitnehmers nicht angemessen ab. Dem Senat ist es bereits deshalb nicht möglich, eine abschließende Entscheidung zu treffen. 45

IV. Im Rahmen der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Landesarbeitsgericht - nachdem es den Parteien Gelegenheit zu weiter gehendem Vorbringen gegeben hat - folgende Erwägungen zu berücksichtigen haben: 46

1. Die vertragliche Arbeitszeit des Klägers für den Entleihzeitraum entsprach nach der Vereinbarung vom 14. April 2014 derjenigen beim Entleiher. Dies sind nach § 3 Ziff. 1.1 des Manteltarifvertrags für die Metall- und Elektroindustrie Unterweser vom 3. Juli 2008 (MTV Metall) 35 Wochenstunden, monatlich also 151,67 Stunden. Dem Anspruch auf ein verstetigtes Entgelt stehen die monatlich schwankenden Arbeitszeiten des Klägers nicht entgegen. Wie ein Stammarbeitnehmer kann er das tarifliche Tabellenentgelt verlangen. Schwankungen der Arbeitszeit werden dabei regelmäßig über ein Arbeitszeitkonto oder vergleichbare Regelungen auf Grundlage einer Betriebsvereinbarung abgebildet (vgl. § 3 Ziff. 1.7 MTV Metall). Ob eine solche beim Entleiher im Streitzeitraum bestand oder ein anderweitig etabliertes betriebliches Arbeitszeitsystem beim Entleiher maßgebend war, ist bisher nicht festgestellt. Nach den dort geltenden tariflichen und betrieblichen Regelungen bestimmt sich dann auch, wie mögliche Abweichungen der individuellen vertraglichen Arbeitszeit von der tatsächlichen Einsatzzeit im Entleihzeitraum zu berücksichtigen sind. Gleiches gilt, soweit bei Beendigung des Einsatzes Mehr- oder Minderstunden angefallen sein sollten. Ein Rückgriff auf die entsprechenden Abrechnungen des Verleihers, die auf völlig anderer rechtlicher Grundlage (Arbeitsvertrag, Tarifverträge Zeitarbeit) erstellt wurden, scheidet insoweit für die Berechnung der Höhe des equal-pay-Anspruchs aus. Aus diesen kann lediglich der Umfang der unstrittig geleisteten Arbeitsstunden entnommen werden. 47

2. Weiter wird das Landesarbeitsgericht zu beachten haben, dass ein Anspruch auf Vergütung nach der Hauptstufe einer Entgeltgruppe gemäß § 5 Ziff. 2 und 3 ERA Metall erst nach einem Jahr Ausübungszeit besteht. Zuvor erfolgt eine Eingruppierung in die Grundstufe (§ 5 Ziff. 2 Abs. 1 ERA Metall). Der Kläger hat zwar behauptet, die Stammarbeitnehmer würden nach der Hauptgruppe vergütet, ohne dies aber unter Berücksichtigung der tariflichen Regelungen näher zu präzisieren. Es ist bisher auch nicht erkennbar, dass die 48

Stammarbeitnehmer übertariflich ab dem ersten Einsatztag nach der Hauptgruppe vergütet werden. Weiter ist zu berücksichtigen, dass das Grundentgelt im April 2014 nach dem TV Entgelt Metall vom 27. Mai 2013 auch in der Hauptstufe niedriger war als das vom Kläger genannte. Die Entgelttabelle mit den Tarifierhöhungen galt erst ab dem 1. Mai 2014.

3. Nach dem bisherigen Vorbringen des Klägers erschließt sich weiterhin nicht, aus welchen Gründen ihm abweichend von § 11 Ziff. 2.1 Unterabs. 2 ERA Metall bereits in den ersten drei Monaten seines Einsatzes eine Leistungszulage in Höhe von 6 % zustehen soll. Soweit er unwidersprochen vorgetragen hat, die Stammarbeitnehmer erhielten generell eine Leistungszulage, sind auch insoweit Anhaltspunkte für eine übertarifliche Vergütung beim Entleiher bisher nicht erkennbar. 49
4. Hinsichtlich der vom Kläger beanspruchten Mehrarbeitszuschläge wird zu prüfen sein, ob nach dem Arbeitszeitregime beim Entleiher Mehrarbeit iSd. MTV Metall angefallen ist. Zudem betragen die Nachtarbeitszuschläge nach § 6 Ziff. 1.4 MTV Metall nicht durchgehend 50 %, sondern nur für unregelmäßige Nachtarbeit und demgegenüber für regelmäßige Nachtarbeit 15 %. 50
5. Da im Entleihzeitraum Zeiten mit gesetzlichen Entgeltfortzahlungstatbeständen lagen (*vgl. dazu BAG 19. Februar 2014 - 5 AZR 1046/12 - Rn. 36; 13. März 2013 - 5 AZR 294/12 - Rn. 27 mwN*), ist auch insoweit noch weiterer Vortrag hinsichtlich der Höhe der Vergütung der vergleichbaren Stammarbeitnehmer nach den tariflichen Bestimmungen erforderlich. 51
6. Eine Ausschlussfrist musste der Kläger hinsichtlich sich danach noch ergebender Vergütungsansprüche nicht einhalten. 52
- a) Die Ausschlussfrist nach § 10 MTV ist von der arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klausel nicht erfasst, sondern wird - wie dargelegt - durch § 20 Abs. 2 Arbeitsvertrag verdrängt. 53

- b) Die Ausschlussfrist in § 20 Abs. 2 Arbeitsvertrag ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Es handelt sich um eine einseitige Ausschlussfrist (*BAG 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - zu I 5 b dd der Gründe, BAGE 115, 372*) und zudem wird weder in der ersten noch in der zweiten Stufe die Mindestfrist von drei Monaten eingehalten (*vgl. zur ersten Stufe: BAG 27. Januar 2016 - 5 AZR 277/14 - Rn. 21 mwN, BAGE 154, 93; zur zweiten Stufe: BAG 12. März 2008 - 10 AZR 152/07 - Rn. 24; 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - zu IV 7 d der Gründe, BAGE 115, 19*). 54
- c) Auch die Ausschlussfristen nach § 16 MTV Metall sind vorliegend ohne Bedeutung. Im Entleihbetrieb geltende Ausschlussfristen gehören nicht zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen iSv. § 10 Abs. 4 AÜG aF (*BAG 23. März 2011 - 5 AZR 7/10 - Rn. 14 ff., BAGE 137, 249*). 55

Treber

Klug

W. Reinfelder

Schuldt

Wuppermann