

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 331

Lohn vom Dritten

Zuwendungen Dritter an Arbeitnehmer
und ihre arbeits-, steuer- und
sozialversicherungsrechtliche Behandlung

Von

Felix Wobst



Duncker & Humblot · Berlin

FELIX WOBST

Lohn vom Dritten

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 331

Lohn vom Dritten

Zuwendungen Dritter an Arbeitnehmer
und ihre arbeits-, steuer- und
sozialversicherungsrechtliche Behandlung

Von

Felix Wobst



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Wintersemester 2014/2015
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Fotosatz Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-14684-0 (Print)
ISBN 978-3-428-54684-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84684-9 (Print & E-Book)
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Traditionell sind Dissertationsvorworte ein Ort des Dankes – dem möchte auch ich mich nicht verwehren: Allen voran danke ich meinem Doktorvater Professor Dr. Volker Rieble für die hervorragende und stets zielgerichtete Betreuung dieser Arbeit. Er war es auch, der ihr Thema angestoßen hat – ein Thema, das trotz großer praktischer Relevanz bislang kaum wissenschaftliche Beachtung gefunden hat. Professor Dr. Richard Giesen danke ich für die äußerst schnelle Zweitbegutachtung.

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München hat diese Arbeit im Wintersemester 2014/15 als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurden Literatur und Rechtsprechung bis zum 1.2.2015 berücksichtigt.

Kaufbeuren/München, im März 2015

Felix Wobst

Inhaltsübersicht

§ 1 Grundlegendes	21
A. Lohn vom Dritten als Rechtsproblem	21
B. Begriffsbestimmung	22
C. Beispiele	23
§ 2 Arbeitsrechtliche Aspekte	26
A. Drei-Personen-Verhältnis zwischen Dritten, Arbeitnehmer und Arbeitgeber	26
B. Drittzuwendungen im Lohngefüge	34
C. Allgemeine Lösungsansätze	52
D. Anspruchsbegründung	63
E. Anspruchsbeseitigung und Bestandsschutz	91
F. Gleichbehandlung und Diskriminierungsschutz	102
G. Fortzahlung	141
H. Lohnanpassung beim Wegfall von Drittlohn	165
I. Insolvenzschutz	169
J. Rechtsweg	171
K. Fazit: Arbeitsrecht außerhalb von Arbeitsverhältnissen?	177
§ 3 Steuerrechtliche Aspekte	182
A. Besteuerung von Drittlohn	182
B. Steuerliche Berücksichtigung beim Dritten	214
C. Rechtspolitische Bewertung	220
D. Ergebnisse des steuerrechtlichen Teils	222
§ 4 Sozialversicherungsrechtliche Aspekte	225
A. Drittzuwendungen als beitragspflichtiges Arbeitsentgelt	225
B. Einfluss von Drittzuwendungen auf Sozialversicherungsleistungen	239
C. Rechtspolitische Bewertung	240
D. Ergebnisse des sozialversicherungsrechtlichen Teils	241
§ 5 Drittlohn als personalwirtschaftliches Instrument	244
A. Sicht des Dritten: weitgehende Gestaltungsfreiheit	244
B. Arbeitgebersicht: Drittlohn als Gestaltungsmittel	245
C. Arbeitnehmersicht: weniger Schutz- als Transparenzproblem	246
§ 6 Zusammenfassung	248
Literaturverzeichnis	254
Sachwortverzeichnis	269

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Grundlegendes	21
A. Lohn vom Dritten als Rechtsproblem	21
B. Begriffsbestimmung	22
I. Dritter	22
II. Geld- und Sachzuwendung	23
III. Kausale Verknüpfung mit dem Arbeitsverhältnis	23
IV. Dritter nicht nur Zahlstelle	23
C. Beispiele	23
I. Konzernmütter und Anteilseigner	23
II. Franchisegeber	24
III. Führungskräfte	24
IV. Geschäftspartner und Kunden	24
V. Kundenbindungsprogramme	25
§ 2 Arbeitsrechtliche Aspekte	26
A. Drei-Personen-Verhältnis zwischen Dritten, Arbeitnehmer und Arbeitgeber	26
I. Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer	26
II. Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Dritten	27
III. Verhältnis zwischen Dritten und Arbeitnehmer	27
1. Keine rechtsgrundlose Zuwendung	27
2. Zweitarbeitsverhältnis zwischen Dritten und Arbeitnehmer	29
3. Keine Leistung auf fremdes Arbeitsverhältnis	30
4. Eigenständige Zuwendungsvereinbarung	31
IV. Ergebnisse	34
B. Drittzuwendungen im Lohngefüge	34
I. Grundsätzlich: Unabhängigkeit von Drittzuwendungsvereinbarung und Arbeitsvertrag	34
II. Ausnahmsweise: Einstandspflicht des Arbeitgebers	35
1. Verpflichtungsrisiko bei Stellvertretung und Botenschaft	35
a) Arbeitgeber als Vertreter des Dritten	35
b) Arbeitgeber als Bote des Dritten	37
c) Dritter als (ungewollter) Vertreter des Arbeitgebers	37
aa) Handeln im Namen des Arbeitgebers	38
bb) Mit Vertretungsmacht	38
2. Schuldbeitritt	40

3. Naturallohnabrede	40
4. Drittzuwendungsvereinbarung als Geschäftsgrundlage der arbeits- vertraglichen Lohnabrede	41
III. Kein gesetzlicher Herausgabeanspruch des Arbeitgebers	42
IV. Anrechnungsmöglichkeit auf den Arbeitgeberlohn	45
V. Drittzuwendungen und gesetzliche Lohngrenzen	47
1. Gesetzliche Mindestlöhne	47
2. Gesetzliche Lohnobergrenzen	49
3. Lohnwucherkontrolle	49
VI. Ergebnisse	51
C. Allgemeine Lösungsansätze	52
I. Keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen	52
II. Relevanz des Arbeitnehmerschutzarguments	53
III. Drittbezug arbeitsrechtlicher Normen im Allgemeinen	54
1. Arbeitsrecht als besonderes Schuldvertragsrecht	54
2. Ausnahmsweiser Drittbezug	54
a) Modifikation der Arbeitgeberpflichten durch Drittverhalten ...	55
b) Persönliche Erstreckung auf Dritte	55
IV. Analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Normen	57
1. Doppelte Rechtsfolge zwingender Normen	57
2. Konsequenzen für die Analogiebildung	58
V. Bestimmung der Reichweite ungeschriebener arbeitsrechtlicher Institute	59
VI. Keine pauschalen Lösungen	59
1. Untauglichkeit des Entgeltbegriffs	60
2. Kein pauschal-funktionaler Arbeitgeberbegriff	61
VII. Ergebnisse	62
D. Anspruchsbegründung	63
I. Individualvertrag	63
1. Lohn für künftige Arbeit	63
2. Lohn für erbrachte Arbeit	64
II. Betriebliche Übung	65
1. Zurechnung wiederholter Drittzuwendungen an den Arbeitgeber ..	66
a) Vertragstheorie	66
b) Vertrauensatheorie	68
c) Gemeinsames Ergebnis von Vertrags- und Vertrauensatheorie ...	69
2. Verpflichtung des zuwendenden Dritten selbst	69
a) Tragende Wertungen	69
b) Anerkannte Anwendungsfälle außerhalb von Arbeitsverhältnissen	71
c) Analyse auf Grundlage der Vertragstheorie	73
aa) Universalität der Vertragstheorie	73

bb) Funktional: Betriebliche Übung als doppelte unwiderlegliche Vermutung	74
cc) Methodisch: Betriebliche Übung als ungeschriebene Auslegungsregel	75
dd) Auslegungsirrelevanz des Arbeitsverhältnisses	76
ee) Auslegungsrelevantes Charakteristikum des Arbeitsverhältnisses	77
(1) Nicht: Persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers ..	77
(2) Nicht: Interesse des Arbeitnehmers an gleichbleibendem Lohn	78
(3) Entwicklungsoffenheit auf Entgeltseite	78
(a) Grundsätzlich: festes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung	79
(b) Im Arbeitsverhältnis: Entwicklungsoffenheit auf Entgeltseite	79
ff) Betriebliche Übung als allgemeingültige Auslegungsregel ..	82
gg) Konsequenzen für die persönliche Reichweite	83
d) Analyse auf Grundlage der Vertrauens- theorie	84
aa) Universalität des Prinzips der Erwirkung	84
bb) Besondere Erwirkungsfreundlichkeit im Arbeitsverhältnis ..	85
cc) Erwirkung von Ansprüchen gegen Dritte	86
e) Gemeinsames Ergebnis von Vertrags- und Vertrauens- theorie ..	87
f) Konkrete Voraussetzungen für betriebliche Übungen Dritter ...	88
aa) Begünstigungszweck	88
bb) Freiwilligkeit	88
cc) Gruppenbezogenheit	89
g) Begrenzte praktische Bedeutung	89
III. Gesamtzusage	89
IV. Ergebnisse	90
E. Anspruchsbeseitigung und Bestandsschutz	91
I. Kündigung	91
1. Ordentliche Kündigung	91
a) Kein Kündigungsschutz	92
b) Schutz durch Kündigungsfristen	93
aa) Gesetzliche Kündigungsfristenkonzepte	94
bb) Übertragung auf Drittzuwendungsvereinbarungen	95
2. Außerordentliche Kündigung	95
3. Form der Kündigungserklärung	97
II. Betriebsübergang	97
1. Nicht: § 613a BGB	97
2. § 613a BGB analog?	99

III. Ergebnisse	102
F. Gleichbehandlung und Diskriminierungsschutz	102
I. Arbeitgeberpflichten aufgrund von Drittzuwendungen	103
II. Dritte als Adressaten von Gleichbehandlungspflichten	104
1. Wortlautoffenheit der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsvorschriften	105
2. Gleichbehandlungsvorschriften als ausnahmsweise Begrenzung grundsätzlich willkürlicher Verteilungsmacht	105
3. Typisierung privatrechtlicher Gleichbehandlungsvorschriften	106
a) Grundlegende Unterscheidung zwischen vertraglichen und gesetzlichen Gleichbehandlungsvorschriften	106
aa) Gesetzliche Gleichbehandlungsvorschriften	107
bb) Vertragliche Gleichbehandlungsvorschriften	108
b) Konsequenzen für die Drittgeltung	108
c) Einordnung konkreter Gleichbehandlungsvorschriften	109
aa) Auslegungsfrage	110
bb) Doppelt-funktionale Normen	110
d) Zwischenergebnis	111
4. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	112
a) Irrelevanz der Unternehmensbezogenheit	112
b) Typisierung als vertragliche Gleichbehandlungsvorschrift	113
aa) Definition	113
bb) Dogmatische Erklärungsversuche	113
cc) Keine Kontrahierungspflicht – bestehende Rechtsbeziehung als Voraussetzung	113
c) Konsequenzen für die persönliche Reichweite	114
aa) Nur ausnahmsweise Drittgeltung	114
bb) Arbeitnehmerüberlassung	115
cc) Nicht: im Konzern	116
(1) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	116
(2) Abweichende Stimmen in der Literatur	117
5. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	118
a) Arbeitsrechtlicher Teil	118
aa) Benachteiligungsverbot gegenüber Dritten	118
(1) Gesetzgeberischer Wille	119
(2) Wortlaut	119
(3) Zweck	121
(4) Unionsrechtliche Vorgaben	123
(a) Wortlaut	123
(b) Erwägungsgründe	124
(c) Rechtsprechung des EuGH	125

(d) Überschießende Umsetzung	125
bb) Sachlicher Anwendungsbereich gegenüber Dritten – Her- ausnahme von Verbrauchern?	126
cc) Rechtsfolgen bei Drittverstoß	128
(1) AGG-Sanktionen	128
(a) Kein Schadensersatzanspruch gegen Arbeitgeber oder Dritten	128
(b) Unbrauchbare Organisationspflichten des Arbeit- gebers	129
(c) Kein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitneh- mers	130
(d) Zwischenergebnis	130
(2) Deliktischer Schadensersatzanspruch gegen den Dritten	131
b) Allgemein zivilrechtlicher Teil	134
6. Spezielle Diskriminierungsverbote	135
a) Gleiches Entgelt für Männer und Frauen (Art. 157 AEUV)	135
b) Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV)	137
c) In Teilzeit und befristet beschäftigte Arbeitnehmer (§ 4 TzBfG)	137
d) Maßregelungsverbot (§ 612a BGB)	138
e) Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG)	138
III. Umgehungsproblem	139
IV. Ergebnisse	140
G. Fortzahlung	141
I. Fortzahlungspflicht des Dritten	141
1. Drittzuwendungsansprüche bei Nichtarbeit	141
a) Der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Drittlohn“	142
b) Entfall und Aufrechterhaltung der Gegenleistung im konditio- nalen Schuldverhältnis	142
c) Sonderfall: Leistungs- und Betriebstreueprämien Dritter	143
2. Annahmeverzug (§ 615 S. 1 BGB)	144
3. Realisation des Betriebsrisikos (§ 615 S. 3 BGB)	144
4. Urlaub (§ 1, § 11 Abs. 1 BUrlG)	145
a) Unmittelbare Anwendung	145
b) Analoge Anwendung	145
aa) Analogie hinsichtlich der inhaltlichen Regelung	146
(1) Irrelevanz des Unionsrechts	146
(2) Keine Existenzsicherungsfunktion des BUrlG	146
(3) Stattdessen: Verteilung von Kalkulations- und Pla- nungsaufwand	148
(4) Untergeordnete Rolle der Unselbstständigkeit des Ar- beitnehmers	148

bb) Analogie hinsichtlich der Unabdingbarkeit	149
5. Feiertage (§ 2 EFZG)	150
6. Krankheit (§ 3 EFZG)	151
a) Kein bloßes Kalkulations-, sondern echtes Lebensrisiko	151
b) Existenzsicherung im Krankheitsfall als sozialpolitisches Gesamtsystem	151
aa) Parallelität von Lohnfortzahlungs- und Krankengeldanspruch?	152
bb) Entlastung der Krankenkassen	152
cc) Systemtragende Wertungen	153
(1) Belastungsentscheidung	154
(2) Umsetzungsentscheidung	154
(3) Fortbildungsfähigkeit der Belastungsentscheidung?	155
dd) Verfassungsrechtliche Vorgaben	155
7. Mutterschaft (§ 11 MuSchG)	156
8. Vorübergehende Verhinderung (§ 616 BGB)	157
9. Fazit: Zwei Gruppen von Lohnfortzahlungspflichten – begrenzte praktische Bedeutung	158
II. Kompensationspflicht des Arbeitgebers	159
1. Fortzahlungspflicht nur hinsichtlich selbst geschuldeten Lohns	159
2. Chance auf Drittlohn als Naturallohn des Arbeitgebers	160
a) Abgeltungspflicht für Naturallohn	160
b) Abgeltungswert	163
III. Ergebnisse	164
H. Lohnanpassung beim Wegfall von Drittlohn	165
I. Schuldbeitritt	166
II. Naturallohnabrede	166
III. Geschäftsgrundlage	167
1. Drittlohn als Geschäftsgrundlage des Arbeitsvertrags	167
2. Nachträgliche Geschäftsgrundlage?	168
3. Umfang der Anpassung	169
IV. Ergebnisse	169
I. Insolvenzschutz	169
I. Ansprüche in der Insolvenz des Arbeitgebers	170
II. Ansprüche in der Insolvenz des Dritten	170
III. Umlagefinanzierung	170
IV. Ergebnisse	171
J. Rechtsweg	171
I. Streitigkeiten mit Dritten auf dem Arbeitsrechtsweg	171
1. Enger Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG	172
2. Weite Auslegung durch die Rechtsprechung	172

3. Entscheidend: Rechte und Pflichten aus einem Arbeitsverhältnis ..	173
II. Drittzuwendungsstreitigkeiten	175
1. Grundsatz: ordentlicher Rechtsweg	175
2. Ausnahmen	175
a) AGG-Diskriminierung durch Entleiher	175
b) Zuwendungen Vorgesetzter	176
c) Zusammenhangsklage	176
III. Ergebnisse	177
K. Fazit: Arbeitsrecht außerhalb von Arbeitsverhältnissen?	177
I. Nur scheinbar arbeitsrechtliche Vorschriften	177
II. Arbeitsrechtliche Ausprägungen allgemeiner zivilrechtlicher Strukturen	178
III. Analoge Anwendung originär arbeitsrechtlicher Vorschriften	178
§ 3 Steuerrechtliche Aspekte	182
A. Besteuerung von Drittlohn	182
I. Steuerbarkeit	183
1. Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, § 19 EStG)	183
a) Frucht der Arbeit für den Arbeitgeber	183
b) Umstrittene praxisrelevante Fälle	184
aa) Streikgelder	184
bb) Schmiergelder	184
cc) Rabattvorteile	185
2. Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 15 Abs. 1 EStG)	186
3. Sonstige Einkünfte (§ 22 Nr. 3 EStG)	186
II. Steuerpflicht	187
1. Gleichbehandlung von Dritt- und Arbeitgeberzuwendungen	187
2. Besonders praxisrelevante Steuerbefreiungen	188
a) Trinkgelder (§ 3 Nr. 51 EStG)	188
aa) Trinkgeldbegriff der Rechtsprechung	189
bb) Legaldefinition in § 107 Abs. 3 S. 2 GewO	190
b) Sachprämien (§ 3 Nr. 38 EStG)	192
c) Vermögensbeteiligungen (§ 3 Nr. 39 EStG)	193
III. Bemessungsgrundlage	194
1. Allgemeine Freigrenze (§ 8 Abs. 2 S. 11 EStG)	194
2. Freibetrag für Belegschaftsrabatte (§ 8 Abs. 3 EStG)	195
a) Wortlaut	195
aa) Zuwendungsgegenstand	195
bb) Zuwendender	196
b) Fehlende Analogiefähigkeit	197

c) Verfassungswidrigkeit	197
IV. Tarif	199
1. Außerordentliche Einkünfte (§ 34 EStG)	199
2. Geringfügig Beschäftigte (§ 40a Abs. 2 EStG)	200
V. Erhebungsverfahren	200
1. Lohnsteuerverfahren	200
a) Kenntnisproblem	201
aa) Entwicklung der gesetzlichen Vorschriften	202
bb) Auslegungsprobleme der gegenwärtigen Fassung	203
(1) Bezugspunkt der Kenntnis	203
(2) Zeitpunkt	204
(3) Erkennenkönnen	204
(4) Vermutete Kenntnis im Konzern	205
(5) Angabepflicht des Arbeitnehmers	205
(6) Anzeigepflicht des Arbeitgebers	206
b) Bewertungsproblem	207
aa) Keine Schätzungsbefugnis des Arbeitgebers	208
bb) Pauschalbesteuerung durch zuwendenden Dritten	209
(1) Betriebliche Veranlassung	209
(2) Zusätzlichkeit	210
(3) Höchstbetrag	211
(4) Wahlrecht	211
(5) Sonderregel für verbundene Unternehmen	211
cc) Notfalls Auskunftersuchen des Arbeitgebers	212
c) Abzugsproblem	213
2. Veranlagung	214
B. Steuerliche Berücksichtigung beim Dritten	214
I. Betriebsausgaben/Werbungskosten	214
II. Kein Abzugsverbot	215
1. Keine freiwillige Zuwendung im Sinne des § 12 Nr. 2 EStG	215
2. Geschenke (§ 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 EStG)	216
3. Gasthäuser/Jagd, Fischerei etc. (§ 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 3, Nr. 4 EStG)	217
4. Zuwendung von Vorteilen (§ 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG)	219
5. Sparer-Pauschbetrag (§ 20 Abs. 9 EStG)	220
C. Rechtspolitische Bewertung	220
I. Materiell-rechtlich	220
II. Verfahrensrechtlich	221
D. Ergebnisse des steuerrechtlichen Teils	222
§ 4 Sozialversicherungsrechtliche Aspekte	225
A. Drittzuschüsse als beitragspflichtiges Arbeitsentgelt	225

I.	Beitragspflicht	225
1.	Parallelität von Beitrags- und Lohnsteuerpflicht	225
2.	Sozialversicherungsentgeltverordnung	226
a)	Steuerfreie Drittzuwendungen	226
b)	Lohnsteuerfreie Drittzuwendungen	227
c)	Pauschalbesteuerte Drittzuwendungen	229
II.	Bemessungsgrundlage	230
III.	Beitragsabführung	230
1.	Kenntnisproblem	231
2.	Bewertungsproblem	231
3.	Abzugsproblem	234
4.	Arbeitgeberanteil	235
a)	Keine Beitragszahlungspflicht des Dritten	236
b)	Kein Regress beim Dritten	236
c)	Keine zwangsweise Entnahme aus der Drittzuwendung selbst ..	237
d)	Billigkeitserlass für Arbeitgeber – eigene Abführungspflicht des Arbeitnehmers	238
B.	Einfluss von Drittzuwendungen auf Sozialversicherungsleistungen	239
C.	Rechtspolitische Bewertung	240
I.	Beitragsfreiheit pauschalbeststeuerter Drittzuwendungen	240
II.	Beitragsfreiheit nicht lohnsteuerpflichtiger Drittzuwendungen	240
III.	Arbeitgeberanteil	241
D.	Ergebnisse des sozialversicherungsrechtlichen Teils	241
§ 5	Drittlohn als personalwirtschaftliches Instrument	244
A.	Sicht des Dritten: weitgehende Gestaltungsfreiheit	244
B.	Arbeitgebersicht: Drittlohn als Gestaltungsmittel	245
C.	Arbeitnehmersicht: weniger Schutz- als Transparenzproblem	246
§ 6	Zusammenfassung der Ergebnisse	248
	Literaturverzeichnis	254
	Sachwortverzeichnis	269

§ 1 Grundlegendes

A. Lohn vom Dritten als Rechtsproblem

Seit jeher geht das Arbeitsrecht von einem Zwei-Personen-Verhältnis aus: Der Arbeitnehmer stellt dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung, der Arbeitgeber zahlt ihm dafür Lohn.

In der Praxis wird dieses starre Zwei-Personen-Verhältnis oftmals durchbrochen. Eine ganze Branche fußt darauf, dass der Arbeitnehmer gerade nicht für den Arbeitgeber, sondern einen Dritten tätig wird: die Leiharbeit. Die rechtlichen Konsequenzen dieser Durchbrechung zieht das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: Obwohl der Entleiher in keiner arbeitsvertraglichen Beziehung zum entliehenen Arbeitnehmer steht, zieht es ihn in den Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Vorschriften ein (§ 11 Abs. 6–7, § 14 Abs. 2 S. 3 AÜG).

Die Durchbrechung des Zwei-Personen-Verhältnisses – man spricht auch von einer „Aufspaltung der Arbeitgeberstellung“¹ – beschränkt sich indes nicht auf die Tätigkeitsseite des Arbeitsverhältnisses. Auch die Entlohnung übernimmt nicht zwingend nur der Arbeitgeber: internationale Konzerne gewähren konzernweite Boni, Vertriebsmitarbeiter freuen sich über Herstellerprämien, Arbeitnehmer im Dienstleistungsgewerbe sind womöglich sogar existentiell auf Kundentrinkgelder angewiesen – um nur einige Beispiele zu nennen. In allen diesen Fällen erhält der Arbeitnehmer – neben dem Grundlohn des Arbeitgebers – Zuwendungen Dritter, zu denen er in keiner arbeitsvertraglichen Beziehung steht. Auch hierbei stellt sich die Frage: Inwieweit sind die Dritten in den Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Vorschriften einzubeziehen?

Dieser Frage hat sich der Gesetzgeber bislang nicht angenommen; auch Rechtsprechung und Literatur thematisieren sie kaum.² Ihr nachzugehen, ist eine Aufgabe dieser Untersuchung.

Die Durchbrechung des Zwei-Personen-Verhältnisses auf Lohnseite ist jedoch nicht nur für das Arbeitsrecht von Bedeutung. Auch Steuer- und Sozialversicherungsrecht gehen im Ausgangspunkt davon aus, dass der Arbeitgeber den Lohn

¹ So das Stichwort im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerüberlassung, etwa *Weber*, S. 35 m.w.N. und titelgebend („Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis“).

² Paradigmatisch: Die umfangreiche Kommentierung von *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger, BGB, Vorbem zu §§ 611 ff. enthält in den Rn. 446 ff. zwar einen eigenen Abschnitt zur „Einbeziehung Dritter in die Arbeitgeberstellung (arbeitsrechtliche Drittbeziehungen)“, befasst sich dabei aber nicht mit dem lohnzahlenden Dritten.

bezahlt, und verpflichten ihn zum Abzug von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeitrag. Auf die Erkenntnis, dass Arbeitnehmer oftmals auch von Dritten Lohn erhalten, müssen deshalb auch Steuer- und Sozialversicherungsrecht reagieren – nicht nur um Einnahmeausfälle zu verhindern, sondern auch aus Gleichbehandlungsgründen. § 38 Abs. 1 S. 3 EStG tut das im Grundsatz zwar, lässt im Detail aber viele Fragen offen – auch ihnen gilt es nachzugehen.

B. Begriffsbestimmung

Um den Untersuchungsgegenstand nicht von vornherein einzuengen, ist „Lohn vom Dritten“ weit zu verstehen: Er soll alle Geld- und Sachzuwendungen (II.) umfassen, die ein Dritter (I.) einem Arbeitnehmer wegen dessen Arbeitsverhältnis (III.) gewährt, soweit der Dritte dabei nicht nur als Zahlstelle des Arbeitgebers fungiert (IV.).

I. Dritter

Dritter ist jedes vom Arbeitgeber verschiedene Rechtssubjekt – oder anders gewendet: Dritter ist jeder, der nicht selbst Arbeitgeber des begünstigten Arbeitnehmers ist. Mit Arbeitgeber ist dabei der Vertragsarbeitgeber gemeint, also die natürliche oder juristische Person, die dem Arbeitnehmer als Arbeitsvertragspartei gegenübersteht.

In einem Konzern ist deshalb z. B. nur die Anstellungsgesellschaft Arbeitgeberin,³ alle anderen, einschließlich der Konzernmutter, sind Dritte. Ist die Arbeitgeberin eine juristische Person, sind ihre Gesellschafter und Aktionäre ebenso Dritte. Auch der Entleiher ist Dritter: Zwar führt die Arbeitnehmerüberlassung zu einer Aufspaltung der Arbeitgeberstellung. Dabei übt der Entleiher aber nur aus abgeleitetem Recht die Direktionsbefugnis über die Leiharbeitnehmer aus – Partei des Arbeitsvertrags wird er dadurch nicht.⁴

Nicht Dritter, sondern Arbeitgeber ist dagegen, wer mit dem Arbeitnehmer einen zusätzlichen Arbeitsvertrag schließt. Aus einem solchen Zweitarbeitsverhältnis schuldet der Arbeitnehmer die dort vereinbarte Arbeitsleistung, als Gegenleistung erhält er die versprochene Vergütung; die arbeitsrechtlichen Regeln gelten in vollem Umfang. Ebenso wenig ist Dritter, wer einer von mehreren Arbeitgebern eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses ist.⁵

³ Etwa *Linck*, in: Schaub, § 16 Rn. 23; *Richardi*, in: MüHArbR, § 23 Rn. 1.

⁴ *Schüren*, in: ders., AÜG, Einl. Rn. 107; *Wank*, in: ErfK, AÜG, Einl. Rn. 23.

⁵ Zur Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses, BAG, Urt. v. 27.3.1981 – 7 AZR 523/78 – AP Nr. 1 zu § 611 BGB; BAG, Urt. v. 15.12.2011 – 8 AZR 692/10 – AP Nr. 424 zu § 613a BGB; *Koch*, in: Schaub, § 181 Rn. 1 f.

II. Geld- und Sachzuwendung

Arbeitslohn beschränkt sich nicht auf Geldleistungen – das ist beim Dritten nicht anders als beim Arbeitgeber. Erfasst ist deshalb schlicht jede Vermögensmehrung beim Arbeitnehmer, also z.B. auch von Dritten gewährte Aktienoptionen, ein zur privaten Nutzung überlassener Dienstwagen oder in Anspruch genommene Sonderrabatte.

III. Kausale Verknüpfung mit dem Arbeitsverhältnis

Um von „Lohn vom Dritten“ sprechen zu können, muss die Vermögensmehrung im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers stehen. Um auch insoweit den Untersuchungsgegenstand nicht von vornherein einzuzengen, soll dafür jede im Sinne einer *conditio sine qua non* kausale Verknüpfung genügen. Das Arbeitsverhältnis darf also nicht hinweggedacht werden können, ohne dass die Drittzuwendung entfielen.

IV. Dritter nicht nur Zahlstelle

Einer Einschränkung bedarf es aber: Der Dritte muss die Zuwendung wirtschaftlich ersichtlich selbst tragen. Denn wenn der Dritte lediglich als Zahlstelle des Arbeitgebers auftritt, wirft das keine besonderen rechtlichen Probleme auf: Zuwendungen, die der Arbeitgeber unter Zuhilfenahme Dritter als Zahlstelle gewährt, sind ihm ohne weiteres zurechenbar – mit den üblichen arbeits-, steuer- und sozialrechtlichen Konsequenzen.⁶ Der Sache nach handelt es sich gar nicht um Dritt-, sondern um Arbeitgeberzuwendungen.

C. Beispiele

Die Fälle, in denen Dritte fremden Arbeitnehmern Zuwendungen gewähren, sind vielgestaltig (I.–V.):

I. Konzernmütter und Anteilseigner

Gesellschaftsrechtlich mit dem Arbeitgeber verbundene Personen partizipieren an dessen wirtschaftlichem Erfolg. Es liegt in ihrem eigenen Interesse, die Motivation seiner Mitarbeiter zu steigern. Deshalb legen z.B. viele Konzerne konzernweite und -einheitliche Bonussysteme auf, die zentral von der Konzernmutter abgewickelt werden. Wirtschaftlich würde es freilich zumeist keinen Unter-

⁶ *Willemsen*, in: FS Wiedemann, S. 645 (658 f.). Der Bundesfinanzhof (etwa Urt. v. 28.6.2007 – VI R 45/02 – DStRE 2007, 1297 [1298] [unter III.1.b)aa])) spricht insoweit von einer „unechten Lohnzahlung durch Dritte“.