

**4 TaBV 52/18**  
28 BV 406/17  
(ArbG München)

Verkündet am: 25.09.2019

Birkhold  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

### **BESCHLUSS**

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1. A.  
A-Straße, A-Stadt  
  
- Antragsteller und Beteiligter zu 1, Beschwerdeführer und Beschwerdegegner -  
  
Verfahrensbevollmächtigte/r:  
  
B.  
B-Straße, B-Stadt
  
2. Firma BA.  
  
A-Straße, A-Stadt  
  
- Beteiligte zu 2, Beschwerdegegnerin und Beschwerdeführerin -
  
3. C.  
  
C-Straße, C-Stadt  
  
- Beteiligter zu 3 -

4. C.

D-Straße, D-Stadt

- Beteiligter zu 4 -

5. C.

E-Straße, E-Stadt

- Beteiligter zu 5 -

6. C.

F-Straße, F-Stadt

- Beteiligter zu 6 -

7. G.

G-Straße, E-Stadt

- Beteiligter zu 7 -

8. H.

H-Straße, H-Stadt

- Beteiligter zu 8 -

9. I.

C-Straße, C-Stadt

- Beteiligter zu 9 -

10 I.

J-Straße, J-Stadt

- Beteiligter zu 10 -

11. I. C-Stadt

C-Straße, C-Stadt

- Beteiligter zu 11 -

12. I.

L-Straße, L-Stadt

- Beteiligter zu 12 -

13. I.

M-Straße, M-Stadt

- Beteiligter zu 13 -

14. I.

A-Straße, N-Stadt

- Beteiligter zu 14 -

15. I.

O-Straße, O-Stadt

- Beteiligter zu 15 -

16. I.

P-Straße, P-Stadt

- Beteiligter zu 16 -

17. Q.

Q-Straße, Q-Stadt

- Beteiligter zu 17 -

18. R.

R-Straße, M-Stadt

- Beteiligter zu 18 -

19. S.

S-Straße, S-Stadt

- Beteiligter zu 19 -

20. T.

T-Straße, T-Stadt

- Beteiligter zu 20 -

21. U.

C-Straße, C-Stadt

- Beteiligter zu 21 -

22. U.

V-Straße, N-Stadt

- Beteiligter zu 22 -

23. U.

W-Straße, W-Stadt

- Beteiligter zu 23 -

24. U.

X-Straße, X-Stadt

- Beteiligter zu 24 -

25. Y.

Y-Straße, Y-Stadt

- Beteiligter zu 25 -

26. AA.

Y-Straße, Y-Stadt

- Beteiligter zu 26 -

27. AC.

A-Straße, N-Stadt

- Beteiligter zu 27 -

28. AD.

AD-Straße, C-Stadt

- Beteiligter zu 28 -

29. AE.

AE-Straße, AE-Stadt

- Beteiligter zu 29 -

30. AE.

M-Straße, M-Stadt

- Beteiligter zu 30 -

31. AG.

AG-Straße, AG-Stadt

- Beteiligter zu 31 -

32. AH.

AH-Straße, M-Stadt

- Beteiligter zu 32 -

33. AH.

AI-Straße, AI-Stadt

- Beteiligter zu 33 -

34. AH.

AJ-Straße, AJ-Stadt

- Beteiligter zu 34 -

35. AK.

AK-Straße, AK-Stadt

- Beteiligter zu 35 -

36. AK.

AL-Straße, AL-Stadt

- Beteiligter zu 36 -

37. AK.

AM-Straße, AM-Stadt

- Beteiligter zu 37 -

38. AK. X-Stadt

AN-Straße, X-Stadt

- Beteiligter zu 38 -

39. AO.

AO-Straße, AO-Stadt

- Beteiligter zu 39 -

40. AP.

AP-Straße, AP-Stadt

- Beteiligter zu 40 -

41. AP.

AQ-Straße, C-Stadt

- Beteiligter zu 41 -

42. AP.

AR-Straße, AR-Stadt

- Beteiligter zu 42 -

43. AP.

AS-Straße, AS-Stadt

- Beteiligter zu 43 -

44. AT.

AT-Straße, N-Stadt

- Beteiligter zu 44 -

45. AU.

AK-Straße, AK-Stadt

- Beteiligter zu 45 -

46. AV.

D-Straße, D-Stadt

- Beteiligter zu 46 -

47. AW.

AS-Straße, AS-Stadt

- Beteiligter zu 47 -

48. AX.

AX-Straße, AE-Stadt

- Beteiligter zu 48 -

49. AY.

AY-Straße, AY-Stadt

- Beteiligter zu 49 -

50. AZ.

C-Straße, C-Stadt

- Beteiligter zu 50 -

Verfahrensbevollmächtigte/r:

zu 2:

BB.

BB-Straße, D-Stadt

zu 25:  
Z.  
Z-Straße, Z-Stadt

zu 26:  
AB.  
AB-Straße, AB-Stadt

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Anhörung vom 05. September 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. Dickerhof-Borello und die ehrenamtlichen Richter Högele und Zahn

für Recht erkannt:

- I. Die Beschwerde der Beteiligten zu 2) wird zurückgewiesen.
  
- II. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1) hin wird der Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 04.07.2018, Az: 28 BV 406/17, teilweise abgeändert und klarstellend neu gefasst:
  1. Es wird festgestellt, dass
    - a. Ziffer 12 „Steuern“ der Anlage 1 „Entsendebedingungen Ausland in der Fassung vom 12.12.2012“ zur Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009,
    - b. deren Anhang B „Steuerausgleich-Grundsätze“ mit Ausnahme dessen Ziffern 1 Abs. 2 und 3, 2.2., 2.3. sowie 5 S.2, sowie
    - c. Ziffer 7 Abs. 1 und 2 des Musterentsendungsvertrages (Anlage 2 zur Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009)unwirksam sind.
  2. Es wird festgestellt, dass die Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009 mit allen Anlagen und Protokollnotizen im übrigen wirksam ist.
  
- III. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

## Gründe

### I.

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Konzernbetriebsvereinbarung zu Auslandsentsendungen.

Die Beteiligte zu 2) ist eine von den in Deutschland tätigen Unternehmen der XY-Gruppe durch Gesellschaftsvertrag vom 06.09.2013 gegründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Wahrnehmung der Interessen der beteiligten Unternehmen gegenüber dem Konzernbetriebsrat. Die an ihr beteiligten Unternehmen unterfallen dem Anwendungsbereich der Tarifverträge der Metallindustrie.

Antragsteller und Beteiligter zu 1) (im Folgenden KBR) ist der aufgrund Strukturtarifvertrags vom 06.09.2013 (in Anlage KBR 2 zum Antrag vom 18.12.2017, Bl. 18 ff. d.A.) gebildete Konzernbetriebsrat zur Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs.1 BetrVG (mit Ausnahme der in § 5 Abs. 3 BetrVG genannten Personen), die bei den an der Beteiligten zu 2) beteiligten Unternehmen beschäftigt sind. Der Strukturtarifvertrag wurde zwischen der IG-Metall und der Beteiligten zu 2) geschlossen, nachdem die in Deutschland tätigen Unternehmen der XY-Gruppe nicht mehr von einem in Deutschland ansässigen Unternehmen beherrscht worden waren.

Mit dem Ziel, die teilweise im Konzern bestehenden unterschiedlichen Regelungen zu entsendungsbedingten Zahlungen zu vereinheitlichen und für die Mitarbeiter, die regelmäßig der Entsendung folgen müssten, den Auslandsaufenthalt kostenmäßig zu neutralisieren, dass sie absehbar nicht weniger Geld zur Verfügung haben sollten als im Heimatland, hatte die im Jahr 2008 noch den Konzern beherrschende Holding AG dem Konzernbetriebsrat ein System zur Verhandlung vorgestellt, wonach alle Bezahlungen frei von Steuern und Sozialversicherung geleistet werden und das für alle Entsendungen gelten sollte. Dabei sollte die Unterstützung der Beschäftigten erhöht, nämlich die Nebenleistungen vergrößert und ein einheitliches homogenes und transparentes System für die in den Konzernunternehmen üblichen Entsendungen ins Ausland eingeführt werden. Noch im Oktober 2016

waren 280 Konzernbeschäftigte vorübergehend im Ausland im Einsatz, 55 % davon in Frankreich, 15 % in Spanien, 10 % in Großbritannien, 5 % in China und 15 % in anderen Ländern.

Die streitige Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009 samt Anlagen (im Folgenden: KBV), hinsichtlich derer auf die Anlagen KBR 3 bis 6 zum Antrag vom 08.12.2017 (Bl. 33 ff. d.A.) Bezug genommen wird, wurde vom damals (noch) gewählten Konzernbetriebsrat abgeschlossen. Delegationsbeschlüsse zum Abschluss der KBV nach § 50 Abs. 2 BetrVG lagen nicht vor.

Nach Inkrafttreten der KBV wurden die bis dahin bestehenden vereinzelten Vereinbarungen auf Betriebs- oder Gesamtbetriebsebene von den jeweiligen Gremien im Hinblick auf die konzernweite Regelung aufgehoben.

Die KBV war später in Anlage 3 zu Ziffer 8.3. des Strukturtarifvertrages vom 06.09.2013 einschließlich ihrer Entsendebedingungen erwähnt, wobei Ziffer 8.3. folgendes regelte:

„Die vom derzeit bestehenden Konzernbetriebsrat (...) und dessen Rechtsvorgängern abgeschlossenen Konzernbetriebsvereinbarungen gelten im jeweiligen Geltungsbereich normativ weiter (...). Weitere nach dem derzeitigen Kenntnisstand abgeschlossene Konzernbetriebsvereinbarungen, die i.S.v. Satz 1 weitergelten, ergeben sich aus der Anlage 3. (...)“

Mit Schreiben vom 13.11.2018 hat der vbm, mit solcher vom 14.11.2018 die Südwestmetall, mit solcher vom 04.12.2018 Pfalzmetall und unter dem 05.12.2018 VMet ihre Zustimmung zu dem Strukturtarifvertrag vom 06.09.2013 (in Anlagen AG 5 und 6 zu den Schriftsätzen der Beteiligten zu 2) vom 19.11. und 19.12.2018, Bl. 444 ff. und 450 f. d.A.) erklärt.

Zur Erfüllung der ihnen nach der KBV obliegenden Verpflichtungen setzten die in der Beteiligten zu 2) vertretenen Unternehmen einheitliche IT-Programme für die Abrechnung ein, die eigens dafür entwickelt worden waren.

Inhaltlich ging es der KBV um die Modalitäten von Auslandseinsätzen zwischen drei Monaten und fünf Jahren. Die Betriebsparteien legten in der KBV die Bedingungen für Entsendungen fest, die bei allen Entsendungsfällen zu verwenden sein sollten (Ziffer 3 Abs. 1 KBV), wobei Ergänzungen und Abweichungen zur Behandlung von Besonderheiten einzelner Geschäftstätigkeiten durch Vereinbarungen mit dem jeweiligen Betriebsratsgremium

möglich sein sollten (Ziffer 4 KBV). Die Bedingungen wurden in Anlage 1 zur KBV zusammengestellt, die Umsetzung sollte durch Einzelverträge mit den zu entsendenden Beschäftigten aufgrund eines in Anlage 2 formulierten Mustervertrags erfolgen.

Dabei wurden neben Arbeitszeit und der Behandlung von Dienstreisen die entsendungsbedingten Zahlungen definiert und ihre Zusammensetzung wie steuerliche Behandlung geregelt. Das „Gesamteinkommen“ der ins Ausland entsandten Mitarbeiter definierte Ziffer 3.1. der Anlage 1 zur KBV folgendermaßen:

„Das Gesamteinkommen eines/r entsandten Mitarbeiters/in besteht aus folgenden Elementen:

- Monatliches Brutto-Entgelt
- Mobilitätszulage
- Kaufkraftausgleich, falls anwendbar
- Länder Erschwerniszulage (*Hardship*), falls anwendbar, sowie
- allen weiteren unten beschriebenen zusätzlichen Leistungen.

Die Versteuerung richtet sich nach Ziffer 12.(...)“

Ziffer 12 der Anlage 1 zur KBV lautete:

„12. Steuern

Die Betriebsparteien gehen von der Anwendung des Prinzips des Steuerausgleiches („Tax Equalization“) aus. Die Besteuerungsgrundsätze während der Entsendung werden in **Anhang B** zu diesen Entsendebedingungen erläutert.“

Nach Anhang B Ziffer 1 besagte „das Prinzip des Steuerausgleiches („Tax Equalization“) (...), dass die Arbeitnehmer/innen im Fall eines vorübergehenden Auslandseinsatzes keine Nachteile aufgrund des Wechsels der Besteuerungsgrundsätze haben. Die Lohnsteuer soll nicht mehr und auch nicht weniger sein als diejenige, die bei einer Besteuerung im Heimatland anfallen würde.“

Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sollten dazu mit dem gleichen Steuerbetrag belastet werden, den sie gezahlt hätten, wären sie im Heimatland geblieben. Entsprechend wurde eine hypothetische Steuer aus dem Unternehmenseinkommen als dem typischen Arbeitsentgelt – gegenüber den im übrigen netto vereinbarten sonstigen Entsendeleistungen – definiert, bei deren Ermittlung die Kriterien wie Lohnsteuerklasse, Familienstatus und Anzahl der Kinder berücksichtigt, Kirchensteuer außen vorgelassen werden und ein pauschaler Abschlag von der Steuerschuld für Werbungskosten erfolgen sollte (Ziffer 3 der Anlage

B), um einen Betrag zu erhalten, den die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter üblicherweise bezahlte (Ziffer 2.4. der Anhang B). Diesen sollte der Arbeitgeber in monatlichen Raten vom Bruttoentgelt einbehalten (Ziffer 4 Anhang B) und seinerseits die sich im Einsatzland ergebenden Steuern übernehmen (Ziffer 2.1. Anhang B).

Am Jahresende sollte eine endgültige hypothetische Steuer für das Jahr ermittelt und ggf. eine Rückzahlung durch den Arbeitgeber oder aber eine Nachzahlung durch den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin erfolgen (Ziffer 4 Anhang B), während Steuerrückerstattungen wie –Nachzahlungen im Gastland dem Arbeitgeber zustehen bzw. ihn belasten sollten (Ziffer 6.4. Anhang B). Zur steuerlichen Beratung wie der Steuererklärung war verpflichtend ein vom Arbeitgeber bezahlter Steuerberater in Anspruch zu nehmen (Ziffer 6.1 und 2 Anhang B).

Ziffer 13 der Entsendebedingungen (in Anlage 1 zur KBV) wurden außerdem die Sozialversicherungen betreffende Fragen geregelt. Soweit möglich, sollte den Entsandten die Möglichkeit eröffnet werden, in der deutschen Sozialversicherung zu verbleiben (13.1.). Andernfalls verpflichtete sich der Arbeitgeber, durch Zusatzversicherungen das Leistungsniveau sowie eine Anwartschaft in dieser zu erhalten (13.2.). Parallel zum Steuerausgleich sollte dazu ein Sozialversicherungsausgleich gewährt werden, wozu den Mitarbeitern ein ihrem Arbeitnehmeranteil in der deutschen Sozialversicherung entsprechender Betrag von der Vergütung abgezogen werden sollte, während der Arbeitgeber die im Gastland anfallenden Beiträge ebenso wie die Kosten für die obigen Leistungen zu tragen haben sollte (13.3.). Die Umsetzung im einzelnen war im Anhang B zu den Entsendungsbedingungen unter Ziffern 1 Abs. 2, 2.2., 2.3. sowie 5 S.2 niedergelegt.

Tatsächlich bestand in Absprache mit den Sozialversicherungsträgern regelmäßig die Versicherungspflicht in Deutschland fort.

Insgesamt sollte „durch die Grundsätze des Steuerausgleiches, des Sozialversicherungsausgleiches und der Netto-Vereinbarung von entsendebedingten Leistungen die Neutralität der Vergütung unabhängig von den tatsächlichen Besteuerungsgrundsätzen und Sozialversicherungsbeiträgen während der Entsendung gewährleistet“ werden (Ziffer 1 des Anhangs B).

Angesichts dessen, dass die Einkommenssteuer in Frankreich niedriger als die in Deutschland ist, erhielten die dorthin entsandten Mitarbeiter eine höhere hypothetische Steuer abgezogen, als sie dem französischen Staat schuldeten. Durch während der Entsendung geleistete Überstunden kam es zudem in zahlreichen Fällen zu einer erhöhten hypothetischen Jahressteuer und damit zu einer Nachzahlungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber, der seinerseits eine geringere Steuerlast trug und so im Ergebnis im Einzelfall profitierte.

Durch diese Situation sensibilisiert, hält der Beteiligte zu 1) die Regelungen zum Steuerausgleich (im Folgenden: „Hypotax“) und die damit zusammenhängenden zur steuerlichen Behandlung für unwirksam. Der Ansatz der hypothetischen Steuer führe zu einer Minderung des dem Arbeitnehmer gezahlten tariflichen Entgelts, was eine Verletzung des § 77 Abs. 3 BetrVG darstelle und damit zu einer Unwirksamkeit in Hinblick auf tariflich beschäftigte Mitarbeiter führen müsse. Doch auch bei außertariflich beschäftigten Mitarbeitern sei unzulässig in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eingegriffen, da das vertraglich vereinbarte Entgelt gemindert werde.

Die Regelung stehe auch im Widerspruch zu EU-Recht, wonach das an den Arbeitnehmer auszahlende Entgelt nur um Steuerbeträge reduziert werden dürfe, die für den jeweiligen Arbeitnehmer auch tatsächlich an die Finanzämter abgeführt worden seien, wie sich etwa aus der Entscheidung des EuGH vom 28.06.2012 (C-172/11) ergebe.

Schließlich sei auch die Verpflichtung der Arbeitnehmer zur Inanspruchnahme eines von der Arbeitgeberin gestellten Steuerberaters unwirksam, wie das BAG in seinem Urteil vom 23.08.2013 (8 AZR 804/12) für allgemeine Geschäftsbedingungen entschieden habe.

Die Teilunwirksamkeit der KBV berühre, so der Beteiligte zu 2), nicht die Wirksamkeit der KBV im Übrigen, die normativen Charakter hätten und auch ohne die Geltung der Hypotax-Regelungen sowie der Regelung zur Inanspruchnahme des Steuerberaters noch eine sinnvolle und geschlossene Regelung ergäben.

Erstinstanzlich hat der Beteiligte zu 1) daher beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass

- a) Ziffer 12 „Steuern“ der Anlage 1 „Entsendebedingungen Ausland in der Fassung vom 12.12.2012“ zur Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009  
und  
b) der Anhang B „Steuerausgleich-Grundsätze“ sowie  
c) Ziffer 7 Abs. 1 und 2 des Musterentsendungsvertrages (Anlage 2 „Musterentsendungsvertrag“ zur Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009)  
unwirksam sind.
2. Es wird festgestellt, dass die Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009 mit allen Anlagen und Protokollnotizen im Übrigen wirksam ist.

**hilfsweise:**

1. Es wird festgestellt, dass
- a) Ziffer 12 „Steuern“ der Anlage 1 „Entsendebedingungen Ausland in der Fassung vom 12.12.2012“ zur Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009  
und  
b) der Anhang B „Steuerausgleich-Grundsätze“ zur Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009  
sowie  
c) Ziffer 7 Abs. 1 und 2 des Musterentsendungsvertrages (Anlage 2 „Musterentsendungsvertrag“ zur Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009)  
unwirksam sind, soweit sie sich auf Beschäftigte beziehen, die nicht zu leitenden Angestellten gehören und vom persönlichen Geltungsbereich der Tarifverträge der Metallindustrie erfasst werden.
2. Es wird festgestellt, dass die Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009 mit allen Anlagen und Protokollnotizen im Übrigen wirksam

ist, soweit sie sich auf Beschäftigte beziehen, die nicht zu leitenden Angestellten gehören und vom persönlichen Geltungsbereich der Tarifverträge der Metallindustrie erfasst werden.

Die Beteiligte zu 2) hat

Zurückweisung der Anträge

beantragt.

Sie hat die Regelungen zur Hypotax für wirksam erachtet. Ihnen liege der Gedanke zugrunde sicherzustellen, dass die Mitarbeiter bei vorübergehender Auslandsentsendung das gleiche Nettogehalt erhielten, das sie bei einer Tätigkeit in Deutschland bekämen. Um dies sicherzustellen, könne man letztlich nur auf eine fiktive Besteuerung zurückgreifen und über dieses Verfahren eine definierte Nettovergütung festlegen. Dass diese Methode anerkannt sei, zeige auch eine Mercer-Studie, wonach 72 % aller befragten Unternehmen bei Auslandsentsendungen ein Hypotax-Verfahren anwendeten. Das Verfahren gebe den Mitarbeitern große Planungssicherheit, denn sie würden bereits bei Beginn der Entsendung wissen, welche Nettoleistungen sie erhielten, und nähme ihnen das Risiko der Änderung der Steuersätze wie die Abführung der Steuer, die etwa in Frankreich vom Arbeitnehmer zu organisieren sei, ab.

Ein Verstoß gegen steuerrechtliche Regelungen sei nicht gegeben, da der Mitarbeiter im Außenverhältnis Steuerschuldner bleibe und keine Änderungen bei der Anwendbarkeit des Steuerrechts vorgesehen seien. Die KBV regele vielmehr ausschließlich und zulässig die Tragung der Steuerlast im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Ein Verstoß gegen den Tarifvorbehalt in § 77 Abs. 3 BetrVG bzw. § 87 Abs. 1 HS. 1 BetrVG liege nicht vor; die Entgelttarifverträge der Metallindustrie seien bei Auslandsentsendungen nicht anwendbar, ihr räumlicher Geltungsbereich auf Deutschland beschränkt. Im Übrigen sei mit dem Strukturtarifvertrag die Weitergeltung der KBV vereinbart und später von den Arbeitgeberverbänden genehmigt worden, was eine tarifrechtliche Öffnungsklausel darstelle.

Die Hypotax-Regelung entspreche auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Sie stelle stets sicher, dass der Mitarbeiter ein bestimmtes, vorab definiertes Nettoentgelt erhalte,

welches seinem Nettolohn in Deutschland entspreche, unabhängig davon, ob er in einem Land mit höheren oder niedrigeren Steuern als in Deutschland tätig werde. Faktisch führe das Gesamtpaket der in der KBV vereinbarten Leistungen zudem zu einem im Ergebnis höheren Einkommen, so dass von einer Absenkung der Vergütung nicht gesprochen werden könne.

Für die Frage von Teil- oder Gesamtnichtigkeit sei zu berücksichtigen, dass die Hypotax-Regelung eben Teil eines Gesamtsystems von Entsendebedingungen sei. Dies zeige auch die Regelung in Ziffer 3.1 der Anlage 1 zur KBV, die unter der Überschrift „Entsendebedingte Zahlungen“ ein Gesamteinkommen definiere, welches aus dem monatlichen Entgelt sowie zusätzlichen Leistungen (wie beispielsweise der Mobilitätszulage) bestehe.

Mit Beschluss vom 04.07.2018, auf den hinsichtlich seiner Ausführungen und Begründung (in Bl. 264 ff. d.A.) ergänzend Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht München dem Hauptantrag in Ziffer 1 entsprochen, ihn im übrigen aber zurückgewiesen. Es hat die Zuständigkeit des vertragsschließenden Konzernbetriebsrats verneint und ist so zur Gesamtnichtigkeit der KBV gekommen. Namentlich liege kein Fall der subjektiven Unmöglichkeit vor; denn die Regelungen der KBV beträfen nicht ausschließlich freiwillige Leistungen, wenn darin auch im Rahmen des zu definierenden Gesamteinkommens das monatliche Brutto-Entgelt enthalten sei. Dieses sei – entweder nach § 77 Abs. 3 TVG oder jedenfalls nach § 612 BGB – geschuldet und im Anschluss an die Rechtsprechung des BAG nicht für den Arbeitgeber freiwillig. Angesichts des Gesamtcharakters der Regelungen, auf die gerade auch die Beteiligte zu 2) rekurriere, könnten die zusätzlichen Leistungen, die isoliert betrachtet freiwillig wären, nicht mehr abgespalten und gesondert bewertet werden. Die Gesamtheit der Vergütungsbestandteile bilde eine Vergütungsordnung, bei deren Aufstellung wie Veränderung der Betriebsrat mitzubestimmen habe.

Gegen diese ihnen am 11.07.2018 zugestellte Entscheidung haben beide Beteiligte – der zu 1) mit Schriftsatz vom 26.07.2018, eingegangen am 30.07.2018, die zu 2) mit solchem unter dem Datum des 10.06.2018, eingegangen am 13.08.2018 – Beschwerde eingelegt und diese unter dem 04.10.2018 bzw. 11.10.2018 innerhalb der bis zum 11.10.2018 verlängerten Frist begründet.

Im Verfahren, an dem alle Betriebs- und Gesamtbetriebsratsgremien der von der Beteiligten zu 2) vertretenen Unternehmen beteiligt worden sind, halten beide Beteiligten die Zuständigkeit des KBR für den Abschluss der KBV für gegeben.

Die Leistungen der KBV seien freiwillig, die Unterstützung der Beschäftigten habe durch sie erhöht und die Nebenleistungen vergrößert werden solle; damit seien Grundsätze aufgestellt worden, die künftig konzernweit gelten sollten.

Für die Zuständigkeit spreche, so die Beteiligte zu 2), außerdem der erhebliche administrative Aufwand, der andernfalls notwendig wäre, zudem technische Notwendigkeiten im Hinblick auf das einheitliche SAP-System der Abrechnungen. Die KBV sei außerdem ein Instrument der konzernweiten Personalplanung.

Unter Wiederholung seiner erstinstanzlichen Ansichten bleibt der Beteiligte zu 1) dabei, dass die steuerlichen Regelungen unwirksam seien, weil sie zu einem Abzug von der vertraglich vereinbarten bzw. tariflich geltenden Vergütung führten und damit die Entgelthöhe regelten; dies sei den Betriebsparteien nicht gestattet. Ebenso wenig könnten sie die Konsultation eines bestimmten Steuerberaters vorschreiben.

Die KBV im übrigen sei wirksam. Sie stelle eine sinnvolle und anwendbare Regelung dar. Selbst ein etwa anderer Wille der die Betriebsvereinbarung abschließenden Betriebsparteien stehe dem nach höchstrichterlicher Rechtsprechung angesichts des Normencharakters der Vereinbarung im Interesse der Kontinuität und Rechtsbeständigkeit nicht entgegen.

Im Hinblick auf vom Erstgericht geäußerte Zweifel an der Festlegung zum Sozialversicherungsausgleich in der KBV hat der Beteiligte zu 1) beantragt,

unter Abänderung des Beschlusses des Arbeitsgerichts München vom 04.07.2018, 28 BV 406/17, wird festgestellt, dass die Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009 mit allen Anlagen und Protokollnotizen abgesehen von den im Tenor zu 1. des Arbeitsgerichts München festgestellten Regelungen im Übrigen wirksam ist,

**hilfsweise**

dass die Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009 mit allen Anlagen und Protokollnotizen abgesehen von den im Tenor zu

1. des Arbeitsgerichts München festgestellten Regelungen und mit Ausnahme der Regelungen zum Sozialversicherungsausgleich in Ziff. 13.3 der Anlage 1 zur Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen in der Fassung vom 12.12.2012 und in Ziff.7 Abs.4 des Musterentsendungsvertrages (Anlage 2 zur Konzernbetriebsvereinbarung vom 27.03.2009) im Übrigen wirksam ist,

**weiter hilfsweise**

unter Abänderung des Beschlusses des Arbeitsgerichts München vom 04.07.2018, 28 BV 406/17, wird festgestellt, dass die Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009 mit allen Anlagen und Protokollnotizen abgesehen von den im Tenor zu 1. des Arbeitsgerichts München festgestellten Regelungen im Übrigen wirksam ist, soweit sie sich auf Beschäftigte beziehen, die nicht zu leitenden Angestellten gehören und vom persönlichen Geltungsbereich der Tarifverträge erfasst werden,

**weiter hilfsweise**

dass die Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen vom 27.03.2009 mit allen Anlagen und Protokollnotizen abgesehen von den im Tenor zu 1. des Arbeitsgerichts München festgestellten Regelungen und mit Ausnahme der Regelungen zum Sozialversicherungsausgleich in Ziff. 13.3 der Anlage 1 zur Konzernbetriebsvereinbarung über Auslandsentsendungen in der Fassung vom 12.12.2012 und in Ziff.7 Abs.4 des Musterentsendungsvertrages (Anlage 2 zur Konzernbetriebsvereinbarung vom 27.03.2009) im Übrigen wirksam ist, soweit sie sich auf Beschäftigte beziehen, die nicht zu leitenden Angestellten gehören und vom persönlichen Geltungsbereich der Tarifverträge erfasst werden.

Die Beteiligte zu 2) beantragt,

die Anträge des Beteiligten zu 1) unter Abänderung des Beschlusses des Arbeitsgerichts München vom 4.7.2018, Az. 28 BV 406/17, zurückzuweisen.

Der Beteiligte zu 1) beantragt,

die Beschwerde der Beteiligten zu 2) zurückzuweisen.

Die Beteiligte zu 2) hält die KBV weiterhin insgesamt für wirksam. Die Hypotax-Regelungen seien nicht zu beanstanden. Mit ihrem Nettosteueransatz, wonach alle Leistungen netto

vorhersehbar und damit von steuerlichen Regelungen unabhängig seien, biete sie den Mitarbeitern bestmöglichen Schutz vor unerwarteten Steuerzahlungen. Insgesamt sei eine Entsendung für die Arbeitnehmer wirtschaftlich immer lukrativ, denn selbst, wenn die Hypotax-Regelung sich im Einzelfall nachteilhaft auswirke, sei sie doch Teil eines Gesamtpakets, das insgesamt sehr großzügig und durch die netto konzipierten Entsendungsleistungen immer zu einer nicht unter dem Inlandsnetto Gehalt liegenden Finanzausstattung der Mitarbeiter führe.

Sei die Hypotaxregelung tatsächlich unwirksam, so gelte dies für die gesamte KBV. Denn diese sei ein Gesamtpaket, aus dem jene nicht einfachhin herauszulösen sei. Auch wenn dabei nicht auf den Willen der Betriebsparteien abzustellen sei, so ergebe sich dieser Zusammenhang aus der KBV selbst, namentlich aus Ziffer 3, in der die Hypotax-Regelung eine von mehreren Entsendungsbedingungen darstelle, die in Ziffer 12 der Anlage 1 zusammengestellt seien; dadurch sei der Zusammenhang objektiviert.

Ergänzend wird bezüglich des Sachvortrags der Beteiligten und ihrer Rechtsauffassungen auf die gewechselten Schriftsätze samt Anlagen, insbesondere die des Beteiligten zu 1) erstinstanzlich vom 08.12.2017, 16.04.2018, 31.05.2018 (Bl. 1 ff., 216 ff., 241 f. d.A.) und zweitinstanzlich vom 04.10.2018, 15.11.2018, 08.01.2019, 14.01.2019, 14.02.2019, 29.05.2019, 09.09.2019 und 11.09.2019 (Bl. 344 ff., 433 f., 458 ff., 474 ff., 481 ff., 613 ff., 830 f., 838 f. d.A.), die der Beteiligten zu 2) erstinstanzlich vom 08.03.2018, 27.03.2018, 08.05.2018 und vom 18.06.2018 (Bl. 122 ff., 155 ff., 232 ff., 253 ff. d.A.) und in der Beschwerdeinstanz vom 11.10.2018, 19.11.2018, 19.12.2018, 15.02.2019, 29.08.2019 und 11.09.2019 (Bl. 402 ff., 437 ff., 448 ff., 507 ff., 815 ff., 833 ff. d.A.) sowie auf die Protokolle der Anhörungen vor dem Arbeitsgericht vom 16.05.2018 (Bl. 238 ff. d.A.) und vor dem Landesarbeitsgericht vom 21.02.2019 und 05.09.2019 (Bl. 515 ff. bzw. 820 ff. d.A.) Bezug genommen.

- 20 -

II.

Die Beschwerden der Beteiligten sind zulässig, die des Beteiligten zu 1) ist außerdem begründet, die der Beteiligten zu 2) bleibt in der Sache hingegen ohne Erfolg.

1. Die Beschwerden sind zulässig, insbesondere sind sie gemäß § 87 Abs. 1 ArbGG statthaft und form- wie fristgerecht i.S.v. §§ 89 Abs. 2, 87 Abs. 2 S. 1, 66 Abs. 1 S. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO eingelegt und begründet worden. Angesichts der Zustellung des angegriffenen Beschlusses am 11.07.2018 lief die Monatsfrist nach §§ 87 Abs. 2, 64 Abs. 5 ArbGG, 525, 222 ZPO, 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193 BGB am Montag, den 13.08.2018, ab. Die am 30.07.2018 und 13.08.2019 eingegangenen Schriftsätze genügen dieser Vorgabe; die Begründung erfolgte innerhalb der verlängerten Frist jeweils am 11.10.2018.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 2) ist trotz des nur rudimentären Antrags ausreichend bestimmt i.S.d. §§ 87 Abs. 2, 64 Abs. 6 ArbGG, 520 Abs. 3 Nr. 1 ZPO. Erkennbar geht es der Beschwerdeführerin weiterhin um die erstinstanzlich verfolgte Gesamtabweisung der Anträge. Wenn sie daher die Abänderung des erstinstanzlichen Beschlusses beantragt, so ist dies in diesem Sinne zu verstehen.

2. Die Beschwerde der Beteiligten zu 2) ist unbegründet: Die vom Beteiligten zu 1) monierten Regelungen zur steuerlichen Behandlung des Entgelts und zur verpflichtenden Nutzung eines vom Arbeitgeber benannten Steuerberaters in Ziffer 12 „Steuern“ der Anlage 1 „Entsendebedingungen Ausland in der Fassung vom 12.12.2012“ zur KBV, im Anhang B „Steuerausgleich-Grundsätze“ sowie in Ziffer 7 Abs. 1 und 2 des Musterentsendungsvertrages (Anlage 2 zur KBV) sind unwirksam.
  - a. Die KBV ist wirksam zustande gekommen.

Sie entspricht der Einigung der Betriebsparteien und wahrt die Schriftform des § 77 Abs. 2 BetrVG.

Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts war der beteiligte Konzernbetriebsrat für die Absprache zuständig.

(1) Nach § 58 Abs. 1 BetrVG ist der Konzernbetriebsrat zuständig für die Behandlung von Angelegenheiten, die den Konzern betreffen und nicht durch die einzelnen Gesamtbetriebsräte innerhalb ihrer Unternehmen geregelt werden können.

Danach ist der Konzernbetriebsrat überhaupt nur zuständig, wenn eine Angelegenheit den Konzern oder zumindest mehrere Konzernunternehmen betrifft. Außerdem muss in diesen Fällen die Beteiligungsangelegenheit nicht auf Gesamtbetriebsratsebene geregelt werden können. Damit sind nicht nur Angelegenheiten gemeint, deren Regelung dem Gesamtbetriebsrat objektiv unmöglich sind; vielmehr erfasst § 58 Abs. 1 BetrVG – entsprechend den Kriterien zum Verhältnis zwischen Einzel- und Gesamtbetriebsrat nach § 50 Abs. 1 BetrVG (BAG v. 20.12.1995, 7 AZR 8/95 Rz.50 – *zitiert nach juris*) – auch Fälle der subjektiven Unmöglichkeit. Subjektiv ist den einzelnen Gesamtbetriebsräten eine Regelung im gesamten Bereich freiwilliger Betriebsvereinbarungen unmöglich, wenn der Arbeitgeber nur auf Konzernebene zu einer Regelung bereit ist: (nur) dann, wenn der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei darüber entscheiden kann, ob er eine Leistung überhaupt erbringt, kann er diese auch von einer über die Unternehmensgrenzen hinweg geltenden Regelung abhängig machen und so die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats für den Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung herbeiführen (für Konzernbetriebsvereinbarungen BAG v. 24.01.2006, 3 AZR 483/04 Rz.42 – *zitiert nach juris*; LAG Baden-Württemberg v. 12.05.2017, 7 Sa 9/16 Rz.38 – *zitiert nach juris*; zu Gesamtbetriebsvereinbarungen BAG v. 13.03.2001, 1 ABR 7/00 Rz.30 – *zitiert nach juris*; BAG v. 18.5.2010, 1 ABR 96/08 Rz. 15 – *zitiert nach juris*; Fitting 29. Aufl. § 50 Rz.24; § 58 Rz.11).

Besteht Tarifbindung, so ist der Arbeitgeber den Tarifmitarbeitern hinsichtlich der tariflichen Leistungen verpflichtet, hinsichtlich der Einführung über-tariflicher Leistungen hingegen frei; letztere kann er von der Verhandlung mit dem Gremium einer bestimmten Ebene – Gesamt- oder Konzernbetriebsrat - abhängig machen (BAG v. 10.10.2006, 1 ABR 59/05 Rz. 8 – *zitiert nach juris*; BAG v. 26.08.2008, 1 AZR 354/07 Rz.20 – *zitiert nach juris*; BAG v. 23.06.2009, 1 AZR 214/08 Rz.16 – *zitiert nach juris*; BAG v. 23.03.2010, 1 ABR 82/08 Rz. 18 – *zitiert nach juris*; LAG München v. 27.10.2017, 7 TaBV 51/15 Rz. 77 – *zitiert nach juris*; Fitting 29. Aufl. § 50 Rz. 24 und § 87 Rz.444 ff.).

Bei außertariflichen Mitarbeitern ist der Arbeitgeber zur Vergütung ebenfalls – jedenfalls nach § 612 BGB – verpflichtet: über das Ob einer Zahlung kann er nicht entscheiden (BAG v. 18.5.2010, 1 ABR 96/08 Rz. 19 – *zitiert nach juris*). Daher ist auch die Einführung neuer Vergütungsbestandteile mitbestimmungspflichtig (BAG 6.12.88, 1 ABR 44/87 Rz 55 ff. – *zitiert nach juris*; BAG v. 18.05.10, 1 ABR 96/08 Rz. 18– *zitiert nach juris*; Fitting 29. Aufl. § 87 Rz. 452)

(2) Unter Anwendung dieser Grundsätze ist vorliegend die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats für den Abschluss der KBV zu bejahen.

(a) Die Zusammenstellung von Bedingungen für Auslandsentsendungen betraf den gesamten Konzern.

Konzernweit wurden und werden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer regelmäßig zu anderen Konzernunternehmen ins Ausland geschickt. Einheitliche Regelungen, die alle Konzernmitarbeiter gleich behandeln würden, betreffen alle Konzernunternehmen.

(b) Derartige einheitliche Regelungen konnten nicht auf anderer als auf Konzernebene gefunden werden. Es lag ein Fall der subjektiven Unmöglichkeit der anderen Gremien vor.

- (i) Die Arbeitgeber, repräsentiert durch das 2009 (noch) führende Unternehmen, machten den Vorschlag eines Pakets von Entsendeleistungen, das teilweise Geldleistungen als Ausgleich für besondere Aufwendungen, teils Verfahrensregelungen – etwa hinsichtlich Heimfahrten und Sprachkursen -, teils Dienstleistungen wie die der Steuerberaterstellung umfasste.
- (ii) Diese Leistungen waren dem Grunde nach freiwillig.

Für sie bestand in der Vergangenheit keine Verpflichtung der Konzernarbeitgeber. Namentlich gingen sie in ihrer Konzeption wie der finanziellen Ausstattung über die vereinzelt durch Gesamtbetriebsvereinbarung versprochenen hinaus.

An dieser Betrachtung ändert nichts, dass in der Liste der Entsendebedingungen nach Anlage 1 der KBV unter Ziffer 3.1. auch das Entgelt aufgenommen wurde. Gegenstand der Vereinbarung war nicht die Höhe dieser Vergütung, sondern ihre (steuerliche) Behandlung sowie die Zusatzleistungen. Dass die Mittel zu deren Konzeption zur Verfügung gestellt wurden, war ein freiwilliger Akt; wie sie eingeteilt und unter welchen Voraussetzungen sie gezahlt werden sollten, war dann wieder Gegenstand der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.

Dass eventuell einige mitgeregelter Einzelpunkte auch auf niedrigerer Ebene geregelt werden konnten und damit der grundsätzlichen Zuständigkeit anderer Gremien unterfielen, ändert an der Berechtigung des Konzernbetriebsrats hier nichts; denn seine Zuständigkeit beschränkt sich nicht auf eine bloße Rahmenkompetenz, sondern auf alle mit der einheitlichen Angelegenheit der Entsendung zusammengehörigen Elemente (BAG v. 14.11.2006, 1 ABR 4/06 Rz. 33 – *zitiert nach juris*; 18.07.2017, 1 ABR 59/15 Rz. 21 – *zitiert nach juris*).

- (iii) Die freien Mittel machten die Arbeitgeber abhängig von einer konzern einheitlichen Regelung.
- b. Die vom Beteiligten zu 1) nunmehr beanstandeten Regelungen zur steuerlichen Behandlung sind unwirksam. Sowohl die Hypotax-Regelung wie die Festlegung zur Konsultation eines Steuerberaters verstoßen gegen höherrangiges Recht.
  - (1) Die Regelungen zu den steuerrechtlichen Grundsätzen unter Ziffer 12 der Anlage 1, in Anhang B und unter Ziffer 7 Abs. 1 und 2 der Anlage 2 zur KBV sind unwirksam. Sie betreffen keinen Gegenstand der zwingenden Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG und überschreiten die Grenze der individuellen Rechtspositionen der Arbeitnehmer in einer Weise, die § 88 BetrVG nicht deckt.
    - (a) Die Hypotaxregelungen unterfallen nicht der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.
      - (i) Nach hat die zuständige Arbeitnehmervertretung in Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen und der Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung, mitzubestimmen. Das Beteiligungsrecht soll die Arbeitnehmer vor einer einseitig an den Interessen des Unternehmens orientierten Lohngestaltung schützen. Zugleich soll die Einbeziehung des Betriebsrats zur Wahrung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit sowie zur Sicherung der Angemessenheit und Durchsichtigkeit des Lohngefüges beitragen. Der Mitbestimmung unterliegt daher die Entscheidung darüber, nach welchen Kriterien sich die Berechnung der einzelnen Leistungen und deren Höhe im Verhältnis zueinander bestimmen

soll (BAG v. 06.12.1988, 1 ABR 44/87 Rz. 52 – *zitiert nach juris*; BAG v. 18.05.2010, 1 ABR 96/08 Rz.13 – *zitiert nach juris*). Nicht umfasst ist hingegen die Höhe des Entgelts; zu dessen Bestimmung besteht kein Mitbestimmungsrecht (BAG v. 06.12.1988, 1 ABR 44/87 Rz. 52 – *zitiert nach juris*; BAG v. 25.09.2018, 3 AZR 402/17 Rz. 37 – *zitiert nach juris*; BAG v. 23.07.2019, 3 AZR 377/18 Rz. 46 – *zitiert nach juris*; Fitting 29. Aufl. § 87 Rz. 419).

- (ii) Die hiesigen Festlegungen der Betriebspartner betreffen die Höhe des Entgelts. Sie greifen in die Bruttovergütung, die sie ausdrücklich voraussetzen, wie sich aus Ziffer 1 Abs. 3 des Musterentsendungsvertrags in Anlage 2 zur KBV ergibt, und die anderweitig geregelt ist, ein, indem sie einen zwangsweisen Abzug von dem dem Mitarbeiter zustehenden Bruttoentgelt vorsehen mit dem Ziel, die bestehende Bruttovereinbarung durch die betriebliche Absprache zu einer auf die Nettosumme zu machen.
  
- (b) Die Betriebsparteien können die Regelungen nicht als freiwillige Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG schaffen. Ihnen kommt zwar grundsätzlich eine umfassende Regelungskompetenz zu, soweit der Gegenstand nicht nach § 77 Abs. 3 BetrVG durch Tarifvertrag geregelt ist oder üblicherweise geregelt wird. Grenzen der Regelungskompetenz ergeben sich aber insbesondere aus der ihnen nach § 75 Abs. 2 BetrVG obliegenden Verpflichtung, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Sie haben damit auch die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit zu beachten. Zwar wird diese, soweit sie über den Kernbereich der Persönlichkeit hinausgeht, ihrerseits durch die verfassungsmäßige Ordnung beschränkt,

zu der auch die von den Betriebsparteien im Rahmen ihrer Regelungskompetenz geschlossenen Betriebsvereinbarungen gehören. Zugleich sind jedoch die einzelnen Grundrechtsträger vor unverhältnismäßigen Grundrechtsbeschränkungen durch privatautonome Regelungen zu schützen (BAG v. 12.12.2006, 1 AZR 96/06 Rz. 23 f. – *zitiert nach juris*).

Die von den Betriebsparteien getroffene Regelung muss daher geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Geeignet ist die Regelung dann, wenn mit ihrer Hilfe der erstrebte Erfolg gefördert werden kann. Erforderlich ist sie, wenn kein anderes, gleich wirksames, aber die Handlungsfreiheit weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung steht. Angemessen ist sie, wenn sie verhältnismäßig im engeren Sinn erscheint. Es bedarf hier einer Gesamtabwägung zwischen der Intensität des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe; die Grenze der Zumutbarkeit darf nicht überschritten werden (BAG v. 19.01.1999, 1 AZR 499/98 Rz. 43 – *zitiert nach juris*; BAG v. 12.12.2006, 1 AZR 96/06 Rz. 24 – *zitiert nach juris*).

- (i) Ausgeschlossen sind dadurch namentlich Lohnverwendungsbestimmungen, die dem Arbeitnehmer eine bestimmte Nutzung seiner Vergütung – etwa durch einen erzwungenen Kantinenbeitrag oder Aufwandsentschädigung für die Bearbeitung von Gehaltspfändungen – vorschreiben und ihn unverhältnismäßig belasten. Sie führen zu Einschränkungen der ihm zustehenden Freiheit, über seinen Lohn zu verfügen, und greifen auf diese Weise in seine außerbetriebliche Lebensgestaltung ein (BAG v. 11.07.2000, 1 AZR 551/99 Rz. 29 ff. – *zitiert nach juris*; BAG v. 18.07.2006, 1 AZR 578/05 Rz. 22 ff. – *zitiert nach juris*; Fitting § 77 Rz.57; Richardi § 77 Rz. 116) .

- (ii) Den genannten rechtlichen Anforderungen wird die KBV in den fraglichen Passagen zur Hypotax nicht gerecht.

Die Regelung gibt die teilweise Verwendung des den Arbeitnehmern zustehenden Bruttoentgelts vor (so auch die von der Beteiligten zu 2) vorgelegte Entscheidung des ArbG Koblenz v. 21.06.2011, 8 Ca 2813/10, auf S. 9 ff.). Dabei bestimmt die KBV, dass ein Arbeitnehmer sich dem Solidarsystem des Steuerausgleichs anschließt; sie überlässt die Entscheidung darüber nicht den Mitarbeitern (anders als in der Entscheidung des Arbeitsgerichts Koblenz vom 21.06.2011, 8 Ca 2813/10). Insofern ist sie eine Art Zwangsversicherung.

Dabei greift sie unverhältnismäßig in die Handlungsfreiheit namentlich der Arbeitnehmer ein, die im Ausland tatsächlich einer geringeren Steuer unterworfen sind, dennoch aber an ihren Arbeitgeber eine höhere pauschalierte deutsche Einkommenssteuer abzuführen haben. Angesichts dessen, dass etwa im Oktober 2016 mehr als die Hälfte der entsandten Mitarbeiter in Frankreich und damit in einem Niedrigsteuerland zum Einsatz kamen, berührt dies einen großen Anteil der von der KBV betroffenen Arbeitnehmer.

Die Betriebsparteien verfolgten mit der Regelung das Ziel, einerseits für die Entsandten die wirtschaftlichen Auswirkungen überschaubar zu halten, indem ihnen im Aus- wie im Inland weitgehend dieselbe Nettovergütung zufließen sollte, andererseits die entsendeten Mitarbeiter am Zielort insofern gleich zu behandeln, dass sich die Entsendung für alle neutral und nicht für manche angesichts der Steuergesetze vor- und für andere nachteilhaft auswirke.

Für das erste Ziel ist die Hypotaxbehandlung zwar geeignet, nicht aber erforderlich. Die Vorhersehbarkeit der wirtschaftlichen Auswirkungen hätte ebenso durch fakultative Beratung durch einen Steuerberater erfolgen können. Jedenfalls aber ist die Regelung nicht angemessen, weil sie manchen für diese Vorhersehbarkeit durch den Steuerabzug gewissermaßen zahlen lässt. Der Wunsch, dass am Zielort kein Mitarbeiter sich benachteiligt sehe durch die landesüblichen Steuersätze, kann genauso wenig auf Kosten derjenigen erfolgen, für die sich der Aufenthalt steuerrechtlich günstig auswirkte: Dies ist den Landesgesetzen geschuldet und nicht im Wege der „Abschöpfung“ durch den Arbeitgeber zu korrigieren.

(2) Auch die Festlegungen zur notwendigen Konsultation eines vom Arbeitgeber benannten Steuerberaters sind nicht Gegenstand zwingender Mitbestimmung und verstoßen gegen die Handlungsfreiheit der Betroffenen. Sie sind außerdem von der Nichtigkeit der Hypotaxregelung erfasst.

(a) Es handelt sich dabei nicht um einen Fall der Mitbestimmung der betrieblichen Ordnung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Vielmehr geht es um das außerbetriebliche private Verhalten der Arbeitnehmer in der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung (BAG v. 23.08.2012, 8 AZR 804/11 Rz.26- *zitiert nach juris*).

Daran ändert nichts, dass nach der KBV der Arbeitgeber im Innenverhältnis zur Zahlung der Steuern verpflichtet sein sollte und die Arbeitnehmer umgekehrt ihm eine hypothetische Steuer leisten sollten. Denn dadurch wird die Modalität der Umsetzung dieser Verpflichtungen nicht selbst zur Pflicht; mag es auch aus Sicht des Arbeitgebers zweckmäßig sein, eine erfahrene Steuerberatungsgesellschaft einzubinden, so ist dies jedenfalls nicht unumgänglich für die Vertragsdurchführung (BAG v. 23.08.2012, 8 AZR 804/11 Rz.25 – *zitiert nach juris*).

- (b) Die Verpflichtung, die Dienste des Steuerberaters zu nutzen, greift unverhältnismäßig in die Handlungsfreiheit der Betroffenen und ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG ein.

Der Eingriff besteht darin, ihre persönlichen Steuerdaten an Dritte auch ohne ihren Willen bekannt zu geben. Sie werden durch die Regelung außerdem gehindert, Steuererklärungen zu unterlassen.

Dem steht das Interesse des Arbeitgebers auf eine korrekte Durchführung der KBV und der darin geregelten Pflichten gegenüber. Die Nichtigkeit aber gerade der steuerrechtlichen Absprachen macht dieses Ziel obsolet.

Soweit die Regelung außerdem den Mitarbeitern Unterstützungsleistungen bieten sollte, ist sie unverhältnismäßig: Sie ist dazu zwar geeignet, nicht aber erforderlich; denn das Angebot einer entsprechenden Beratung ohne den Zwang, sie in Anspruch zu nehmen, wäre ebenso geeignet und weniger eingreifend.

3. Die Beschwerde des Beteiligten zu 2) ist demgegenüber begründet. Entsprechend war die erstinstanzliche Entscheidung abzuändern und im Sinne des zweiten Hauptantrags zu erkennen.

- a. Der Hauptantrag II des Beteiligten zu 1) ist zulässig.

Der Beteiligte zu 1) begehrt mit seinem Antrag die Feststellung, dass die KBV trotz ihrer Teilunwirksamkeit bezüglich der steuerlichen Regelungen im übrigen wirksam ist.

Der Feststellungsantrag ist hinreichend bestimmt i.S.v. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und betrifft ein Streitiges betriebsverfassungsrechtliches Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO: Es geht um die Geltung der KBV.

Das nach § 256 Abs. 1 ZPO notwendige Feststellungsinteresse ergibt sich aus der Klarstellungsfunktion einer Entscheidung im Streit der Beteiligten über diese Frage.

- b. Der Antrag ist begründet: Zutreffend geht der Beteiligte zu 1) von einer nur teilweisen Nichtigkeit der KBV und ihrer Fortgeltung im übrigen aus.

- (1) Die KBV ist nicht deshalb unwirksam, weil die Festlegungen zur Hypotax unwirksam sind. Die Unwirksamkeit der Steuerregelungen lässt den Bestand der KBV im übrigen unberührt.

- (a) Teilunwirksamkeit einer Betriebsvereinbarung hat die Unwirksamkeit aller Regelungen zur Folge, wenn der verbleibende Teil ohne die unwirksamen Bestimmungen keine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält. Stellt sich dagegen der verbleibende Teil einer Betriebsvereinbarung als eine weiterhin sinnvolle und anwendbare Regelung dar, so kommt es für deren isolierte Weitergeltung auf einen möglicherweise entgegenstehenden Willen der Betriebsparteien regelmäßig nicht an. Dies folgt aus dem Normcharakter einer Betriebsvereinbarung, der es ebenso wie bei Tarifverträgen und Gesetzen gebietet, im Interesse der Kontinuität und Rechtsbeständigkeit einer gesetzten Ordnung diese soweit aufrecht zu erhalten, wie sie auch ohne den unwirksamen Teil ihre Ordnungsfunktion noch entfalten kann (BAG v. 21.01.2003, 1 ABR 9/02 Rz.65 – *zitiert nach juris*; BAG v. 22.03.2005, 1 ABR 64/03 Rz. 61 – *zitiert nach juris*; Richardi-Richardi 16. Aufl. § 77 Rz. 49; Fitting 29. Aufl. § 77 Rz. 110). Ob dabei der Grundgedanke des § 139 BGB herangezogen wird oder nicht (im ersteren Sinne etwa BAG v. 22.07.2003, 1 ABR 28/02 Rz. 50 – *zitiert nach juris*; BAG v.

24.08.2008, 1 ABR 23/03 Rz. 58 – *zitiert nach juris*; zum Meinungsstand vgl. Richardi-*Richardi* 16. Aufl. § 77 Rz.49, m.w.N.), ist im Ergebnis unerheblich; denn jedenfalls ist die grundsätzliche Fortgeltung an objektivierten Kriterien zu prüfen.

- (b) Danach ist die KBV nicht insgesamt unwirksam. Sie bildet auch ohne die unwirksame Festlegung zur steuerlichen Behandlung eine in sich geschlossene und praktikable Regelung zu den Bedingungen von Entsendungen. Sie enthält ein umfassendes System von Leistungen, die die durch den Auslandsaufenthalt spezifischen Belastungen auffangen.

Entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 2) steht dem nicht entgegen, dass alle Leistungen als Gesamtpaket von Entsendebedingungen gedacht waren, wie sich etwa aus ihrer Auflistung unter Ziffer 12 der Anlage 1 ergibt. Die beanstandeten Steuerregelungen sind nicht derart grundlegend, dass ohne sie das Paket sinnentleert wäre. Auch wenn in Anlage B Ziffer 1 a.E. festgehalten ist, dass „durch die Grundsätze des Steuerausgleichs, des Sozialversicherungsausgleiches und der Nettovereinbarung von entsendungsbedingten Leistungen (...) die Neutralität der Vergütung unabhängig von den tatsächlichen Besteuerungssätzen und Sozialversicherungsbeiträgen während der Entsendung gewährleistet“ werde, so ist mit dem Wegfall des Steuerausgleichs dieses Ziel nicht gänzlich verfehlt. Im Gegenteil führte der Entzug der übrigen gewährten Leistungen dazu, dass die entsandten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter deutliche Verluste gegenüber ihrer wirtschaftlichen Situation im Inland hinzunehmen hätten. Wenn nämlich der Kaufkraftausgleich die Funktion hat, „den Verlust an Kaufkraft aufgrund höherer Lebenshaltungskosten im Gastland während des Auslandseinsatzes auszugleichen“ (Ziffer 1.1. des Anhangs A zur KBV), so besteht diese Mehrbelastung in jedem Fall und kann durch entsprechende Zahlungen neutralisiert werden. Selbes gilt für die Leistungen des

Sozialversicherungsausgleichs, die die Nachteile eines eventuellen Herausfalls aus dem deutschen Sozialversicherungssystem auffangen; auch sie verfehlen durch den Wegfall der steuerrechtlichen Regelungen nicht ihren Zweck.

Die KBV erhält durch dieses Verständnis keinen gänzlich neuen Sinn und gerät nicht in Ungleichgewicht. Das mit der KBV verfolgte Prinzip einer grundsätzlichen Nettobetrachtung ist mit Ausnahme des brutto zugesagten Entgelts für die übrigen Entsendeleistungen durch die KBV gewährleistet. Die steuerlichen Regelungen waren nicht, jedenfalls nicht vorrangig, als Kompensation der sonstigen Leistungen für die Arbeitgeber, sondern wie die sonstigen Leistungen als – grundsätzliche - Zuwendung und Erleichterung zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gedacht.

- (2) Entgegen den offenbar vom Arbeitsgericht angemerkten Zweifeln an den Regelungen zum Sozialversicherungsausgleich sind diese rechtlich nicht zu beanstanden; sie sind wirksam.

Zwar handelt es sich auch bei ihnen um Vorschriften zur Verwendung der Vergütung; denn parallel zur hypothetischen Besteuerung soll im Innenverhältnis der Arbeitnehmer weiterhin Beiträge in der Höhe der Arbeitnehmerbeiträge zur deutschen Versicherung bezahlen, während der Arbeitgeber die tatsächlichen Beiträge leistet. Dabei umfasst diese Beitragspflicht sowohl die im Gastland anfallenden Beiträge wie die zu einer Zusatzversicherung, die dem deutschen System vergleichbare Leistungen garantiert, als auch solche für die Anwartschaft in der deutschen Sozialversicherung (Ziffer 2.2. des Anhangs B zur KBV).

Ihr Eingriff in die Handlungsfreiheit der betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ist jedoch gerechtfertigt. Namentlich ist er verhältnismäßig.

- (a) Ziel der Absprache ist, die entsandten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auch in dem – nur ausnahmsweise eintretenden - Fall, dass

die Zugehörigkeit zum deutschen Sozialversicherungssystem nicht erhalten werden kann so zu behandeln, als seien sie weiterhin in Deutschland versichert, namentlich die Erhaltung des Sozialversicherungsstatus' und -Leistungspaktes.

(b) Die Maßnahmen zum Sozialversicherungsausgleich mit der Verteilung im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und entsandtem Arbeitnehmer sind zu diesem Zweck geeignet: diesem ist sowohl der Status als auch der Leistungsumfang eines in Deutschland Versicherten garantiert.

(c) Die Beteiligung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter durch die Leistung einer dem deutschen Arbeitnehmeranteil zum Sozialversicherungsbeitrag nachempfundenen Zahlung ist für diesen Zweck erforderlich: Sie erbringen dieselbe Gegenleistung für dieselbe Leistung wie bisher.

(d) Die Regelung ist schließlich angemessen. für ihre Beteiligung an dem System erhalten die Entsendeten in jedem Fall eine Gegenleistung, die das bisherige Niveau und den Stand ihrer Versicherung gewährleistet. Auch solchen, die in einem Land mit niedrigen Sozialversicherungskosten eingesetzt werden, wird vom Arbeitgeber eine Zusatzversicherung sowie eine Anwartschaft gezahlt. Eine allein nachteilhafte Wirkung kann der Sozialversicherungsausgleich – anders als der Steuerausgleich – nicht haben.

(3) Andere die Unwirksamkeit der KBV begründende Umstände oder teilweise unwirksame Regelungen sind nicht ersichtlich und zwischen den Beteiligten nicht streitig.

4. Von der Unwirksamkeit der steuerrechtlichen Regelungen bleiben die in Anhang B vorhandenen Regelungen zum Sozialversicherungsausgleich in Ziffern 1 Abs. 2 und 3, 2.2., 2.3. sowie 5 S.2 unberührt und bestehen. Dies war durch Abänderung des erstinstanzlichen Tenors klarzustellen, der Antrag des Beteiligten zu 1), der

sich auf die die Steuer betreffenden Regelungen bezog, entsprechend zu verstehen.

### III.

Eine Kostenentscheidung ist wegen der Kostenfreiheit des Verfahrens nach § 2 Abs. II GKG nicht veranlasst.

Die Rechtsbeschwerde gegen diese Entscheidung ist nicht zuzulassen, weil das Verfahren über die Klärung der zwischen den Beteiligten streitigen Beziehungen keine grundsätzliche Bedeutung nach §§ 92 Abs. I S. 1 und 2, 72 Abs. II ArbGG hat: allein die von der Beteiligten zu 2) benannte Üblichkeit einer Hypotax-Regelung bei Entsendungen macht die Entscheidung darüber nicht zu einer inhaltlich grundsätzlichen.

## **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben; auf § 92 a ArbGG wird hingewiesen.

Dr. Dickerhof-Borello

Högele

Zahn