

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 7. September 2022
- 5 AZR 128/22 -
ECLI:DE:BAG:2022:070922.U.5AZR128.22.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 27. April 2021
- 24 Ca 28/21 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 10. November 2021
- 9 Sa 39/21 -

Entscheidungsstichwort:

Hypotax-Verfahren bei vorübergehender Auslandsentsendung

Leitsätze:

1. Sieht ein kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit normativ geltender Tarifvertrag eine Bruttovergütung vor, kann der Arbeitgeber während einer vorübergehenden Auslandsentsendung des Arbeitnehmers den darauf gerichteten Anspruch bei Steuerpflicht im Einsatzland nicht teilweise durch den Einbehalt der hypothetisch in Deutschland zu entrichtenden (im Vergleich höheren) Lohnsteuer erfüllen.

2. Besteht mangels beiderseitiger Tarifgebundenheit kein normativer Anspruch des Arbeitnehmers auf eine tariflich vorgesehene Bruttovergütung, sondern ein durch eine Bezugnahmeklausel vermittelter vertraglicher Anspruch, können die Parteien abweichend hiervon für die Dauer einer vorübergehenden Auslandsentsendung des Arbeitnehmers im Rahmen eines sog. Hypotax- oder Steuerausgleichsverfahrens eine Nettolohnvereinbarung besonderer Art treffen, nach der der Arbeitnehmer trotz Steuerpflicht im Einsatzland weiter die (im Vergleich niedrigere) Nettovergütung erhält, die er bei hypothetischer Weitergeltung des deutschen Steuerrechts beziehen würde.

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu weiteren (teilweisen) Parallelsachen

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 128/22
9 Sa 39/21
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
7. September 2022

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin, Revisionsklägerin und
Anschlussrevisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter, 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:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 10. November 2021 - 9 Sa 39/21 - teilweise aufgehoben und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:
 1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 27. April 2021 - 24 Ca 28/21 - hinsichtlich Ziff. 1 und Ziff. 2 des Urteilstenors teilweise abgeändert und die Klage auch abgewiesen, soweit das Arbeitsgericht die Beklagte zu Ziff. 1 zur Zahlung von 2.177,11 Euro nebst Zinsen und zu Ziff. 2 zur Zahlung von mehr als 11.511,00 Euro und zur Zahlung von Zinsen auf 833,00 Euro seit dem 1. Februar 2018 verurteilt hat.
 2. Die Berufung der Beklagten im Übrigen wird zurückgewiesen.
 3. Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.
 4. Von den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens haben der Kläger 36 % und die Beklagte 64 % zu tragen.
 5. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger 32 % und die Beklagte 68 % zu tragen.
- II. Im Übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.
- III. Die Anschlussrevision des Klägers wird zurückgewiesen.
- IV. Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben der Kläger 32 % und die Beklagte 68 % 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. September 2002 bei der Beklagten bzw. ihren 2
Rechtsvorgängern als Ausstattungselektriker tätig. Nach den arbeitsvertraglichen
Vereinbarungen finden auf das Arbeitsverhältnis die einschlägigen Tarifverträge
in ihren jeweiligen Fassungen Anwendung. Die Beklagte ist Mitglied des Arbeit-
geberverbandes Nordmetall Verband der Metall- und Elektroindustrie e.V. (im
Folgenden Nordmetall). Vom 1. April 2017 bis zum 31. März 2019 wurde der Klä-
ger von der Beklagten nach T zu einem konzernangehörigen Unternehmen (A)
entsandt. Seit dem 1. Februar 2018 ist der Kläger Mitglied der Gewerkschaft
IG Metall. Vor Beginn seiner Entsendung war er bei der Beklagten in Hamburg
beschäftigt, im Anschluss daran nahm er seine Tätigkeit dort wieder auf.

Der Kläger erhält eine Vergütung nach den zwischen der IG Metall und 3
Nordmetall geschlossenen Entgelttarifverträgen für die Metall- und Elektroindus-
trie 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 Ent-
gelte und Ausbildungsvergütungen vom 8. Februar 2018 (im Folgenden
TV Entgelt 2018) sehen in § 1 Nr. 1.1 wortgleich vor, dass sie räumlich im Gel-
tungsbereich der jeweiligen Manteltarifverträge für die Tarifgebiete Hamburg und
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 Folgen-
den 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 Aus-
schlussfrist von drei Monaten nach Fälligkeit vor.

Für die Zeit der Auslandsentsendung haben die Parteien einen Entsen- 4
dungsvertrag vom 8. Februar 2017 geschlossen. Darin heißt es auszugsweise:

„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. Vereinbart 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) deut-

6

schen Steuern ermittelt wird. Hierzu 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.

Wie im „Anhang zum Entsendungsvertrag“ vorgesehen, erhielt der Kläger während seines Auslandsaufenthalts neben dem tariflichen Entgelt eine Mobilitätszulage iHv. 15 % des mit 13,25 multiplizierten Bruttomonatsentgelts, einen Kaufkraftausgleich und einen Mietzuschuss. Darüber hinaus zahlte die Beklagte ihm eine Einzugspauschale iHv. 3.300,00 Euro und erbrachte weitere entsendungsbedingte Leistungen. 7

Der Kläger teilte der Beklagten mit Geltendmachungsschreiben vom 26. Oktober 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 April 2017 einbehaltenen Beträge zurückzuzahlen und zu bestätigen, dass sie keine Hypotax-Abzüge mehr vornehmen werde. 8

Nachdem zwischen der Arbeitgeberseite und den Arbeitnehmervertretungen Streit über die Wirksamkeit der KBV entstanden war, hat das Landesarbeitsgericht München mit rechtskräftigem Beschluss vom 25. September 2019 (- 4 TaBV 52/18 -) festgestellt, dass die Regelungen zum Hypotax-Verfahren in der KBV unwirksam sind. 9

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. Für das Jahr 2017 erstattete die Beklagte dem Kläger im Mai 2018 einen Betrag iHv. 2.597,89 Euro und zahlte für ihn im August 2018 1.351,00 Euro (französische) Steuern für das Jahr 2017 an die französischen Finanzbehörden. Für das Jahr 2018 erstattete die Beklagte 10

dem Kläger im Mai 2019 530,00 Euro und zahlte für ihn im August 2019 188,00 Euro (französische) Steuern an die französischen Finanzbehörden. Für das Jahr 2019 erhielt der Kläger keine Erstattung und die Beklagte zahlte für ihn keine Steuern in Frankreich. Von Mai bis Dezember 2020 behielt die Beklagte einen auf diese Monate verteilten unstreitigen Nachzahlungsbetrag für die hypothetische deutsche Steuer aus dem Jahr 2019 ein.

Der Kläger hat mit seiner Klage vom 6. Juli 2018 (nebst Klageerweiterungen) die Rückzahlung der im Rahmen des Hypotax-Verfahrens einbehaltenen Beträge abzüglich der im Mai 2018 erhaltenen Erstattung verlangt. In Höhe der weiteren im Verlauf des Verfahrens geflossenen Erstattung bzw. in Frankreich gezahlten Steuern haben die Parteien den Rechtsstreit in den Vorinstanzen übereinstimmend für erledigt erklärt. 11

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 seit 1. Februar 2018 gemäß § 4 Abs. 1 TVG unwirksam, weil er seitdem 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. 12

In seiner Anschlussrevision vom 21. Juni 2022 hat der Kläger hinsichtlich des Antrags zu 1., der die Rückzahlung der im Jahr 2017 vorgenommenen Abzüge zum Gegenstand hat, ausgeführt, dass die Beklagte mit der Erstattung sowie mit der Zahlung an die französischen Finanzbehörden im Mai bzw. August 2018 seine Forderungen für die Monate April 2017, Mai 2017, Juni 2017 jeweils iHv. 1.021,00 Euro und für Juli 2017 iHv. 885,89 Euro zum Erlöschen gebracht habe. Dementsprechend mache er mit dem Antrag zu 1. für Juli 2017 einen Betrag von 135,11 Euro und für die Monate August bis Dezember 2017 einen Betrag von jeweils 1.021,00 Euro geltend. Mit Schriftsatz vom 31. August 13

2022 hat er nach schriftlichem Hinweis des Senats hinsichtlich des Antrags zu 2., der die Rückzahlung der in den Jahren 2018 und 2019 vorgenommenen Abzüge zum Gegenstand hat, die Höhe und monatliche Aufschlüsselung der Zinsforderungen ua. dahingehend klargestellt, dass die Erstattung von 530,00 Euro und die Zahlung der (französischen) Steuer iHv. 188,00 Euro von dem für Januar 2018 geforderten Rückzahlungsbetrag von 1.021,00 Euro abzuziehen seien, wonach auf diesen Monat 303,00 Euro aus dem Gesamtbetrag von 11.814,00 Euro entfallen.

Der Kläger hat sinngemäß zuletzt beantragt,

14

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.240,11 Euro netto nebst Zinsen seit dem 1. Januar 2018 zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 11.814,00 Euro netto nebst im Einzelnen gestaffelten Zinsen zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 248,00 Euro netto nebst Zinsen seit dem 1. Januar 2021 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 Arbeitsverhältnisse in einem bestimmten Teil Deutschlands, nicht aber das Arbeitsverhältnis des Klägers während seiner Entsendung. Die Hypotax-Regelung weiche zudem nicht von den Regelungen 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. Insoweit rechne sie hilfsweise mit eventuellen Ansprüchen des Klägers auf. Jedenfalls

15

greife (teilweise) die tarifvertragliche Ausschlussfrist, so dass etwaige Ansprüche zT verfallen seien.

Hinsichtlich der Anschlussrevision hat sie die Auffassung vertreten, die von ihr für 2017 gezahlte Erstattung sowie ihre Zahlung an die französischen Finanzbehörden für dieses Steuerjahr seien - hilfsweise, soweit Rückzahlungsansprüche des Klägers bestünden - nicht auf die ihrer Auffassung nach im Zeitpunkt der jeweiligen Zahlung bereits verfallenen Forderungen (April bis Juni 2017) anzurechnen, sondern auf die noch nicht verfallenen (ab Juli 2017). 16

Das Arbeitsgericht hat - soweit für die Revision noch von Bedeutung - dem Klageantrag zu 1. iHv. 2.177,11 Euro stattgegeben und ihn im Übrigen wegen Nichteinhaltung der tariflichen Ausschlussfrist (April bis Juni 2017) abgewiesen. Hinsichtlich der weiteren Anträge hat es der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die im Umfang des jeweiligen Unterliegens eingelegten Berufungen des Klägers und der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt. Mit der Anschlussrevision verfolgt der Kläger seine Ansprüche bezüglich der Abzüge aus dem Jahr 2017 weiter, soweit das Landesarbeitsgericht seine Berufung zurückgewiesen hat. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Anschlussrevision. 17

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist teilweise begründet, die zulässige Anschlussrevision des Klägers ist unbegründet. Da die Regelungen des Entsendungsvertrags vom 8. Februar 2017 zum Hypotax-Verfahren konstitutiv und wirksam sind, galt bis zum 31. Januar 2018 eine Nettolohnvereinbarung besonderer Art, nach der die im Rahmen dieses Verfahrens vorgenommenen Abzüge bis zu diesem Zeitpunkt und auch die hierauf bezogenen späteren Erstattungen und Steuerzahlungen in Frankreich zu Recht erfolgten. Insoweit ist die Revision 18

der Beklagten begründet, weil das Landesarbeitsgericht ihre Berufung zu Unrecht zurückgewiesen hat. Die Anschlussrevision, mit der der Kläger weitere Zahlungen für das Jahr 2017 verfolgt, ist unbegründet. Für die Zeit der beiderseitigen Tarifgebundenheit der Parteien ab dem 1. Februar 2018 besteht ein Anspruch des Klägers auf den in den Entgelttarifverträgen vorgesehenen Bruttolohn, den die Beklagte nicht vollständig erfüllt hat. Daher kann der Kläger ab diesem Zeitpunkt die geltend gemachten Nachzahlungen verlangen. Dies hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis richtig erkannt. Insoweit ist die Revision der Beklagten unbegründet.

A. Die Klage ist mit den zuletzt gestellten Anträgen unter Berücksichtigung der in der Revision erfolgten Klarstellung zulässig. 19

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 10. Juli 2018 gemäß Art. 32 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a Brüssel Ia-VO eingeleiteten Klage zivil-rechtliche 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*). 20

II. Die Anträge sind hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 21

1. Dies gilt auch für die Klageanträge zu 1. (im Jahr 2017 vorgenommene Hypotax-Abzüge) und 2. (in den Jahren 2018 und 2019 vorgenommenen Abzüge). Da der Kläger bei diesen beiden Anträgen jeweils Rückzahlungen der Beklagten bzw. von ihr in Frankreich erbrachte Steuerzahlungen auf den von ihm geltend gemachten Gesamtbetrag angerechnet hat, musste er jeweils erklären, von welchen Einzelpositionen er welche Abzüge vorgenommen hat, in welchem Umfang sich also die Klagesumme dem Grunde und der Höhe nach auf die 22

Einzelansprüche bezieht (vgl. *MüKoZPO/Becker-Eberhard 6. Aufl. § 253 Rn. 104; Stein/Jonas/Roth 23. Aufl. ZPO § 253 Rn. 28*). Die entsprechende Aufgliederung, die auch im Revisionsverfahren noch erfolgen kann (vgl. *MüKoZPO/Becker-Eberhard aaO Rn. 110; Stein/Jonas/Roth aaO*), hat der Kläger für den Antrag zu 1. mit dem Schriftsatz vom 21. Juni 2022 und für den Antrag zu 2. mit dem Schriftsatz vom 31. August 2022 nachgeholt.

2. Es liegt keine unzulässige alternative Klagehäufung vor. 23

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*).

b) Diesen Anforderungen wird die Klage gerecht. Der Kläger hat für die Zeit seiner Tarifgebundenheit ab Februar 2018 sein Begehren aus zwei Streitgegenständen hergeleitet. Der durch die Bezugnahmeklausel 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. 25

B. Die zulässige Klage ist teilweise begründet. Solange die eine Bruttovergütung vorsehenden tariflichen Regelungen mangels Tarifgebundenheit des Klägers nicht zwingend galten, konnten die Parteien für die Zeit der Entsendung eine 26

abweichende Entgeltregelung in Form des Hypotax-Verfahrens vereinbaren, was sie vorliegend wirksam getan haben. Für die Zeit bis zum 31. Januar 2018 stehen dem Kläger daher keine Zahlungsansprüche zu. Soweit ihm diese vorinstanzlich zugesprochen wurden, ist die Revision der Beklagten begründet und die Anschlussrevision, die sich auf Ansprüche aus dem Jahr 2017 bezieht, unabhängig von der Einhaltung der tariflichen Ausschlussfrist unbegründet. Für die Zeit ab dem 1. Februar 2018 hat die Beklagte den nunmehr aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit zwingend geltenden tariflichen Bruttolohnanspruch des Klägers im Umfang der für diesen Zeitraum vorinstanzlich zugesprochenen Klageforderungen nicht erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB). Insoweit ist die Revision der Beklagten unbegründet, weil der Kläger diese Ansprüche auch unter Berücksichtigung der tariflichen Ausschlussfrist rechtzeitig geltend gemacht hat.

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. 27

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 8. Februar 2017 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.*). 28

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 29

der Entsendung gemäß Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO deutsches Recht anzuwenden gewesen.

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 solle, 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*). 30

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. 31

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. 32

II. Für die Zeit vom 1. April 2017 bis zum 31. Januar 2018 stehen dem Kläger keine Nachzahlungsansprüche zu, weil die Parteien für diesen Zeitraum im Entsendungsvertrag wirksam die Durchführung des Hypotax-Verfahrens verein- 33

bart haben. Dass die Beklagte dieses Verfahren entsprechend der vertraglichen Regelungen abgewickelt hat, steht zwischen den Parteien außer Streit. Die angefochtene Entscheidung ist insoweit nicht frei von Rechtsfehlern (§ 545 Abs. 1, § 562 Abs. 1 ZPO). Das Landesarbeitsgericht hat die Wirksamkeit der Regelungen des Entsendungsvertrags zum Hypotax-Verfahren zu Unrecht dahinstehen lassen, weil es diese Vereinbarung für tarifwidrig iSv. § 4 Abs. 3 TVG gehalten und gemeint hat, die Regelungen des TV Entgelt 2016 bzw. 2018 hätten auch während der Entsendung normativ im Arbeitsverhältnis der Parteien gegolten. Da der Kläger aber erst seit dem 1. Februar 2018 Gewerkschaftsmitglied war, kam jedoch für den davorliegenden Zeitraum der Entsendung von April 2017 bis Ende Januar 2018 eine normative Tarifgeltung mangels beiderseitiger Tarifgebundenheit der Parteien nicht in Betracht. Der Kläger kann deshalb seine Ansprüche für diesen Zeitraum nicht unmittelbar auf die Regelungen des TV Entgelt 2016 bzw. 2018 iVm. § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG stützen. Maßgeblich sind vielmehr die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Da die Bestimmungen in Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 und Anhang B des Entsendungsvertrags zum Hypotax-Verfahren konstitutiv und wirksam sind, erweist sich die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts insoweit auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

1. Der Wirksamkeit des in Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B des Entsendungsvertrags vertraglich vereinbarten Hypotax-Verfahrens steht die vom Landesarbeitsgericht München mit Beschluss vom 25. September 2019 (- 4 TaBV 52/18 -) rechtskräftig festgestellte Unwirksamkeit der in der KBV enthaltenen Regelungen zum Hypotax-Verfahren nicht entgegen. Zutreffend hat das Berufungsgericht erkannt, dass es sich bei den Bestimmungen im Entsendungsvertrag um konstitutive Regelungen handelt, die unabhängig von der KBV Geltung beanspruchen. 34

a) Bei den im Entsendungsvertrag getroffenen Abreden handelt es sich nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB gelten die Bestimmungen als von der Beklagten gestellt, weil der Entsendungsvertrag als besonderer Arbeitsvertrag einen Verbrauchervertrag darstellt (zum 35

Arbeitsvertrag: BAG 23. März 2021 - 3 AZR 99/20 - Rn. 26; 28. August 2019 - 5 AZR 425/18 - Rn. 34, BAGE 167, 349).

b) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind - ausgehend vom Vertragswortlaut - nach ihrem objektiven Inhalt und typischem Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von rechtsunkundigen, verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (*st. Rspr., zB BAG 30. Januar 2019 - 5 AZR 43/18 - Rn. 26 mwN, BAGE 165, 205; BGH 14. Juli 2004 - VIII ZR 339/03 - Rn. 14*). Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch das Berufungsgericht unterliegt der uneingeschränkten Prüfung durch das Revisionsgericht (*vgl. BAG 9. Februar 2022 - 5 AZR 368/21 - Rn. 14*). Ausgehend hiervon ist das Landesarbeitsgericht zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass die Parteien mit dem Entsendungsvertrag und insbesondere mit den Regelungen in Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B trotz der Verweise auf die Regelungen der KBV und trotz der inhaltlichen Übereinstimmung mit dem dort vorgesehenen Musterentsendungsvertrag eine konstitutive Vereinbarung zur Regelung der beiderseitigen Rechte und Pflichten während der Entsendung getroffen haben.

aa) Regelmäßig kommt zwar einer arbeitsvertraglichen Verweisung auf nach § 77 Abs. 4 BetrVG ohnehin geltende Betriebsvereinbarungen nur deklaratorischer Charakter zu (*vgl. BAG 11. Juli 2018 - 4 AZR 533/17 - Rn. 27, BAGE 163, 175; 12. März 2008 - 10 AZR 256/07 - Rn. 24; zur deklaratorischen Verweisung auf Gesetze BAG 12. April 2000 - 5 AZR 228/98 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 94, 217*). Vorliegend deutet aber bereits die Formulierung in Nr. 1 Abs. 3 Satz 1 des Entsendungsvertrags, wonach die Vertragsbestimmungen den Anstellungsvertrag ergänzen sollen, auf eine eigenständige Bedeutung des Entsendungsvertrags einschließlich der Regelungen in Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B hin. Verstärkt wird dies - gerade hinsichtlich der Vereinbarung des Hypotax-Verfahrens - durch die Bestimmung in Nr. 7 Abs. 2 Satz 3, wonach sich der Arbeitnehmer mit der Unterzeichnung des Entsendungsvertrags mit der Anwendung

des Steuerausgleichsprinzips einverstanden erklärt. Nicht allein die ohnehin nach damaliger Vorstellung unmittelbar geltende KBV, sondern auch die individuelle Vereinbarung mit dem jeweiligen Arbeitnehmer sollte maßgeblich sein.

bb) Eine konstitutive Vereinbarung entspricht - wie das Landesarbeitsgericht richtig erkannt hat - auch der Interessenlage der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise. Mit dem jeweiligen Entsendungsvertrag sollen die Bedingungen der konkret anstehenden Entsendung festgeschrieben werden, um ihre wirtschaftlichen Auswirkungen - gerade für den Arbeitnehmer - für deren Gesamtdauer berechenbar zu machen. Bei einer nur deklaratorischen Verweisung auf die KBV hätten die Regelungen zum Hypotax-Verfahren durch eine Neufassung der Betriebsvereinbarung auch während des Laufs der Entsendung zu Lasten des Arbeitnehmers geändert werden können. Diesem Verständnis steht - anders als der Kläger meint - auch die dynamische Verweisung auf die KBV in Nr. 4 Abs. 1 des Entsendungsvertrags nicht entgegen. Hätte eine hypothetisch zum Zeitpunkt der Entsendung geltende KBV, auf die Nr. 4 Abs. 1 verweist, einen anderen Inhalt als die Regelungen zu Zulagen und zum Hypotax-Verfahren im Entsendungsvertrag gehabt, wäre diese Konkurrenz nach allgemeinen Grundsätzen zu lösen gewesen. Danach gehen arbeitsvertragliche Regelungen Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung grundsätzlich vor, wenn sie günstiger sind (*BAG 19. November 2019 - 3 AZR 127/18 - Rn. 44; Fitting 31. Aufl. § 77 Rn. 196*).

c) Die durch das Landesarbeitsgericht München rechtskräftig festgestellte Unwirksamkeit der Regelungen der KBV zum Hypotax-Verfahren hatte demnach keine Auswirkungen auf Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B des Entsendungsvertrags und führte auch nicht zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage des Entsendungsvertrags iSv. § 313 BGB. Da eine eigenständige Geltung der entsprechenden Regelungen neben der KBV gewollt war (*sh. Rn. 36 ff.*), kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien die Wirksamkeit der KBV zur Geschäftsgrundlage des Entsendungsvertrags gemacht haben (*aA in einem Parallelverfahren LAG Hamburg 21. Dezember 2021 - 4 Sa 10/21 - zu 2 b bb (1) (b) der Gründe*).

2. Die Regelungen in Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B des Entsendungsvertrags sind auch nicht aus AGB-rechtlichen Gründen unwirksam. 40
- a) Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B des Entsendungsvertrags sind Vertragsbestandteil geworden. § 305c Abs. 1 BGB steht dem - anders als der Kläger meint - nicht entgegen. 41
- aa) Nach § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit ihnen zu rechnen braucht. Dies setzt objektiv eine ungewöhnliche Klausel voraus, mit der der Arbeitnehmer subjektiv nicht zu rechnen brauchte (*BAG 4. Mai 2022 - 5 AZR 474/21 - Rn. 12 mwN*). 42
- bb) Gemessen an diesen Anforderungen sind die streitgegenständlichen Vereinbarungen zu einer hypothetischen Besteuerung in Deutschland nicht überraschend iSv. § 305c Abs. 1 BGB. Sie sind für einen Vertrag, der eine mehrjährige Auslandsentsendung regelt nicht untypisch oder ungewöhnlich und sie sind auch nicht unter einer irreführenden Überschrift „verborgen“. Das in Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B des Entsendungsvertrags vorgesehene Hypotax-Verfahren - auch bezeichnet als „Steuerausgleich“ - ist eine Vereinbarung, die Steuern betrifft. Die Überschrift ist also nicht irreführend. Bei einer mehrjährigen Tätigkeit im Ausland ist es auch nicht ungewöhnlich, eine solche Regelung zum Steuerausgleich für die Zeit der Entsendung vorzusehen. Dementsprechend werden derartige Steuerausgleichsmechanismen auch in einer Verwaltungsanweisung des Bundesministeriums der Finanzen zur steuerlichen Behandlung des Arbeitslohns nach den Doppelbesteuerungsabkommen behandelt (*vgl. BMF-Schreiben vom 3. Mai 2018, BStBl. I S. 643, 5.5.9 Rn. 278 ff.*). 43
- b) Die Regelungen in Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B des Entsendungsvertrags unterliegen nicht der uneingeschränkten Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB, weil sie die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers betreffen. 44

aa) Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB unterliegen Allgemeine Geschäftsbedingungen der uneingeschränkten Inhaltskontrolle, wenn durch sie von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. 45

(1) Rechtsvorschriften iSd. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind nicht nur die Gesetzesbestimmungen selbst, sondern die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze, dh. auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die aufgrund ergänzender Auslegung nach §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten (*st. Rspr., vgl. BAG 10. November 2021 - 5 AZR 334/21 - Rn. 28 mwN*). Andere Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die nicht von Rechtsvorschriften abgewichen wird, sind gemäß § 307 Abs. 3 Satz 2 iVm. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nur bei einem Verstoß gegen das Transparenzgebot unwirksam. 46

Der eingeschränkten Kontrolle unterliegen Klauseln, die den Umfang der von den Parteien geschuldeten Vertragsleistungen festlegen (*MüKoBGB/Wurmnest 9. Aufl. § 307 Rn. 13 ff.*). Zu prüfen ist deshalb, ob die entsprechende Klausel selbst eine unmittelbare Regelung der Hauptleistung ist (*CKK/Klumpp AGB-Arbeitsrecht 2. Aufl. § 307 BGB Rn. 31*). Im Arbeitsverhältnis sind das vor allem die Arbeitsleistung und das Arbeitsentgelt (*MHdB ArbR/Benecke 5. Aufl. § 37 Rn. 36; Bieder in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 13. Aufl. Anh. § 310 BGB Rn. 30; Däubler/Deinert/Walser/Däubler 5. Aufl. § 307 Rn. 268; CKK/Klumpp aaO Rn. 28; ErfK/Preis 22. Aufl. BGB §§ 305-310 Rn. 36 f.; HWK/Roloff 10. Aufl. § 307 BGB Rn. 4; MüKoBGB/Spinner 8. Aufl. § 611a Rn. 61*). Die originäre Festlegung von Leistung und Gegenleistung sowie das Äquivalenzverhältnis zwischen beiden sind grundsätzlich weder kontrollfähig noch kontrollbedürftig (*Staudinger/Wendland [2022] § 307 Rn. 284, 310 ff.*). Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, über die §§ 305 ff. BGB den „gerechten Preis“ zu ermitteln (*BAG 17. Oktober 2012 - 5 AZR 792/11 - Rn. 15 mwN, BAGE 143, 212*). Daher betrifft die Beurteilung, ob das geschuldete Arbeitsentgelt nach den vertraglichen Vereinbarungen anfallende Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung und Steuern umfasst, die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers, die nicht durch Rechts- 47

vorschriften bestimmt wird und deshalb keiner Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unterliegt (*BAG 23. September 2020 - 5 AZR 251/19 - Rn. 20 mwN*).

(2) Preisnebenabreden unterliegen dagegen der Inhaltskontrolle. Sie wirken sich nur mittelbar auf den Preis aus. An ihre Stelle kann bei ihrer Unwirksamkeit eine dispositive gesetzliche Regelung treten (*Bieder in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 13. Aufl. Anh. § 310 BGB Rn. 31; HWK/Roloff 10. Aufl. § 307 BGB Rn. 6 mwN*). Eine kontrollfähige Preisnebenabrede liegt vor, wenn das eigentliche Leistungsversprechen eingeschränkt, ausgestaltet oder modifiziert wird (*BAG 27. Juli 2005 - 7 AZR 486/04 - zu B II 1 e aa der Gründe, BAGE 115, 274; MHdB ArbR/Benecke 5. Aufl. § 37 Rn. 37; Däubler/Deinert/Walser/Däubler 5. Aufl. § 307 Rn. 269; MüKoBGB/Wurmnest 9. Aufl. § 307 Rn. 13*). Dies beinhaltet alle Arten von Preisänderungsklauseln (*vgl. BeckOGK/Zschieschack Stand 1. September 2022 BGB § 307 Preisklausel Rn. 17*) und betrifft im Arbeitsverhältnis vor allem einseitige Leistungsbestimmungsrechte, die dem Verwender (Arbeitgeber) das Recht einräumen, die Hauptleistungspflichten einzuschränken, zu verändern, auszugestalten oder zu modifizieren (*vgl. BAG 7. Dezember 2005 - 5 AZR 535/04 - Rn. 34, BAGE 116, 267; Bieder in Ulmer/Brandner/Hensen aaO; MüKoBGB/Spinner 8. Aufl. § 611a Rn. 61*). Solche Klauseln weichen von dem allgemeinen Grundsatz ab, dass Verträge und die sich aus ihnen ergebenden Verpflichtungen für jede Seite bindend sind. Ebenfalls als kontrollfähige Preisnebenabreden sind Klauseln anzusehen, welche auf die vereinbarte (Gegen-)Leistung selbst keinen Einfluss haben, sondern lediglich die Modalitäten der Zahlung bestimmen (*vgl. BeckOGK/Zschieschack aaO Rn. 18*). Dies betrifft zB Regelungen zur Fälligkeit der Vergütung (*Däubler/Deinert/Walser/Däubler aaO Rn. 270*).

bb) Ausgehend hiervon scheidet eine Inhaltskontrolle von Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B des Entsendungsvertrags aus, weil diese Bestimmungen unmittelbar das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffen. 49

(1) Mit dem Hypotax-Verfahren haben die Parteien - für die Zeit der Entsendung - die zu zahlende Vergütung neu geregelt. Derartige Steuerausgleichsver- 50

fahren stellen Nettolohnvereinbarungen besonderer Art dar (vgl. *Weber-Grellet jurisPR-ArbR 9/2022 Anm. 6 unter C; BMF-Schreiben vom 3. Mai 2018, BStBl. I S. 643, 5.5.9 Rn. 278 ff.*): Der Arbeitnehmer soll die Nettovergütung erhalten, die er bei hypothetischer Geltung des deutschen Steuerrechts beziehen würde. Da ein bestimmter Nettobetrag mit Blick auf variable Vergütungsbestandteile und mögliche Veränderungen der steuerlichen Anknüpfungstatsachen und Regelungen nicht im Vorhinein und für die gesamte Dauer eines mehrjährigen Auslandseinsatzes festgelegt werden kann, wird der Berechnungsweg vertraglich festgeschrieben. Hinsichtlich der Einordnung als Vereinbarung der Hauptleistungspflicht unterscheidet sich diese Art der Nettolohnvereinbarung damit nicht maßgeblich von einer Regelung, mit der für die Zeit der Entsendung ein bestimmter Nettobetrag als Vergütung vorgesehen würde. Es ist zudem nicht ersichtlich, von welchen gesetzlichen Regelungen das Hypotax-Verfahren abweicht. Für eine Pauschalsteuerabwälzung hat der Senat bereits entschieden, dass eine Angemessenheitskontrolle nach Maßgabe des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht stattfindet, weil eine solche Vereinbarung eine Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers betrifft (vgl. *BAG 1. Februar 2006 - 5 AZR 628/04 - Rn. 25*).

(2) Da in dem Entsendungsvertrag die Vergütung für den Zeitraum der Entsendung neu vereinbart worden ist, stellen die Regelungen zum Hypotax-Verfahren auch keine Änderung der Hauptleistungspflicht im AGB-rechtlichen Sinn dar. Nr. 1 des Entsendungsvertrags sieht ausdrücklich vor, dass die Bestimmungen des ursprünglichen Arbeitsvertrags „im Übrigen“ Geltung behalten, also nur, soweit der Entsendungsvertrag keine eigenen Regelungen trifft. Die neue Entgeltvereinbarung des Entsendungsvertrags tritt für die Dauer seiner Geltung an Stelle der vormaligen Regelung im Arbeitsvertrag. 51

(3) Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B des Entsendungsvertrags eröffnen der Beklagten nicht die Möglichkeit, ihre Hauptleistung im oben dargestellten AGB-rechtlichen Verständnis einseitig zu modifizieren (*Rn. 48*). Sie räumen ihr kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht ein, das sie berechtigen würde, ihre Hauptleistungspflicht einzuschränken oder zu ändern. Die Beklagte ist durch die 52

getroffene Vereinbarung an das Hypotax-Verfahren als Nettolohnvereinbarung besonderer Art gebunden. Etwaige Änderungen im Steuerrecht oder Statusänderungen des Arbeitnehmers, die sich auf seine Steuerlast auswirken, unterliegen nicht ihrer Kontrolle oder Beeinflussung.

(4) Das Hypotax-Verfahren als Nettolohnvereinbarung besonderer Art betrifft auch nicht - wie eine Fälligkeitsregelung oder eine Regelung zur bargeldlosen Zahlung - (nur) die Modalitäten der Auszahlung des Entgelts, sondern die Gegenleistung des Arbeitgebers selbst. 53

c) Die Regelungen in Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B des Entsendungsvertrags sind nicht wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam. 54

aa) Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine zur Unwirksamkeit der Klausel führende unangemessene Benachteiligung daraus ergeben, dass die Klausel nicht klar und verständlich ist. Abzustellen ist hierbei nicht auf den flüchtigen Betrachter, sondern auf den aufmerksamen und sorgfältigen Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr. Maßgebend sind die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (*BGH 11. März 2021 - III ZR 96/20 - Rn. 25; 7. Februar 2019 - III ZR 38/18 - Rn. 24; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 13. Aufl. § 307 BGB Rn. 344*). Dem Vertragspartner kann dabei nicht jedes eigene Nachdenken erspart bleiben (*BAG 24. Mai 2022 - 9 AZR 461/21 - Rn. 28*). Hiervon ausgehend müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Eine Klausel hat im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners so eindeutig und so verständlich wie möglich darzustellen (*BAG 18. September 2018 - 9 AZR 162/18 - Rn. 50, BAGE 163, 282*). Das Transparenzgebot darf den Verwender allerdings nicht überfordern (*BAG 27. August 2008 - 5 AZR 820/07 - Rn. 23 mwN, BAGE 127, 319*). Die Anforderungen an die mögliche Konkretisierung hängen auch von der Komplexität des Sachverhalts unter den spezifischen Gegebenheiten des Rege-

lungsgegenstands ab (BGH 25. November 2015 - VIII ZR 360/14 - Rn. 36, BGHZ 208, 52; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen aaO Rn. 348). Die Auslegungsbedürftigkeit einer Klausel führt deshalb nicht automatisch zu deren Intransparenz (BAG 21. Juli 2021 - 5 AZR 10/21 - Rn. 23 mwN). Das Transparenzgebot soll letztlich der Gefahr vorbeugen, dass der Vertragspartner von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Dabei gebietet es das Transparenzgebot nicht, die aus dem Gesetz oder der Rechtsnatur eines Vertrags folgenden Rechte der Vertragsparteien ausdrücklich oder vollständig zu regeln oder den Vertragspartner darüber zu belehren. Etwaige Missverständnisse muss der Verwender sich in dieser Hinsicht vielmehr nur dann zurechnen lassen, wenn er die Gefahr von Fehlvorstellungen bei seinen Kunden durch eine unklare oder mehrdeutige Klauselformulierung oder -gestaltung selbst hervorgerufen oder verstärkt hat (BGH 25. November 2015 - VIII ZR 360/14 - Rn. 17, aaO).

bb) Gemessen hieran sind die Bestimmungen zum Hypotax-Verfahren in Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B des Entsendungsvertrags klar und verständlich. Das Ziel und das Ergebnis des Verfahrens sind einfach nachvollziehbar, wenn auch die Umsetzung aus steuerrechtlichen Gründen ggf. komplexe Berechnungen erfordert. Im Anhang B des Entsendungsvertrags ist das Vorgehen zur Ermittlung der hypothetischen Steuerabzüge detailliert beschrieben. Außerdem hat die Beklagte dem Kläger eine Musterberechnung ausgehändigt, aus der sich beispielhaft die Rechenschritte zur Ermittlung der hypothetischen Steuerzahlung für den Zeitpunkt des Beginns der Entsendung ergaben. Einer Information darüber, ob die Steuern im Entsendungsstaat höher oder niedriger sind, bedurfte es nicht. Der Kläger war darüber informiert, dass er einen Nettolohn in einer bestimmten Höhe - nämlich wie bei einer fortgesetzten Tätigkeit in Deutschland - unabhängig von der Steuerbelastung im Entsendungsstaat erhalten sollte. Dies reichte für die Transparenz der Regelung aus. 56

3. Mangels beiderseitiger Tarifgebundenheit standen normativ wirkende Regelungen des TV Entgelt 2016 bzw. 2018 für die Zeit vom 1. April 2017 bis zum 31. Januar 2018 nicht entgegen. 57

4. Damit stehen dem Kläger die für die Monate April 2017 bis Januar 2018 geltend gemachten Zahlungsansprüche nicht zu. Die Anschlussrevision des Klägers ist unbegründet, weil im Jahr 2017 das Hypotax-Verfahren entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen durchzuführen war. Auf die zwischen den Parteien streitigen Fragen der Erforderlichkeit der Einhaltung der Ausschlussfristen und der Zuordnung der Erstattung bzw. der in Frankreich gezahlten Steuern kommt es folglich nicht an. 58

III. Für die Zeit ab Februar 2018 stehen dem Kläger 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 26. Oktober 2017 gewahrt. 59

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 ab dem Zeitpunkt der beiderseitigen Tarifgebundenheit (1. Februar 2018) gemäß § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG unmittelbar und zwingend. 60

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 61

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).*

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 naheliegt, für das Verständnis des Begriffs „vorübergehend“ an die Regelungen der Rom I-VO anzuknüpfen (*vgl. Löwisch/Rieble aaO; sh. Rn. 30*). 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.

62

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 - wie das vorliegende Verfahren zeigt - selbst begründen oder beenden.

63

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

64

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. 65

2. Die Beklagte hat den tariflichen Bruttolohnanspruch in Höhe der streitgegenständlichen Abzüge nicht erfüllt. 66

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 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* 67

- 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. 68

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. 69

aa) Die aus Anlass der Entsendung erbrachten Zahlungen, die - wenn auch zT pauschaliert - auf bestimmte mit der Auslandstätigkeit verbundene Mehraufwendungen (Umszugskosten, 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 durch die Tätigkeit in Frankreich entstehen. Sie stellen kein Entgelt für die vom Kläger in Frankreich erbrachte Arbeitsleistung dar. 70

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. 71

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 Tariflohnerhöhungen 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 Tariflohnerhöhungen auf eine übertarifliche Vergütung, dass diese nur dann möglich ist, wenn der Arbeitgeber mit der Zahlung der übertariflichen Zulage auch den erhöhten Tariflohnanspruch nach § 362 Abs. 1 BGB erfüllen kann. Dies kommt wiederum nur dann in Betracht, 72

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. 70 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. 73

4. Die Ansprüche des Klägers sind nicht durch die Aufrechnungserklärung der Beklagten vom 21. Dezember 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 Entsendungsvertrag lag für die entsendungsbedingten Zulagen und sonstigen 74

Leistungen eine wirksame Rechtsgrundlage vor. Die Zahlungen sind daher nicht „ohne rechtlichen Grund“ erfolgt.

5. Die hiernach bestehenden Ansprüche sind nicht verfallen. Der Kläger hat mit seinem Geltendmachungsschreiben vom 26. Oktober 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. 75

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. 76

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 auch einer solchen Überprüfung standhält, bedarf dies keiner abschließenden Entscheidung. 77

bb) Der Kläger hat mit seiner Geltendmachung vom 26. Oktober 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 Auslandsstätigkeit wendet. Im Hinblick auf deren im Oktober 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.

78

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.

79

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

80

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. 81

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. 82

7. Die geltend gemachten Zinsen kann der Kläger nach § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB beanspruchen. 83

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO. 84

Linck

Biebl

Bubach

Markhof

Abel