

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 21. März 2018
- 5 AZR 862/16 -
ECLI:DE:BAG:2018:210318.U.5AZR862.16.0

I. Arbeitsgericht Köln

Urteil vom 18. Februar 2016
- 4 Ca 6823/15 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 2. September 2016
- 10 Sa 330/16 -

Entscheidungsstichworte:

Leiharbeitnehmer - Branchenzuschläge

Leitsatz:

Als „Einsatz“ iSv. § 2 Abs. 2 Satz 1 TV BZ Druck-gewerblich ist die Zeitspanne zu verstehen, in welcher der Leiharbeitnehmer an den Kundenbetrieb iSd. Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes überlassen wird und nicht die Summe der Tage, an denen er im Kundenbetrieb die Arbeitsleistung erbringt.

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 862/16
10 Sa 330/16
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. März 2018

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. März 2018 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Weber und Dr. Volk sowie den ehrenamtlichen Richter Bormann und die ehrenamtliche Richterin Naumann für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 2. September 2016 - 10 Sa 330/16 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass Zinsen auf den Betrag von 263,75 Euro brutto erst ab dem 8. Oktober 2015 zu zahlen sind.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Höhe des Branchenzuschlags nach dem Tarifvertrag über Branchenzuschläge für Überlassungen von gewerblichen Arbeitnehmern in der Druckindustrie (TV BZ Druck-gewerblich) vom 21. Februar 2013. 1

Die Klägerin ist seit November 2011 bei der Beklagten, die gewerblich Arbeitnehmerüberlassung betreibt, als Leiharbeiterin beschäftigt. Ihre monatliche Arbeitszeit beträgt 80 Stunden. Die Klägerin ist nicht freigestelltes Mitglied des im Betrieb der Beklagten gebildeten Betriebsrats. 2

Auf das Arbeitsverhältnis findet kraft einzelvertraglicher Bezugnahme der zwischen dem Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e. V. (BAP) und dem iGZ - Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e. V. (iGZ) einerseits und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft, ver.di Bundesvorstand, andererseits geschlossene Tarifvertrag über Branchenzuschläge für Überlassungen von gewerblichen Arbeitnehmern in der Druckindustrie (iF TV BZ Druck-gewerblich) Anwendung, der in der Fassung vom 21. Februar 2013 ua. bestimmt: 3

„§ 1 Geltungsbereich

Dieser Tarifvertrag gilt:

1. Räumlich: Für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland;

2. Fachlich: Für die tarifgebundenen Mitgliedsunternehmen des Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V. (BAP) und des Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. (iGZ), die im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung Beschäftigte in einen Kundenbetrieb der Druckindustrie einsetzen. Als Kundenbetrieb der Druckindustrie gelten, soweit sie nicht dem Handwerk zuzuordnen sind:
- Druckvorlagenherstellung,
 - Druckformherstellung,
 - der Druck und die Weiterverarbeitung, unabhängig von der Art des Druckverfahrens,
- sowie die zu den erwähnten Wirtschaftszweigen gehörenden Reparatur-, Zubehör-, Montage-, Dienstleistungs- und sonstigen Hilfs- und Nebenbetrieben und Zweigniederlassungen sowie die Betriebe artverwandter Industrien.
- ...
3. Persönlich: Für alle gewerblichen Beschäftigten, die im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung an Kundenbetriebe überlassen werden.

§ 2 Branchenzuschlag

- (1) Arbeitnehmer erhalten bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Dauer ihres jeweiligen Einsatzes im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung in einen Kundenbetrieb der Druckindustrie einen Branchenzuschlag.
- (2) Der Branchenzuschlag wird für den ununterbrochenen Einsatz im jeweiligen Kundenbetrieb gezahlt.¹ Unterbrechungszeiten einschließlich Feiertage, Urlaubs- und Arbeitsunfähigkeitstage, die die Dauer von 3 Monaten unterschreiten, sind keine Unterbrechungen im vorgenannten Sinne.²
- (3) Der Branchenzuschlag beträgt nach der Einsatzdauer in einem Kundenbetrieb folgende Prozentwerte:
- Für die Entgeltgruppen 1 - 5
- nach der vierten vollendeten Woche 8 %
 - nach dem dritten vollendeten Monat 15 %
 - nach dem fünften vollendeten Monat 20 %

- nach dem siebten vollendeten Monat 35 %
- nach dem neunten vollendeten Monat 45 %,

Für die Entgeltgruppen 6 - 9 kein Zuschlag

des Stundentabellenentgelts des Entgelttarifvertrages Zeitarbeit, abgeschlossen zwischen dem Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e. V. - BZA - und der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit (im Folgenden ETV BZA) bzw. des Entgelttarifvertrages, abgeschlossen zwischen dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e. V. - iGZ - und der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit (im Folgenden ETV iGZ), je nach Einschlägigkeit.

- (4) Der Branchenzuschlag ist auf die Differenz zu 90 % des laufenden regelmäßig gezahlten Stundenentgelts eines vergleichbaren Arbeitnehmers des Kundenbetriebs beschränkt.

Der Kundenbetrieb hat das regelmäßig gezahlte Stundenentgelt eines vergleichbaren Arbeitnehmers nachzuweisen.³

...

- (6) Der Branchenzuschlag ist Teil des festen tariflichen Entgelts gemäß § 13.2 MTV BZA bzw. Teil der Grundvergütung gemäß § 2 Abs. 1 Entgelttarifvertrag iGZ.

§ 3 Änderungen von tarifvertraglichen Bestimmungen

Erhält der Arbeitnehmer einen Branchenzuschlag nach diesem Tarifvertrag, entfallen Ansprüche auf Zuschläge nach § 4 ETV BZA bzw. § 5 ERTV iGZ.

...

§ 7 Schlussbestimmungen

- (1) Dieser Tarifvertrag tritt am 1. Juli 2013 in Kraft.

...“

In den Protokollnotizen zu § 2 TV BZ Druck-gewerblich heißt es:

4

„¹Protokollnotiz Nr. 1: Bei einem Arbeitgeberwechsel (Wechsel des Zeitarbeitsunternehmens) werden vorangegangene Einsatzzeiten im selben Kundenbetrieb angerechnet, sofern sie nach den Regelungen dieses Tarifvertrages auch ohne Arbeitgeberwechsel zu berücksichtigen

gewesen wären. Vorstehendes gilt nur für Ansprüche, die nach dem Arbeitgeberwechsel entstehen.

²Protokollnotiz Nr. 2: Unterbrechungszeiten von weniger als drei Monaten führen nicht zu einer Erhöhung der Einsatzdauer. Dagegen erhöht sich die Einsatzdauer für die Zeit eines laufenden Einsatzes, wenn der Einsatz im jeweiligen Kundenbetrieb wegen Feier- und Urlaubstagen sowie Krankheitstagen innerhalb der gesetzlichen Entgeltfortzahlung unterbrochen wird. Die Vergütung von Feier-, Urlaubs- und Krankheitstagen richtet sich nach den tariflichen und gesetzlichen Bestimmungen.

³Protokollnotiz Nr. 3: § 2 Abs. 4 TV BZ Druck - gewerblich ist eine Ausnahmeregelung, die die individuelle Ermittlung des laufenden regelmäßig gezahlten Stundenentgelts eines vergleichbaren Arbeitnehmers des Kundenbetriebs erfordert. Sie ermöglicht im Einzelfall eine Beschränkung des Branchenzuschlages, wenn der Kundenbetrieb eine entsprechende Deckelung geltend macht.“

Vom 16. September 2014 bis zum 31. Mai 2015 wurde die Klägerin von der Beklagten - bis auf einen Einsatz bei der B GmbH am 22. Februar 2015 - ausschließlich der D GmbH & Co.KG (iF Entleiherin) überlassen, die sie in ihrem Druckzentrum einsetzte.

5

Für die in den Monaten März bis Mai 2015 im Betrieb der Entleiherin geleisteten Arbeitsstunden zahlte die Beklagte an die Klägerin auf das ihr entsprechend EG 2 ETV BAP/DGB zustehende Stundentabellenentgelt von 9,07 Euro bzw. ab dem 1. April 2015 von 9,39 Euro einen Branchenzuschlag iHv. 8 %.

6

Nach erfolgloser außergerichtlicher Geltendmachung hat die Klägerin mit ihrer der Beklagten am 7. Oktober 2015 zugestellten Klage für die Monate März bis Mai 2015 die Zahlung höherer Branchenzuschläge verlangt. Sie sei bei der Entleiherin seit dem 16. September 2014 - abgesehen vom 22. Februar 2015 - ununterbrochen eingesetzt worden. Ihr stehe deshalb ein Branchenzuschlag für die Zeit vom 1. März bis zum 15. April 2015 iHv. 20 % und vom 16. April bis zum 31. Mai 2015 iHv. 35 % zu.

7

Die Klägerin hat zuletzt sinngemäß beantragt: 8

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 263,75 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 7. Oktober 2015 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, die Klägerin sei bei der Entleiherin nicht durchgehend aufgrund einer Gesamtanforderung eingesetzt worden. Die Entleiherin habe jeweils entsprechend ihrem Arbeitskräftebedarf kurzfristig eine bestimmte Zahl von Leiharbeitnehmern angefordert, die sie (die Beklagte) abhängig von der individuellen Verfügbarkeit der Mitarbeiter gestellt habe. Dementsprechend sei jeder Einsatz orientiert am Einsatzbedarf des Kunden und den durch Krankheit, Urlaub oder Betriebsratstätigkeit bedingten Abwesenheitszeiten der Klägerin geplant worden. Von einem ununterbrochenen Einsatz könne auch deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Klägerin wegen ihrer geringen vertraglichen Leistungspflichten nicht regelmäßig an fünf Tagen in der Woche bei der Entleiherin tätig gewesen sei. Bei der Ermittlung der Einsatzdauer seien die einzelnen Einsatztage im Kundenbetrieb zu Einsatzwochen zusammenzurechnen. Allein diese Berechnungsweise werde dem Charakter des Branchenzuschlags als eines Erfahrungszuschlags gerecht. 9

Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit sie in die Revisionsinstanz gelangt ist - stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. 10

Entscheidungsgründe

Die Revision ist ganz überwiegend unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht erkannt, dass der Klägerin ein Anspruch auf Zahlung eines restlichen Branchenzuschlags in vom Arbeitsgericht zugesprochener Höhe zu- 11

steht. Das Berufungsurteil ist nur hinsichtlich der Bestätigung des erstinstanzlichen Zinsausspruchs um einen Kalendertag zu korrigieren.

I. Die Klage ist zulässig. Der Zahlungsantrag ist hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Streitgegenständlich ist ein erhöhter tariflicher Branchenzuschlag, den die Klägerin für die in den Monaten März bis Mai 2015 im Betrieb der Entleiherin geleisteten und von der Beklagten abgerechneten Arbeitsstunden geltend macht. 12

II. Die Klage ist hinsichtlich der Hauptforderung im noch rechtshängigen Umfang begründet. Die Klägerin hat nach § 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich für die streitgegenständlichen Arbeitsstunden Anspruch auf einen Branchenzuschlag iHv. 20 % für die Zeit vom 1. März bis 16. April 2015 und iHv. 35 % für die Zeit vom 17. April bis 31. Mai 2015 auf das ihr nach EG 2 ETV BAP/DGB zustehende Stundentabellenentgelt. Diesen Anspruch hat die Beklagte mit der Zahlung eines Branchenzuschlags iHv. 8 % nicht vollständig erfüllt. 13

1. Der TV BZ Druck-gewerblich findet kraft einzelvertraglicher Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung. 14

2. Nach § 2 Abs. 1 TV BZ Druck-gewerblich erhalten Arbeitnehmer bei Vorliegen der weiteren in § 2 TV BZ Druck-gewerblich genannten Voraussetzungen für die Dauer ihres jeweiligen Einsatzes im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung in einen Kundenbetrieb der Druckindustrie einen Branchenzuschlag. Dieser wird für den ununterbrochenen Einsatz im jeweiligen Kundenbetrieb (§ 2 Abs. 2 Satz 1 TV BZ Druck-gewerblich) abhängig von der Einsatzdauer in gestaffelter Höhe gezahlt (§ 2 Abs. 3 TV BZ Druck-gewerblich). 15

3. Die Höhe des Branchenzuschlags ist gemäß § 2 Abs. 3 TV BZ Druck-gewerblich durch die zurückliegende Einsatzdauer bestimmt. Diese ist in der Rückschau unter Beachtung der Vorgaben in § 2 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich iVm. der Protokollnotiz Nr. 2 zu § 2 Abs. 2 Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich festzustellen. 16

- a) Der Tarifvertrag differenziert in § 2 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich iVm. den Protokollnotizen zu § 2 TV BZ Druck-gewerblich zwischen dem ununterbrochenen Einsatz, vorangegangenen Einsatzzeiten und Unterbrechungszeiten und bestimmt, unter welchen Voraussetzungen diese auf die Einsatzdauer anzurechnen sind. 17
- aa) Als „Einsatz“ iSv. § 2 Abs. 2 Satz 1 TV BZ Druck-gewerblich ist die Zeitspanne zu verstehen, in der der Leiharbeitnehmer an den Kundenbetrieb iSd. Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes überlassen wird und - entgegen der von der Beklagten vertretenen Ansicht - nicht die Summe der Tage, an denen er im Kundenbetrieb die Arbeitsleistung erbringt. Dies ergibt die Auslegung des Tarifvertrags (*zu den nach st. Rspr. anzuwendenden allgemeinen Auslegungsgrundsätzen vgl. BAG 26. Oktober 2016 - 5 AZR 226/16 - Rn. 25 mwN*). 18
- (1) Der Begriff „Einsatz“ wird in § 2 Abs. 2 Satz 1 TV BZ Druck-gewerblich nicht definiert. Der Wortlaut der Bestimmung, auf den es für die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrags zunächst ankommt (*vgl. BAG 25. Oktober 2017 - 7 AZR 712/15 - Rn. 17*), hat - für sich betrachtet - keinen hinreichend konkreten Regelungsgehalt. Die Verbindung mit dem Adjektiv „ununterbrochen“ spricht allerdings eher dafür, dass der Tarifvertrag unter „Einsatz“ nicht einzelne Tage, sondern die Zeitspanne der Überlassung versteht. Dieses Verständnis wird durch die Regelung in § 2 Abs. 3 TV BZ Druck-gewerblich bestätigt. Der Branchenzuschlag wird danach in Abhängigkeit von Wochen und Monaten und nicht von Tagen des Einsatzes des Leiharbeitnehmers berechnet. Der Tarifvertrag stellt damit auf Zeitspannen ab, die angesichts der bei jedem Leiharbeitnehmer bestehenden zeitlichen Begrenzung der Arbeitspflicht und zwingender - auch von den Tarifvertragsparteien zu beachtender - arbeitszeit-, urlaubs-, entgeltfortzahlungs- und betriebsverfassungsrechtlicher Normen (*zB §§ 3, 10, 11 ArbZG; § 1 BUrlG; § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1 EntgeltFG; § 37 Abs. 2 BetrVG*) nicht nur Arbeitstage, sondern auch arbeitsfreie Tage und Zeiten einschließen, zu denen der Leiharbeitnehmer die Arbeitsleistung im Kundenbetrieb nicht erbringen kann bzw. muss. 19

(2) Sinn und Zweck des TV BZ Druck-gewerblich, der bei der Auslegung zu berücksichtigen ist, sofern und soweit er in den tariflichen Regelungen und ihrem systematischen Zusammenhang Niederschlag gefunden hat (*vgl. hierzu BAG 20. September 2017 - 6 AZR 143/16 - Rn. 33*), spricht ebenfalls für ein Verständnis des Begriffs „Einsatz“ als Zeitspanne der Überlassung. Der Tarifvertrag bezweckt mit dem Branchenzuschlag eine gestaffelte Heranführung des Vergütungsanspruchs der Leiharbeitnehmer vom Entgeltniveau des branchenübergreifend vereinbarten ETV BZA an das vergleichbaren Stammarbeitnehmern des Kundenbetriebs zu zahlende Entgelt. Er orientiert sich an dem Stundenentgelt, das vergleichbaren Arbeitnehmern des Kundenbetriebs zusteht, indem er nach Maßgabe von § 2 Abs. 4 TV BZ Druck-gewerblich iVm. der Protokollnotiz Nr. 3 zu dieser Bestimmung eine Beschränkung des Branchenzuschlags auf die Differenz zu 90 % des laufenden regelmäßig gezahlten Stundenentgelts eines vergleichbaren Arbeitnehmers des Kundenbetriebs vorsieht (*vgl. zum TV BZ ME BAG 22. Februar 2017 - 5 AZR 453/15 - Rn. 37*). Eine auszugleichende Vergütungsdifferenz besteht jedoch nicht nur an den Tagen, an denen der Leiharbeitnehmer tatsächlich die Arbeitsleistung im Kundenbetrieb erbringt, sondern während des gesamten Zeitraums der Überlassung.

bb) Wann der Einsatz „unterbrochen“ ist, bestimmt § 2 Abs. 2 TV BZ Druck-gewerblich nicht ausdrücklich. 21

(1) Der Systematik des TV BZ Druck-gewerblich ist allerdings zu entnehmen, dass von einer Unterbrechung des Einsatzes iSv. § 2 Abs. 2 TV BZ Druck-gewerblich bei einem zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer fortbestehenden Arbeitsverhältnis nur ausgegangen werden kann, wenn eine Überlassung beendet ist, auf sie eine weitere Überlassung folgt und zwischen den Überlassungen ein Zeitraum liegt, in dem der Leiharbeitnehmer dem Kundenbetrieb nach Maßgabe seiner Arbeitspflicht hätte überlassen werden können, aber nicht überlassen wurde. Eine „Unterbrechung“ setzt danach zunächst die Beendigung des laufenden Einsatzes voraus. Diese kann zB bei einer zeitlichen Befristung des Einsatzes durch Zeitablauf eintreten, aber auch durch einen Abbruch des Einsatzes durch den Verleiher oder den Leiharbeitnehmer herbeige-

führt werden. Fehlt es an einem derartigen Beendigungstatbestand, dauert die laufende Überlassung fort. Kann der Leiharbeitnehmer während einer laufenden Überlassung wegen Krankheit, Feiertags, Urlaubs, der Ausschöpfung seines im Arbeitsvertrag mit dem Verleiher vereinbarten Arbeitszeitvolumens oder allgemein arbeitsfreien Tagen nicht oder nicht an allen Tagen der Woche bzw. des Monats eingesetzt werden, führt dies - für sich genommen, ohne Hinzutreten eines Beendigungstatbestandes - nicht zu einer Beendigung des Einsatzes iSv. § 2 Abs. 2 Satz 1 TV BZ Druck-gewerblich.

(2) Auch die Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben durch den Leiharbeitnehmer im Betrieb des Verleihers führt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zu einer Unterbrechung des Einsatzes. Leiharbeitnehmer können, obwohl sie während ihrer Überlassung in den Kundenbetrieb eingegliedert sind, in den Betriebsrat des Verleiherbetriebs gewählt werden (*Fitting BetrVG 29. Aufl. § 5 Rn. 262*). Durch die vorübergehende Eingliederung in die Betriebsorganisation des Entleihers und die für das Leiharbeitsverhältnis kennzeichnende Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen wird die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung des Leiharbeitnehmers zum Entsendebetrieb des Vertragsarbeitgebers, wie § 14 Abs. 1 AÜG klarstellt, nicht aufgehoben (*vgl. BAG 15. Oktober 2014 - 7 ABR 74/12 - Rn. 27, BAGE 149, 286*). Als Betriebsratsmitglieder sind Leiharbeitnehmer auch im Verlauf der Überlassung verpflichtet, Betriebsratstätigkeiten auszuüben, soweit sie zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben als Betriebsrat erforderlich sind. Ebenso können sie an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen iSv. § 37 Abs. 6 BetrVG teilnehmen. Sie sind hierfür nach Maßgabe der zwingenden gesetzlichen Regelung aus § 37 Abs. 2, Abs. 6 BetrVG von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien. Eine solche zeitlich begrenzte Aufhebung der Arbeitspflicht bewirkt jedoch keine Unterbrechung des Einsatzes iSv. § 2 Abs. 2 TV BZ Druck-gewerblich und ist sowohl vom Verleiher als auch vom Entleiher als Folge von § 37 Abs. 2 BetrVG hinzunehmen. 23

cc) Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 TV BZ Druck-gewerblich wird der Branchenzuschlag für den „ununterbrochenen Einsatz“ gezahlt. Einsatzzeiten vor einer 24

Unterbrechung sind danach grundsätzlich unbeachtlich. Von diesem Grundsatz enthält § 2 Abs. 2 Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich eine Ausnahme für den Fall, dass die Unterbrechungszeit zwischen dem laufenden und früheren Einsatz drei Monate unterschreitet. Der Tarifvertrag fingiert den Einsatz in diesem Fall als ununterbrochen fortbestehend (*vgl. zu einer solchen Fiktion als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des TVÜ-VKA BAG 27. November 2008 - 6 AZR 632/08 - Rn. 16, BAGE 128, 317*). Frühere Einsatzzeiten sind danach nur bei einer Einsatzunterbrechung von weniger als drei Monaten auf die Dauer des laufenden Einsatzes anzurechnen, bei einer längeren Unterbrechung ist eine Anrechnung ausgeschlossen. Nach dem Wortlaut von § 2 Abs. 2 Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich ist für die Anrechnung allein die Dauer der Unterbrechung maßgeblich, nicht ihre Ursache. Auf einen möglichen sachlichen Zusammenhang zwischen den Einsätzen kommt es nicht an. Soweit sich § 2 Abs. 2 Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich auf Feiertage, Urlaubs- und Arbeitsunfähigkeitstage bezieht, handelt es sich, wie sich aus dem Wort „einschließlich“ ergibt, nicht um eine abschließende, sondern um eine exemplarische Benennung möglicher Unterbrechungsursachen.

dd) Wie die „Unterbrechungszeiten“ iSv. § 2 Abs. 2 Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich als solche, dh. die zwischen den einzelnen Einsätzen im Kundenbetrieb liegenden Zeiträume von weniger als drei Monaten, bei der Ermittlung der Einsatzdauer iSv. § 2 Abs. 3 TV BZ Druck-gewerblich zu berücksichtigen sind, bestimmt die Protokollnotiz Nr. 2 zu § 2 Abs. 2 Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich. 25

(1) Die Protokollnotiz Nr. 2 ist materieller Bestandteil des Tarifvertrags. Sie erfüllt die formellen Voraussetzungen für eine wirksame tarifliche Regelung, § 1 Abs. 2 TVG, § 125 BGB. Als Teil der Vertragsurkunde wird sie - wie die weiteren Protokollnotizen zu § 2 TV BZ Druck-gewerblich - durch die Unterschriften der Vertragsschließenden abgedeckt. In der Protokollnotiz kommt der Normsetzungswille der Tarifvertragsparteien zum Ausdruck (*vgl. dazu BAG 13. Mai 2015 - 4 AZR 355/13 - Rn. 33 mwN*). Sie gestaltet die Modalitäten des Branchenzuschlags eigenständig aus, indem sie - differenzierend nach der Ursache der Einsatzunterbrechungen - die Bewertung von Unterbrechungszeiten regelt 26

und deren Berücksichtigung im Vergleich zur Regelung des § 2 Abs. 2 TV BZ Druck-gewerblich an eigenständige Anforderungen knüpft (zur *Deckelungsregelung in der Protokollnotiz Nr. 3 zu § 2 Abs. 4 TV BZ ME* vgl. BAG 22. Februar 2017 - 5 AZR 453/15 - Rn. 37). Die Auslegung der Protokollnotiz als normativer Teil des Tarifvertrags folgt den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln (vgl. BAG 27. November 2008 - 6 AZR 632/08 - Rn. 14, BAGE 128, 317).

(2) Nach Satz 1 der Protokollnotiz Nr. 2 führen Unterbrechungszeiten von weniger als drei Monaten nicht zu einer Erhöhung der Einsatzdauer. Die Zeiträume zwischen aufeinander folgenden Einsätzen sind danach, auch wenn der Einsatz nach § 2 Abs. 2 Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich als ununterbrochen fortbestehend fingiert wird, nicht auf die Einsatzdauer anzurechnen. Etwas anderes gilt nur in den in Satz 2 der Protokollnotiz Nr. 2 geregelten Ausnahmefällen: Wird der Einsatz im jeweiligen Kundenbetrieb zB durch den Verleiher „wegen“ Feier- und Urlaubstagen sowie Krankheitstagen des Leiharbeitnehmers beendet (*dazu Rn. 22*) und folgt hierauf ein neuer Einsatz im Kundenbetrieb, erhöht sich die Einsatzdauer für die Zeit dieses laufenden Einsatzes um die Unterbrechungszeiten, für die ein gesetzlicher Entgeltfortzahlungsanspruch besteht. Satz 2 der Protokollnotiz Nr. 2 enthält - anders als § 2 Abs. 2 Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich - eine abschließende Aufzählung. Sonstige Unterbrechungszeiten sind im Rahmen von § 2 Abs. 3 TV BZ Druck-gewerblich nicht berücksichtigungsfähig. 27

b) Für die Annahme der Beklagten, unter „ununterbrochenem Einsatz“ sei die Summe der im Kundenbetrieb geleisteten Arbeitstage zu verstehen, weil mit dem Branchenzuschlag ein „Erfahrungszuschlag“ gewährt werde, gibt es im Tarifvertrag keine Anhaltspunkte. 28

aa) Der Anspruch nach § 2 TV BZ Druck-gewerblich setzt allein einen „ununterbrochenen Einsatz“ im Kundenbetrieb in den in § 2 Abs. 3 TV BZ Druck-gewerblich genannten Zeitspannen voraus. Für die Entstehung des Anspruchs ist es ohne Belang, ob der Leiharbeitnehmer im Kundenbetrieb stets die gleiche Tätigkeit ausübt oder ob er im Wechsel verschiedene Tätigkeiten verrichtet und deshalb ein tätigkeitsbezogener Erfahrungszuwachs ausgeschlossen ist. 29

bb) Der von der Beklagten vertretenen Auslegung stünde zudem das Gebot der gesetzeskonformen Auslegung von Tarifverträgen entgegen, demzufolge Tarifverträge, sofern die Tarifnorm dies zulässt, grundsätzlich so auszulegen sind, dass sie nicht im Widerspruch zu höherrangigem Recht stehen und damit Bestand haben (*st. Rspr. vgl. BAG 27. April 2017 - 6 AZR 459/16 - Rn. 18*). Ein Verständnis von „ununterbrochenem Einsatz“ iSv. § 2 Abs. 2 Satz 1 TV BZ Druck-gewerblich als Summe der Tage, an denen der Leiharbeitnehmer im Kundenbetrieb die Arbeitsleistung tatsächlich erbracht hat, wäre nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. 30

(1) Tarifvertragsparteien sind bei der tariflichen Normsetzung nicht unmittelbar grundrechtsgebunden. Die Schutzfunktion der Grundrechte verpflichtet die Gerichte jedoch dazu, Tarifregelungen die Durchsetzung zu verweigern, die zu gleichheits- und sachwidrigen Differenzierungen führen und deshalb Art. 3 Abs. 1 GG verletzen (*BAG 26. April 2017 - 10 AZR 856/15 - Rn. 28 f. mwN*). 31

(2) Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet es, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (*BVerfG 3. Juli 2014 - 2 BvL 25/09, 2 BvL 3/11 - Rn. 35 mwN zur st. Rspr.; BAG 6. Januar 2015 - 6 AZB 105/14 - Rn. 15, BAGE 150, 246*). Art. 3 Abs. 1 GG untersagt auch einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss, mit dem ein Personenkreis begünstigt und ein anderer Personenkreis von der Begünstigung ausgenommen wird (*BAG 19. Januar 2016 - 9 AZR 564/14 - Rn. 22 mwN*). Den Tarifvertragsparteien kommt als selbständigen Grundrechtsträgern aufgrund der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Wie weit dieser Spielraum reicht, hängt von den Differenzierungsmerkmalen im Einzelfall ab (*vgl. BAG 19. Januar 2016 - 9 AZR 564/14 - Rn. 23*). Hinsichtlich der tatsächlichen Gegebenheiten und der betroffenen Interessen steht den Tarifvertragsparteien eine Einschätzungsprärogative zu. Sie sind nicht verpflichtet, die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung zu wählen. Es genügt, wenn für die getroffene Regelung ein sachlich vertretbarer Grund vorliegt (*BAG 27. Juli 2017 - 6 AZR 701/16 - Rn. 32 mwN; 26. April 2017 - 10 AZR 856/15 - Rn. 28*). 32

(3) Gemessen an diesen Grundsätzen führte ein Verständnis von „ununterbrochenem Einsatz“ als Summe der Arbeitstage im Kundenbetrieb zu einer mit den Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarenden Schlechterstellung der Leiharbeitnehmer, deren Arbeitszeit - gleich, ob sie in Vollzeit oder in Teilzeit beschäftigt sind - auf wenige Tage der Woche oder des Monats verteilt ist, im Vergleich zu den Arbeitnehmern, die aufgrund der Verteilung ihrer Arbeitszeit an einer höheren Zahl von Tagen der Wochen oder des Monats im Kundenbetrieb tätig sind. Bei gleicher Anzahl der im Kundenbetrieb geleisteten Arbeitsstunden erfüllten die erstgenannten Leiharbeitnehmer aufgrund der geringeren Zahl ihrer Einsatztage die Voraussetzungen für die Gewährung des Branchenzuschlags und dessen Erhöhung nach § 2 Abs. 3 TV BZ Druckgewerblich erst zu einem späteren Zeitpunkt als die letztgenannten Leiharbeitnehmer. Dies ist unter keinem Gesichtspunkt sachlich zu rechtfertigen. 33

c) Die gemäß § 2 Abs. 3 TV BZ Druckgewerblich für Grund und Höhe des Anspruchs maßgebliche Einsatzdauer wird danach durch die laufende Einsatzzeit, anrechenbare vorangegangene Einsatzzeiten sowie berücksichtigungsfähige Unterbrechungszeiten bestimmt. Dies erfordert eine aus der Rückschau vorzunehmende wertende Gesamtbetrachtung der Überlassung. Allein auf Grundlage des Überlassungsvertrags zwischen Verleiher und Entleiher lässt sich die Einsatzdauer des einzelnen Arbeitnehmers nicht sicher ermitteln, weil in diesem Vertrag die zum Einsatz kommenden Arbeitnehmer in der Regel nicht namentlich genannt werden. Aus dem Überlassungsvertrag können sich allerdings Hinweise auf die Dauer des geplanten Einsatzes von Leiharbeitnehmern ergeben. Bei der Feststellung von Einsatz- und Unterbrechungszeiten ist deshalb neben dem Überlassungsvertrag und den dem Leiharbeitnehmer vom Verleiher erteilten Einsatzzuweisungen die praktische Durchführung der Überlassung zu bewerten. 34

4. Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs auf Zahlung eines Branchenzuschlags in bestimmter Höhe trägt grundsätzlich der Anspruchsteller, dh. der Arbeitnehmer. Liegt eine Unterbrechung vor, hat der Arbeitnehmer die Umstände darzulegen und ggf. zu be- 35

weisen, aus denen sich ergeben soll, dass sie sich mit Blick auf die Einsatzdauer iSv. § 2 Abs. 3 TV BZ Druck-gewerblich als unschädlich erweist (vgl. zur *Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG BAG 20. Februar 2014 - 2 AZR 859/11 - Rn. 21, BAGE 147, 251*). Den Arbeitgeber als Anspruchsgegner trifft eine sekundäre Darlegungslast. Der Arbeitnehmer muss daher nur die anspruchshindernden Tatsachen ausräumen, die sich aus dem Vortrag des Arbeitgebers ergeben (vgl. zum *fehlenden Rechtsgrund einer Leistung BAG 8. November 2017 - 5 AZR 11/17 - Rn. 16*). Bestreitet der Verleiher die für die Einsatzdauer maßgeblichen Umstände jedoch in erheblicher Art und im Einzelnen, bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Anspruchsteller die anspruchsbegründenden Tatsachen beweisen muss.

5. Ausgehend von diesen Grundsätzen war die Klägerin im Betrieb der Entleiherin unter Berücksichtigung der nach § 2 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich iVm. der Protokollnotiz Nr. 2 zu § 2 TV BZ Druck-gewerblich anrechnungsfähigen Zeiten ab dem 16. Februar 2015 länger als fünf Monate und ab dem 17. April 2015 länger als sieben Monate eingesetzt, § 187 Abs. 2, § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB iVm. § 209 BGB analog. 36

a) Die Klägerin hat die Voraussetzungen einer ununterbrochenen Einsatzdauer von mehr als fünf Monaten bzw. von mehr als sieben Monaten schlüssig dargelegt. Sie hat vorgetragen, sie sei der Entleiherin seit dem 16. September 2014 - abgesehen vom 22. Februar 2015 - durchgehend überlassen worden und lediglich an arbeitsfreien Tagen und dann, wenn sie wegen Krankheit, Feiertags, Urlaubs oder Betriebsratstätigkeit keine Arbeitsleistung habe erbringen müssen, bei der Entleiherin nicht tätig gewesen. Die vor dem 22. Februar 2015 seit dem 16. September 2014 zurückgelegte Einsatzzeit ist, weil der Einsatz der Klägerin weniger als drei Monate unterbrochen war, nach § 2 Abs. 2 Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich auf die Einsatzdauer anzurechnen. Soweit die Klägerin einräumt, an arbeitsfreien Tagen und dann, wenn sie wegen Krankheit, Feiertags, Urlaubs oder Betriebsratstätigkeit nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet war, nicht im Kundenbetrieb tätig gewesen zu sein, führt dies nicht zur Unschlüssig- 37

keit der Klage, denn allein hieraus ergeben sich keine Einsatzunterbrechungen iSv. § 2 Abs. 2 TV BZ Druck-gewerblich.

b) Das Bestreiten der Beklagten ist nicht erheblich. 38

aa) Die für eine Unterbrechung der Überlassung sekundär darlegungsbelastete Beklagte hat keine Tatsachen vorgetragen, die den Schluss zuließen, der Einsatz der Klägerin sei nicht nur am 22. Februar 2015, sondern an allen Tagen, an denen sie im Kundenbetrieb der Entleiherin keine Arbeitsleistung erbracht habe, unterbrochen gewesen. Der pauschale Vortrag der Beklagten, die Entleiherin habe Leiharbeitnehmer jeweils nur kurzfristig angefordert und jeder Einsatz sei orientiert am Einsatzbedarf des Kunden und den durch Krankheit, Urlaub oder Betriebsratstätigkeit bedingten Abwesenheitszeiten der Klägerin geplant worden, lässt nicht darauf schließen, die Überlassung der Klägerin sei jeweils entsprechend ihren tatsächlichen Einsatztagen befristet gewesen. Von Einsatzunterbrechungen kann zudem auch nach dem Vortrag der Beklagten nicht ausgegangen werden, weil die Klägerin zwischen dem 16. September 2014 und dem 31. Mai 2015 - abgesehen vom 22. Februar 2015 und den vorgenannten Abwesenheitszeiten wegen Krankheit, Feiertags, Urlaubs oder Betriebsratstätigkeit - im Umfang der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit entsprechend den Weisungen der Beklagten bei der Entleiherin eingesetzt wurde. Von einem „ununterbrochenen Einsatz“ iSv. § 2 Abs. 2 Satz 1 TV BZ Druck-gewerblich wäre im Übrigen auch dann auszugehen, wenn ein Einsatz zwar - wie die Beklagte vorliegend angenommen hat - beendet war, sich an diesen jedoch ein weiterer Einsatz nahtlos, ohne zeitliche Zäsur anschließt. 39

bb) Selbst wenn man zugunsten der Beklagten eine Befristung der Einsätze unterstellt und davon ausginge, der Einsatz der Klägerin bei der Entleiherin sei, wie die Beklagte behauptet, orientiert an den durch Krankheit, Urlaub oder Betriebsratstätigkeit bedingten Abwesenheitszeiten der Klägerin geplant worden, führte dies zu keinem anderen Ergebnis. Die genannten Abwesenheitszeiten wären auch in diesem Fall auf die Einsatzdauer iSv. § 2 Abs. 3 TV BZ Druck-gewerblich anzurechnen. 40

(1) Für Feiertage sowie Urlaubs- und Krankheitszeiten folgt dies aus Satz 2 der Protokollnotiz Nr. 2, wonach sich die Einsatzdauer für die Zeit eines laufenden Einsatzes erhöht, wenn der Einsatz im jeweiligen Kundenbetrieb wegen Feier- und Urlaubstagen sowie Krankheitstagen innerhalb der gesetzlichen Entgeltfortzahlung unterbrochen wird. Zeiten ohne Entgeltfortzahlungsanspruch hat die Beklagte nicht behauptet. 41

(2) Eine ggf. zwischen der Beklagten und der Entleiherin getroffene Abrede, die Überlassung solle unterbrochen sein, wenn die Klägerin wegen der Ausübung von Betriebsratstätigkeiten iSv. § 37 Abs. 2 BetrVG oder der Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen iSv. § 37 Abs. 6 BetrVG an der Erbringung der Arbeitsleistung bei der Entleiherin gehindert ist, oder eine in diesen Fällen einseitige Beendigung des Einsatzes der Klägerin durch die Beklagte hätte nicht zur Folge, dass die genannten Zeiten als Unterbrechungszeiten nicht auf die Einsatzdauer anzurechnen wären. Die Anrechnung der genannten Zeiten folgt, ohne dass es einer ausdrücklichen Regelung im Tarifvertrag bedurft hätte, unmittelbar aus § 78 Satz 2 BetrVG, der auch für die Tarifvertragsparteien zwingend ist. Hiernach kann sich ein unmittelbarer Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf eine bestimmte Vergütung ergeben, wenn sich die Zahlung einer geringeren Vergütung als Benachteiligung des Betriebsratsmitglieds gerade wegen seiner Betriebsratstätigkeit darstellt (*vgl. BAG 17. August 2005 - 7 AZR 528/04 - Rn. 18*). Hiervon ausgehend sind die Zeiten, zu denen die Klägerin wegen der Ausübung von Betriebsratstätigkeiten iSv. § 37 Abs. 2 BetrVG oder der Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen iSv. § 37 Abs. 6 BetrVG an der Erbringung der Arbeitsleistung bei der Entleiherin gehindert war, auf die Einsatzdauer anzurechnen. Der Klägerin entgingen andernfalls allein aufgrund ihrer Amtsausübung Ansprüche auf höhere Branchenzuschläge, indem sie die nach § 2 Abs. 3 TV BZ Druck-gewerblich erforderliche Einsatzdauer erst zu einem späteren Zeitpunkt erreichte. 42

c) Im Zeitraum 16. September 2014 bis 31. Mai 2015 ist damit lediglich der 22. Februar 2015 als Unterbrechungszeit nach Satz 1 der Protokollnotiz 43

Nr. 2 in entsprechender Anwendung von § 209 BGB auf die Einsatzdauer iSv. § 2 Abs. 3 TV BZ Druck-gewerblich nicht anzurechnen.

6. Die Beklagte hat den nach § 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich bestehenden Anspruch der Klägerin nicht vollständig erfüllt. 44

a) Die Klägerin hat nach den in der Revision nicht angegriffenen und damit für den Senat gemäß § 559 Abs. 2 ZPO bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts im März 2015 44,5 Stunden, vom 1. bis 16. April 2015 24,5 Stunden, vom 17. bis 30. April 2015 38,5 Stunden und im Mai 2015 39,5 Stunden im Kundenbetrieb der Entleiherin gearbeitet. Sie hat aufgrund ihrer Einsatzdauer im Kundenbetrieb, die ab dem 16. Februar 2015 mehr als fünf Monate und ab dem 17. April 2015 mehr als sieben Monate betragen hat, Anspruch auf einen Branchenzuschlag iHv. 20 % für die Zeit vom 1. März bis 16. April 2015 und iHv. 35 % für die Zeit vom 17. April bis 31. Mai 2015 auf das ihr im Streitzeitraum nach EG 2 ETV BAP/DGB zustehende Stundentabellenentgelt von 9,07 Euro bzw. ab 1. April 2015 von 9,39 Euro. 45

b) Diesen Anspruch hat die Beklagte mit der Zahlung eines Branchenzuschlags iHv. 8 % nicht vollständig erfüllt. Gegen die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Berechnung der Anspruchshöhe und des der Klägerin unter Berücksichtigung der von der Beklagten erbrachten Zahlungen zustehenden Differenzbetrags hat die Beklagte mit der Revision keine Rügen erhoben. Die Beklagte schuldet der Klägerin somit nach § 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 TV BZ Druck-gewerblich für die Monate März bis Mai 2015 noch den erstinstanzlich ausgeurteilten Differenzbetrag iHv. 263,75 Euro brutto. Einem weitergehenden Zahlungsanspruch steht die Rechtskraft der insoweit klageabweisenden Entscheidung des Arbeitsgerichts entgegen. 46

III. Die geforderten Prozesszinsen stehen der Klägerin nicht bereits ab dem 7., sondern erst ab dem 8. Oktober 2015 zu. Die Klage ist der Beklagten am 7. Oktober 2015 zugestellt worden. Die Pflicht zur Verzinsung beginnt bei Prozesszinsen nach §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2, § 187 Abs. 1 BGB mit dem Fol- 47

getag der Rechtshängigkeit (*st. Rspr. zuletzt 11. Oktober 2017 - 5 AZR 621/16 - Rn. 33*). Insoweit ist das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufzuheben und das Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern.

IV. Die Beklagte hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu 48
tragen.

Linck

Volk

Weber

Bormann

Naumann