

Der 6. Strafsenat des BGH würdigte einen arbeitsrechtlichen Sachverhalt strafrechtlich, hob Freisprüche des LG Braunschweig auf und verwies die Sache zurück (BGH, 10.1.2023 – 6 StR 133/22, PM Nr. 3/2023). Gegenstand des Urteils war die Gewährung von Arbeitsentgelten (Monatsentgelte und freiwillige Bonuszahlungen) an freigestellte Betriebsräte, welche die Zahlungen an die betriebsverfassungsrechtlich zutreffenden Vergleichsgruppen erheblich überstiegen. Hierdurch entstand der Volkswagen AG ein Schaden von mehr als 4,5 Mio. Euro. Nach Ansicht des LG haben die angeklagten früheren Vorstände und Personalleiter durch die Umstufung der Betriebsräte in deutlich höhere, dem „Managementkreis“ vorbehaltene Entgeltgruppen und die Gewährung freiwilliger Bonuszahlungen von jährlich 80 000 Euro bis 560 000 Euro je Betriebsrat den objektiven Tatbestand einer Untreue erfüllt. Ihnen fehle aber der erforderliche Vorsatz, weil sie sich auf die Einschätzungen interner und externer Berater verlassen bzw. ein bestehendes Vergütungssystem vorgefunden und irrtümlich angenommen hätten, eine Pflicht nicht zu verletzen. Die Urteilsfeststellungen genügten jedoch nicht den gesetzlichen Darstellungsanforderungen. Der Senat vermag daher nicht zu beurteilen, ob die Bewilligung den betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen widerspricht und ob das LG auf zutreffender Grundlage einen Vorsatz der Angeklagten verneint hat. Die Würdigung durch den Senat und dessen Entscheidung dürfte auch für weitere Sachverhalte interessant werden.



Prof. Dr. Christian Pelke,  
Ressortleiter Arbeitsrecht

## Entscheidungen

### **BAG: Hypotax-Verfahren bei vorübergehender Auslandsentsendung**

1. Bei einer Bruttolohnvereinbarung beinhaltet die arbeitsrechtliche Vergütungspflicht nicht nur die Nettoauszahlung, sondern umfasst auch die Leistungen, die nicht in einer unmittelbaren Auszahlung an den Arbeitnehmer bestehen. Abzug und Abführung von Lohnbestandteilen betreffen im Regelfall des im Inland durchgeführten Arbeitsverhältnisses nur die Frage, wie der Arbeitgeber seine Zahlungspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer erfüllt (Rn. 67).

2. Wenn während einer vorübergehenden Auslandsentsendung der Arbeitnehmer im Einsatzland steuerpflichtig ist und ein kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit normativ geltender Tarifvertrag eine Bruttovergütung vorsieht, erfüllt der Arbeitgeber den darauf gerichteten Anspruch des Arbeitnehmers nicht (teilweise) durch den Einbehalt der lediglich hypothetisch in Deutschland zu entrichtenden Lohnsteuer, die er nicht an die deutschen Finanzbehörden abführt (Rn. 59, 68).

3. Während einer Auslandsentsendung gezahlte Zulagen, die nach ihrer vertraglichen Grundlage eigenständige Zwecke verfolgen und die nicht im inneren Zusammenhang mit dem für die „bloße“ Arbeitsleistung geschuldeten Tariflohn stehen, erfüllen den Anspruch des Arbeitnehmers auf eine tarifliche Bruttovergütung nicht. Solche eigenständigen Zwecke können z. B. in der ggf. pauschalierten Abgeltung von finanziellem Mehraufwand oder sonstigen Belastungen durch die Tätigkeit im Ausland liegen (Rn. 69 ff.).

4. Bei sog. Hypotax- oder Steuerausgleichsverfahren handelt es sich üblicherweise um Netto-

lohnvereinbarungen besonderer Art. Der Arbeitnehmer soll bei Vereinbarung derartiger Verfahren während einer Auslandstätigkeit trotz Steuerpflicht im Einsatzland weiter die Nettovergütung erhalten, die er bei hypothetischer Weitergeltung des deutschen Steuerrechts beziehen würde. Dies kann vertraglich – wie vorliegend – als Berechnungsweg für die zu zahlende Nettovergütung geregelt werden. Wenn mangels beiderseitiger Tarifgebundenheit kein normativer Anspruch des Arbeitnehmers auf eine tariflich vorgesehene Bruttovergütung besteht, können Arbeitgeber und Arbeitnehmer abweichend hiervon für die Zeit einer Auslandsentsendung ein solches Verfahren – auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen – vereinbaren und durchführen (Rn. 50 ff.).

**BAG**, Urteil vom 7.9.2022 – 5 AZR 128/22  
(Orientierungssätze)

Volltext: **BB-ONLINE BBL2023-179-1**  
unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### **BAG: Luftfahrt – Wet-Lease als Arbeitnehmerüberlassung**

1. Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. Legaldefinition des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ist gekennzeichnet durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher. Kennzeichnend für die Überlassung von Arbeitnehmern ist, dass der Verleiher dem Entleiher die Befugnis einräumt, das ihm als Arbeitgeber zustehende Weisungsrecht dem Leiharbeitnehmer gegenüber auszuüben (Rn. 31).

2. Leiharbeitnehmer i. S. d. Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2008/104/EG ist ein Ar-

beitnehmer nur, wenn er vertraglich verpflichtet ist, bei einem entleihenden Unternehmen tätig zu werden und dort unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten. Dies hat zur Voraussetzung, dass der Dritte berechtigt oder faktisch in der Lage ist, den Einsatz und die Tätigkeit des Arbeitnehmers zu lenken. Andernfalls ist der Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/104/EG nicht eröffnet (Rn. 62).

**BAG**, Urteil vom 27.9.2022 – 9 AZR 468/21  
(Orientierungssätze)

Volltext: **BB-ONLINE BBL2023-179-2**  
unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### **BAG: Partielle Tariffähigkeit – Pflegebranche – Tariffähigkeit von ver.di**

1. Das besondere Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4, § 97 ArbGG dient der Sicherung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifautonomie. Deshalb ermöglicht es nicht, einen Antrag anzubringen, der auf die Feststellung einer lediglich branchenbezogenen Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung gerichtet ist. Ein solcher Antrag ist unzulässig (Rn. 11 ff.).

2. Die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung ist für den von ihr selbst beanspruchten Zuständigkeitsbereich einheitlich und unteilbar. Es gibt keine teilweise, auf bestimmte Branchen, Regionen, Berufskreise oder Personengruppen beschränkte Tariffähigkeit (Rn. 16).

3. Das Prinzip der Einheitlichkeit und Unteilbarkeit der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerorganisation sichert die Funktionsfähigkeit der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifautonomie. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (Rn. 17).

4. Das Prinzip der Einheitlichkeit und Unteilbarkeit der Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerorganisation gilt auch für die Pflegebranche (Rn. 18 ff.).