

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 7. September 2022
- 5 AZR 502/21 -
ECLI:DE:BAG:2022:070922.U.5AZR502.21.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 7. Dezember 2020
- 8 Ca 45/18 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 29. September 2021
- 7 Sa 8/21 -

Entscheidungsstichwort:

Hypotax-Verfahren bei vorübergehender Auslandsentsendung

Hinweis des Senats:

(Teilweise) Parallelentscheidung zu führender Sache - 5 AZR 128/22 -

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 502/21

7 Sa 8/21

Landesarbeitsgericht

Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

7. September 2022

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und
Anschlussrevisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Revisionsbeklagter und
Anschlussrevisionskläger,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. September 2022 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach sowie die ehrenamtliche Richterin Markhof und den ehrenamtlichen Richter Abel für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 29. September 2021 - 7 Sa 8/21 - werden zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung, nachdem die Beklagte während einer zeitlich befristeten Auslandsentsendung des Klägers nach Frankreich hypothetisch für ihn in Deutschland anfallende Steuern in einem sogenannten Hypo-tax-Verfahren von seinem Entgelt einbehalten hat. 1

Der Kläger ist seit dem 1. Januar 2003 bei der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängern als Ausrüstungselektriker tätig. Vom 1. Januar 2016 bis zum 31. Juli 2019 wurde der Kläger von der Beklagten nach T zu einem konzernangehörigen Unternehmen (A) entsandt. Vor Beginn seiner Entsendung war er bei der Beklagten in Hamburg beschäftigt, im Anschluss daran nahm er seine Tätigkeit dort wieder auf. Der Kläger ist Mitglied der Gewerkschaft IG Metall, die Beklagte ist Mitglied des Arbeitgeberverbandes Nordmetall Verband der Metall- und Elektroindustrie e.V. (im Folgenden Nordmetall). 2

Der Kläger erhält eine Vergütung nach den zwischen der IG Metall und Nordmetall geschlossenen Entgelttarifverträgen für die Metall- und Elektroindustrie in Hamburg und Umgebung. Der ab dem 1. April 2016 geltende Tarifvertrag über Entgelte und Ausbildungsvergütungen vom 19. Mai 2016 (im Folgenden TV Entgelt 2016) und der ab dem 1. Januar 2018 geltende Tarifvertrag über Entgelte und Ausbildungsvergütungen vom 8. Februar 2018 (im Folgenden TV Entgelt 2018) sehen in § 1 Nr. 1.1 wortgleich vor, dass sie räumlich im Geltungsbereich der jeweiligen Manteltarifverträge für die Tarifgebiete Hamburg und 3

Umgebung, Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Unterweser und Nordwestliches Niedersachsen gelten. Der ab dem 1. Oktober 2008 geltende Manteltarifvertrag vom 3. Juli 2008 (im Folgenden MTV 2008) und der ab dem 1. Januar 2019 geltende Manteltarifvertrag vom 17. Dezember 2018 (im Folgenden MTV 2018) gelten ausweislich der in beiden Tarifverträgen wortgleichen Regelung in § 1 Nr. 1.1 räumlich in den Ländern Hamburg und Umgebung, Schleswig-Holstein sowie im Land Mecklenburg-Vorpommern. Beide Fassungen des Manteltarifvertrags sehen für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis eine Ausschlussfrist von drei Monaten nach Fälligkeit vor.

Für die Zeit der Auslandsentsendung haben die Parteien einen Entsendungsvertrag vom 5. November 2015 geschlossen. Darin heißt es auszugsweise:

4

„1 - Allgemeine Angaben zur Entsendung

...

Die hier getroffenen Vereinbarungen ergänzen den Anstellungsvertrag des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin, der im Übrigen Gültigkeit beibehält, wie auch grundsätzlich alle betrieblichen Regelungen. Sie gelten für die Dauer der Entsendung.

...

3 - Verlängerungen der Entsendungsvereinbarung

Sofern die Entsendung über den vereinbarten Zeitraum hinaus verlängert werden soll, hat dies spätestens drei Monate vor dem vereinbarten Ende der Entsendung schriftlich zu erfolgen. Eine Verlängerung der Entsendung über die Gesamtdauer von fünf Jahren hinaus ist grundsätzlich nicht möglich.

4 - Entsendungsbedingungen

Es finden die zum Zeitpunkt der Entsendung geltenden Konditionen (gemäß Anlage 1 der KBV über Auslandsentsendungen in der jeweils gültigen Fassung) Anwendung.

Die für die Entsendung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin nach T tatsächlich anzuwendenden Konditionen (entsendungsbedingte Zahlungen, Heimreisen, Unterkunft,

etc.), sind als Anhang zu diesem Entsendungsvertrag beigefügt. Ergeben sich aus einer Verlängerung der Entsendung, der jährlichen Überprüfung, einer unterjährigen Anpassung oder anderen Gründen Änderungen, ist dieser Anhang entsprechend anzupassen.

...

Der/die Arbeitnehmer/in wird während der Entsendung nach den Regeln des Stammbetriebes in die jährliche Entgeltüberprüfung und ggf. in den Zielvereinbarungs-/Zielerreichungsprozess einbezogen.

...

7 - Steuern und Sozialversicherung

Zur Erfüllung der Steuerpflicht des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin im Gastland wird für die Dauer der Entsendung das ‚Tax Equalization‘ genannte Prinzip eines Steuerausgleiches (KBV über Auslandsentsendungen Anhang B Entsendungsbedingungen) angewandt. Hierzu wird über den Weg einer hypothetischen Besteuerung das deutsche Steuerniveau beibehalten. Die tatsächlichen Steuern im Gastland trägt das Unternehmen.

Der/die Arbeitnehmer/in wird durch das Unternehmen über dieses Prinzip und die tatsächliche Anwendung im Gastland informiert und über die jeweilige Rolle des Unternehmens, des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin und des Steuerberaters aufgeklärt. Die für den/die Arbeitnehmer/in anzuwendenden Berechnungen sind diesem/dieser in der Anlage zu diesem Vertrag mitzuteilen. Mit der Unterzeichnung dieses Entsendungsvertrages erklärt sich der/die Arbeitnehmer/in mit der Anwendung des Steuerausgleichsprinzips einverstanden.

...“

Nr. 8 des Entsendungsvertrags enthält Regelungen zu einer vorzeitigen Beendigung der Entsendung und zur Rückkehr. Vorgesehen sind dort ua. ein Rückrufrecht des Arbeitgebers und Einzelheiten zur Beschäftigung des Klägers nach seiner Rückkehr. In Nr. 10 des Entsendungsvertrags haben die Parteien das Recht der Bundesrepublik Deutschland ohne Verweis auf die Kollisionsregeln vereinbart.

5

Dem Entsendungsvertrag war ein „Anhang zum Entsendungsvertrag“ beigefügt, der die Bedingungen der Entsendung und die entsprechenden Zulagen regelt, weiter eine vorläufige Berechnung von Entgelt und Zulagen mit der Überschrift „Entsendung: Berechnung des Paketes, theoretische Steuer und voraussichtliche Sozialversicherung“ sowie ein Anhang A zu den Entsendungsbedingungen, der Regelungen zur Ermittlung von entsendungsbedingten Zahlungen enthält, und der Anhang B zu den Entsendungsbedingungen „Steuerausgleich - Grundsätze“. Dieser entspricht dem Anhang B der Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27. März 2009 (im Folgenden KBV). In diesem Anhang ist das Hypotax-Verfahren näher erläutert. Hiernach soll der Arbeitnehmer während seiner Entsendung hinsichtlich der Steuerabzüge so gestellt werden, als hätte er weiter in Deutschland gearbeitet, obwohl er in dieser Zeit nicht dort, sondern im Einsatzland steuerpflichtig ist. Hierzu übernimmt der Arbeitgeber die tatsächlich anfallenden Steuern im Einsatzland und zieht vom Gehalt des Arbeitnehmers die hypothetischen - nicht abzuführenden - deutschen Steuern ab. Weiter ist im Anhang B geregelt, wie das bei Anwendung des Hypotax-Verfahrens zu zahlende Nettogehalt ausgehend von (hypothetischen) deutschen Steuern ermittelt wird. Hierfür sind zunächst monatliche Abzüge nach deutschem Steuerrecht in geschätzter Höhe vorgesehen. Nach Abschluss des jeweiligen Steuerjahrs folgt dann eine genaue Berechnung der in Deutschland hypothetisch angefallenen Steuer mit einem anschließenden Ausgleich etwaiger Differenzen in Form von Erstattungen oder Nachzahlungen.

6

Wie im „Anhang zum Entsendungsvertrag“ vorgesehen, erhielt der Kläger während seines Auslandsaufenthalts neben dem tariflichen Entgelt eine Mobilitätzulage nach Nr. 2.1 Abs. 1 des Anhangs zum Entsendungsvertrag iHv. zunächst 15 % des mit 13,25 multiplizierten Bruttomonatsentgelts (nach Nr. 2.1 Abs. 2 des Anhangs zum Entsendungsvertrag im vierten Jahr der Entsendung iHv. 10 %), einen Kaufkraftausgleich und einen Mietzuschuss. Darüber hinaus zahlte die Beklagte ihm eine Umzugskostenpauschale iHv. 6.900,00 Euro und erbrachte weitere entsendungsbedingte Leistungen (zB Erstattung von Heimreisen, sog. Relocation Service, Übernahme von Schulgebühren der Kinder).

7

Über die Wirksamkeit der KBV entstand Streit zwischen der Arbeitgeberseite und den Arbeitnehmervertretungen. In einem Besprechungsprotokoll vom 16. Januar 2017 hielten Vertreter der Arbeitgeberin und des Konzernbetriebsrats hierzu fest, dass für die Jahre 2015 und 2016 ua. den nach Frankreich entsandten Mitarbeitern die Differenz zwischen den einbehaltenen Hypotax-Beträgen und den tatsächlich gezahlten Steuern ausgezahlt werde. Für 2017 solle das Hypotax-Verfahren weiter durchgeführt werden. Eine eventuelle Erstattung solle erfolgen, wenn es bis Ende 2017 zu einer Einigung käme. Dem Kläger wurde von der Beklagten mit einer E-Mail vom 17. Februar 2017 sinngemäß mitgeteilt, dass die in den Jahren 2015 und 2016 einbehaltenen Beträge rückerstattet würden. Im Jahr 2017 werde die bisherige Regelung bis zum Abschluss einer neuen Vereinbarung fortgeführt. Eine Einigung zu einer Neuregelung der KBV kam nicht zu Stande. Die Beklagte erstattete dem Kläger die für das Jahr 2016 vorgenommenen hypothetischen Steuerabzüge. 8

Der Kläger teilte der Beklagten mit Geltendmachungsschreiben vom 7. November 2017, das ihr spätestens am Folgetag zuging, unter dem Betreff „Hypotax-Abzug für 2017“ mit, dass sie seiner Meinung nach zu Abzügen im Hypotax-Verfahren nicht berechtigt sei. Er forderte sie auf, die seit Januar 2017 einbehaltenen Beträge zurückzuzahlen und zu bestätigen, dass sie keine Hypotax-Abzüge mehr vornehmen werde. 9

Das Landesarbeitsgericht München hat mit rechtskräftigem Beschluss vom 25. September 2019 (- 4 TaBV 52/18 -) festgestellt, dass die Regelungen zum Hypotax-Verfahren in der KBV unwirksam sind. 10

Der Kläger war während seiner Entsendung ausschließlich in Frankreich steuerpflichtig. Die französische Lohnsteuer war niedriger als die deutsche. Die Beklagte behielt vom Entgelt des Klägers entsprechend den Regelungen zum Hypotax-Verfahren monatlich hypothetische Steuerbeträge in unstreitiger Höhe ein, die sie mit Blick auf die für Deutschland greifende Steuerbefreiung des Klägers nicht an das deutsche Finanzamt abführte. Die in Frankreich anfallende Lohnsteuer zahlte die Beklagte an die französischen Finanzbehörden. 11

Der Kläger hat mit seiner Klage vom 26. Februar 2018 (nebst Klageerweiterungen) die Rückzahlung der im Rahmen des Hypotax-Verfahrens einbehaltenen Beträge verlangt. In Höhe der im Verlauf des Verfahrens in Frankreich für den Kläger gezahlten Steuern haben die Parteien den Rechtsstreit in den Vorinstanzen übereinstimmend für erledigt erklärt, wobei der Kläger dies hinsichtlich der von ihm für das Jahr 2017 auf seine Klageforderung angerechneten Steuerzahlungen in Frankreich auf die jeweils ältesten Forderungen (dh. ab Januar 2017) bezog. 12

Der Kläger hat im Wesentlichen gemeint, dass die vertraglichen Klauseln zum Hypotax-Verfahren im Entsendungsvertrag neben den (inhaltsgleichen) Regelungen der insoweit unwirksamen KBV nur deklaratorisch seien. Sie seien nicht wirksam in den Vertrag einbezogen und gemäß § 307 BGB unwirksam. Die Bestimmungen seien zudem auch gemäß § 4 Abs. 1 TVG unwirksam, weil er Gewerkschaftsmitglied sei. Die Regelungen im Entsendungsvertrag würden durch die tarifvertraglichen Regelungen zum Bruttomonatsentgelt gemäß § 4 Abs. 3 und Abs. 4 TVG verdrängt. Die ihm zustehenden Zahlungsansprüche seien nicht aufgrund der tarifvertraglichen Ausschlussfrist teilweise erloschen. 13

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - zuletzt sinngemäß beantragt, 14

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 4.925,00 Euro netto nebst Zinsen seit dem 1. Januar 2018 zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 10.385,00 Euro netto nebst im Einzelnen gestaffelten Zinsen zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 6.886,92 Euro netto nebst im Einzelnen gestaffelten Zinsen zu zahlen;
4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.964,24 Euro netto nebst im Einzelnen gestaffelten Zinsen zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat im Wesentlichen die Ansicht vertreten, die Regelungen zum Hypotax-Verfahren in den Entsendungsverträgen seien AGB-rechtlich wirksam. Auch § 4 TVG stehe ihnen nicht entgegen. Die Entgelttarifverträge umfassten bereits räumlich nur Arbeits- 15

verhältnisse in einem bestimmten Teil Deutschlands, nicht aber das Arbeitsverhältnis des Klägers während seiner Entsendung. Die Hypotax-Regelung weiche zudem nicht von den Bestimmungen des Entgelttarifvertrags ab, weil sie das Bruttoarbeitsentgelt unberührt lasse. Außerdem gehe nach dem Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 Alt. 1 TVG) die vertragliche Regelung vor. Diese sei günstiger. Die hierin vereinbarten Zulagen bildeten ein Gesamtpaket mit dem Hypotax-Verfahren und seien deshalb in den sachgruppenbezogenen Günstigkeitsvergleich mit dem tariflichen Entgeltanspruch einzubeziehen. Bei Unwirksamkeit des Steuerausgleichsverfahrens habe der Kläger die Zulagen zurückzuzahlen. Insofern rechne sie hilfsweise mit eventuellen Ansprüchen des Klägers auf. Jedenfalls greife (teilweise) die tarifvertragliche Ausschlussfrist, so dass etwaige Ansprüche zT verfallen seien.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger 22.491,16 Euro (Nachzahlungsbeträge ab August 2017) nebst Zinsen zu zahlen. Hinsichtlich der noch geltend gemachten Entgeltdifferenzen für die Zeit vor August 2017 hat es die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision will die Beklagte die Wiederherstellung des klageabweisenden erstinstanzlichen Urteils erreichen. Der Kläger verfolgt mit seiner Anschlussrevision die Zahlung der ihm wegen Nichteinhaltung der tariflichen Ausschlussfrist nicht zugesprochenen Beträge für das Jahr 2017 weiter. 16

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten und die zulässige Anschlussrevision des Klägers sind unbegründet. Wegen der beiderseitigen Tarifgebundenheit der Parteien besteht ein Anspruch des Klägers auf den in den Entgelttarifverträgen vorgesehenen Bruttolohn, den die Beklagte nicht vollständig erfüllt hat. Da der Kläger seine Nachzahlungsansprüche erst für die Monate ab August 2017 17

(einschließlich) fristgemäß innerhalb der dreimonatigen tariflichen Ausschlussfrist geltend gemacht hat, unterlag der Klageantrag zu 1. teilweise der Abweisung. Dies hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis richtig erkannt.

A. Die Klage ist mit den zuletzt gestellten Anträgen unter Berücksichtigung der in der Revision erfolgten Klarstellung zulässig. 18

I. Die von Amts wegen auch im Revisionsverfahren zu prüfende (*BAG 25. Februar 2021 - 8 AZR 171/19 - Rn. 43 mwN*) Zuständigkeit der deutschen Gerichte ergibt sich aus Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 (im Folgenden Brüssel Ia-VO). Der Kläger macht mit seiner während seiner Auslandsentsendung am 27. Februar 2018 gemäß Art. 32 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a Brüssel Ia-VO eingeleiteten Klage zivilrechtliche Ansprüche gegen die Beklagte geltend (*zum Begriff der Einleitung MüKoZPO/Gottwald 6. Aufl. Brüssel Ia-VO Art. 66 Rn. 4 mwN*). Die Beklagte mit Sitz in Hamburg kann in Deutschland verklagt werden. Ist die internationale Zuständigkeit mehrerer Staaten gegeben, kann die klagende Partei unter ihnen wählen (*BAG 25. Februar 2021 - 8 AZR 171/19 - Rn. 48; Zöller/Geimer ZPO 34. Aufl. Art. 5 EuGVVO Rn. 4*). 19

II. Die Anträge sind hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 20

1. Hinsichtlich des Klageantrags zu 1. (im Jahr 2017 vorgenommene Hypo-tax-Abzüge), bei dem der Kläger von der Beklagten in Frankreich erbrachte Steuerzahlungen auf den von ihm geltend gemachten Gesamtbetrag angerechnet hat, hat er im Zusammenhang mit den Erledigungserklärungen klargestellt, dass diese die (jeweils) ältesten Forderungen zum Gegenstand haben sollen. Damit stand - spätestens mit den Erläuterungen in der Berufungsbegründung - fest, in welchem Umfang sich die Klagesumme dem Grunde und der Höhe nach auf die Einzelansprüche bezieht (*vgl. zu dieser Anforderung MüKoZPO/Becker-Eberhard 6. Aufl. § 253 Rn. 104; Stein/Jonas/Roth 23. Aufl. ZPO § 253 Rn. 28*). Hinsichtlich der weiteren Anträge ergibt sich die Zuordnung der vom Kläger vorgenommenen Abzüge aus den Beträgen seiner monatlich aufgeschlüsselten Zinsforderungen. 21

2. Es liegt keine unzulässige alternative Klagehäufung vor. 22
- a) Eine alternative Klagehäufung, bei der der Kläger ein einheitliches Klagebegehren aus mehreren prozessualen Ansprüchen (Streitgegenständen) herleitet und dem Gericht die Auswahl überlässt, auf welchen Klagegrund es die Verurteilung stützt, verstößt gegen das Gebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, den Klagegrund bestimmt zu bezeichnen. Deshalb muss, was auch konkludent und noch im Laufe des Verfahrens möglich ist, eine Rangfolge gebildet werden (*vgl. BAG 2. August 2018 - 6 AZR 437/17 - Rn. 18 mwN, BAGE 163, 205*). 23
- b) Diesen Anforderungen wird die Klage gerecht. Der Kläger hat sein Begehren aus zwei Streitgegenständen hergeleitet. Der durch die Bezugnahme-klausel im Arbeitsvertrag vermittelte vertragliche Anspruch auf den Tariflohn und der kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit unmittelbar und zwingend bestehende Anspruch (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG) auf den Tariflohn nach den Entgelttarifverträgen stellen zwei Streitgegenstände dar (*vgl. BAG 28. April 2021 - 4 AZR 230/20 - Rn. 18 f.; 25. Januar 2017 - 4 AZR 517/15 - Rn. 74, BAGE 158, 54*). Schon die Auslegung der klägerischen Schriftsätze spricht dafür, dass er seine Zahlungsansprüche primär auf Grundlage der normativ geltenden Tarifverträge und - für den Fall des Unterliegens - hilfsweise aufgrund der arbeitsvertraglichen Bezugnahme geltend macht. Auf Nachfrage des Senats hat der Kläger dieses Verständnis in der mündlichen Verhandlung bestätigt. 24
- B. Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Im Ergebnis zu Recht ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass die zulässige Klage überwiegend - für die Differenzbeträge ab August 2017 - begründet ist. Die Beklagte hat den aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit zwingend geltenden tariflichen Bruttolohnanspruch des Klägers im Umfang der vorinstanzlich zugesprochenen Klageforderungen nicht erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB). Bezüglich dieser Ansprüche (ab August 2017) hat der Kläger die tarifvertragliche Ausschlussfrist gewahrt. 25
- I. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass im Zeitraum der Entsendung gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (im Folgenden Rom I-VO) deutsches Recht auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden war. 26

1. Das anzuwendende Recht bestimmt sich nach der Rom I-VO. Diese findet ausweislich Art. 28 Rom I-VO auf Verträge Anwendung, die nach dem 17. Dezember 2009 geschlossen wurden. Mit dem Entsendungsvertrag vom 5. November 2015 haben die Parteien für die Zeit der Entsendung eine so umfangreiche Vertragsänderung vereinbart, dass diese der Sache nach im streitgegenständlichen Zeitraum zu einer Ersetzung der bisherigen, vor dem 17. Dezember 2009 geschlossenen vertraglichen Vereinbarungen geführt hat (*vgl. EuGH 18. Oktober 2016 - C-135/15 - [Nikiforidis] Rn. 35 ff.*). 27
2. Die Parteien haben in Nr. 10 Abs. 5 des Entsendungsvertrags eine wirksame Rechtswahl iSv. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 iVm. Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO getroffen. Die Wahl des deutschen Rechts war nicht gemäß Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO ausgeschlossen. Hiernach darf die Rechtswahl nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch zwingende Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das ohne Rechtswahl anzuwenden wäre. Auch ohne Rechtswahl wäre auf das Arbeitsverhältnis während der Zeit der Entsendung gemäß Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO deutsches Recht anzuwenden gewesen. 28
- a) Gemäß Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO unterliegt der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Dabei wechselt der Staat, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, nach Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet. Im Erwägungsgrund 36 Satz 1 der Rom I-VO hat der Unionsgesetzgeber ausgeführt, dass die Erbringung der Arbeitsleistung in einem anderen Staat als vorübergehend gelten sollte, wenn von dem Arbeitnehmer erwartet werde, dass er nach seinem Arbeitseinsatz im Ausland seine Arbeit im Herkunftsstaat wieder aufnehme. Eine zeitliche Höchstgrenze ist dafür nicht vorgesehen (*Deinert Internationales Arbeitsrecht § 9 Rn. 102; Staudinger/Magnus [2021] ROM I Art. 8 Rn. 109; MüKoBGB/Martiny 8. Aufl. Rom I-VO Art. 8 Rn. 66; Ferrari IntVertragsR/Staudinger 3. Aufl. VO (EG) 593/2008 Art. 8 Rn. 22*). 29

b) Die Regelungen des Entsendungsvertrags sprechen eindeutig dafür, dass die Parteien davon ausgingen, die Beklagte werde den Kläger nach dem Einsatz in T wieder in Hamburg beschäftigen. Nr. 1 des Entsendungsvertrags regelt eine Befristung der Entsendung, Nr. 3 sieht für etwaige Verlängerungen eine Höchstfrist von fünf Jahren vor und in Nr. 8 werden Regelungen zur Beschäftigung und zu einer etwaigen Verlängerung der Kündigungsfrist nach der Rückkehr des Klägers getroffen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass er seine Tätigkeit in Hamburg nicht wieder aufnehmen wollte oder sollte. Vielmehr wurde er auch wie vorgesehen nach dem Ende der Entsendung dort wieder beschäftigt. 30

c) Engere Verbindungen zu einem anderen Staat iSv. Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO weist das Arbeitsverhältnis auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht auf. 31

II. Dem Kläger stehen die geltend gemachten Nachzahlungen nach den kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit normativ geltenden Regelungen des TV Entgelt 2016 bzw. 2018 iVm. § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG zu. Diese sehen eine Bruttovergütung vor und fanden auch während der Entsendung des Klägers ins Ausland auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. Die Beklagte hat den Anspruch auf die tarifliche Bruttovergütung in Höhe der eingeklagten Nachzahlungsbeträge weder durch die erfolgte Nettoauszahlung, die Abführung von Beiträgen und der in Frankreich angefallenen Lohnsteuer noch durch die aus Anlass der Entsendung gewährten weiteren Leistungen erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB). Der Einbehalt der hypothetisch in Deutschland abzuführenden Steuern führt nicht zur Erfüllung des Bruttoentgeltanspruchs, weil die Beklagte diese Steuern nicht an das Finanzamt abgeführt hat und eine entsprechende Steuerschuld auch nicht bestand. Der Kläger hat die tarifvertragliche Ausschlussfrist für die ihm hiernach zustehenden Ansprüche mit seinem Geltendmachungsschreiben vom 7. November 2017 für die Ansprüche ab August 2017 gewahrt. 32

1. Die Regelungen des TV Entgelt 2016 und des TV Entgelt 2018 galten im Arbeitsverhältnis der Parteien auch während der Entsendung des Klägers ins Ausland wegen der beiderseitigen Tarifgebundenheit gemäß § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG unmittelbar und zwingend. 33

a) Nach § 1 Nr. 1.1 MTV 2008 und MTV 2018, auf die der TV Entgelt 2016 und der TV Entgelt 2018 für ihre räumliche Anwendbarkeit Bezug nehmen, gelten die Manteltarifverträge in den Ländern Hamburg und Umgebung, Schleswig-Holstein sowie im Land Mecklenburg-Vorpommern. Sie bestimmen damit das Gebiet, in dem der jeweilige Tarifvertrag gelten soll. Weder dem Wortlaut noch dem tariflichen Gesamtzusammenhang der Vorschriften ist dabei jedoch zu entnehmen, welcher Anknüpfungspunkt hierfür maßgeblich sein soll. In Betracht kommen das Unternehmen, der Betrieb oder der Einsatzort des Arbeitnehmers. Fehlen im Tarifvertrag Anknüpfungspunkte zur Bestimmung des räumlichen Geltungsbereichs, kommt es auf den Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses an (*BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 319/04 - zu I 1 der Gründe; 25. Juni 1998 - 6 AZR 475/96 - zu II 2 b bb (2) der Gründe, BAGE 89, 202; 26. März 1998 - 6 AZR 550/96 - zu B II 3 der Gründe, BAGE 88, 239; Däubler/Deinert/Wenckebach TVG 5. Aufl. § 4 Rn. 230 ff.; Schaub ArbR-HdB/Treber 19. Aufl. § 202 Rn. 7*). 34

aa) Der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses liegt grundsätzlich an dem Ort des Betriebs oder Betriebsteils, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist, also dort, wo der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht - zumindest überwiegend - zu erfüllen hat (*BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 319/04 - zu I 2 a der Gründe; 25. Juni 1998 - 6 AZR 475/96 - zu II 2 b bb (3) der Gründe, BAGE 89, 202*). Eine nur vorübergehende Entsendung an einen anderen Arbeitsort - auch im Ausland - berührt im Regelfall den Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses nicht. Dies entspricht der überwiegenden Auffassung im Schrifttum (*Däubler/Deinert/Wenckebach TVG 5. Aufl. § 4 Rn. 245; Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 4 Rn. 206; Wiedemann/Wank TVG 8. Aufl. § 4 Rn. 131; Kempen/Zachert/Stein TVG 5. Aufl. § 4 Rn. 140; Thüsing/Braun/Wißmann Tarifrecht 2. Aufl. 4. Kap. Rn. 178, 180; Stamer in Henssler/Moll/Bepler Der Tarifvertrag 2. Aufl. Teil 8 Rn. 35; JKOS/Jacobs Tarifvertragsrecht 2. Aufl. § 5 Rn. 43; Däubler Tarifvertragsrecht 3. Aufl. Rn. 260 ff.*). Eine Entsendung ist erst dann nicht mehr vorübergehend in diesem Sinn, wenn sie auf Dauer angelegt bzw. die Rückkehr des Arbeitnehmers nicht mehr beabsichtigt ist (*Däubler/Deinert/Wenckebach aaO; Löwisch/Rieble aaO*). Der Festlegung zeitlicher Obergrenzen bedarf es nicht, da es nahe liegt, für das Verständnis des Begriffs „vorübergehend“ an die Regelungen der Rom I-VO anzuknüpfen 35

(vgl. *Löwisch/Rieble aaO; sh. Rn. 29*). Wenn sich hiernach die materiellen Arbeitsbedingungen nach deutschem Recht richten, wäre es widersprüchlich, wenn dies nicht auch für die Arbeitsbedingungen gilt, die in Tarifverträgen geregelt sind.

bb) Demgegenüber überzeugt das Abstellen auf andere gesetzliche Wertungen mit Blick auf die unterschiedlichen Regelungszwecke nicht. Dies gilt sowohl, soweit die Wertungen des § 1 Abs. 2 AÜG aF für maßgeblich gehalten werden (so *Meinel AR-Blattei SD 1550.14 Rn. 36 zur Abgrenzung von Ost- und Westtarifen*), als auch für die Anknüpfung an die „Ausstrahlung“ des deutschen Betriebsverfassungsrechts (*Thüsing/Braun/Reufels Tarifrecht 2. Aufl. 13. Kap. Rn. 29 f., 34; Däubler Tarifvertragsrecht 3. Aufl. Rn. 1671*). Die Geltung des deutschen Betriebsverfassungsrechts für im Ausland tätige Arbeitnehmer setzt voraus, dass sich die Auslandstätigkeit als „Ausstrahlung“ des Inlandsbetriebs darstellt (vgl. *BAG 21. August 2007 - 3 AZR 269/06 - Rn. 17, BAGE 124, 22; Herfs-Röttgen NZA 2018, 150, 151; ErfK/Koch 22. Aufl. BetrVG § 1 Rn. 4, jeweils mwN*). Entscheidend hierfür ist der Bezug des Arbeitnehmers zur inländischen Arbeitsorganisation (*BAG 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - zu B II 2 a ee der Gründe, BAGE 94, 144*). Dazu kommt es wesentlich darauf an, ob der Arbeitgeber gegenüber dem im Ausland tätigen Arbeitnehmer eine betriebsverfassungsrechtlich relevante Arbeitgeberstellung tatsächlich innehat (vgl. *dazu BAG 24. Mai 2018 - 2 AZR 54/18 - Rn. 13*). Die Anknüpfung an die Arbeitsorganisation ist erforderlich, weil es bei der Frage der Geltung des Betriebsverfassungsgesetzes auch um die durch die Betriebszugehörigkeit vermittelte Wahlberechtigung (§§ 7, 8 BetrVG) und damit die demokratische Legitimation des Betriebsrats bei der Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben geht. Auf die hier maßgebliche Frage der Tarifgeltung sind diese Anforderungen nicht übertragbar. Denn ein Tarifvertrag gilt gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 3 Abs. 1 TVG aufgrund der Mitgliedschaft des Arbeitnehmers (und des Arbeitgebers) in einer Tarifvertragspartei. Diese kann er selbst begründen oder beenden.

cc) Die Rechtsprechung des Sechsten Senats zur Abgrenzung von Ost- und Westtarifen (vgl. *BAG 20. März 1997 - 6 AZR 10/96 - zu II 3 c der Gründe, BAGE 85, 322*) lässt sich auf den vorliegenden Fall nicht übertragen. Sie betraf

die besondere historische Situation der Wiedervereinigung und orientiert sich an der Zwecksetzung der hierauf zugeschnittenen tariflichen Differenzierung, die spezielle Regelungen erforderlich machte. Ausgangspunkt des Abstellens auf den Zweck der Tätigkeit mit der Anknüpfung an die Aufgaben der jeweiligen Dienststelle war das Ziel des BAT-O, den Erhalt und die Entstehung von Arbeitsplätzen im wirtschaftlich schwächeren Beitrittsgebiet zu fördern (*BAG 20. März 1997 - 6 AZR 10/96 - aaO*). Die Differenzierung nach Ost- und Westtarif sollte nicht dazu dienen, die Arbeit in den alten Bundesländern dadurch zu verbilligen, dass ein Arbeitsverhältnis, das im Beitrittsgebiet begründet wurde, tatsächlich im Geltungsbereich des BAT ausgeübt wurde.

b) Ausgehend hiervon galten vorliegend die zuvor auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträge, darunter der TV Entgelt 2016 bzw. 2018, auch während der Auslandsentsendung des Klägers normativ. Der maßgebliche Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses, der vorher im Betrieb der Beklagten in Hamburg lag, änderte sich durch den vorübergehenden Einsatz des Klägers in Frankreich nicht. Denn die Parteien gingen - wie sich ua. aus Nr. 8 Abs. 3 bis Abs. 5 des Entsendungsvertrags ergibt - durchgehend davon aus, dass der Kläger im Anschluss an seine befristete Tätigkeit in T in den Betrieb der Beklagten in Hamburg zurückkehren und dort wieder tätig werden sollte. Ob es für ein Fortbestehen des Schwerpunkts des Arbeitsverhältnisses in Deutschland auch ausreichen würde, wenn während der Entsendung lediglich nicht feststeht, dass der Arbeitnehmer nicht zurückkehren wird, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. 38

2. Die Beklagte hat den tariflichen Bruttolohnanspruch in Höhe der streitgegenständlichen Abzüge nicht erfüllt. 39

a) Der Arbeitgeber erfüllt einen Bruttolohnanspruch in einem Fall mit Auslandsbezug wie dem vorliegenden durch die Abführung der gesetzlich bzw. nach den anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen einschlägigen Steuer, der einschlägigen (Sozialversicherungs-)Abgaben und durch die Auszahlung des restlichen (Netto-)Betrags an den Arbeitnehmer. Die arbeitsrechtliche Vergütungspflicht beinhaltet bei einer Bruttolohnvereinbarung nicht nur die Nettoauszahlung, sondern umfasst auch die Leistungen, die nicht in einer unmittelbaren 40

Auszahlung an den Arbeitnehmer bestehen. Abzug und Abführung von Lohnbestandteilen betreffen - im Inland - nur die Frage, wie der Arbeitgeber seine Zahlungspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer erfüllt (vgl. BAG 7. März 2001 - GS 1/00 - zu III 1 b der Gründe, BAGE 97, 150). Materiell handelt es sich dann auch hinsichtlich des Steuerabzugs um eine Leistung an den Arbeitnehmer, die nur aus formellen Gründen des deutschen Steuerrechts vom Arbeitgeber unmittelbar an das Finanzamt erbracht wird, ohne dass sich hierdurch der materielle Charakter der Zahlung an den Arbeitnehmer ändert (vgl. BAG 7. März 2001 - GS 1/00 - zu III 1 c der Gründe, aaO).

b) Da der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum nicht in Deutschland (lohn-)steuerpflichtig war, erfüllte die Beklagte in Höhe des von ihr vorgenommenen Abzugs der hypothetisch in Deutschland zu zahlenden Steuer seinen tariflichen Vergütungsanspruch nicht. Die einbehaltene hypothetische Steuer wurde von ihr nicht an den deutschen Fiskus abgeführt. Erfüllungswirkung konnte nur durch Zahlung der französischen Steuer bzw. durch die vereinbarten Erstattungen bei der jährlichen Nachberechnung der hypothetischen Steuer eintreten. Diese Beträge macht der Kläger nicht (mehr) geltend. Soweit die Summe der ausgezahlten Nettobeträge, der genannten Erstattungsleistungen sowie der tatsächlich abgeführten Sozialversicherungsbeiträge und der in Frankreich für den Kläger entrichteten Lohnsteuer nicht das Bruttoentgelt erreicht, kann der Kläger von der Beklagten daher weitere Zahlung verlangen. 41

c) Die Beklagte hat den tariflichen Bruttolohnanspruch auch nicht durch die Zahlung der im Entsendungsvertrag vereinbarten Leistungen und Zulagen für die Tätigkeit im Ausland erfüllt. Hierbei handelt es sich um selbständige Ansprüche, die nicht im inneren Zusammenhang mit dem für die „bloße“ Arbeitsleistung geschuldeten Tariflohn standen. 42

aa) Die aus Anlass der Entsendung erbrachten Zahlungen, die - wenn auch zT pauschaliert - auf bestimmte mit der Auslandstätigkeit verbundene Mehraufwendungen (Umzugskosten, Schulgeld etc.) bezogen sind, stehen nicht im Zusammenhang mit der tariflichen Vergütung. Sie beziehen sich - wie auch der Kaufkraftausgleich - auf Mehrkosten und -aufwendungen, die dem Arbeitnehmer 43

durch die Tätigkeit in Frankreich entstehen. Sie stellen kein Entgelt für die vom Kläger in Frankreich erbrachte Arbeitsleistung dar.

bb) Entsprechendes gilt für die Mobilitätszulage. Auch diese steht nicht im inneren Zusammenhang mit der tariflichen Vergütung, sondern wird den Arbeitnehmern für ihre Bereitschaft gezahlt, im Ausland zu arbeiten. Sie steht insoweit neben der - für erheblich erschwerte Bedingungen im Gastland - ggf. zu zahlenden Erschwerniszulage („Hardship“), die besondere Härten (Klima, medizinische Versorgung, Sicherheitsrisiken) abdecken soll und verfolgt einen eigenen Leistungszweck. Für diese Einordnung sprechen auch die Regelungen zum Absinken der Mobilitätszulage im vierten und fünften Entsendungsjahr auf zehn bzw. fünf Prozent des Referenzeinkommens (*Nr. 2.1 des Anhangs zum Entsendungsvertrag*), denen offenbar eine unterstellte sinkende „Belastung“ oder jedenfalls Gewöhnung an die Auslandstätigkeit zugrunde liegt. Wäre die Mobilitätszulage auf die reine Arbeitsleistung bezogen, die sich während der Entsendung nicht ändert, gäbe es keinen Grund für eine Reduzierung. 44

d) Das Abstellen auf den inneren Zusammenhang zugesagter Sonderleistungen mit der tarifvertraglich vorgesehenen Arbeitsleistung und die Bestimmung des Leistungszwecks der vom Arbeitgeber zusätzlich zum tariflichen Entgelt erbrachten Leistungen entspricht auch der Senatsrechtsprechung zur Behandlung der individualrechtlichen Anrechnung von Tarifloohnerhöhungen auf eine übertarifliche Vergütung. Soweit keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen wurde, ist hiernach aus den Umständen zu ermitteln, ob eine Befugnis zur Anrechnung besteht. Die Anrechnung ist grundsätzlich möglich, sofern dem Arbeitnehmer mit der übertariflichen Vergütung nicht vertraglich ein selbständiger Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zugesagt worden ist (*BAG 23. September 2009 - 5 AZR 973/08 - Rn. 21*). Für die Annahme eines selbständigen Entgeltbestandteils spricht es, wenn die Parteien mit der Zulage einen besonderen, abgrenzbaren Leistungszweck (zB Abgeltung einer besonderen Erschwernis) verfolgen (*BAG 27. August 2008 - 5 AZR 820/07 - Rn. 13, BAGE 127, 319*). Das bedeutet für die Frage der Anrechnung von Tarifloohnerhöhungen auf eine übertarifliche Vergütung, dass diese nur dann möglich ist, wenn der Arbeitgeber mit 45

der Zahlung der übertariflichen Zulage auch den erhöhten Tariflohnanspruch nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllen kann. Dies kommt wiederum nur dann in Betracht, wenn mit dem übertariflichen Vergütungsbestandteil kein eigenständiger Leistungszweck verfolgt wird. Nur dann ist eine Anrechnung möglich, weil die übertarifliche Vergütung in diesem Fall (bloßes) Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung ist. Auch insoweit wird zur Feststellung des Erfüllungseintritts danach unterschieden, ob eine Geldleistung allein unmittelbare Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung ist oder mit ihr andere Zwecke verfolgt werden.

3. Da die im Entsendungsvertrag vereinbarten Leistungen wegen ihrer unterschiedlichen und eigenständigen Zweckrichtung nicht geeignet sind, den tariflichen Vergütungsanspruch zu erfüllen, der die „bloße“ Arbeitsleistung zum Gegenstand hat, stellt sich die in den Vorinstanzen thematisierte Frage eines Günstigkeitsvergleichs nicht. Selbst wenn ein solcher durchzuführen wäre, wären die Regelungen in Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B des Entsendungsvertrags nicht günstiger iSv. § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG als die tarifliche Regelung der Bruttovergütung. Denn die entsendungsbedingten Sonderleistungen - einschließlich der Mobilitätszulage - wären nicht in einen Günstigkeitsvergleich einzubeziehen, weil sie andere Zwecke verfolgen (*sh. Rn. 43 f.*). Damit fehlte es an dem für die Bildung einer Sachgruppe erforderlichen inneren Zusammenhang (*vgl. BAG 13. Mai 2020 - 4 AZR 489/19 - Rn. 33, BAGE 170, 230; 15. April 2015 - 4 AZR 587/13 - Rn. 27 ff., BAGE 151, 221*). Auf die Frage, ob die Regelungen beim Abschluss der KBV als „Gesamtpaket“ verhandelt wurden, kommt es - anders als die Beklagte meint - nicht entscheidend an. 46

4. Die Ansprüche des Klägers sind nicht durch die Aufrechnungserklärung der Beklagten vom 11. September 2018 gemäß § 389 BGB erloschen. Zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung bestand - unabhängig von der Frage ihrer hinreichenden Bestimmtheit - jedenfalls keine Aufrechnungslage. § 387 BGB setzt für eine Aufrechnung voraus, dass zwei Personen einander gleichartige Leistungen schulden, die Aktivforderung durchsetzbar und die Passivforderung erfüllbar ist. Die Beklagte hatte keine Forderung aus § 812 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Mit dem 47

Entsendungsvertrag lag für die entsendungsbedingten Zulagen und sonstigen Leistungen eine wirksame Rechtsgrundlage vor. Die Zahlungen sind daher nicht „ohne rechtlichen Grund“ erfolgt.

5. Die hiernach bestehenden Ansprüche sind für den Zeitraum ab August 2017 (einschließlich) nicht verfallen. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. Der Kläger hat insoweit mit seinem Geltendmachungsschreiben vom 7. November 2017 die dreimonatige tarifvertragliche Ausschlussfrist nach § 16 Nr. 1.2 MTV 2008 bzw. nach dem ab dem 1. Januar 2019 geltenden § 16 Nr. 1.2 MTV 2018 gewahrt. Seine Geltendmachung konnte unter Berücksichtigung der Umstände des vorliegenden Falls die zukünftigen, noch nicht fälligen Ansprüche mit einbeziehen und tat dies auch. 48

a) Das Geltendmachungsschreiben des Klägers umfasst sowohl die bereits vorgenommenen als auch alle zukünftigen Abzüge aufgrund des Hypotax-Verfahrens. Dies ergibt seine Auslegung, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat. 49

aa) Es kann dahinstehen, ob die entsprechende Würdigung des Landesarbeitsgerichts nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle unterliegt. Grundsätzlich ist von den Tatsacheninstanzen festzustellen, ob die Handlung einer Partei zur Geltendmachung eines Anspruchs ausreicht. Die dabei vorgenommene Auslegung ist regelmäßig in der Revisionsinstanz ebenso wie die Auslegung nichttypischer Vertragserklärungen nur daraufhin überprüfbar, ob sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verstößt oder wesentliche Umstände unberücksichtigt lässt und ob sie rechtlich möglich ist (*vgl. BAG 23. Februar 2022 - 4 AZR 354/21 - Rn. 67; 17. November 2021 - 4 AZR 77/21 - Rn. 35*). Vorliegend dürften - wie diverse Parallelverfahren nahelegen - die vom Hypotax-Verfahren betroffenen Arbeitnehmer jedoch ein „Muster-Geltendmachungsschreiben“ verwendet haben, so dass es sich um eine revisionsrechtlich voll überprüfbare typische Erklärung handeln könnte (*vgl. dazu BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 101/19 - Rn. 12*). Da die Auslegung des Landesarbeitsgerichts 50

auch einer solchen Überprüfung standhält, bedarf dies keiner abschließenden Entscheidung.

bb) Der Kläger hat mit seiner Geltendmachung vom 7. November 2017 die Rückzahlung aller nach dem Steuerausgleichsverfahren erfolgenden Einbehalte verlangt. Sie erfasst sowohl die bereits vorgenommenen Abzüge als auch die im Jahr 2017 und in den Folgejahren noch vorzunehmenden. Dies zeigt bereits der Wortlaut des Schreibens. Zwar ist die Betreffzeile auf das Jahr 2017 beschränkt, aus dem weiteren Inhalt ergibt sich jedoch mit hinreichender Deutlichkeit, dass der Kläger sich gegen das Hypotax-Verfahren und die darauf beruhenden Abzüge insgesamt und ohne zeitliche Begrenzung für die gesamte Dauer der Auslandstätigkeit wendet. Im Hinblick auf deren im November 2017 bereits feststehende Fortdauer über den 31. Dezember 2017 hinaus ist folgerichtig anzunehmen, dass sich die Forderung, keine Hypotax-Abzüge mehr vorzunehmen, auf die gesamte Dauer der Entsendung bezieht. Entgegen der Auffassung der Beklagten macht der Kläger die Einbehalte auch nicht nur für die Jahre geltend, in denen die hypothetische Steuer höher als die tatsächliche Steuer im Gastland ist. Indem er im zweiten Absatz seines Schreibens ausführt, er sei Steuerschuldner in Frankreich und zahle die Steuern, erklärt er, dass er für die Steuerzahlungen in Frankreich im Innenverhältnis keinen Ausgleich begehrt. Die von der Beklagten für 2017 (und danach) unmittelbar abgeführten Steuern lässt er sich anrechnen, weil er dadurch von einer Verbindlichkeit frei geworden ist.

b) Aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls war es dem Kläger möglich, seine Ansprüche bezüglich der Abwicklung des Hypotax-Verfahrens auch schon vor deren Entstehung und Fälligkeit gegenüber der Beklagten geltend zu machen.

aa) Die Geltendmachung eines Anspruchs nach § 16 Nr. 1.1 MTV 2008 bzw. MTV 2018 setzt nach dessen Wortlaut eine Geltendmachung nach der Fälligkeit voraus. Andernfalls liegt kein Anspruch vor, der geltend gemacht werden könnte. Eine Geltendmachung vor Entstehung des Anspruchs widerspricht grundsätzlich auch dem Sinn und Zweck von Ausschlussfristen. Der Anspruchsgegner soll vor der Verfolgung von Ansprüchen bewahrt werden, mit deren Geltendmachung er

nicht rechnet und auch nicht zu rechnen braucht. In Ausnahmefällen können Sinn und Zweck der Ausschlussfrist aber die Möglichkeit der Geltendmachung eines Anspruchs auch schon vor dessen Entstehen gebieten. Wenn ein bestimmter Anspruch jeweils aus einem ständig gleichen Grundtatbestand entsteht, kann der Zweck der tariflichen Ausschlussfrist, dem Schuldner zeitnah Gewissheit zu verschaffen, mit welchen Ansprüchen er zu rechnen hat, auch durch eine einmalige Geltendmachung erreicht werden (*BAG 3. Juli 2013 - 4 AZR 476/12 - Rn. 44 f.; 16. Januar 2013 - 10 AZR 863/11 - Rn. 28 ff., BAGE 144, 210*). Dies gilt insbesondere dann, wenn allein ein bestimmtes Element einer bestimmten Art von Ansprüchen im Streit steht; in einem solchen Fall besteht für den Schuldner kein Zweifel darüber, was von ihm verlangt wird und der Gläubiger darf ohne Weiteres davon ausgehen, dass er seiner Obliegenheit zur Geltendmachung Genüge getan hat (*BAG 3. Juli 2013 - 4 AZR 476/12 - Rn. 45*).

bb) So lag es hier. Zwischen den Parteien stand ausschließlich der von der Beklagten einbehaltene Abzug für das Steuerausgleichsverfahren im Streit. Die Beklagte wusste, was der Kläger von ihr verlangte, und kannte auch die Höhe der Forderungen, weil sie selbst die Abzüge berechnete. Damit war der Warnfunktion der Geltendmachung Genüge getan. 54

6. Der Kläger hat mit seiner Zustimmung zu den Regelungen des Entsendungsvertrags nicht wirksam auf die Zahlung des tariflichen Bruttogehalts verzichtet. Ein Verzicht scheidet schon an der fehlenden Billigung des Vertrags durch die Tarifvertragsparteien, § 4 Abs. 4 Satz 1 TVG. 55

7. Die geltend gemachten Zinsen kann der Kläger nach § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB beanspruchen. 56

C. Die Anschlussrevision ist ebenfalls unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage iHv. 1.670,00 Euro zu Recht abgewiesen. Der Kläger hat mit seinem Schreiben vom 7. November 2017 seine Nachzahlungsansprüche erst für die Monate ab August 2017 (einschließlich) fristgemäß iSv. § 16 Nr. 1.1 MTV 2008 bzw. MTV 2018 geltend gemacht. Die Ansprüche aus der davorliegenden Zeit sind verfallen, so dass der Klageantrag zu 1. im Übrigen abzuweisen 57

war. Die Beklagte ist nicht gehindert, sich unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens auf das Eingreifen der tariflichen Ausschlussfrist zu berufen.

I. Die Berufung auf eine Ausschlussfrist kann eine gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßende und damit gemäß § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung darstellen, wenn die zum Verfall des Anspruchs führende Untätigkeit durch ein Verhalten der Gegenpartei veranlasst worden ist. Das ist u.a. dann der Fall, wenn der Arbeitgeber den Eindruck erweckt hat, der Arbeitnehmer könne darauf vertrauen, dass der Anspruch auch ohne rechtzeitige Geltendmachung erfüllt werde (*BAG 17. November 2021 - 4 AZR 77/21 - Rn. 56; 30. Oktober 2019 - 6 AZR 465/18 - Rn. 40, BAGE 168, 254*).

58

II. Der Begriff des Rechtsmissbrauchs ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, bei dessen Anwendung dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zusteht (*BAG 11. April 2019 - 6 AZR 104/18 - Rn. 40, BAGE 166, 285; 15. Juli 2009 - 5 AZR 867/08 - Rn. 31, BAGE 131, 215*). Unabhängig hiervon hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts auch einer uneingeschränkten Überprüfung stand, weil das Verhalten der Beklagten nicht gegen Treu und Glauben verstößt.

59

1. Mit dem Besprechungsprotokoll vom 16. Januar 2017 hat die Beklagte den Kläger nicht von einer Geltendmachung seiner Ansprüche abgehalten. Dem Kläger war dieses Protokoll nicht bekannt.

60

2. Aus der E-Mail vom 17. Februar 2017 ist entgegen der Ansicht des Klägers nicht abzuleiten, die Beklagte werde auch ohne Einigung mit dem Konzernbetriebsrat die Beträge für das Jahr 2017 erstatten und sich insoweit nicht auf die Ausschlussfrist berufen. Sie hat die Rückerstattung für die Jahre 2015 und 2016 ausdrücklich als einen der mit dem Konzernbetriebsrat vereinbarten Schritte bezeichnet. Für das Jahr 2017 hat sie erklärt, an dem bestehenden Verfahren festzuhalten bis eine neue Lösung gefunden sei. Ohne eine Einigung mit dem Konzernbetriebsrat sollte es demnach bei den bisherigen Einbehalten bleiben.

61

3. Schließlich hat die Beklagte mit der tatsächlichen Rückerstattung für das Jahr 2016 kein Vertrauen auf ein entsprechendes Vorgehen im Jahr 2017 geschaffen. Sie hat lediglich die Ankündigung aus der E-Mail vom 17. Februar 2017 umgesetzt. 62

D. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. 63

Linck

Biebl

Bubach

Markhof

Abel