| | |
|---|---|
| Bundesarbeitsgericht<br>Fünfter Senat | Urteil vom 13. Dezember 2023<br>- 5 AZR 259/22 -<br>ECLI:DE:BAG:2023:131223.U.5AZR259.22.0 |
| I. Arbeitsgericht Hamburg | Teilurteil vom 18. August 2021<br>- 16 Ca 286/18 - |
| II. Landesarbeitsgericht Hamburg | Urteil vom 30. März 2022<br>- 7 Sa 47/21 - |

---

Entscheidungsstichwort:

Hypotax-Verfahren bei vorübergehender Auslandsentsendung

Hinweis des Senats:

(Teilweise) Parallelentscheidung zu BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 -

# BUNDESARBEITSGERICHT

5 AZR 259/22
7 Sa 47/21
Landesarbeitsgericht
Hamburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am
13. Dezember 2023

# URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

gegen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Dezember 2023 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach sowie den ehrenamtlichen Richter Menssen und die ehrenamtliche Richterin Markhof für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 30. März 2022 - 7 Sa 47/21 - aufgehoben. Auf die Berufung der Beklagten wird das Teilurteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 18. August 2021 - 16 Ca 286/18 - abgeändert und die Klage abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Verfahrens 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 sog. Hypotax-Verfahren von seinem Entgelt einbehalten hat. 1

Der Kläger ist seit dem 1. Februar 2001 bei der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängern tätig. Vom 1. Oktober 2016 bis zum 31. Juli 2019 wurde der Kläger von der Beklagten nach Toulouse 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 war vom 1. Juli 2001 bis zum 1. Juli 2017 Mitglied der Gewerkschaft IG Metall, die Beklagte ist Mitglied des Arbeitgeberverbandes NORDMETALL Verband der Metall- und Elektroindustrie eV (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 Umgebung, 3

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 14. Dezember 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 Toulouse 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 6

Überschrift „Entsendung: Berechnung des Paketes, theoretische Steuer und voraussichtliche Sozialversicherung“ sowie ein Anhang A zu den Entsendungsbedingungen, der Regelungen zur Ermittlung der entsendungsbedingten Zahlungen enthält, und der Anhang B „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.

Wie im „Anhang zum Entsendungsvertrag“ vorgesehen, erhielt der Kläger während seines Auslandsaufenthalts neben dem tariflichen Entgelt eine Mobilitätszulage nach Nr. 2.1 des Anhangs zum Entsendungsvertrag und einen Kaufkraftausgleich. Darüber hinaus zahlte die Beklagte ihm eine Umzugskostenpauschale und erbrachte weitere entsendungsbedingte Leistungen. 7

Der Kläger teilte der Beklagten mit einer E-Mail vom 25. April 2018, die der Beklagten spätestens am 26. April 2018 zuging, unter dem Betreff „Widerspruch Hypotaxeinbehalt“ mit, dass sie seiner Meinung nach zu Abzügen im Hypotax-Verfahren nicht berechtigt sei. Er forderte sie auf, die von Januar 2018 bis April 2018 einbehaltenen Beträge zurückzuzahlen und „zukünftig keinen Gehaltseinbehalt (Hypotax) mehr vorzunehmen“. 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. 10

Der Kläger hat mit seiner Klage vom 11. Juli 2018 (nebst Klageerweiterungen) soweit für die Revision noch von Bedeutung die Rückzahlung der im Rahmen des Hypotax-Verfahrens in den Jahren 2018 bis 2020 einbehaltenen Beträge verlangt. 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 auch gemäß § 4 Abs. 3 iVm. Abs. 5 TVG unwirksam, weil er Gewerkschaftsmitglied gewesen sei. Die ihm zustehenden Zahlungsansprüche seien nicht aufgrund der tarifvertraglichen Ausschlussfrist teilweise erloschen. 12

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - zuletzt sinngemäß beantragt, 13

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 10.103,90 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2018 zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 16.949,70 Euro netto nebst im Einzelnen zeitlich und betragsmäßig aufgeschlüsselten Zinsen zu zahlen;

3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 12.658,14 Euro netto nebst im Einzelnen zeitlich und betragsmäßig aufgeschlüsselten 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. Bei Unwirksamkeit des Steuerausgleichsverfahrens habe der Kläger die vertraglich vereinbarten Zulagen zurückzuzahlen, weil diese ein Gesamtpaket mit dem Hypotax-Verfahren bildeten. Insoweit rechne sie hilfsweise mit eventuellen Ansprüchen des Klägers auf. Jedenfalls greife (teilweise) die tarifvertragliche Ausschlussfrist, so dass etwaige Ansprüche zT verfallen seien. 14

Das Arbeitsgericht hat - soweit für die Revision noch von Bedeutung - dem Klageantrag zu 1. in Höhe der noch streitgegenständlichen 10.103,90 Euro stattgegeben und ihn im Übrigen wegen Nichteinhaltung der tariflichen Ausschlussfrist abgewiesen. Hinsichtlich der weiteren Anträge hat es der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, der Kläger hatte keine Berufung eingelegt. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt. 15

## Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet, weil Nachzahlungsansprüche des Klägers auf individualvertraglicher Grundlage mit Blick auf die wirksame Vereinbarung des Hypotax-Verfahrens nicht bestehen. Bei beiderseitiger Tarifgebundenheit unmittelbar und zwingend bestehende Ansprüche *(§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG)* auf den Tariflohn nach den Entgelttarifverträgen *(vgl. dazu BAG 7. September 2022 - 5 AZR 503/21 - Rn. 31 ff.)* sind nicht Streitgegenstand des vorliegenden Revisionsverfahrens. 16

A. Die Klage ist mit den zuletzt gestellten Anträgen zulässig. 17

I. Die deutschen Gerichte sind nach Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 (Brüssel Ia-VO) zuständig *(vgl. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 20)*. 18

II. Die zuletzt gestellten Anträge sind hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 19

1. Die Zuordnung der vom Kläger vorgenommenen Abzüge ergibt sich jeweils aus den Beträgen der monatlich aufgeschlüsselten Zinsforderungen *(vgl. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 503/21 - Rn. 20)*. 20

2. Eine alternative Klagehäufung, bei der der Kläger ein einheitliches Klagebegehren aus mehreren prozessualen Ansprüchen (Streitgegenständen) herleitet und dem Gericht die Auswahl überlässt, liegt nicht vor *(vgl. dazu BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 23 ff.)*. Der Kläger hat sein Begehren vorinstanzlich allein auf individualvertragliche Regelungen gestützt, nach seiner Formulierung auf § 611a Abs. 2 BGB iVm. dem Arbeitsvertrag und dem Entsendungsvertrag. Nur dieser von den Vorinstanzen beschiedene prozessuale Anspruch ist Gegenstand des Revisionsverfahrens. 21

a) Der Gegenstand des Verfahrens bestimmt sich nach dem auch für das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren geltenden zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff durch den gestellten Antrag (Klageantrag) und dem ihm zugrunde liegenden Lebenssachverhalt (Klagegrund). Der Lebenssachverhalt umfasst das ganze, dem Klageantrag zugrunde liegende tatsächliche Geschehen, das bei natürlicher, vom Standpunkt der Parteien ausgehender Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag des Klägers zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehört oder gehört hätte *(vgl. BAG 24. Mai 2018 - 6 AZR 215/17 - Rn. 21; 18. Mai 2011 - 4 AZR 457/09 - Rn. 15; ebenso bereits BGH 19. Dezember 1991 - IX ZR 96/91 - zu II 2 a der Gründe, BGHZ 117, 1)*. Ausgehend hiervon stellen der durch die Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag vermittelte vertragliche Anspruch auf den Tariflohn und der kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit unmittelbar und 22

zwingend bestehende Anspruch *(§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG)* auf den Tariflohn nach den Entgelttarifverträgen zwei Streitgegenstände iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO dar *(vgl. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 25; 28. April 2021 - 4 AZR 230/20 - Rn. 18 f.; 25. Januar 2017 - 4 AZR 517/15 - Rn. 74, BAGE 158, 54)*.

b) Der Kläger hat schon erstinstanzlich bei der auf gerichtliche Auflage erfolgten Präzisierung des geltend gemachten Anspruchs als Anspruchsgrundlage nur § 611a Abs. 2 BGB genannt. Ausschließlich hierüber („Anspruch aus § 611a Abs. 2 BGB iVm. dem Arbeits- und Entsendungsvertrag“) hat das Arbeitsgericht entschieden. Gegen diese Entscheidung hat der Kläger keine Berufung eingelegt. Im Rahmen seiner Berufungserwiderung hat er ausdrücklich formuliert, dass tarifrechtliche Fragen im Hinblick auf die Zahlungsansprüche, die Gegenstand der Berufung sind, keine Rolle spielten. Soweit er in diesem Zusammenhang zum Ende der Nachbindung des TV Entgelt 2016 zum 31. Dezember 2017 auf § 3 Abs. 3 TVG verweist, dient dies zur Erläuterung seiner Ausführungen. Das Landesarbeitsgericht hat dem entsprechend ausschließlich über individualvertragliche Ansprüche („aus dem Arbeitsvertrag der Parteien iVm. §§ 611, 611a BGB iVm. dem Entsendungsvertrag“) entschieden. 23

c) Der in der Revisionserwiderung des Klägers für den Fall der Nachwirkung des TV Entgelt 2016 ab dem 1. Januar 2018 angesprochene Anspruch auf den Tariflohn aufgrund normativer Tarifgeltung war somit nicht Streitgegenstand des Revisionsverfahrens. Klageerweiterungen in der Revisionsinstanz sind grundsätzlich unzulässig. Das Einbringen eines weiteren Streitgegenstands stellt eine Klageerweiterung dar oder steht ihr zumindest gleich *(vgl. BAG 21. April 2009 - 3 AZR 640/07 - Rn. 16, BAGE 130, 202)*. 24

Die Einführung des Streitgegenstands tarifvertraglicher Ansprüche auf normativer Grundlage wäre im Übrigen auch nicht sachdienlich, weil der Senat hierüber nicht in der Sache entscheiden könnte *(§ 563 Abs. 3 ZPO)*. Unterstellt man zugunsten des Klägers eine Nachwirkung des TV Entgelt 2016, müssten die geltend gemachten Vergütungsdifferenzen auf Grundlage der Entgeltansprüche 25

aus diesem Tarifvertrag berechnet werden. Die verfahrensgegenständlichen Ansprüche basieren hingegen auf den - höheren - Vergütungsansprüchen nach dem ab dem 1. Januar 2018 geltenden TV Entgelt 2018.

B. Die auf teilweise Nichterfüllung des vertraglichen Entgeltanspruchs aus dem Arbeitsvertrag iVm. dem Entsendungsvertrag gestützte Klage ist unbegründet. Dem Kläger stehen aus dieser Anspruchsgrundlage keine Nachzahlungsansprüche zu, weil die Parteien im Entsendungsvertrag wirksam die Durchführung des Hypotax-Verfahrens vereinbart haben. Das Landesarbeitsgericht ist zu Unrecht von der Unwirksamkeit der entsprechenden Regelungen des Entsendungsvertrags ausgegangen. 26

I. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass auch im Zeitraum der Entsendung gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom I-VO) deutsches Recht auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden war *(sh. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 27 ff.).* 27

II. 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. 28

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht zunächst erkannt, dass es sich bei den Bestimmungen im Entsendungsvertrag um konstitutive Regelungen handelt, die unabhängig von der KBV Geltung beanspruchen *(vgl. ausf. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 34 ff.)*. 29

2. Da eine konstitutive Geltung von Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B des Entsendungsvertrags gewollt und vereinbart war, führte die rechtskräftig festgestellte Unwirksamkeit der Regelungen der KBV zum Hypotax-Verfahren auch nicht zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage des Entsendungsvertrags. Die Parteien haben die Wirksamkeit der Regelungen der KBV mit Blick auf die eigen- 30

ständige vertragliche Vereinbarung des Hypotax-Verfahrens nicht zur Geschäftsgrundlage des Entsendungsvertrags gemacht *(vgl. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 39)*.

3. Entgegen der Auffassung des Klägers ergibt sich auch aus den vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätzen zur präjudiziellen Bindungswirkung von rechtskräftigen Entscheidungen in arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren für spätere Individualstreitigkeiten nichts anderes. 31

a) Rechtskräftige Beschlüsse in Beschlussverfahren über betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten können - auch außerhalb vom Bestehen ausdrücklicher Präklusionsnormen und des vom Wortlaut des § 325 ZPO vorgegebenen Rahmens - eine sog. präjudizielle Bindungswirkung bzw. eine aus der Rechtskraft folgende Präklusionswirkung für spätere Individualstreitigkeiten entfalten *(vgl. ausf. BAG 18. November 2020 - 7 ABR 37/19 - Rn. 23, BAGE 173, 46; 23. Februar 2016 - 1 AZR 73/14 - Rn. 22 mwN, BAGE 154, 136).* Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer an dem Beschlussverfahren nicht beteiligt war. Es lässt sich jedoch nicht für alle Entscheidungen zwischen den Betriebsparteien, die im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren ergehen, einheitlich beantworten, ob und inwieweit diese Entscheidungen eine Bindung auch in Rechtsstreitigkeiten zwischen den Arbeitnehmern des Betriebs und dem Arbeitgeber entfalten *(BAG 17. Februar 1992 - 10 AZR 448/91 - zu II 1 der Gründe, BAGE 69, 367)*. 32

aa) Die Bindungswirkung von Entscheidungen im Beschlussverfahren für einen nachfolgenden Individualrechtsstreit gründet vor allem in der materiell- und verfahrensrechtlichen Kompetenz der Betriebsparteien *(BAG 18. November 2020 - 7 ABR 37/19 - Rn. 23, BAGE 173, 46)*. Nur ihnen - nicht den jeweiligen Arbeitnehmern - kommt die Befugnis zu, in einem Beschlussverfahren das (Nicht-)Bestehen von Mitbestimmungsrechten klären zu lassen. Entsprechend kann sich der einzelne Arbeitnehmer auch dann, wenn er an dem vorherigen Beschlussverfahren nicht beteiligt war, im nachfolgenden Individualprozess nicht darauf berufen, die Entscheidung über die kollektivrechtliche Streitfrage, die als Vorfrage auch im Individualprozess zu beantworten ist, sei unrichtig *(vgl. BAG* 33

*23. Februar 2016 - 1 AZR 73/14 - Rn. 22 mwN, BAGE 154, 136; 10. März 1998 - 1 AZR 658/97 - zu III 2 a bb der Gründe)*.

bb) Die vom Landesarbeitsgericht München im Beschluss vom 25. September 2019 *(- 4 TaBV 52/18 -)* rechtkräftig festgestellte fehlende Kompetenz der Betriebsparteien zur Regelung des in der KBV vereinbarten Hypotax-Verfahrens berührt entgegen der Auffassung des Klägers nicht die Wirksamkeit der zwischen den Arbeitsvertragsparteien getroffenen eigenständigen vertraglichen Vereinbarungen *(vgl. dazu BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 36 ff.)* zum Hypotax-Verfahren. Die Frage, ob hinsichtlich der übereinstimmenden Regelungen im Entsendungsvertrag und der KBV eine Regelungskompetenz des Konzernbetriebsrats bestand, stellt keine notwendig zu beantwortende Vorfrage für die rechtliche Bewertung der vertraglichen Regelungen dar. Der Streit der Betriebsparteien über die in der KBV vorgesehenen Bestimmungen zum Hypotax-Verfahren betrifft nur Fragen der betrieblichen Mitbestimmung. Wegen der eigenständigen individualvertraglichen Vereinbarung des Hypotax-Verfahrens ist das Nichtbestehen eines Mitbestimmungsrechts für solche Regelungen in einer Betriebsvereinbarung nicht ausschlaggebend für die Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarungen. Deren Beurteilung liegt nicht in der materiell- und verfahrensrechtlichen Kompetenz der Betriebsparteien. 34

b) Zudem entspricht die vorliegende Konstellation auch in anderer Hinsicht nicht den Sachverhalten, für die eine präjudizielle Bindungswirkung der Entscheidung im Beschlussverfahren angenommen worden ist. Das Landesarbeitsgericht München ist davon ausgegangen, dass die Hypotax-Regelungen nicht der zwingenden Mitbestimmung des (Konzern-)Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterfallen *(LAG München 25. September 2019 - 4 TaBV 52/18 - zu II 2 b (1) (a) der Gründe)*. Eine freiwillige Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG zu diesem Regelungsgegenstand komme ebenfalls nicht in Betracht. Es bestehe keine Regelungskompetenz der Betriebsparteien zur Höhe der Arbeitsvergütung. Mit dem Verneinen eines Mitbestimmungsrechts ist aber keine Aussage zur Zulässigkeit ggf. abweichender individualrechtlicher Regelungen getroffen. Wenn sich ein Arbeitnehmer nach einer Entscheidung über das Nichtbestehen 35

eines Mitbestimmungsrechts im Individualprozess zur Begründung eines Anspruchs nicht auf die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung berufen kann, gründet das darin, dass diese (nur) den Schutz des Mitbestimmungsrechts bezweckt *(BAG 23. Februar 2016 - 1 AZR 73/14 - Rn. 23, BAGE 154, 136)*. Daraus folgt aber nicht, dass sich vorliegend die Arbeitgeberin nicht auf die Wirksamkeit von arbeitsvertraglichen Regelungen berufen kann, für die nach der rechtskräftigen Entscheidung in dem Beschlussverfahren kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bestand. Eine Einschränkung der Vertragsfreiheit zum Schutz eines nichtbestehenden Mitbestimmungsrechts ist nicht angezeigt.

4. Soweit der Kläger weiter einwendet, die individualvertragliche Regelung zum hypothetischen Gehaltsabzug im Entsendungsvertrag sei ungünstiger als der Inhalt der zum Zeitpunkt des Abschlusses des Entsendungsvertrags wirksamen Regelungen der Konzernbetriebsvereinbarung, verfängt dies ebenfalls nicht. Nach dem rechtskräftigen Beschluss des Landesarbeitsgerichts München *(25. September 2019 - 4 TaBV 52/18 -)* enthielt die KBV - seit ihrem Abschluss - keine Regelungen dazu, was zum Entgelt während der Entsendung zu vereinbaren ist. Diese „Leerstelle“, dh. das Nichtbestehen einer wirksamen kollektivrechtlichen Regelung, stellt keine günstigere Vereinbarung in dem Sinn dar, dass zu dieser Frage keine vertraglichen Regelungen getroffen werden könnten. Ein wirksamer Bezugspunkt für einen Günstigkeitsvergleich existiert nicht. Es besteht folglich Raum für einzelvertragliche Vereinbarungen, die auch Inhalte haben können, die in der KBV mangels Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht vorgesehen werden konnten. 36

III. Die Regelungen in Nr. 7 Abs. 1 und Abs. 2 iVm. Anhang B des Entsendungsvertrags sind auch nicht aus AGB-rechtlichen Gründen unwirksam *(vgl. ausf. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 40 ff.).* 37

IV. § 4 Abs. 3 TVG steht der Wirksamkeit der Bestimmungen des Entsendungsvertrags zum Hypotax-Verfahren ebenfalls nicht entgegen. Während der zu Beginn der Entsendung des Klägers noch bestehenden beiderseitigen Tarifgebundenheit der Parteien kollidierten die vertraglichen Bestimmungen zwar mit den normativ geltenden Regelungen des TV Entgelt 2016. Dies führte aber nur 38

zu einer Verdrängung der vertraglichen Bestimmungen und nicht zu ihrer Unwirksamkeit.

1. Die Rechtsnormen eines Tarifvertrags gestalten das Arbeitsverhältnis „von außen“ und werden nicht Bestandteil der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen *(HWK/Henssler 10. Aufl. § 4 TVG Rn. 3; Schaub ArbR-HdB/Treber 20. Aufl. § 207 Rn. 4)*. Diese werden für die Dauer der Tarifgeltung lediglich verdrängt und leben danach wieder auf *(ErfK/Franzen 24. Aufl. TVG § 4 Rn. 3)*. Dem Tarifvertrag kommt keine gestaltende Wirkung auf den Inhalt des Arbeitsvertrags zu *(BAG 30. November 2022 - 5 AZR 336/21 - Rn. 35; 12. Dezember 2007 - 4 AZR 998/06 - Rn. 42, BAGE 125, 179)*. 39

2. Die Kollision der - unterstellt - günstigeren tarifvertraglichen Regelungen des TV Entgelt 2016 mit den Regelungen des Entsendungsvertrags führte somit nicht zu deren Unwirksamkeit. Die arbeitsvertragliche Vereinbarung einer Vergütung oder sonstigen Leistung des Arbeitgebers, die unterhalb des tariflichen Niveaus liegt, verstößt nicht allein deshalb gegen ein gesetzliches Verbot, weil sie für einen bestimmten Zeitraum einer für das Arbeitsverhältnis geltenden günstigeren tariflichen Norm gegenübersteht. Die zwingende Wirkung des Tarifvertrags hat lediglich zur Folge, dass die Einzelvereinbarung in diesem Zeitraum von der tariflichen Wirkung verdrängt wird. Die Privatautonomie soll durch die zwingende Wirkung eines Tarifvertrags nicht mehr als notwendig eingeschränkt werden. Um die Funktion der Inhaltsnormen eines Tarifvertrags als Mindestbedingungen der unterworfenen Arbeitsverhältnisse sicherzustellen, bedarf es der Annahme einer endgültigen „Vernichtung“ der Individualvereinbarung nicht *(BAG 12. Dezember 2007 - 4 AZR 998/06 - Rn. 43 mwN, BAGE 125, 179)*. 40

C. Unter Berücksichtigung der allein streitgegenständlichen Anspruchsgrundlage ist die Revision der Beklagten mithin erfolgreich und die Klage im Ergebnis mit der entsprechenden Kostenfolge abzuweisen. 41

Linck Biebl Bubach

Menssen J. Markhof

ECLI:DE:BAG:2023:131223.U.5AZR259.22.0