

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 13. Dezember 2023
- 5 AZR 307/22 -
ECLI:DE:BAG:2023:131223.U.5AZR307.22.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 18. August 2021
- 16 Ca 285/18 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 30. Juni 2022
- 6 Sa 24/21 -

Entscheidungsstichwort:

Hypotax-Verfahren bei vorübergehender Auslandsentsendung

Hinweis des Senats:

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

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 307/22
6 Sa 24/21
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. Dezember 2023

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

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:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 30. Juni 2022 - 6 Sa 24/21 - teilweise aufgehoben und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:
 1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 18. August 2021 - 16 Ca 285/18 - hinsichtlich Ziffer 1 abgeändert und die Klage abgewiesen, soweit das Arbeitsgericht die Beklagte unter Ziffer 1 zur Zahlung von 3.690,00 Euro netto nebst Zinsen verurteilt hat.
 2. Die Berufung der Beklagten wird im Übrigen zurückgewiesen.
 3. Von den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens haben der Kläger 21 % und die Beklagte 79 % zu tragen.
 4. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger 11 % und die Beklagte 89 % zu tragen.
- II. Im Übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.
- III. Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben der Kläger 11 % und die Beklagte 89 % 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. August 1996 bei der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängern tätig. Vom 1. Juli 2017 bis zum 30. Juni 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 2

auf. Der Kläger ist seit Januar 2018 Mitglied der Gewerkschaft IG Metall, die Beklagte ist Mitglied des Arbeitgeberverbandes NORMMETALL Verband der Metall- und Elektroindustrie eV (im Folgenden Nordmetall).

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, 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.

3

Für die Zeit der Auslandsentsendung haben die Parteien einen Entsendungsvertrag vom 20. März 2017 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 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. 6

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

eine Umzugskostenpauschale und erbrachte weitere entsendungsbedingte Leistungen (Sprachkurs, Schulgebühren für das den Kläger begleitende Kind, Maklergebühren).

Der Kläger teilte der Beklagten mit Geltendmachungsschreiben vom 26. Oktober 2017, das der Beklagten spätestens am 27. Oktober 2017 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 Juli 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. 10

Der Kläger hat mit seiner Klage vom 10. Juli 2018 (nebst Klageerweiterungen) die Rückzahlung der im Rahmen des Hypotax-Verfahrens in den Jahren 2017 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. 1 TVG unwirksam, soweit er Gewerkschaftsmitglied gewesen sei. Die Regelungen im Entsendungsvertrag würden insoweit durch die unmittelbar geltenden tarifvertraglichen Regelungen zum 12

Bruttomonatsentgelt gemäß § 4 Abs. 3 und Abs. 4 TVG verdrängt. Die ihm zustehenden Zahlungsansprüche seien nicht aufgrund der tarifvertraglichen Ausschlussfrist teilweise erloschen.

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

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 3.690,00 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2018 zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 8.398,40 Euro netto nebst im Einzelnen zeitlich und betragsmäßig aufgeschlüsselten Zinsen zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger weitere 5.155,76 Euro netto nebst im Einzelnen zeitlich und betragsmäßig aufgeschlüsselten Zinsen zu zahlen;
4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.241,00 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 der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt. 15

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist teilweise begründet. Da die Regelungen des Entsendungsvertrags vom 20. März 2017 zum Hypotax-Verfahren konstitutiv und wirksam sind, galt bis zum 31. Dezember 2017 eine Nettolohnvereinbarung besonderer Art, nach der die im Rahmen dieses Verfahrens vorgenommenen Abzüge bis zu diesem Zeitpunkt zu Recht erfolgten. Insoweit ist die Revision der Beklagten begründet, weil das Landesarbeitsgericht ihre Berufung zu Unrecht zurückgewiesen hat. Für die Zeit der beiderseitigen Tarifgebundenheit der Parteien ab dem 1. Januar 2018 besteht ein Anspruch des Klägers auf den im TV Entgelt 2018 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. 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 Anträge sind hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 19

1. Es liegt keine unzulässige alternative Klagehäufung vor (*vgl. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 23 ff.*). Hinsichtlich seines einheitlichen Klagebegehrens, das der Kläger ab Januar 2018 aus mehreren prozessualen Ansprüchen (Streitgegenständen) herleitet, hat er eine Rangfolge festgelegt. 20

a) 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*). 21

b) Beide Streitgegenstände sind Gegenstand des Revisionsverfahrens. Der Kläger hat für die Zeit seiner Tarifgebundenheit ab Januar 2018 sowohl in der ersten wie auch in der zweiten Instanz sein Begehren aus beiden Streitgegenständen hergeleitet. Das Arbeitsgericht hatte zwar ausschließlich vertragliche Ansprüche geprüft und bejaht. Der Kläger hat aber mit seiner Berufungserwiderung erneut Ansprüche auf tariflicher Grundlage zum Gegenstand des Verfahrens gemacht. Der entsprechende Schriftsatz ist innerhalb der Frist für eine - auch konkludent bzw. verdeckt mögliche - Anschlussberufung eingegangen (§ 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO iVm. § 56 Abs. 1 Satz 3 ArbGG). Das Landesarbeitsgericht hat den entsprechenden Klägervortrag in Tatbestand und Entscheidungsgründe aufgenommen und damit die Zulässigkeit einer Klageerweiterung bejaht (§ 533 ZPO). Eine Überprüfung dieser Entscheidung hat der Senat in entsprechender Anwendung von § 268 ZPO in der Revision nicht mehr vorzunehmen (*BAG 31. Mai 2023 - 5 AZR 273/22 - Rn. 9 mwN*). 22

2. Schon die Auslegung der klägerischen Schriftsätze spricht dafür, dass der Kläger seine Zahlungsansprüche für die Zeit ab Januar 2018 primär auf Grundlage des normativ geltenden Tarifvertrags und - für den Fall des Unterliegens - hilfsweise aufgrund der arbeitsvertraglichen Bezugnahme geltend macht. Dieses Verständnis hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt. 23

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 abweichende Entgeltregelung in Form des Hypotax-Verfahrens vereinbaren, was sie vorliegend wirksam getan haben. Für die Zeit bis zum 31. Dezember 2017 stehen dem Kläger daher keine Zahlungsansprüche zu. Soweit ihm diese vorinstanzlich zugesprochen wurden, ist die Revision der Beklagten begründet. Für die Zeit ab dem 1. Januar 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 24

Beklagten unbegründet, weil der Kläger diese Ansprüche unter Berücksichtigung der tariflichen Ausschlussfrist rechtzeitig geltend gemacht hat.

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.*). 25

II. Für die Zeit vom 1. Juli 2017 bis zum 31. Dezember 2017 stehen dem Kläger keine Nachzahlungsansprüche zu, weil die Parteien für diesen Zeitraum im Entsendungsvertrag wirksam die Durchführung des Hypotax-Verfahrens vereinbart haben. Dass die Beklagte dieses Verfahren entsprechend der vertraglichen Regelungen abgewickelt hat, steht zwischen den Parteien außer Streit. Das Landesarbeitsgericht ist zu Unrecht von der Unwirksamkeit der Regelungen des Entsendungsvertrags ausgegangen. 26

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. 27

a) 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.*). 28

b) 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- 29

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

c) 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. 30

aa) 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*). 31

(1) 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* 32

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

(2) Die vom Landesarbeitsgericht München im Beschluss vom 25. September 2019 (- 4 TaBV 52/18 -) rechtskräftig 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.

bb) 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

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.

d) 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 vorgeesehen werden konnten. 35

2. 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.*). 36

3. Mangels beiderseitiger Tarifgebundenheit standen normativ wirkende Regelungen des TV Entgelt 2016 für die Zeit vom 1. Juli 2017 bis zum 31. Dezember 2017 nicht entgegen. 37

- III. Für die Zeit ab Januar 2018 stehen dem Kläger die geltend gemachten Nachzahlungen hingegen nach den kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit normativ geltenden Regelungen des TV Entgelt 2018 iVm. § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG zu. 38
1. Die Bestimmungen des TV Entgelt 2018 galten im Arbeitsverhältnis der Parteien auch während der Entsendung des Klägers ins Ausland ab dem Zeitpunkt der beiderseitigen Tarifgebundenheit (1. Januar 2018) gemäß § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG unmittelbar und zwingend (*vgl. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 60 ff.*). 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. Die Parteien gingen auch im vorliegenden Fall durchgehend davon aus, dass der Kläger im Anschluss an seinen befristeten Einsatz in Frankreich in den Betrieb der Beklagten in Hamburg zurückkehren und dort wieder tätig werden sollte. 39
2. Die Beklagte hat den tariflichen Bruttolohnanspruch in Höhe der streitgegenständlichen Abzüge nicht erfüllt (*vgl. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 66 ff.*). 40
3. Die Ansprüche des Klägers sind nicht durch die Aufrechnungserklärung der Beklagten vom 30. November 2018 gemäß § 389 BGB erloschen. Zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung bestand - unabhängig von der Frage ihrer hinreichenden Bestimmtheit - jedenfalls keine Aufrechnungslage (*vgl. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 74*). 41
4. Die hiernach bestehenden Ansprüche des Klägers 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 (*vgl. BAG 7. September 2022 - 5 AZR 128/22 - Rn. 75 ff.*). 42

5. Die geltend gemachten Zinsen kann der Kläger nach § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB beanspruchen. 43
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO. 44

Linck

Biebl

Bubach

Menssen

J. Markhof