

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Urteil vom 14. Oktober 2020  
- 7 AZR 286/18 -  
ECLI:DE:BAG:2020:141020.U.7AZR286.18.0

I. Arbeitsgericht Aachen

Urteil vom 29. November 2016  
- 5 Ca 1985/16 d -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 19. April 2018  
- 4 Sa 401/17 -

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsratsmitglied - Personalgestellung - equal-pay

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 286/18  
4 Sa 401/17  
Landesarbeitsgericht  
Köln

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
14. Oktober 2020

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Oktober 2020 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Klose als Vorsitzenden, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt und den Richter am Bundesarbeitsgericht Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Meißner und Prof. Dr. Deinert für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 19. April 2018 - 4 Sa 401/17 - wird zurückgewiesen, soweit es die Berufung des Klägers gegen die Abweisung des Feststellungsantrags zu 14. durch das Arbeitsgericht zurückgewiesen hat.

Im Übrigen wird das vorgenannte Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln auf die Revision des Klägers aufgehoben. 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 Vergütungsansprüche des als Betriebsratsmitglied von seiner beruflichen Tätigkeit freigestellten Klägers. 1
- Die Beklagte ist eine GmbH, deren Gesellschafter zu 90 % die Bundesrepublik Deutschland und zu 10 % das Land Nordrhein-Westfalen sind. Sie betreibt eine Forschungseinrichtung, in der etwa 5.700 Mitarbeiter beschäftigt sind. 2
- Der Kläger ist Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) und seit dem 16. November 1987 bei der Beklagten beschäftigt. Er war zunächst als Aushilfskraft und ab April 1988 als Anlagenwart und Tankwagenfahrer tätig. Im Jahr 1990 erwarb er eine Zusatzqualifikation als kerntechnischer Facharbeiter. Seit 2002 ist der Kläger Mitglied des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats. Ab dem 18. Juni 2014 wurde er in dieser Funktion vollständig von seiner beruflichen Tätigkeit freigestellt. 3
- Zwischen der Beklagten und ua. ver.di wurde am 24. Februar 2015 der Firmentarifvertrag für die Beschäftigten sowie Auszubildenden der Beklagten (nachfolgend: MTV-F) abgeschlossen, in dessen § 2 auf den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst für die Beschäftigten des Bundes (TVöD) in der jeweils gültigen Fassung verwiesen wird. Der Kläger wird nach Entgeltgruppe 7 Stufe 6 4

der Anlage A zum TVöD vergütet. Neben dem Grundgehalt erhält er eine Besitzstandszulage „Kinder“ und eine Besitzstandszulage „Betriebsratstätigkeit“ zum Ausgleich unständiger Bezügebestandteile.

Der Kläger war vor seiner Freistellung zuletzt im Geschäftsbereich „Nu-Service“ tätig. Auf Grundlage eines Spaltungsvertrags vom 14. Juli 2015 übertrug die Beklagte mit Wirkung zum 1. September 2015 den überwiegenden Teil dieses Geschäftsbereichs (mit Ausnahme von zwei Fachabteilungen) im Wege eines Betriebsteilübergangs nach § 613a BGB auf die A GmbH (fortan: A). Im Zusammenhang mit dem Betriebsteilübergang schlossen die Beklagte und die A am 14. Juli 2015 einen Personalüberleitungsvertrag, dessen § 2 auszugsweise wie folgt lautet:

5

„(3) Arbeitnehmer, die dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung gemäß § 613a BGB widersprechen, bleiben Arbeitnehmer des F. In diesem Fall wird das F die widersprechenden Arbeitnehmer unter Beteiligung des Betriebsrates an die A im Sinne des § 4 Abs. 3 TVöD gestellen (Personalgestellung).

(4) Die widersprechenden Arbeitnehmer erbringen nach erfolgtem Betriebsteilübergang ihre Arbeitsleistung bei der A auf einem mindestens gleichwertigen Arbeitsplatz. Die A verpflichtet sich, die Personalgestellung grundsätzlich nicht zu beenden. Durch die Gestellung wird der dauerhafte Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum F gesichert. Die Einzelheiten werden in einem Personalgestellungsvertrag zwischen A und F geregelt. Die organisatorische Zuordnung der widersprechenden Arbeitnehmer im Forschungszentrum wird diesen im Rahmen der Überleitung bekannt gegeben.

...

(6) Sollte eine Gestellung im Sinne von § 2 Absatz 3 nicht mehr möglich sein, gelten die Regelungen der Gesamtbetriebsvereinbarung des F zur Förderung der Binnenmobilität mit dem Ziel, den Einsatz auf einem gleichwertigen Arbeitsplatz zu ermöglichen. So werden unter anderem bei der Übernahme neuer Arbeitsaufgaben im F die betreffenden Arbeitnehmer im Bedarfsfall unterstützt (z.B. Besuch von Fortbildungsveranstaltungen, gezielte Einarbeitung durch erfahrene Kollegen). Die entsprechenden Maßnahmen werden eingeleitet, sobald feststeht, in welchen neuen Arbeitsbereichen die Arbeitnehmer eingesetzt werden. ...“

§ 4 Abs. 3 TVöD lautet nebst Protokollerklärung:

6

„Werden Aufgaben der Beschäftigten zu einem Dritten verlagert, ist auf Verlangen des Arbeitgebers bei weiter bestehendem Arbeitsverhältnis die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung bei dem Dritten zu erbringen (Personalgestellung). § 613a BGB sowie gesetzliche Kündigungsrechte bleiben unberührt.

Protokollerklärung zu Absatz 3:

Personalgestellung ist - unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses - die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten. Die Modalitäten der Personalgestellung werden zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten vertraglich geregelt.“

Mit Schreiben vom 20. Juli 2015 informierte die Beklagte den Kläger über den beabsichtigten Betriebsteilübergang und dessen Folgen, ua. den damit verbundenen Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die A, über die für die A geltenden Tarifverträge sowie die Möglichkeit des Klägers, dem Übergang des Arbeitsverhältnisses zu widersprechen. Für den Fall des Widerspruchs gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses werde die Beklagte die widersprechenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 3 TVöD an die A stellen. Mit diesem Informationsschreiben wurde dem Kläger ein Angebot der A zum Abschluss einer „Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag“ übermittelt, in dem eine Beschäftigung als „FA-Betrieb“ und eine Vergütung nach „Entgeltgruppe V b Stufe 10“ nebst Zuschlägen vorgesehen ist.

7

Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses mit Schreiben vom 21. August 2015. Das ihm unterbreitete Vertragsangebot der A lehnte er ab. Neben dem Kläger widersprachen zunächst drei weitere Arbeitnehmer des betroffenen Geschäftsbereichs dem Betriebsteilübergang. Von diesen wurde lediglich der Arbeitnehmer N auf Grundlage eines Personalgestellungsvertrags vom 31. August 2015 im Wege der Personalgestellung bei der A eingesetzt. Er ist Ingenieur und wird von der Beklagten unverändert nach der Entgeltgruppe 12 der Anlage A zum TVöD vergütet. Eine widersprechende Arbeitnehmerin befand sich in Altersteilzeit und wurde nicht an die A gestellt. Eine weitere

8

Arbeitnehmerin zog ihren Widerspruch zurück und steht seitdem in einem Arbeitsverhältnis zur A. Der Kläger übt unverändert Betriebsratstätigkeiten aus. Ein Personalgestellungsvertrag wurde für ihn zwischen der Beklagten und der A nicht vereinbart.

Mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 28. Dezember 2015 machte der Kläger gegenüber der Beklagten geltend, es müsse für ihn auf Grundlage des „Equal-Pay-Prinzips“ das bei der A angewandte tarifliche Vergütungsniveau gelten. Er verlangte rückwirkend ab 1. September 2015 die Differenz zwischen dem von der Beklagten an ihn auf Grundlage des TVöD gezahlten Entgelts einerseits und der Vergütung nach Maßgabe des ihm unterbreiteten Vertragsangebots der A andererseits, die er auf monatlich 1.121,71 Euro brutto bezifferte. Die Beklagte wies diese Forderung mit Schreiben vom 15. Februar 2016 zurück.

9

Mit seiner am 15. Juni 2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen, der Beklagten am 21. Juni 2016 zugestellten und im weiteren Prozessverlauf mehrfach erweiterten Klage hat der Kläger zuletzt die monatlichen Differenzvergütungen für den Zeitraum von September 2015 bis Januar 2018 - der Höhe nach von den Angaben im Schreiben vom 28. Dezember 2015 geringfügig abweichend - verlangt. Darüber hinaus hat er die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten begehrt, ihm weitere Entgeltdifferenzen und sonstige Leistungen auf Grundlage des bei der A geltenden Tarifniveaus auszugleichen.

10

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die geltend gemachte Vergütungsdifferenz stehe ihm nach § 37 Abs. 4 BetrVG zu, wonach er als Betriebsratsmitglied die Teilhabe an der betriebsüblichen Vergütungsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer verlangen könne. Als betriebsübliche Entwicklung sei nach Wegfall seines bisherigen Tätigkeitsbereichs die - hypothetische - Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD an die A anzusehen. Zudem folge sein Anspruch jedenfalls aus dem Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG und aus § 37 Abs. 2 BetrVG. Ohne seine Betriebsratstätigkeit wäre er von der Beklagten an die A gestellt worden. Im Rahmen dieser Personalgestellung, die eine Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG darstelle, sei die Beklagte nach § 10 Abs. 4 AÜG in der bis zum 31. März 2017 geltenden Fassung vom 28. April 2011 (aF)

11

bzw. nach § 8 Abs. 1 AÜG in der ab 1. April 2017 geltenden Fassung vom 21. Februar 2017 (nF) verpflichtet, den Kläger nach den Grundsätzen des equal-pay zu behandeln.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

12

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.234,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Oktober 2015 zu bezahlen (Lohndifferenz September 2015);
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.234,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. November 2015 zu bezahlen (Lohndifferenz Oktober 2015);
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.234,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Dezember 2015 zu bezahlen (Lohndifferenz November 2015);
4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.234,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Januar 2016 zu bezahlen (Lohndifferenz Dezember 2015);
5. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.234,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Februar 2016 zu bezahlen (Lohndifferenz Januar 2016);
6. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.234,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. März 2016 zu bezahlen (Lohndifferenz Februar 2016);
7. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.148,63 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. April 2016 zu bezahlen (Lohndifferenz März 2016);
8. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.148,63 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Mai 2016 zu bezahlen (Lohndifferenz April 2016);
9. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.148,63 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Juni 2016 zu bezahlen (Lohndifferenz Mai 2016);
10. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.148,63 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten

über dem Basiszins seit dem 1. Juli 2016 zu bezahlen (Lohndifferenz Juni 2016);

11. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.148,63 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. August 2016 zu bezahlen (Lohndifferenz Juli 2016);
12. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.148,63 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. September 2016 zu bezahlen (Lohndifferenz August 2016);
13. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.148,63 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Oktober 2016 zu bezahlen (Lohndifferenz September 2016);
14. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm alle Entgeltdifferenzen bezogen auf Sonderzahlungen wie Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld zwischen dem Entgelt für seine Tätigkeit nach dem TVöD und dem der Haustarifverträge der A GmbH nach den Grundsätzen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (Equal Pay) zu bezahlen, sowie einen Ausgleich für die höhere Arbeitszeit von 1,5 Stunden pro Woche zu schaffen oder zu vergüten und drei weitere Urlaubstage pro Kalenderjahr zu gewähren;
15. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.148,63 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. November 2016 zu bezahlen (Lohndifferenz Oktober 2016);
16. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.148,63 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Dezember 2016 zu bezahlen (Lohndifferenz November 2016);
17. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.148,63 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Januar 2017 zu bezahlen (Lohndifferenz Dezember 2016);
18. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.148,63 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Februar 2017 zu bezahlen (Lohndifferenz Januar 2017);
19. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.053,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. März 2017 zu bezahlen (Lohndifferenz Februar 2017);

20. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.053,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. April 2017 zu bezahlen (Lohndifferenz März 2017);
21. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.053,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Mai 2017 zu bezahlen (Lohndifferenz April 2017);
22. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.053,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Juni 2017 zu bezahlen (Lohndifferenz Mai 2017);
23. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.053,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Juli 2017 zu bezahlen (Lohndifferenz Juni 2017);
24. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.053,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. August 2017 zu bezahlen (Lohndifferenz Juli 2017);
25. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.053,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. September 2017 zu bezahlen (Lohndifferenz August 2017);
26. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.053,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Oktober 2017 zu bezahlen (Lohndifferenz September 2017);
27. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.053,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. November 2017 zu bezahlen (Lohndifferenz Oktober 2017);
28. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.053,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Dezember 2017 zu bezahlen (Lohndifferenz November 2017);
29. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.053,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 1. Januar 2018 zu bezahlen (Lohndifferenz Dezember 2017);
30. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.053,90 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten

über dem Basiszins seit dem 1. Februar 2018 zu bezahlen (Lohndifferenz Januar 2018).

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat den Standpunkt eingenommen, der Kläger könne die geltend gemachte Vergütungsdifferenz nicht nach § 37 Abs. 2 BetrVG verlangen. Es fehle an der für den Gleichstellungsanspruch erforderlichen tatsächlichen Überlassung des Klägers an die A. Ein entsprechender Personalgestellungsvertrag sei für den Kläger nicht geschlossen worden, der Kläger habe hierauf auch keinen Anspruch. Vielmehr sei auch ein anderweitiger Einsatz des Klägers in dem bei der Beklagten verbliebenen Bereich in Frage gekommen. Im Übrigen sei die Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD keine Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG. Jedenfalls stelle der auf das Arbeitsverhältnis des Klägers anwendbare TVöD einen in zulässiger Weise vom Gleichstellungsgrundsatz abweichenden Tarifvertrag dar. Schließlich hat die Beklagte die geltend gemachten Zahlungsansprüche der Höhe nach bestritten und sich auf die Ausschlussfrist des § 37 TVöD berufen. 13

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen. 14

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers ist überwiegend begründet. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts kann die Klage hinsichtlich der Zahlungsanträge nicht abgewiesen werden. Der Senat kann auf der Grundlage der bisherigen Tatsachenfeststellungen nicht abschließend beurteilen, ob dem Kläger für die Zeit vom 1. September 2015 bis zum 31. Januar 2018 die mit den Zahlungsanträgen geltend gemachten Vergütungsdifferenzansprüche zustehen. Das führt zur teilweisen Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung 15

der Sache an das Landesarbeitsgericht. Im Übrigen ist die Revision unbegründet; der zu 14. erhobene Feststellungsantrag ist unzulässig.

A. Soweit das Landesarbeitsgericht die Zahlungsanträge zu 1. bis 13. sowie 15. bis 30. abgewiesen hat, hat die Revision Erfolg. 16

I. Die Klage ist mit den Zahlungsanträgen ohne weiteres zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Sie ist auf die Zahlung einer bezifferten Bruttovergütung für konkret benannte Zeiträume gerichtet. 17

II. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Zahlungsanträge seien unbegründet, hält mit der gegebenen Begründung einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 18

1. Allerdings hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen, dass der Kläger die geltend gemachten Ansprüche nicht auf § 37 Abs. 4 BetrVG stützen kann. 19

a) Nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Die Vorschrift soll sicherstellen, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden (*st. Rspr., vgl. BAG 20. Januar 2020 - 7 AZR 222/19 - Rn. 20 mwN*). § 37 Abs. 4 BetrVG garantiert dem Betriebsratsmitglied allerdings nicht die der Höhe nach absolut gleiche Vergütung, die vergleichbare Arbeitnehmer erhalten. Nach dem Zweck der Vorschrift, das Betriebsratsmitglied vor finanziellen Nachteilen wegen der Ausübung der Betriebsratstätigkeit zu schützen, kommt es vielmehr darauf an, ob die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der Dauer seiner Amtszeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist (*BAG 21. Februar 2018 - 7 AZR 587/16 - Rn. 15; 18. Januar 2017 - 7 AZR 205/15 - Rn. 15; 19. Januar 2005 - 7 AZR 208/04 - zu I 2 a der Gründe*). 20

- b) § 37 Abs. 4 BetrVG ist keine Bemessungsvorschrift für den Anspruch aus § 37 Abs. 2 BetrVG. Die Bestimmung regelt einen anderen Sachverhalt als § 37 Abs. 2 BetrVG. Während § 37 Abs. 2 BetrVG die Fortzahlung des - vereinbarten, dem Betriebsratsmitglied bei unterstellter Erbringung seiner vertraglichen Tätigkeit zustehenden - Arbeitsentgelts für die Dauer der Arbeitsbefreiung zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben regelt, gewährt § 37 Abs. 4 BetrVG einem Betriebsratsmitglied einen Anspruch auf Erhöhung seines Entgelts in dem Umfang, in dem das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung steigt (*vgl. BAG 18. Mai 2016 - 7 AZR 401/14 - Rn. 18; 29. April 2015 - 7 AZR 123/13 - Rn. 17 mwN*). 21
- c) Danach besteht im Streitfall kein Anspruch auf die geltend gemachten Vergütungsdifferenzen nach § 37 Abs. 4 BetrVG. Der Kläger behauptet nicht, es habe eine betriebsüblich steigende Vergütungsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer gegeben, die sich aus einem gleichförmigen Verhalten der Beklagten und einer von ihr aufgestellten Regel ergibt. Vielmehr verlangt der Kläger die Fortzahlung des vereinbarten - seiner Ansicht nach durch Anwendung des equal-pay-Grundsatzes korrigierten - vertraglichen Arbeitsentgelts für die Dauer seiner Freistellung von der beruflichen Tätigkeit. Das ist nach den Voraussetzungen des Lohnausfallprinzips des § 37 Abs. 2 BetrVG, § 611 Abs. 1 bzw. § 611a Abs. 2 BGB iVm. den arbeitsvertraglichen Regelungen sowie § 10 Abs. 4 AÜG aF bzw. § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF zu beurteilen, nicht aber nach § 37 Abs. 4 BetrVG. Im Übrigen hat der Kläger auch keine betriebsübliche Vergütungsentwicklung von mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmern auf das Tarifniveau der A dargelegt. Der einzig an die A gestellte Arbeitnehmer N verfügt als Ingenieur unstreitig über eine mit dem Kläger nicht vergleichbare Qualifikation und übt eine andere Tätigkeit aus als der Kläger. Auf Arbeitnehmer, die auf die A übergegangen sind, kann sich der Kläger nicht berufen, weil berufliche Entwicklungen, die bei anderen Arbeitgebern stattfinden, für die Bemessung des Arbeitsentgelts von Betriebsratsmitgliedern unbeachtlich sind (*vgl. zu Personalratsmitgliedern BAG 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - Rn. 31; zu Zuwendungen von einem Dritten BAG 16. Januar 2008 - 7 AZR 887/06 - Rn. 15*). 22

2. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger könne seinen Anspruch nicht unmittelbar auf eine Verletzung des Benachteiligungsverbots nach § 78 Satz 2 BetrVG stützen. 23
- a) Nach § 78 Satz 2 BetrVG dürfen Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden. Diese Regelung ergänzt § 37 Abs. 1 BetrVG, wonach die Mitglieder des Betriebsrats ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt führen. Das Ehrenamtsprinzip wahrt die innere und äußere Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder (*vgl. BAG 18. Mai 2016 - 7 AZR 401/14 - Rn. 21 mwN; 5. Dezember 2012 - 7 AZR 698/11 - Rn. 47, BAGE 144, 85*). Eine Benachteiligung iSv. § 78 Satz 2 BetrVG ist jede Schlechterstellung im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern, die nicht auf sachlichen Gründen, sondern auf der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied beruht. Eine Benachteiligungsabsicht ist nicht erforderlich. Es genügt die objektive Schlechterstellung gegenüber Nichtbetriebsratsmitgliedern (*vgl. BAG 20. Januar 2010 - 7 ABR 68/08 - Rn. 11 mwN*). § 78 Satz 2 Halbs. 2 BetrVG enthält zudem ein an den Arbeitgeber gerichtetes allgemeines Verbot, ein Betriebsratsmitglied wegen der Amtstätigkeit in seiner beruflichen Entwicklung zu benachteiligen. Der Arbeitgeber muss den Mitgliedern der in § 78 Satz 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen eine berufliche Entwicklung gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne ihre Amtstätigkeit durchlaufen hätten. Von dem Benachteiligungsverbot erfasst wird nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch das sich aus ihr ergebende Entgelt. Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann daher den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen (*BAG 22. Januar 2020 - 7 AZR 222/19 - Rn. 29; 17. August 2005 - 7 AZR 528/04 - zu 2 a der Gründe*). 24
- b) Danach hat der Kläger im Streitzeitraum keinen Anspruch auf die geltend gemachte Vergütung nach den bei der A geltenden tariflichen Bedingungen aus § 78 Satz 2 BetrVG. Der Kläger ist im Vergleich zu Arbeitnehmern der Beklagten ohne Mandat nicht wegen seines Mandats schlechtergestellt, denn kein Arbeitnehmer der Beklagten wird nach den bei der A geltenden Bedingungen vergütet. 25

Der einzige im Wege der Personalgestellung dort tätige Arbeitnehmer N erhält - wie der Kläger - weiterhin die Vergütung auf Grundlage des TVöD. Eine Benachteiligung in seiner beruflichen Entwicklung - also einen aufgrund des Betriebsratsmandats unterbliebenen beruflichen Aufstieg - macht der Kläger nicht geltend.

3. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch mit einer rechtsfehlerhaften Begründung angenommen, der Kläger habe keinen Anspruch auf die geltend gemachten Vergütungsdifferenzen nach § 37 Abs. 2 BetrVG iVm. § 611 Abs. 1 BGB, § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG aF (für den Zeitraum vom 1. September 2015 bis zum 31. März 2017) bzw. § 611a Abs. 2 BGB, § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF (für den Zeitraum vom 1. April 2017 bis zum 31. Januar 2018). Es ist zu Unrecht davon ausgegangen, der Anspruch scheitere bereits daran, dass für den Kläger kein Personalgestellungsvertrag vereinbart worden und er der A nicht gestellt worden ist. 26

a) Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. § 37 Abs. 2 BetrVG begründet keinen eigenständigen Vergütungsanspruch, sondern sichert den Entgeltanspruch des Betriebsratsmitglieds aus § 611a Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag sowie dem ggf. anzuwendenden Tarifvertrag, indem er dem Arbeitgeber den Einwand des nicht erfüllten Vertrags nimmt. Das Verbot der Entgeltminderung soll die Bereitschaft des Arbeitnehmers zur Übernahme eines Betriebsratsamts fördern, indem es ihm die Befürchtung nimmt, Einkommenseinbußen durch die Wahrnehmung eines Ehrenamts zu erleiden. Diese Vorschrift, die für alle Betriebsratsmitglieder unabhängig von einer etwaigen Freistellung nach § 38 BetrVG gilt (*BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 22/12 - Rn. 19 mwN*), konkretisiert hinsichtlich der Vergütung das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG (*st. Rspr., vgl. BAG 25. Oktober 2017 - 7 AZR 731/15 - Rn. 29; 18. Mai 2016 - 7 AZR 401/14 - Rn. 13 jew. mwN*). Das Arbeitsentgelt ist nach dem Lohnausfallprinzip fortzuzahlen. Die Berechnung der 27

geschuldeten Vergütung nach dem Lohnausfallprinzip erfordert eine hypothetische Betrachtung, welches Arbeitsentgelt das Betriebsratsmitglied ohne die Arbeitsbefreiung verdient hätte (*BAG 25. Oktober 2017 - 7 AZR 731/15 - aaO; 29. April 2015 - 7 AZR 123/13 - Rn. 14 mwN*).

b) Danach hat Kläger nach § 37 Abs. 2 BetrVG für den geltend gemachten Zeitraum Anspruch auf das Arbeitsentgelt, das er ohne die Arbeitsbefreiung als Betriebsratsmitglied verdient hätte. Die vertragliche Vergütungsabrede des Leiharbeitnehmers wird ggf. durch seinen gesetzlichen Entgeltanspruch auf gleiches Arbeitsentgelt korrigiert (*vgl. dazu BAG 23. November 2016 - 5 AZR 53/16 - Rn. 17, BAGE 157, 213; 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - BAGE 144, 306*). Wäre der vertragliche Vergütungsanspruch des Klägers - bei Hinwegdenken seiner Freistellung - durch den gesetzlichen Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt nach „equal-pay“-Grundsätzen korrigiert, hätte er mithin nach § 37 Abs. 2 BetrVG Anspruch auf die so korrigierte Entgelthöhe. Ihm stünde die Differenz zwischen dem Vergleichsentgelt, das die A einem Stammarbeitnehmer gewährt, und dem von der Beklagten gezahlten Entgelt zu, sofern er im Streitzeitraum bei hypothetischer Betrachtung ohne die Arbeitsbefreiung auf Grundlage eines Personalgestellungsvertrags an die A gestellt worden wäre und daraus ein Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt nach „equal-pay“-Grundsätzen gemäß § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG aF bzw. § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF resultierte. 28

Sollte eine Gestellung des Klägers an die A nur deshalb unterblieben sein, weil dieser aufgrund seiner Freistellung als Betriebsratsmitglied für einen tatsächlichen Einsatz nicht in Betracht kam, würde der Kläger iSd. § 78 Satz 2 BetrVG unzulässig benachteiligt, wenn ihm das korrigierte Entgelt allein unter Hinweis auf die aus diesem Grund fehlende Gestellungsvereinbarung verweigert würde. Für den Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 37 Abs. 2 BetrVG ist dabei lediglich von Bedeutung, ob das Betriebsratsmitglied ohne die Mandatstätigkeit eingesetzt worden wäre. Darauf, ob der Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 3 TVöD hätte verlangen können, im Wege der Personalgestellung eingesetzt zu werden (*vgl. dazu Howald in Burger HK-TVöD/TV-L 4. Aufl. § 4 Rn. 29*), kommt es nicht an. 29

c) Allein der Umstand, dass während der Zeit der Freistellung als Betriebsratsmitglied keine tatsächliche Überlassung an den potentiellen Entleiher erfolgt, steht einem etwaigen korrigierten Entgeltanspruch nicht entgegen (*vgl. zu kurzfristigen Freistellungen BAG 21. März 2018 - 5 AZR 862/16 - Rn. 23, BAGE 162, 144*). Zwar entsteht der Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG aF bzw. § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF erst mit jeder Überlassung und besteht jeweils nur für die Dauer der Überlassung (*BAG 13. März 2013 - 5 AZR 294/12 - Rn. 24; 23. Oktober 2013 - 5 AZR 135/12 - Rn. 27, BAGE 146, 217*), nicht aber für verleihefreie Zeiten, in denen sich die Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts grundsätzlich weiterhin nach den Vereinbarungen zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer richten (*vgl. BT-Drs. 15/25, S. 38; Kock/Greiner in Thüsing AÜG 4. Aufl. § 8 Rn. 29; Schüren in Schüren/Hamann AÜG 5. Aufl. § 8 Rn. 92*). Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, ein Anspruch des freigestellten Betriebsratsmitglieds auf gleiches Arbeitsentgelt nach „equal-pay“-Grundsätzen setze ebenfalls eine tatsächliche Überlassung voraus. Vielmehr ist auch die Beurteilung, ob eine für den Anspruch aus § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG aF bzw. § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF erforderliche tatsächliche Überlassung erfolgt ist bzw. wäre, nach § 37 Abs. 2 BetrVG zur Vermeidung einer nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässigen Benachteiligung hypothetisch unter Außerachtlassung der Arbeitsbefreiung als Betriebsratsmitglied vorzunehmen.

30

d) Danach hat das Landesarbeitsgericht zu Unrecht angenommen, der Anspruch des Klägers scheitere bereits daran, dass für diesen kein Personalgestellungsvertrag vereinbart worden und er der A nicht gestellt worden ist. Es hätte vielmehr der Prüfung bedurft, ob der Kläger bei hypothetischer Betrachtung ohne die Freistellung als Betriebsratsmitglied an die A gestellt worden wäre. Diese Würdigung hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft unterlassen. Soweit es ausführt, eine „Unterstellung der Gestellung des Klägers an die A im Zusammenhang mit seiner Betriebsratstätigkeit“ komme nicht in Betracht, ist dem nicht zu entnehmen, dass das Landesarbeitsgericht geprüft und gewürdigt hat, ob der Kläger - bei Hinwegdenken seiner Freistellung - im Wege der Personalgestellung bei der A eingesetzt worden wäre.

31

III. Der Rechtsfehler führt zur teilweisen Aufhebung der angefochtenen Entscheidung (§ 562 Abs. 1 ZPO), soweit das Landesarbeitsgericht die Zahlungsanträge abgewiesen hat, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. 32

1. Der Senat kann die Würdigung, ob für den Kläger bei hypothetischer Betrachtung ohne seine Freistellung ein Personalgestellungsvertrag abgeschlossen worden und er in dessen Vollzug im Zeitraum vom 1. September 2015 bis zum 31. Januar 2018 an die A gestellt worden wäre, nicht ausnahmsweise selbst vornehmen. Die bisher getroffenen Feststellungen reichen dafür nicht aus. Zwar sieht der zwischen der Beklagten und der A geschlossene Personalüberleitungsvertrag vom 14. Juli 2015 in § 2 vor, dass die Beklagte die Arbeitnehmer, die dem Übergang des Arbeitsverhältnisses widersprechen, unter Beteiligung des Betriebsrats an die A iSd. § 4 Abs. 3 TVöD gestellt wird. Einen gleichlautenden Hinweis enthält das Schreiben vom 20. Juli 2015, mit dem der Kläger über den Betriebsteilübergang informiert wurde. Allerdings ist im Personalüberleitungsvertrag eine (dauerhafte) Personalgestellung an die A für die dem Betriebsteilübergang widersprechenden Arbeitnehmer nicht als einzige Möglichkeit vorgesehen. § 2 Abs. 6 des Personalüberleitungsvertrags regelt für den Fall, dass eine Personalgestellung nicht (mehr) möglich ist, die Voraussetzungen für einen Einsatz auf einem gleichwertigen Arbeitsplatz bzw. die Übernahme neuer Arbeitsaufgaben bei der Beklagten. So hat der Kläger in der Berufungsbegründung selbst vorgetragen, bei der A habe in dem fraglichen Bereich ein personeller Überhang bestanden. Zudem hat die Beklagte in den Vorinstanzen ausgeführt, der Kläger könne bei ihr auch in Bereichen außerhalb der A vertragsgemäß beschäftigt werden, sie verfüge über einen Fuhrpark mit ca. 250 Fahrzeugen und zahlreiche Infrastruktureinrichtungen, die eine Beschäftigung des Klägers in seiner bisherigen Vergütungsgruppe ermöglichen würden (Klär- und Wasserwerk, Werkstätten, Versorgungsanlagen). Danach kann auf Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht ausgeschlossen werden, dass bei hypothetischer Betrachtung ohne die Arbeitsbefreiung des Klägers eine Gestellung an die A nicht oder nicht im gesamten Streitzeitraum erfolgt wäre. 33

2. Der Senat kann zudem die Höhe eines dem Kläger ggf. noch zustehenden Differenzvergütungsanspruchs auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht abschließend beurteilen. 34

a) Der Anspruch des Leiharbeitnehmers auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 10 Abs. 4 AÜG aF bzw. § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF 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 gewährt wird bzw. 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*). Seiner Darlegungslast kann dieser zunächst dadurch genügen, dass er sich auf eine ihm nach § 13 AÜG erteilte Auskunft beruft und diese in den Prozess einführt. Die - ordnungsgemäße - Auskunft des Entleihers über das einem vergleichbaren Stammarbeitnehmer gewährte Arbeitsentgelt ist das gesetzlich vorgesehene Mittel, das dem Leiharbeitnehmer ermöglichen soll, die Einhaltung des Gebots der Gleichbehandlung zu überprüfen und die Höhe des Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG aF bzw. § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF zu berechnen (*vgl. BT-Drs. 15/25 S. 39; BAG 13. März 2013 - 5 AZR 146/12 - Rn. 22*). Stützt sich 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 gehören die Benennung vergleichbarer Stammarbeitnehmer und das diesen vom Entleiher gewährte Arbeitsentgelt (*BAG 13. März 2013 - 5 AZR 146/12 - Rn. 23*). 35

- b) Das Landesarbeitsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - keine hinreichenden Feststellungen getroffen, die dem Senat eine ggf. erforderliche Saldierung des im Betrieb der A einem Stammarbeitnehmer gewährten Vergleichsentgelts mit dem an den Kläger von der Beklagten gezahlten Entgelt ermöglichen würden. Insofern fehlt es bisher an ausreichendem Sachvortrag des Klägers. 36
- aa) Der Kläger hat sich zur Darlegung der Höhe seines etwaigen Anspruchs nicht auf eine Auskunft der A nach § 13 AÜG berufen. Er hat seinen Anspruch vielmehr auf Basis des ihm mit Schreiben vom 20. Juli 2015 seitens der A unterbreiteten Angebots zum Abschluss einer „Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag“ berechnet, wonach eine Beschäftigung als „FA-Betrieb“ und eine Vergütung nach „Entgeltgruppe V b Stufe 10“ nebst Zuschlägen - ua. eine Zulage iHv. 717,77 Euro für „Besitzstand Erschwernisse, Rufbereitschaft, Vorarbeiterzulage“ - vorgesehen ist. Dieses Vertragsangebot stellt keine Auskunft der A über das einem vergleichbaren Stammarbeitnehmer gewährte Arbeitsentgelt nach § 13 AÜG dar. 37
- bb) Der Kläger ist danach gehalten, vergleichbare Stammarbeitnehmer und das diesen von der A gewährte Arbeitsentgelt konkret zu benennen, anzugeben, welches Vergütungssystem im Betrieb der A im Streitzeitraum Anwendung fand und wie er danach fiktiv einzugruppieren gewesen wäre. Den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann zwar entnommen werden, dass im Betrieb der A der mit ver.di geschlossene Entgelttarifvertrag vom 1. Januar 2006 Anwendung findet, weil das Informationsschreiben vom 20. Juli 2015 diese Angabe enthält. Für die Beurteilung, wie der Kläger fiktiv einzugruppieren wäre, ist aber die Benennung vergleichbarer Stammarbeitnehmer unerlässlich. Neben der Eingruppierung ist auch die Erfüllung der Voraussetzungen für den Bezug etwaiger den Stammarbeitnehmern zu gewährender Zulagen darzutun. Auf dieser Grundlage hat der Kläger sodann einen Gesamtvergleich der Entgelte darzulegen. 38

3. Nachdem das Landesarbeitsgericht bislang weder die Frage der hypothetischen Gestellung des Klägers an die A noch die Höhe des etwaigen Differenzvergütungsanspruchs in den Blick genommen hat, gebieten der Anspruch auf rechtliches Gehör und der Grundsatz der Gewährleistung eines fairen Verfahrens (*dazu BAG 18. März 2020 - 5 AZR 36/19 - Rn. 54; 7. Februar 2019 - 6 AZR 84/18 - Rn. 30; 23. August 2017 - 10 AZR 859/16 - Rn. 20, BAGE 160, 57*), den Parteien und hierbei zunächst dem darlegungs- und beweisbelasteten Kläger im Rahmen des fortgesetzten Berufungsverfahrens Gelegenheit zu geben, zu diesen Aspekten weiteren Sachvortrag zu halten. Das Landesarbeitsgericht wird - ggf. nach weiterem Sachvortrag der Parteien - eine umfassende Würdigung aller Umstände vorzunehmen und zu prüfen haben, ob für den Kläger im gesamten streitigen Zeitraum bei hypothetischer Betrachtung ohne seine Arbeitsbefreiung als Betriebsratsmitglied ein Personalgestellungsvertrag abgeschlossen worden und er in dessen Vollzug an die A gestellt worden wäre. Ggf. wird es sodann weiter auf Grundlage des weiteren Vorbringens der Parteien zu würdigen haben, in welcher Höhe dem Kläger ggf. Differenzvergütung zusteht. 39
- IV. Die Zurückverweisung ist nicht entbehrlich, weil sich die die Zahlungsanträge abweisende Entscheidung des Landesarbeitsgerichts aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig darstellt (§ 561 ZPO). 40
1. Die Klage ist nicht bereits deshalb teilweise abweisungsreif, weil der Kläger die tarifliche Verfallsfrist nicht gewahrt hat. Die für den Zeitraum vom 1. September 2015 bis 31. Januar 2018 geltend gemachten Zahlungsansprüche sind nicht verfallen. 41
- a) Der Verfall der Vergütungsansprüche richtet sich vorliegend nach dem für das Arbeitsverhältnis der Parteien geltenden § 37 TVöD. Der MTV-F, in dessen § 2 auf den TVöD in der jeweils gültigen Fassung verwiesen wird, gilt zwischen dem Kläger als Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ver.di und der Beklagten als Partei des MTV-F gemäß § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend. Zweifel an der Zulässigkeit der Anerkennung der Regelungen des TVöD in § 2 MTV-F als Delegation tariflicher Rechtssetzungsbefugnis bestehen nicht (*zu den Kriterien ua. BAG 29. August 2007 - 4 AZR 561/06 - Rn. 28*). 42

- b) Nach § 37 Abs. 1 TVöD verfallen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Fälligkeit von der oder dem Beschäftigten oder vom Arbeitgeber schriftlich geltend gemacht werden. Gemäß § 37 Abs. 1 Satz 2 TVöD reicht für denselben Sachverhalt die einmalige Geltendmachung des Anspruchs auch für später fällige Leistungen aus. 43
- c) Der Kläger hat die streitgegenständlichen Ansprüche mit dem Schreiben vom 28. Dezember 2015 innerhalb der Ausschlussfrist des § 37 Abs. 1 Satz 1 TVöD rechtzeitig schriftlich geltend gemacht. 44
- aa) In dem Schreiben vom 28. Dezember 2015 verlangte der Kläger rückwirkend ab 1. September 2015 die bezifferte Zahlung der Differenz zwischen dem von der Beklagten an ihn auf Grundlage des TVöD gezahlten Entgelts und der Vergütung nach Maßgabe des ihm unterbreiteten Vertragsangebots mit der Begründung, es müsse für ihn wegen unterstellter Personalgestellung an die A auf Grundlage des „Equal-Pay-Prinzips“ vergütungsmäßig das tarifliche Niveau der A gelten. Damit waren die Art des Anspruchs, die Tatsachen, auf die dieser gestützt wird und der Zeitraum, für den er verfolgt wird, für die Beklagte erkennbar (*zu dieser Anforderung BAG 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 45, BAGE 154, 118*). Es sollten Differenzvergütungsansprüche des Klägers sowohl für die Vergangenheit ab dem 1. September 2015 als auch für die Zukunft geltend gemacht werden. Dem Schreiben ist zudem ein hinreichend eindeutiges Erfüllungsverlangen zu entnehmen (*zu dieser Anforderung BAG 11. April 2019 - 6 AZR 104/18 - Rn. 32, BAGE 166, 285*). Eine Bezifferung des Anspruchs war damit nicht erforderlich (*vgl. BAG 11. April 2019 - 6 AZR 104/18 - Rn. 33, aaO*). Vor diesem Hintergrund ist es unschädlich, dass die im Schreiben angegebene Forderungshöhe geringfügig unter der letztlich eingeklagten Höhe lag. 45
- bb) Damit hat der Kläger sämtliche Vergütungsdifferenzansprüche ab Anfang September 2015 rechtzeitig geltend gemacht. Der Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt wird als die arbeitsvertragliche Vergütungsabrede korrigierender gesetzlicher Entgeltanspruch mit dem für die Vergütung bestimmten Zeitpunkt fällig (*BAG 13. März 2013 - 5 AZR 954/11 - Rn. 42, BAGE 144, 306*). Das ist nach 46

§ 24 Abs. 1 Satz 2 TVöD der jeweilige Monatsletzte, für die Ansprüche ab September 2015 also frühestens der 30. September 2015. Die sechsmonatige Geltendmachungsfrist lief somit am 31. März 2016 ab und wurde mit dem Schreiben vom 28. Dezember 2015 eingehalten. Zwar ist nicht festgestellt, wann der Beklagten dieses Schreiben zugeing. Die Beklagte hat die geltend gemachten Ansprüche aber unter Bezugnahme auf das Schreiben vom 28. Dezember 2015 mit Schreiben vom 15. Februar 2016 zurückgewiesen. Daraus folgt der Zugang des Geltendmachungsschreibens spätestens zu diesem Zeitpunkt und damit noch vor dem 31. März 2016. Eine ausdrückliche Geltendmachung der Vergütungsdifferenzen für die folgenden Monate war nach § 37 Abs. 1 Satz 2 TVöD nicht erforderlich.

2. Die Sache ist auch nicht zur Entscheidung reif, weil eine nach § 37 Abs. 2 BetrVG ggf. zu unterstellende Personalgestellung des Klägers an die A auf Grundlage von § 4 Abs. 3 TVöD jedenfalls nicht in den Anwendungsbereich des AÜG fiele und die auf den Gleichstellungsgrundsatz des AÜG gestützten Ansprüche des Klägers bereits aus diesem Grund nicht bestehen können. Soweit die Beklagte geltend macht, die Personalgestellung werde vom Anwendungsbereich des AÜG nicht erfasst, ist der Senat an einer abschließenden Entscheidung dieser Rechtsfrage gehindert. Es bestehen Zweifel, ob es mit den Vorgaben des Unionsrechts, insbesondere der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (*ABl. EU L 327 vom 5. Dezember 2008 S. 9 - fortan: Richtlinie 2008/104/EG oder Leiharbeitsrichtlinie*) zu vereinbaren ist, die Schutzvorschriften des AÜG auf die Fälle der Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD nicht anzuwenden. 47

a) Die den Zeitraum bis zum 31. März 2017 betreffenden auf § 37 Abs. 2 BetrVG iVm. § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG aF gestützten Zahlungsanträge können derzeit nicht mit der Begründung abgewiesen werden, das AÜG sei in dem Zeitraum auf die Personalgestellung nicht anwendbar gewesen. Nach § 10 Abs. 4 AÜG aF hat der „Leiharbeitnehmer“ Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt gegen seinen Arbeitgeber (den „Verleiher“) für die Zeit der „Überlassung“ an den „Entleiher“. § 10 Abs. 4 AÜG aF verwendete die Begrifflichkeiten 48

der Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF, wonach Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis bedürfen.

aa) Es ist umstritten, ob § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF dahin auszulegen ist, dass die Gestellung von Personal nach § 4 Abs. 3 TVöD Arbeitnehmerüberlassung darstellt, für die der Anwendungsbereich des AÜG in der bis zum 31. März 2017 geltenden Fassung grundsätzlich eröffnet ist (*bejahend: Gaenslen öAT 2015, 181, 183; Gerdorn öAT 2011, 150, 151; Hinrichs/Wenzel/Knoll ZTR 2014, 68, 69; BeckOK ArbR/Kock Stand 1. September 2020 AÜG § 1 Rn. 227; Schaub ArbR-HdB/Koch 16. Aufl. § 120 Rn. 24a; Ulber/Ulber AÜG 5. Aufl. § 1 Rn. 505 ff.; LAG Baden-Württemberg 11. Februar 2016 - 3 TaBV 2/14 - zu D II der Gründe; vgl. auch BAG 24. Mai 2012 - 6 AZR 648/10 - Rn. 21, wobei der Sechste Senat zur Rechtslage vor der Änderung des AÜG durch das Missbrauchsverhinderungsgesetz vom 28. April 2011, BGBl. I S. 642 die Anwendbarkeit des AÜG iE wegen fehlender Gewerbsmäßigkeit abgelehnt hat; die Eröffnung des Anwendungsbereichs des AÜG ablehnend: OVG Nordrhein-Westfalen 19. September 2014 - 20 A 281/13.PVB - juris-Rn. 61 ff.; Fieberg NZA 2014, 187; ders. in Fürst GKÖD Bd. IV Stand August 2020 E § 4 Rn. 62; Ruge/von Tiling ZTR 2012, 263; wohl auch Bauschke öAT 2014, 181, 183).* 49

bb) Die Streitfrage bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Eine teilweise Bestätigung der klageabweisenden Entscheidung für den Zeitraum vom 1. September 2015 bis zum 31. März 2017 wäre nur dann möglich, wenn § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF dahin auszulegen wäre, dass die Fälle der Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD keine Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG darstellen. Eine solche Auslegung kann der Senat derzeit aufgrund der ungeklärten Rechtslage in Bezug auf das Unionsrecht nicht vornehmen. 50

(1) Nach Art. 1 Abs. 2 gilt die Leiharbeitsrichtlinie „für öffentliche und private Unternehmen, bei denen es sich um Leiharbeitsunternehmen oder entleihende Unternehmen handelt, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht“. Nach Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 gilt die Richtlinie 2008/104/EG für Arbeitnehmer, die mit einem (privaten bzw. öffentlichen) Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, „um vorübergehend“ unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten. „Leiharbeitsunternehmen“ ist nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2008/104/EG eine natürliche oder juristische Person, die mit Leiharbeitnehmern Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse eingeht, „um sie entleihenden Unternehmen zu überlassen“, damit sie dort unter deren Aufsicht und Leitung „vorübergehend“ arbeiten. Nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie ist „Leiharbeitnehmer“ ein Arbeitnehmer, der mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen ist, um einem entleihenden Unternehmen überlassen zu werden und dort unter dessen Aufsicht und Leitung „vorübergehend“ zu arbeiten. Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie definiert als „entleihendes Unternehmen“ eine natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag und unter deren Aufsicht und Leitung ein Leiharbeitnehmer „vorübergehend“ arbeitet. Schließlich ist „Überlassung“ im Sinne der Richtlinie nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie der Zeitraum, während dessen der Leiharbeitnehmer dem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wird, um dort unter dessen Aufsicht und Leitung „vorübergehend“ zu arbeiten.

51

(2) Nach § 4 Abs. 3 Satz 1 TVöD liegt eine Personalgestellung vor, wenn Aufgaben der Beschäftigten zu einem Dritten verlagert werden und auf Verlangen des Arbeitgebers bei weiterbestehendem Arbeitsverhältnis die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung bei dem Dritten zu erbringen ist. Die Personalgestellung ist zudem, wie sich aus der Protokollerklärung zu § 4 Abs. 3 TVöD ergibt, auf Dauer angelegt; zwar bleibt das Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber bestehen, es stellt aber regelmäßig nur noch eine rechtliche Hülle dar (*vgl. BAG 24. Mai*

52

2012 - 6 AZR 648/10 - Rn. 21). Die nach § 4 Abs. 3 TVöD dem Dritten zur Verfügung gestellten Arbeitskräfte werden in dessen Betrieb eingegliedert und führen ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen und in dessen Interesse aus (vgl. BAG 24. Mai 2012 - 6 AZR 648/10 - aaO).

(3) Die auf Grundlage von § 4 Abs. 3 TVöD personalgestellten Arbeitnehmer arbeiten iSd. Richtlinie 2008/104/EG „in Auftrag“ des Dritten und unter dessen „Aufsicht und Leitung“. Sie sind wie Leiharbeiter in ihren Rechtsverhältnissen zur Leistung abhängiger Arbeit gegen Zahlung einer Vergütung verpflichtet. Beide Personalkategorien können entleihenden Unternehmen nach deren Weisungen zur Arbeitsleistung überlassen werden. Das spricht für eine Anwendbarkeit der Leiharbeitsrichtlinie auf die Personalgestellung. Die Richtlinie 2008/104/EG sieht in Art. 1 Abs. 3 nur eine Bereichsausnahme für Beschäftigungsverhältnisse vor, die im Rahmen eines spezifischen öffentlichen oder von öffentlicher Stelle geförderten beruflichen Ausbildungs-, Eingliederungs- oder Umschulungsprogramms geschlossen wurden. Im Übrigen gelten ihre Anforderungen, soweit Leiharbeit von Unternehmen im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeübt wird, umfassend, insbesondere enthält die Leiharbeitsrichtlinie keine Privilegierung der öffentlichen Hand. Vielmehr gilt sie nach ihrem Art. 1 Abs. 2 ausdrücklich auch für öffentliche Unternehmen.

53

(4) Allerdings gilt die Leiharbeitsrichtlinie nach ihrem Art. 1 Abs. 1 für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind, „um vorübergehend“ unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten. Damit könnte die Anwendbarkeit der Leiharbeitsrichtlinie für die Personalgestellung in Frage stehen, weil bei der Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD das Erfordernis einer Aufgabenverlagerung sicherstellt, dass die Arbeitnehmer nicht zu dem Zweck eingestellt oder beschäftigt werden, um sie an einen Dritten zu überlassen (vgl. *Ulrici HK-AÜG 1. Aufl. § 1 Rn. 165*). Da die Personalgestellung zudem grundsätzlich auf Dauer angelegt ist und eine Rückkehr auf den (durch die Aufgabenverlagerung weggefallenen) Stammarbeitsplatz zumeist nicht erfolgt, stellt sich auch die

54

ungeklärte unionsrechtliche Frage, ob die Leiharbeitsrichtlinie nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung verbietet oder mit diesen Regelungen lediglich der Anwendungsbereich der Richtlinie festgelegt wird (*vgl. dazu bereits BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 46, BAGE 145, 355; für ein Verbot zB: EuArbRK/Rebhahn/Schörghofer/Kolbe 3. Aufl. RL 2008/104/EG Art. 1 Rn. 17; Hamann EuZA 2009, 287, 311; Zimmer AuR 2012, 422, 423; Düwell ZESAR 2011, 449, 450 f.; gegen ein Verbot zB: Rieble/Vielmeier EuZA 2011, 474, 487 ff.; Thüsing/Stiebert DB 2012, 632, 633 f.; Boemke RIW 2009, 177, 179).*

(5) Ebenso ist nicht eindeutig, ob die mit der Richtlinie 2008/104/EG verfolgten Ziele in Frage gestellt werden, wenn den iSv. § 4 Abs. 3 TVöD gestellten Arbeitnehmern des öffentlichen Arbeitgebers die in der Leiharbeitsrichtlinie vorgesehenen Schutzvorschriften aufgrund der Besonderheiten der Personalgestaltung im öffentlichen Dienst vorenthalten bleiben. 55

(a) Nach Art. 2 Richtlinie 2008/104/EG ist es Ziel der Richtlinie, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gesichert und die Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden muss, um wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen. Nicht zuletzt das Gleichstellungsgebot des Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG konkretisiert diesen Schutz. 56

(b) Die Besonderheit der Personalgestaltung nach § 4 Abs. 3 TVöD besteht darin, dass die Zuweisung des Arbeitnehmers an den Dritten nur im Fall der vorherigen Übertragung von bisherigen Aufgaben des öffentlichen Arbeitgebers auf den Dritten ermöglicht wird. Ist die Aufgabenübertragung mit einem Betriebsübergang nach § 613a BGB verbunden, trägt die Personalgestaltung für die dem Betriebsübergang widersprechenden Arbeitnehmer insofern zum Erhalt ihres bisherigen Arbeitsverhältnisses beim öffentlichen Arbeitgeber bei, als damit die Fortsetzung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit innerhalb des fortgesetzten Arbeitsverhältnisses ermöglicht und eine betriebsbedingte Kündigung erschwert 57

wird. Die Personalgestellung ist damit ein Instrument zur Absicherung der von Aufgabenverlagerungen betroffenen Arbeitnehmer, die nicht in ein Arbeitsverhältnis beim Übernehmer übertreten können oder wollen (vgl. *Fieberg in Fürst GKÖD Bd. IV Stand August 2020 E § 4 Rn. 61 f.*). Es könnte allerdings mit Unionsrecht unvereinbar sein, wenn personalgestellten Arbeitnehmern die in der Richtlinie 2008/104/EG vorgesehenen Schutzvorschriften mit dieser Begründung vorenthalten bleiben.

(6) Schließlich kann der Senat nicht abschließend beurteilen, ob in den Fällen der Personalgestellung durch einen öffentlichen Arbeitgeber an einen Dritten, auf den zuvor Aufgaben des betroffenen Arbeitnehmers verlagert wurden, das Merkmal der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ iSd. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2008/104/EG erfüllt ist (*ablehnend Ruge/von Tiling ZTR 2012, 263 zu 2.2.2*). Wirtschaftliche Tätigkeit iSv. Art. 1 Abs. 2 Richtlinie 2008/104/EG ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten (*EuGH 17. November 2016 - C-216/15 - [Betriebsrat der Ruhrlandklinik] Rn. 44; 23. Februar 2016 - C-179/14 - [Kommission/Ungarn] Rn. 149; 1. Juli 2008 - C-49/07 - [MOTOE] Rn. 22*). Nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie steht zwar die fehlende Verfolgung eines Erwerbszwecks durch das überlassende Unternehmen der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht entgegen, was für die Erstreckung der Richtlinie auch auf die Personalgestellung sprechen könnte. Auch wird im Rahmen der Personalgestellung dem Dritten regelmäßig ein Entgelt gezahlt, das jedenfalls die Personal- und die Verwaltungskosten umfasst (vgl. *zu diesem Kriterium EuGH 17. November 2016 - C-216/15 - [Betriebsrat der Ruhrlandklinik] Rn. 45*). Es ist aber nicht eindeutig zu beantworten, ob die zur Absicherung des Arbeitsverhältnisses nur bei vorherigen Aufgabenverlagerungen zulässige Gestellung eine Tätigkeit darstellt, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. Auch die Beantwortung dieser Frage betrifft die Auslegung des Unionsrechts, die nach Art. 267 AEUV dem Gerichtshof obliegt.

58

b) Auch die den Zeitraum vom 1. April 2017 bis zum 31. Januar 2018 betreffenden auf § 37 Abs. 2 BetrVG iVm. § 611a Abs. 2 BGB iVm. § 8 Abs. 1

59

Satz 1 AÜG nF gestützten Zahlungsanträge können derzeit nicht mit der Begründung abgewiesen werden, das AÜG sei in dem Zeitraum auf die Personalgestaltung nicht anwendbar gewesen. Der Umstand, dass unionsrechtlich ungeklärt ist, ob Personalgestaltung in den Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie fällt, steht auch der Abweisung der diesen Zeitraum betreffenden Zahlungsanträge entgegen.

aa) Allerdings kann der Kläger die geltend gemachten Differenzvergütungsansprüche für den Zeitraum ab dem 1. April 2017 nach nationalem Recht wegen § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG nF nicht unmittelbar auf § 37 Abs. 2 BetrVG iVm. § 611a Abs. 2 BGB, § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF stützen. 60

(1) Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG nF ist das AÜG mit Ausnahme des § 1b Satz 1, des § 16 Abs. 1 Nr. 1f und Abs. 2 bis 5 sowie der §§ 17 und 18 nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern, wenn Aufgaben eines Arbeitnehmers von dem bisherigen zu dem anderen Arbeitgeber verlagert werden und aufgrund eines Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht und die Arbeitsleistung zukünftig bei dem anderen Arbeitgeber erbracht wird. 61

(2) Auf die etwaige Gestellung des Klägers an die A auf Grundlage von § 4 Abs. 3 TVöD könnte § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF danach keine Anwendung finden. Die Gesetzesbegründung zu § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG nennt ausdrücklich § 4 Abs. 3 TVöD als Beispiel für die in Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes vorgesehenen Personalgestellungen, für die die Vorgaben des AÜG in weiten Teilen nicht anwendbar sein sollen. Damit will der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass die Personalgestaltung funktional als eine besondere Form der Aufgabenverlagerung anzusehen ist und im Bestandsschutzinteresse der von der Aufgabenverlagerung betroffenen Arbeitnehmer erfolgt (*BT-Drs. 18/9232 S. 22*). 62

(3) Der Anwendung von § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG nF steht im Streitfall nicht entgegen, dass die Beklagte als privatrechtliche GmbH organisiert ist. § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG ist nicht auf die Personalgestaltung durch juristische Personen des 63

öffentlichen Rechts beschränkt. Die Bereichsausnahme erfasst jedenfalls auch solche privatrechtlich organisierten Arbeitgeber, die - wie die Beklagte, deren Gesellschafter die Bundesrepublik Deutschland und das Land Nordrhein-Westfalen sind - im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, soweit diese an die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes gebunden sind und damit auch zB ausgegründete Dienstleistungsbereiche, für die traditionell sog. Verweisungstarifverträge abgeschlossen werden (*Fieberg in Fürst GKÖD Bd. IV Stand August 2020 E § 4 Rn. 62b; aA Hamann in Schüren/Hamann AÜG 5. Aufl. § 1 Rn. 691; wohl auch Popp in Böhm/Hennig/Popp Zeitarbeit und Arbeiten 4.0 4. Aufl. Kap. 1 Rn. 240*).

(a) Der Wortlaut von § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG nF verwendet den Begriff Arbeitgeber ohne weitere Zusätze und beschränkt die Anwendung der Norm nicht auf juristische Personen des öffentlichen Rechts. Gegen ein in diesem Sinne einschränkendes Verständnis spricht in systematischer Hinsicht zudem der Vergleich mit der in § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG geregelten Bereichsausnahme. Danach ist das Gesetz in weiten Teilen auch nicht anwendbar auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern, „wenn diese juristische Personen des öffentlichen Rechts sind“ und Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften anwenden. Prägend für diese Bereichsausnahme ist nach der Gesetzesbegründung, dass auf beiden Seiten der Arbeitnehmerüberlassung juristische Personen des öffentlichen Rechts stehen, die verfassungsrechtlich in besonderem Maße an Recht und Gesetz gebunden sind und denen eine besondere verfassungsrechtliche Stellung zukommt. Die Ausnahme in § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG erfasst daher nur Überlassungen zwischen öffentlich-rechtlich organisierten Arbeitgebern, bei denen Tarifverträge des öffentlichen Dienstes bzw. Regelungen des kirchlichen Arbeitsrechts und damit Arbeitsbedingungen auf vergleichbarem Niveau gelten (*BT-Drs. 18/9232 S. 22*). Für einen gesetzgeberischen Willen zu einer entsprechenden Beschränkung des Anwendungsbereichs der in § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG geregelten Bereichsausnahme enthält die Gesetzesbegründung keine Anhaltspunkte (*BT-Drs. 18/9232 S. 22*). Auch Sinn und Zweck der Bereichsausnahme erfordern keine Einschränkung auf juristische Personen des öffentlichen Rechts. Die Regelung soll dem

64

Umstand Rechnung tragen, dass die Personalgestellung funktional als eine besondere Form der Aufgabenverlagerung anzusehen ist und im Bestandsschutzinteresse der von der Aufgabenverlagerung betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erfolgt (*BT-Drs. 18/9232 S. 22*). Das gilt auch für Personalgestellungen durch privatrechtlich organisierte Arbeitgeber der öffentlichen Hand.

(b) Für dieses Verständnis spricht auch die Gesetzeshistorie. Die Bundesratsinitiative der Länder Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein vom 30. Oktober 2013, auf die die Neuregelung zurückgeht, umfasste noch den Antrag, (nur) öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften im Hinblick auf Personalgestellungen und Abordnungen aus dem Anwendungsbereich des AÜG auszunehmen (*vgl. BR-Drs. 745/13 S. 3*). Eine derartige Beschränkung ist in die Gesetzesfassung nicht übernommen worden. 65

(4) Der Kläger kann seine Ansprüche ab dem 1. April 2017 nicht auf eine richtlinienkonforme Auslegung des § 1 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2b AÜG nF stützen. Die Norm kann nicht unionsrechtskonform dahingehend ausgelegt werden, dass auch die Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG ist. Daher bedarf es insoweit keiner Entscheidung, ob die Bereichsausnahmeregelung mit den Vorgaben der Richtlinie 2008/104/EG im Einklang steht (*entsprechende Zweifel äußernd BAG 18. Juli 2017 - 1 ABR 15/16 - Rn. 29; für unionsrechtswidrig halten § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG nF zB: Bauer DB 2014, 60, 61; Hamann in Schüren/Hamann AÜG 5. Aufl. § 1 Rn. 698; Hamann/Klengel EuZA 2017, 485, 493; Lembke NZA 2017, 1, 12; ders. BB 2014, 1333, 1340; Lembke/Ludwig NJW 2014, 1329, 1334; Schaub ArbR-HdB/Koch 18. Aufl. § 120 Rn. 27; Ulber RdA 2018, 50, 56; ErfK/Wank 20. Aufl. AÜG § 1 Rn. 93; Wank BB 2018, 1909, 1915; HWK/Höpfner 9. Aufl. § 1 AÜG Rn. 87; aA Ulrici HK-AÜG 1. Aufl. § 1 Rn. 165*). 66

(a) Ein nationales Gericht, das bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses Recht auszulegen hat, muss seine Auslegung so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck einer einschlägigen Richtlinie ausrichten, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen (*EuGH 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 24; BAG 23. Mai 2018*) 67

- 5 AZR 263/17 - Rn. 33, BAGE 162, 387; 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - Rn. 29, BAGE 158, 121). Zur Erfüllung dieser Verpflichtung verlangt der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung von den nationalen Behörden, unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles zu tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem vom Unionsrecht verfolgten Ziel im Einklang steht (EuGH 8. Mai 2019 - C-486/18 - [Praxair MRC] Rn. 37 mwN). Ermöglicht es das nationale Recht, durch Anwendung seiner Auslegungsmethoden eine innerstaatliche Bestimmung so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, sind die nationalen Gerichte gehalten, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (EuGH 5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 - [Pfeiffer ua.] Rn. 116; BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 58, BAGE 130, 119). Allerdings unterliegt der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts Schranken. Die Pflicht zur Verwirklichung eines Richtlinienziels im Auslegungsweg findet ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten. Sie darf nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem dienen (EuGH 19. September 2019 - C-467/18 - [Rayonna prokuratura Lom] Rn. 61 mwN; 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 25; BAG 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - aaO). Der Gehalt einer nach Wortlaut, Systematik und Sinn eindeutigen Regelung kann nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung in sein Gegenteil verkehrt werden (BAG 23. Mai 2018 - 5 AZR 263/17 - aaO; 18. Februar 2003 - 1 ABR 2/02 - zu B IV 3 b dd (1) der Gründe, BAGE 105, 32).

(b) Es widerspricht dem dokumentierten Willen des Gesetzgebers, das AÜG in der ab dem 1. April 2017 geltenden Fassung auf Fälle der Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD anzuwenden. Nach der Gesetzesbegründung wird durch das Einfügen des § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG nF „künftig geregelt, dass die Vorgaben des AÜG in weiten Teilen nicht anwendbar sind auf die in Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes vorgesehenen Personalgestellungen (beispielsweise § 4 Absatz 3 TVöD)“, die Regelung beseitige „bestehende Rechtsunsicherheiten, ob

68

und inwieweit das AÜG auf Personalgestellungen Anwendung findet“ (BT-Drs. 18/9232 S. 22). Eine die Personalgestellung umfassende Interpretation des Anwendungsbereichs des AÜG in der ab dem 1. April 2017 geltenden Fassung löste sich daher von der gesetzgeberischen Grundentscheidung und ersetzte diese durch ein eigenes Regelungsmodell, das der Gesetzgeber erkennbar nicht wollte.

bb) Gleichwohl ist die Klage in Bezug auf die den Zeitraum ab dem 1. April 2017 betreffenden Zahlungsanträge derzeit nicht deshalb abweisungsreif, weil § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF jedenfalls seit dem 1. April 2017 auf die Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD nicht anwendbar ist. Sollte, was einer Entscheidung des Gerichtshofs vorbehalten ist, die Personalgestellung in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/104/EG fallen, könnte der Senat auf Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht ausschließen, dass der Kläger seine Ansprüche gegen die Beklagte als Arbeitgeberin der öffentlichen Hand unmittelbar auf die Richtlinie 2008/104/EG stützen kann. Dies hätte ausnahmsweise zur Folge, dass die Bereichsausnahmeregelung des § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG nF unanwendbar wäre (vgl. zur Unanwendbarkeitsfolge: BAG 11. Dezember 2012 - 3 AZR 684/10 - Rn. 31; 5. März 1996 - 1 AZR 590/92 - zu B II der Gründe, BAGE 82, 211; ErfK/Wißmann/Schlachter 20. Aufl. AEUV Vorbem. Rn. 43). Dies würde jedenfalls insoweit gelten, als den gestellten Arbeitnehmern der unionsrechtlich durch Art. 5 Richtlinie 2008/104/EG gewährleistete Grundsatz der Gleichbehandlung ansonsten nicht zuteilwürde.

69

(1) Der Einzelne kann sich in Fällen, in denen die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind, vor den nationalen Gerichten gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen berufen, wenn dieser die Richtlinie nicht fristgemäß oder nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt hat (EuGH 6. November 2018 - C-619/16 - [Kreuziger] Rn. 20; 15. Februar 2017 - C-592/15 - [British Film Institute] Rn. 13; 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 33, jeweils mwN).

70

(a) Eine Unionsvorschrift ist unbedingt, wenn sie eine Verpflichtung normiert, die an keine Bedingungen geknüpft ist und zu ihrer Durchführung oder Wirksamkeit auch keiner weiteren Maßnahme der Unionsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf. Sie ist hinreichend genau, um von einem Einzelnen geltend gemacht und vom Gericht angewandt werden zu können, wenn sie in unzweideutigen Worten eine Verpflichtung festlegt (*EuGH 1. Juli 2010 - C-194/08 - [Gassmayr] Rn. 44 f. mwN*). 71

(b) Die danach mögliche unmittelbare Wirkung einer nicht umgesetzten Richtlinie beschränkt sich auf das Verhältnis zwischen Bürger und säumigem Staat. Dabei kann sich der Einzelne auf unbedingte und hinreichend genaue Bestimmungen einer Richtlinie nicht nur gegenüber einem Mitgliedstaat und allen Trägern seiner Verwaltung wie den dezentralen Stellen selbst berufen, sondern auch - unabhängig von der Rechtsform - gegenüber Organisationen oder Einrichtungen, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gelten. Solche Organisationen oder Einrichtungen unterscheiden sich von Privatpersonen und sind dem Staat gleichzustellen, entweder weil sie juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, die zum Staat im weiteren Sinne gehören, oder weil sie einer öffentlichen Stelle oder deren Aufsicht unterstehen oder weil sie von einer solchen Stelle mit der Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe betraut sind und hierzu mit den genannten besonderen Rechten ausgestattet wurden. Daher können einer - selbst privatrechtlichen - Organisation oder Einrichtung, die von einem Mitgliedstaat mit der Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe betraut wurde und hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet ist, die über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gelten, die unmittelbar anwendbaren Bestimmungen einer Richtlinie entgegengehalten werden (*EuGH 6. September 2018 - C-17/17 - [Hampshire] Rn. 55; 10. Oktober 2017 - C-413/15 - [Farrell] Rn. 33 f.; 12. September 2013 - C-614/11 - [Kuso] Rn. 32; 7. September 2006 - C-53/04 - [Marrosu und Sardino] Rn. 29; 12. Juli 1990 - C-188/89 - [Foster] Rn. 18*). 72

(2) Danach kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Kläger Ansprüche auf Differenzvergütung nach equal-pay-Grundsätzen gegenüber der Beklagten unmittelbar auf die Richtlinie 2008/104/EG stützen kann. 73

(a) Die maßgeblichen Vorschriften der Leiharbeitsrichtlinie - Art. 5 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 - sind inhaltlich unbedingt und hinreichend genau. Daraus ergibt sich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer während der Dauer der Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen entsprechen, die für sie gelten würden, wenn sie vom entleihenden Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären. Zu den „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ iSd. Richtlinie zählt nach Art. 3 Abs. 1 lit. f ii das Arbeitsentgelt. Die Umsetzungsfrist ist nach Art. 11 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG seit dem 5. Dezember 2011 abgelaufen. 74

(b) Aufgrund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann weder angenommen noch ausgeschlossen werden, dass die Beklagte eine staatliche Einrichtung in Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist. Die Beklagte ist eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Gesellschafter die Bundesrepublik Deutschland (90 %) und das Land Nordrhein-Westfalen (10 %) sind. Oberstes Entscheidungsorgan der Beklagten ist die Gesellschafterversammlung. Sie steht damit vollständig im Staatseigentum, wodurch ihr Verhalten als Arbeitgeberin aufgrund einer entsprechenden Weisungsabhängigkeit von staatlichen Stellen beeinflusst ist. Zudem übt die Beklagte eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse aus. Sie betreibt interdisziplinäre Forschung in den Bereichen Gesundheit, Energie und Umwelt und verfolgt nach eigenen Angaben ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke, insbesondere die Förderung der Wissenschaft und Forschung im Sinne des Abschnitts „Steuerbegünstigte Zwecke“ der Abgabenordnung (§§ 51 - 68 AO). Allerdings ist es dem Senat mangels hinreichender Feststellungen nicht möglich, zu beurteilen, ob die Beklagte zum Zwecke der Erfüllung ihrer Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet ist, welche über die für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften hinausgehen. Dies kann aber auch 75

nicht ausgeschlossen werden. Sollte der weitere Verlauf des Rechtsstreits nach der Zurückverweisung ergeben, dass die Differenzvergütungsansprüche des Klägers auf Grundlage von § 37 Abs. 2 BetrVG dem Grunde nach bestehen können, wird das Landesarbeitsgericht ggf. auch hierzu weitere Feststellungen zu treffen haben.

c) Ein Vorabentscheidungsersuchen durch den Senat an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV im Hinblick auf die Frage, ob Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 Richtlinie 2008/104/EG dahin auszulegen ist, dass die Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD in ihren Anwendungsbereich fällt, ist auf der Grundlage der derzeitigen Feststellungen nicht geboten. 76

aa) Ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV kommt nur in Betracht, wenn die Entscheidung des Gerichtshofs über die unionsrechtliche Fragestellung zum Erlass des Urteils erforderlich ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist das mit Art. 267 AEUV eingerichtete Verfahren ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten, mit dem der Gerichtshof diesen Gerichten Hinweise zur Auslegung des Unionsrechts gibt, die sie zur Entscheidung des bei ihnen anhängigen Rechtsstreits benötigen (vgl. ua. *EuGH 24. März 2009 - C-445/06 - [Danske Slagterier]* Rn. 65; *BAG 28. September 2016 - 7 AZR 549/14 - Rn. 43*; *13. Februar 2013 - 7 AZR 225/11 - Rn. 27*; *15. Dezember 2011 - 7 AZR 394/10 - Rn. 40 mwN, BAGE 140, 191*). Dabei kann es von Vorteil sein, wenn zum Zeitpunkt der Vorlage an den Gerichtshof der Sachverhalt der Rechtssache und die ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilenden Fragen geklärt sind (*EuGH 4. Juni 2015 - C-5/14 - [Kernkraftwerke Lippe-Ems]* Rn. 31 mwN). Die Frage der Entscheidungserheblichkeit beurteilt das vorlegende Gericht in eigener Zuständigkeit (*EuGH 8. Mai 2019 - C-486/18 - [Praxair MRC]* Rn. 33 mwN; *15. März 2017 - C-3/16 - [Aquino]* Rn. 43). Es besteht insoweit ein gewisser richterlicher Beurteilungsspielraum (*Preis/Sagan/Roloff EuArbR 2. Aufl. § 2 Rn. 2.29*). 77

bb) Danach ist derzeit kein Vorabentscheidungsersuchen geboten. Die aufgezeigte unionsrechtliche überlassungsrechtliche Frage kann erst zum Tragen kommen, wenn die hiervon unabhängige, nach nationalem Recht zu beurteilende 78

betriebsverfassungsrechtliche Grundlage nach § 37 Abs. 2 BetrVG für einen etwaigen Anspruch des Klägers nach equal-pay-Grundsätzen geklärt ist und zudem feststeht, ob dem Kläger die geltend gemachten Vergütungsdifferenzen in dieser Höhe zustehen können. Dazu bedarf es zunächst weiterer Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht.

3. Entgegen der Auffassung der Beklagten können die Zahlungsanträge derzeit auch nicht mit der Begründung abgewiesen werden, die Vergütung des Klägers sei - bei unterstellter Personalgestellung des Klägers und Anwendbarkeit des AÜG auf diese - im Streitzeitraum nach § 2 MTV-F iVm. den Regelungen des TVöD auf Grundlage eines nach § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 Satz 2 und Satz 3 AÜG aF bzw. § 8 Abs. 2 und Abs. 4 AÜG nF zur Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz berechtigenden Tarifvertrags erfolgt. 79

a) Von dem Gebot der Gleichbehandlung erlaubt das AÜG in der bis zum 31. März 2017 anwendbaren Fassung vom 28. April 2011 ein Abweichen durch Tarifvertrag (§ 9 Nr. 2 Halbs. 2 AÜG aF), mit der Folge, dass der Entleiher grundsätzlich nur das tariflich vorgesehene Arbeitsentgelt gewähren muss (§ 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG aF). Der Tarifvertrag kann allerdings keine Vergütung unterhalb einer nach § 3a Abs 2 AÜG festgesetzten Lohnuntergrenze festlegen (vgl. § 10 Abs. 4 Satz 3 AÜG aF). § 9 Nr. 2 Halbs. 2 AÜG aF 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. § 9 Rn. 225, 397 ff.*). 80

Durch die AÜG-Reform im Jahr 2017 wurde der equal-pay-Grundsatz mit Wirkung zum 1. April 2017 in § 8 AÜG nF in einer Norm zusammengeführt, womit - abgesehen von § 8 Abs. 4 AÜG nF - keine wesentlichen inhaltlichen Änderungen verbunden waren. Danach kann mit Wirkung ab dem 1. April 2017 von dem in § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF geregelten Gleichstellungsgrundsatz ein Tarifvertrag abweichen, soweit er nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Abs. 2 AÜG festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet (§ 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG nF). Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung des Tarifvertrags 81

vereinbaren, § 8 Abs. 2 Satz 3 AÜG nF. Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG nF ist die Möglichkeit abweichender tarifvertraglicher Regelungen grundsätzlich auf die ersten neun Monate einer Überlassung des Leiharbeitnehmers an den Entleiher begrenzt. Nach § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG nF können die Tarifvertragsparteien den 9-Monats-Zeitraum durch Branchenzuschlagstarifverträge mit stufenweiser Heranführung an ein etwaiges Vergleichsentgelt auf 15 Monate ausdehnen. Das setzt nach § 8 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 AÜG nF voraus, dass danach ein Entgelt erreicht wird, dass von den Tarifvertragsparteien als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt der Einsatzbranche festgelegt wird und außerdem nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt vorgesehen ist.

b) Im Hinblick auf die für den Monat Januar 2018 geltend gemachte Differenzvergütung wäre jedenfalls die gesetzlich zulässige Abweichungsdauer überschritten. Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG nF ist eine tarifliche Abweichung grundsätzlich nur noch für die ersten neun Monate der Überlassung zulässig. Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 werden dabei nach § 19 Abs. 2 AÜG nF nicht berücksichtigt. Diese Frist wäre - unterstellt, der Kläger wäre ohne Ausübung seines Betriebsratsamts ab dem 1. September 2015 an die A überlassen worden - mit Ablauf des 31. Dezember 2017 abgelaufen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Tarifparteien des MTV-F bzw. des TVöD vorliegend von der in § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG nF vorgesehenen Verlängerungsmöglichkeit Gebrauch gemacht haben. 82

c) Hinsichtlich der für den vorherigen Zeitraum vom 1. September 2015 bis zum 31. Dezember 2017 geltend gemachten Differenzvergütungsansprüche lägen nach nationalem Recht die Voraussetzungen für eine zulässige tarifliche Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz im Wege der Anwendbarkeit des MTV-F iVm. dem TVöD vor. 83

aa) Sowohl § 9 Nr. 2 Halbs. 2 AÜG aF als auch § 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG nF erfassen den Fall, dass ein (abweichender) Tarifvertrag auf das zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher bestehende Arbeitsverhältnis normativ Anwendung 84

findet. Das ist vorliegend hinsichtlich der tariflichen Vergütungsregelungen des TVöD der Fall (*vgl. oben unter A IV 1 a der Gründe*).

bb) Die Vergütung nach der Entgelttabelle zum TVöD unterschreitet nicht die in der Mindestlohnverordnung für die Arbeitnehmerüberlassung auf der Grundlage von § 3a AÜG festgesetzten Mindeststundenentgelte. Die Zweite Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung vom 21. März 2014 sah zuletzt für die westlichen Bundesländer ein Mindeststundenentgelt von 9 Euro brutto vor. Die am 1. Juni 2017 in Kraft getretene Dritte Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung vom 26. Mai 2017 legte ab 1. Juni 2017 für die westlichen Bundesländer ein Mindeststundenentgelt von 9,23 Euro brutto fest. Nach der Entgelttabelle zum TVöD betrug das monatliche Entgelt für das Tarifgebiet West im hier streitgegenständlichen Zeitraum vom 1. September 2015 bis zum 31. Dezember 2017 für die niedrigste Entgeltgruppe E 1 in der niedrigsten Stufe 2 1.670,94 Euro brutto (bis 29. Februar 2016), 1.711,04 Euro brutto (bis 31. Januar 2017) bzw. 1.751,25 Euro brutto (bis 28. Februar 2018). Ausgehend von einer durchschnittlichen monatlichen Vollarbeitszeit von 169 Stunden (39 Wochenstunden mal 13 Wochen geteilt durch 3 Monate) ergibt sich daraus ein Stundensatz von 9,89 Euro, 10,12 Euro bzw. 10,36 Euro für die niedrigste Entgeltgruppe. Die Stundensätze des nach Entgeltgruppe 7 Stufe 6 vergüteten Klägers liegen weit darüber.

85

cc) Es kann dahinstehen, ob die Anwendung der vom equal-pay-Gebot abweichenden Tarifregelung nach § 9 Nr. 2 Halbs. 2 AÜG aF bzw. § 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG nF voraussetzt, dass die Tarifvertragsparteien bei Vereinbarung der tariflichen Regelungen einen auf die Abbedingung des Gleichstellungsgrundsatzes bezogenen Regelungswillen gehabt haben (*so Kock/Greiner in Thüsing AÜG 4. Aufl. § 8 Rn. 47; aA Ulrici HK-AÜG 1. Aufl. § 8 Rn. 47*), was sich dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften allerdings nicht entnehmen lässt. Nicht erforderlich ist jedenfalls, dass der vom Gleichstellungsgrundsatz abweichende Tarifvertrag ausdrücklich auf den Gleichstellungsgrundsatz Bezug nimmt und erklärt, dass ein Abweichen beabsichtigt ist. Es besteht auch kein entsprechendes Zitiergebot (*vgl. Kock/Greiner in Thüsing AÜG 4. Aufl. § 8 Rn. 48; Lembke in Boemke/*

86

*Lembke AÜG 3. Aufl. § 9 Rn. 227; BeckOK ArbR/Motz Stand 1. September 2020 AÜG § 8 Rn. 53).* Unter der Prämisse, dass Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG ist, muss von einer vom Gleichstellungsgrundsatz abweichenden Regulationsintention den Tarifvertragsparteien des MTV-F und des in Bezug genommenen TVöD ausgegangen werden. Nach § 4 Abs. 3 TVöD und der hierzu ergangenen Protokollnotiz haben die Tarifparteien bei der Personalgestellung den Fortbestand des bestehenden Arbeitsverhältnisses mit dem gestellenden Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes zu Grunde gelegt. Damit regelt der TVöD die fortbestehende Anwendung seiner Regelungen in den Arbeitsverhältnissen der gestellten Arbeitnehmer und damit die Arbeitsbedingungen der tarifunterworfenen Arbeitnehmer mindestens auch für die Zeit von Fremdfirmeneinsätzen (*vgl. zu dieser Anforderung: Schüren in Schüren/Hamann AÜG 5. Aufl. § 8 Rn. 110; Ulber/Ulber AÜG 5. Aufl. § 8 Rn. 145 f.*).

dd) Ebenfalls dahinstehen kann, ob sich aus der Übergangsregelung in § 19 Satz 2 AÜG in der bis zum 29. April 2011 geltenden Fassung vom 23. Dezember 2002 (nach wie vor) ergibt, dass der vom equal-pay-Gebot abweichende Tarifvertrag nicht vor dem 15. November 2002 in Kraft getreten sein darf (*so Kock/Greiner in Thüsing AÜG 4. Aufl. § 8 Rn. 47; zweifelnd Nebeling/Gründel BB 2009, 2366, 2370*). Sowohl der MTV-F vom 24. Februar 2015 als auch der TVöD vom 13. September 2005, zuletzt geändert durch Änderungsstarifvertrag Nr. 17 vom 30. August 2019, erfüllen diese Anforderung. 87

ee) Weitergehende inhaltliche Vorgaben - insbesondere hinsichtlich der Höhe des vom Gleichstellungsgebot abweichenden Arbeitsentgelts - macht das nationale Recht den Tarifvertragsparteien nicht. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der deutsche Gesetzgeber über die im Wortlaut des Gesetzes zum Ausdruck gekommenen Begrenzungen hinaus den Tarifvertragsparteien weitere Einschränkungen auferlegen wollte, etwa dahingehend, dass diese verpflichtet wären, ein über die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Abs. 2 AÜG festgesetzten Mindeststundenentgelte hinausgehendes Mindestniveau oder gar das Vergütungsniveau der Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb einzuhalten (*Kock/Greiner in Thüsing AÜG 4. Aufl. § 8 Rn. 56 mwN*). Dagegen spricht bereits 88

die gesetzliche Systematik des im AÜG normierten Gleichstellungsgrundsatzes und deren Öffnung für tarifliche Regelungen. Da die gesetzliche Regelung schon das Optimum bietet, kann es dabei nur um eine Abweichung der Tarifverträge hiervon nach unten gehen (*ErfKWank 20. Aufl. AÜG § 8 Rn. 34*). Diese vom Gesetzgeber beabsichtigte Gestaltungsfreiheit der Tarifparteien ist auch in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gekommen. Die vorliegend für die Ansprüche bis zum 31. März 2017 maßgebliche Fassung des § 9 AÜG trat mit Wirkung vom 30. April 2011 in Kraft. Der Wortlaut der Norm ist - soweit relevant - durch die damalige Neufassung des AÜG unverändert geblieben. Die Neufassung sollte vor allem dazu dienen, Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung zu unterbinden und gleichzeitig die Richtlinie 2008/104/EG in nationales Recht umzusetzen (*BT-Drs. 17/4804 S. 1*). Wörtlich heißt es: „Tarifverträgen kommt nach dem deutschen Arbeitsrecht grundsätzlich eine Richtigkeitsgewähr zu. Bei der Abweichung vom tarifdispositiven Arbeitnehmerschutzrecht müssen Tarifverträge schon bisher den diesem zugrunde liegenden Schutzgedanken beachten“ (*BT-Drs. 17/4804 S. 9*). In der Begründung zur Neufassung des AÜG aus dem Jahr 2017 heißt es auszugsweise (*BT-Drs. 18/9232, S. 15*): „Den zuständigen Tarifvertragsparteien werden Freiräume für die verantwortungsvolle Gestaltung wesentlicher Aspekte der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen eingeräumt. Gleichzeitig werden soziale Leitplanken zugunsten der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter gesetzt. Mehr Flexibilität ist möglich, wenn diese tarifvertraglich und sozialpartnerschaftlich abgesichert wird.“

d) Der Senat kann jedoch nicht eindeutig beurteilen, ob die Richtlinie 2008/104/EG eine weitere Einschränkung der in § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 Satz 2 und Satz 3 AÜG aF bzw. § 8 Abs. 2 und Abs. 4 AÜG nF normierten Abweichungsmöglichkeit durch Tarifvertrag erfordert. Das hängt von der Auslegung des Unionsrechts ab, wozu nach Art. 267 AEUV allein der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) berufen ist. Da damit der genaue Regelungsinhalt der gesetzlich geregelten Abweichungsmöglichkeit durch Tarifvertrag nicht feststeht, können derzeit die den Zeitraum vom 1. September 2015 bis zum 31. Dezember

89

2017 betreffenden Zahlungsanträge nicht mit der Begründung abgewiesen werden, mit dem MTV-F iVm. den Regelungen des TVöD sei wirksam vom Gleichstellungsgrundsatz abgewichen worden.

aa) Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG gibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie geregelten Gleichbehandlungsgrundsatz tarifdispositiv auszugestalten. Danach können diese den Sozialpartnern „die Möglichkeit einräumen, auf der geeigneten Ebene und nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen Tarifverträge aufrechtzuerhalten oder zu schließen, die unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern, welche von den in Absatz 1 aufgeführten Regelungen abweichen können, enthalten können“. Entsprechend führt Erwägungsgrund 16 der Richtlinie aus, dass die Mitgliedstaaten es den Sozialpartnern gestatten können, „Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen festzulegen, sofern das Gesamtschutzniveau für Leiharbeitnehmer gewahrt bleibt“. Erwägungsgrund 17 der Richtlinie erläutert zudem, dass die Mitgliedstaaten „unter bestimmten, genau festgelegten Umständen auf der Grundlage einer zwischen den Sozialpartnern auf nationaler Ebene geschlossenen Vereinbarung vom Grundsatz der Gleichbehandlung in beschränktem Maße abweichen dürfen, sofern ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet ist“. Nach Erwägungsgrund 19 beeinträchtigt die Richtlinie „weder die Autonomie der Sozialpartner, noch sollte sie die Beziehungen zwischen den Sozialpartnern beeinträchtigen, einschließlich des Rechts, Tarifverträge gemäß nationalem Recht und nationalen Gepflogenheiten bei gleichzeitiger Einhaltung des Gemeinschaftsrechts auszuhandeln und zu schließen“.

bb) Das Verständnis der in § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 Satz 2 und Satz 3 AÜG aF bzw. § 8 Abs. 2 und Abs. 4 AÜG nF normierten Abweichungsmöglichkeit hängt von dem Verständnis des Begriffs des „Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ in Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2008/104/EG ab, welches allein der Gerichtshof näher bestimmen kann.

(1) Der Senat kann nicht eindeutig beantworten, welche Voraussetzungen für die Annahme erfüllt sein müssen, von dem Grundsatz der Gleichbehandlung abweichende Regelungen in einem Tarifvertrag seien unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern erfolgt. Dabei ist etwa unklar, ob dieser Gesamtschutz durch Regelungen über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern über den Schutz hinausgeht, den das nationale Recht und das Unionsrecht zwingend vorgibt. Auch kann nicht eindeutig beantwortet werden, ob die Prüfung der Achtung des Gesamtschutzes auf die tariflichen Arbeitsbedingungen der unter den Geltungsbereich eines ggf. abweichenden Tarifvertrags fallenden Leiharbeitnehmer bezogen ist oder eine vergleichende Betrachtung zwischen den tariflichen und den Arbeitsbedingungen geboten ist, die im entleihenden Unternehmen bestehen. 92

(2) Es ist denkbar, dass sich die nach Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2008/104/EG kollidierenden Schutzanliegen der sozialen Sicherung der Leiharbeitnehmer einerseits (*vgl. Art. 31 GRC*) und der Gewährleistung der Tarifautonomie (*Art. 28 GRC*) andererseits durch die Ausgestaltung des deutschen Tarifrechts in Einklang bringen lassen, das die Zuverlässigkeit der Tarifakteure auch im Bereich des tarifdispositiven Gesetzesrechts gewährleistet und Anforderungen vorsieht, die zwischen den Tarifvertragsparteien einen angemessenen Interessenausgleich erwarten lassen (*für unionsrechtskonform halten die Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2008/104/EG im AÜG aus diesem Grund zB Kock/Greiner in Thüsing AÜG 4. Aufl. § 8 Rn. 58; EuArbRK/Rebhahn/Schörghofer/Kolbe 3. Aufl. RL 2008/104/EG Art. 5 Rn. 20 ff.; Preis/Sagan/Sansone EuArbR 2. Aufl. § 12 Rn. 12.79; Schüren in Schüren/Hamann AÜG 5. Aufl. § 8 Rn. 138; Ulrici HK-AÜG 1. Aufl. § 8 Rn. 54, jeweils mwN*). Auch diese Frage kann der Senat nicht ohne eine vorherige Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH beantworten. 93

(3) So wäre ggf. zu klären, ob die Achtung des Gesamtschutzes mit gesetzlichen Regelungen gewahrt ist, wonach - wie in der bis zum 31. März 2017 geltenden Fassung des AÜG - der Gleichbehandlungsgrundsatz weitgehend tarifdispositiv ausgestaltet (*§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, § 9 Nr. 2 Halbs. 3, 4, § 10 Abs. 4 Satz 2 und Satz 3 AÜG aF*), eine zeitliche Begrenzung der Abweichung vom 94

Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf das Arbeitsentgelt nicht vorgesehen und das Erfordernis, dass die Überlassung nur „vorübergehend“ sein darf, zeitlich nicht konkretisiert ist (*zweifelnd etwa EuArbRK/Rebhahn/Schörghofer/Kolbe 3. Aufl. RL 2008/104/EG Art. 5 Rn. 23; Waas ZESAR 2012, 7, 10; ErfK/Wank 20. Aufl. AÜG § 8 Rn. 33; Schüren/Wank RdA 2011, 1, 5 f.; Zimmer NZA 2013, 289, 291*). Unionsrechtlich ungeklärt ist auch, ob die Achtung des Gesamtschutzes jedenfalls mit gesetzlichen Regelungen gewahrt ist, die wie die seit dem 1. April 2017 geltende Fassung des AÜG für abweichende Tarifverträge bestimmte besondere Anforderungen vorsehen (Lohnuntergrenze für Leiharbeitnehmer; Höchstdauer für die Überlassung an denselben Entleiher; zeitliche Begrenzung der Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf das Arbeitsentgelt; Nichtgeltung einer vom Grundsatz der Gleichbehandlung abweichenden tariflichen Regelung für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher bei diesem oder einem konzernverbundenen Arbeitgeber ausgeschieden sind; Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten für Leiharbeitnehmer zu gleichen Bedingungen wie für Stammarbeitnehmer).

(4) Schließlich kann der Senat auch die sich ggf. weiter stellende ebenfalls die Auslegung des Unionsrechts betreffende Frage nicht eindeutig beantworten, ob die nationalen Gerichte die vom Grundsatz der Gleichbehandlung abweichende Tarifregelungen ohne Einschränkung daraufhin überprüfen dürfen, ob die Abweichungen den Gesamtschutz wahren oder Art. 28 GRC bzw. Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2008/104/EG mit dem Hinweis auf die „Autonomie der Sozialpartner“ gebieten, den Tarifvertragsparteien insoweit einen gerichtlich nur beschränkt überprüfbareren Beurteilungsspielraum einzuräumen. 95

cc) Ein Vorabentscheidungsersuchen zur Klärung dieser unionsrechtlichen Fragen ist derzeit nicht geboten (*vgl. bereits oben unter A IV 2 c*). 96

B. Die mit dem Antrag zu 14. erhobene Elementenfeststellungsklage ist unzulässig. Für sie besteht kein Feststellungsinteresse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO. 97

I. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn die Klagepartei ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Die Feststellungsklage kann sich auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken - sog. Elementenfeststellungsklage - (*BAG 16. September 2020 - 7 AZR 491/19 - Rn. 21; 23. März 2016 - 5 AZR 758/13 - Rn. 16 mwN, BAGE 154, 337*). Ein Feststellungsinteresse ist in diesem Fall jedoch nur dann gegeben, wenn durch die Entscheidung über den Feststellungsantrag der Streit insgesamt beseitigt wird und das Rechtsverhältnis der Parteien abschließend geklärt werden kann. Die Rechtskraft der Entscheidung muss weitere gerichtliche Auseinandersetzungen über die zwischen den Parteien strittigen Fragen um denselben Fragenkomplex ausschließen (*BAG 25. März 2015 - 5 AZR 874/12 - Rn. 15*). Es fehlt, wenn durch die Entscheidung kein Rechtsfrieden geschaffen wird, weil nur einzelne Elemente eines Rechtsverhältnisses zur Entscheidung des Gerichts gestellt werden (*BAG 21. Mai 2019 - 9 AZR 260/18 - Rn. 17; 23. März 2016 - 5 AZR 758/13 - aaO*).

II. Die vom Kläger mit dem Antrag zu 14. begehrte Feststellung wäre nicht geeignet, weitere gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen den Parteien auszuschließen. Der Feststellungsantrag ist lediglich auf die Entscheidung über - vorgreifliche - Rechtsfragen gerichtet, deren Klärung nicht zum Rechtsfrieden zwischen den Parteien führen könnten.

1. Das gilt zunächst, soweit der Feststellungsantrag die Verpflichtung der Beklagten zum Gegenstand hat, dem Kläger „alle Entgelt Differenzen bezogen auf Sonderzahlungen wie Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld“ zwischen dem Entgelt nach TVöD und dem der Haustarifverträge der A „nach den Grundsätzen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (Equal Pay)“ zu bezahlen. Mit einer stattgebenden Entscheidung bliebe offen, auf welche genauen Sonderzahlungen der Kläger Anspruch hätte und mit welchen genauen ihm nach TVöD zustehenden

Leistungen wie eine Verrechnung „nach den Grundsätzen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (Equal Pay)“ zu erfolgen hätte. Die Abwicklung des festgestellten Differenzzahlungsanspruchs könnte von den Parteien nicht ohne weiteres, wie für die Zulässigkeit einer Elementenfeststellungsklage erforderlich, vergleichbar mit einer einfachen Rechenaufgabe (*vgl. BAG 25. März 2015 - 5 AZR 874/12 - Rn. 15*), umgesetzt werden.

2. Gleiches gilt, soweit der Kläger die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten begehrt, „einen Ausgleich für die höhere Arbeitszeit von 1,5 Stunden pro Woche zu schaffen oder zu vergüten“. Mit einer klagestattgebenden Entscheidung wäre lediglich geklärt, dass die Beklagte den Umstand der geringeren Arbeitszeit bei der A berücksichtigen müsste, nicht aber die weitere Behandlung eines Zeitguthabens. Es bliebe offen, auf welche Weise der begehrte Ausgleich zu gewähren wäre, ob und ggf. mit welchen Modalitäten die derzeitige erhöhte Arbeitszeit in Geld oder Freizeit abzugelten oder möglicherweise vom vereinbarten Stundenkontingent abzuziehen wäre. 101

3. Auch soweit der Kläger die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten begehrt, „drei weitere Urlaubstage pro Kalenderjahr zu gewähren“, wird hierdurch die Rechtslage nicht abschließend geklärt. Für die Dauer der Überlassung steht dem Leiharbeiter ein Urlaubsanspruch in Höhe des (anteiligen) Jahresurlaubs zu, den der Entleiher vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt, der aber - wie bei den Stammarbeitnehmern - den gesetzlichen Regeln und etwaigen im Entleiherbetrieb geltenden ergänzenden Bestimmungen unterliegt (*vgl. BAG 23. November 2016 - 5 AZR 53/16 - Rn. 13, BAGE 157, 213; 23. März 2011 - 5 AZR 7/10 - Rn. 12, BAGE 137, 249*). Die für den Urlaub geltenden Regelungen bei der A sind nicht zum Gegenstand des Antrags gemacht und lassen sich nicht im Wege der Auslegung aus dem sonstigen Vorbringen ermitteln. 102

III. Dem Senat ist ein Sachurteil auch nicht unter dem Gesichtspunkt möglich, dass das Feststellungsinteresse echte Prozessvoraussetzung nur für das stattgebende Urteil ist und das Revisionsgericht auch bei seinem Fehlen jedenfalls dann zu einer Sachentscheidung befugt ist, wenn gewichtige prozessökonomische Gründe gegen eine Prozessabweisung sprechen, etwa weil die Klage 103

eindeutig und unzweifelhaft abweisungsreif ist (vgl. BAG 23. März 2016 - 5 AZR 758/13 - Rn. 18 mwN, BAGE 154, 337). Eine Abweisung der Klage als unbegründet durch den Senat kommt aus den oben ausgeführten Gründen nicht in Betracht.

Klose

M. Rennpferdt

Waskow

Deinert

Meißner