

um „konkrete Dienstnehmer“ handeln. Seiner Meinung nach seien auch „potentielle Dienstnehmer“ kollektivvertragsfähig, sofern nur der Dienstgeber Mitglied der kollektivvertrags-schließenden Arbeitgebervereinigung ist. Dazu wäre zu be-merken, daß § 6 die Kollektivvertragsangehörigkeit regelt, und diese nur koalitierten Dienstnehmern und Dienstgebern (Ausnahme: Betriebsnachfolger) zuspricht; die Inhaltsnormen des KV gelten gem. § 9 KVG als Bestandteil der Dienstver-träge der Kollektivvertragsangehörigen. § 10 KVG erstreckt dann die Rechtswirkungen ex lege auf die ArbN-Außenseiter. Diese Konstruktion, die letztlich bei den ArbN nicht auf Koali-tionsmitgliedschaft im Abschlußzeitpunkt abstellt, erforderte bei sinngemäßer Deutung also tatsächlich zum Abschlußzeit-punkt den Bestand eines aktuellen Dienstverhältnisses, soll die Repräsentationsbefugnis der Kollektivvertragsparteien nicht ins Uferlose ausgedehnt werden. So aber spricht der OGH zwar immer wieder undifferenziert von der Notwendigkeit der Koalitionsmitgliedschaft, denkt aber wegen der Außen-seiterwirkung nur an die Mitgliedschaft des Dienstge-bers. Deshalb läßt er im Endergebnis die rückwirkende Inkraftsetzung von Kollektivverträgen auch für ausgeschiedene Dienstnehmer voll wirken, sofern nur die Kollektivvertrags-fähigkeit des Dienstgebers im Abschluß- und Wirksamkeitszeit-punkt bestanden hatte. Diese vordergründige, bloß semantisch belegte Deutung des KVG durch den OGH verdient keine Zu-stimmung. Auch für Österreich wäre die Orientierung an der Legitimation der Verbände die einzig sinnvolle Betrachtungs-weise. Aus diesem Rechtsvergleich läßt sich also kein über-zeugender Einwand gegen die Argumentation des BAG ent-wickeln.

III. Beachtlich ist das vom BAG eingeführte Verschlechterungs-argument. Mit dem Hinweis auf die mit jeder Begünstigung des Dienstnehmers einhergehende Verschlechterung der Ver-tragsbedingungen des Dienstgebers argumentiert das BAG parallel zu Richardi (Kollektivgewalt und Individual-wille, S. 433). Stellt man sich freilich mit diesem auf den Boden der (von Coing, BB 1954 S. 137 begründeten und heute wohl herrschenden) These, daß dieses Rückwirkungsverbot nur im Rahmen des Vertrauensschutzes gelte, dann gewinnt das Argument Gewicht, daß ein ArbGeb, der die rückwirkende Inkraftsetzung des TV vorhersehen konnte, mangels schutzwürdigen Vertrauens das Belastungsargument nicht ein-wenden könne. Wie dies im vorliegenden Fall zu beurteilen ist, entzieht sich allerdings der Kenntnis des Vf., da die Ent-scheidungsgründe keine in diese Richtung zielenden Sach-verhaltsdarstellungen beinhalten.

Voll beizustimmen ist dem BAG dagegen wieder, wenn es ablehnt, die verschiedenen Gründe, die zu einer Beendigung der Mitgliedschaft zur Koalition führen, differenzierend zu be-werten. Begrenzt die Mitgliedschaft die Regelungsmacht der Verbände, so bewegen sie sich in j e d e m F a l l e der Rege-lung eines ausgeschiedenen Mitgliedes ultra vires; das muß dann auch für das Ausscheiden durch Tod gelten.

Die Verneinung eines tarifvertraglichen Anspruches auf die erhöhten Bezüge durch das BAG läßt sich also nicht abschlie-ßend beurteilen, da, wie erwähnt, Feststellungen im Hinblick auf den fraglichen Vertrauenstatbestand fehlen.

IV. Die vertragsrechtliche Begründung des BAG auf den Er-höhungsanspruch ist dagegen einwandfrei. Hat der Dienst-geber tatsächlich alle Dienstnehmer – Organisierte wie Au-ßenseiter – in ihren Entgeltsansprüchen einheitlich nach dem TV behandelt, dann wäre die Weigerung, den Erben des ver-storbenen Dienstnehmers die Erhöhung zu bezahlen, eine sachlich nicht begründbare und daher willkürliche Schlechter-behandlung des Verstorbenen.

Prof. Dr. Theodor T o m a n d l, Wien

## § 37 Abs. 2 BetrVG – Lohnsteuer

1. Der Arbeitgeber ist, solange eine höchstrichterliche Ent-scheidung der Finanzgerichte noch nicht vorliegt, im Hinblick auf die Verwaltungspraxis der Steuerbehörden berechtigt, bei der Auszahlung des an ein freigestelltes Mitglied des Be-triebsrats weiterzuzahlenden Arbeitsentgelts Lohnsteuern auch auf die weitergezahlten Sonntags- und Nachtzuschläge einzu-behalten und an das Finanzamt abzuführen.

2. § 37 Abs. 2 BetrVG verändert zwar die Lohnforderung des freigestellten Betriebsratsmitgliedes nicht, zwingt aber den Arbeitgeber, die Beträge, die er an Lohnsteuern auf Sonntags- und Nachtzuschläge einbehalten und an das Finanzamt abge-führt hat, zusätzlich an den Arbeitnehmer auszuzahlen (Erhal-tung des Lebensstandards des Betriebsratsmitgliedes).

3. Der Arbeitnehmer ist in diesem Falle gehalten, ein Steuer-verfahren durchzuführen und gleichzeitig Zug um Zug gegen Auszahlung der Beträge durch den Arbeitgeber seine etwaigen Erstattungsansprüche den Finanzbehörden gegenüber an den Arbeitgeber abzutreten.

Bundesarbeitsgericht

Urteil vom 10. 6. 1969 – 1 AZR 203/68 (LAG Düsseldorf – 5 Sa 612/67)

### Tatbestand:

Der Kl. ist Mitglied des BR bei der Bekl. und von der Arbeit freigestellt. Vor seiner Freistellung hatte er regelmäßig sonntags und nachts gearbeitet und die entsprechenden tariflichen Zuschläge zu seinem Ar-beitsverdienst erhalten. Lohnsteuern wurden auf diese Zuschläge nach den steuerlichen Vorschriften (§ 32 a LStDV) nicht einbehalten. Seit der Freistellung zahlt die Bekl. als ArbGeb dem Kl. die Zuschläge weiter. Sie behält aber die Lohnsteuern hierfür ein und führt sie an das Finanzamt ab. In einem Verfahren vor dem Finanzamt Köln-Ost hat der Kl. geltend gemacht, die ihm gezahlten Sonntags- und Nachtzuschläge seien nach wie vor nicht zu versteuern; dieses Ver-fahren ist noch nicht rechtskräftig abgeschlossen. Insgesamt wurden dem Kl. in der Zeit von Oktober 1966 bis Mai 1967 auf die Sonntags- und Nachtzu-schläge 348,04 DM an Lohnsteuern einbehalten und an das Finanzamt abgeführt.

Der Kl. ist der Ansicht, er dürfe wegen seiner BRtätig-keit nicht benachteiligt, insbesondere in seinem Ar-beitsentgelt nicht gemindert werden. Ihm müsse der Nettobetrag ausgezahlt werden, den er erhalten hätte, wenn er nicht BRmitglied geworden wäre und so weiterhin die lohnsteuerfreien Zuschläge für Sonn-tags- und Nachtarbeit erhalten hätte. Die Bekl. müsse an ihn als freigestelltes BRmitglied daher den Lohn hinsichtlich der Sonntags- und Nachtzuschläge ohne Abzug von Steuern auszahlen, dürfe also insoweit keine Zahlungen an das Finanzamt leisten. Aber auch wenn die gezahlten Zuschläge nunmehr im Hinblick auf seine Freistellung als BRmitglied zu versteuern wären, müsse die Bekl. das bisherige Nettoarbeits-entgelt an ihn zur Auszahlung bringen; er brauche wegen seiner Freistellung nicht höhere Lohnabzüge hinzunehmen. Er hat beantragt, die Bekl. zu verur-teilen, an ihn 348,04 DM zu zahlen.

Die Bekl. hat um Klageabweisung gebeten und aus-geführt, sie als ArbGeb sei steuerrechtlich gehalten, nunmehr Lohnsteuern unter Berücksichtigung auch der Sonntags- und Nachtzuschläge abzuziehen und an das Finanzamt abzuführen. Durch dieses Verhal-ten benachteilige sie als ArbGeb den Kl. nicht; sie

zahle nach wie vor an den Kl. den arbeitsvertraglich allein geschuldeten Bruttolohn, den er vor seiner Freistellung erhalten habe. Ein Nettolohn sei dem Kl. weder arbeitsvertraglich noch betriebsverfassungsrechtlich gewährleistet. Der Kl. könne im Hinblick auf seine Freistellung keine Lohnerhöhung beanspruchen; eine solche Lohnerhöhung werde aber beansprucht, wenn der Kl. nunmehr Zahlung eines Nettolohnes verlange.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision beantragt der Kl., das Urteil des LAG aufzuheben und auf seine Berufung die Bekl. zu verurteilen, an ihn 348,04 DM zu zahlen. Hilfsweise beantragt er, nach dem Klageantrag zu erkennen, Zug um Zug gegen Abtretung aller aus dem Tatbestand des vorliegenden Rechtsstreits folgenden Ansprüche gegen den Steuerfiskus.

Die Bekl. bittet um Zurückweisung der Revision.

### Entscheidungsgründe:

I. Der Kl. ist in erster Linie der Auffassung, die Bekl. dürfe nach seiner Freistellung als BRmitglied Lohnsteuerabzüge auf die Sonntags- und Nachtzuschläge nicht vornehmen und nicht an das Finanzamt abführen; diese Beträge seien nicht zu versteuern. Dadurch, daß die Bekl. gleichwohl Steuern auf diese Beträge abziehe und an das Finanzamt abführe, zahle sie eine nicht bestehende Lohnsteuerschuld, erfülle jedenfalls nicht die ihr dem Kl. gegenüber obliegende Lohnschuld.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Sonntags- und Nachtzuschläge, die die Bekl. an den Kl. nach seiner Freistellung von der Arbeit im Hinblick auf seine BRstellung nach § 37 Abs. 2 BetrVG weiter zu zahlen hat und weiter zahlt, der Lohnsteuer unterliegen. Es bedarf insbesondere keiner Entscheidung des Senats zu der Frage, ob die Finanzbehörden dadurch, daß sie den Kl. hinsichtlich der Zuschläge zur Lohnsteuer heranziehen, gegen das Benachteiligungsverbot des § 53 Abs. 2 BetrVG verstoßen, einem Verbot, dem nicht nur der ArbGeb, sondern auch jeder Dritte unterliegt. Denn jedenfalls war die Bekl. dem Kl. gegenüber berechtigt, Lohnsteuern auf die Zuschläge für Sonntags- und Nachtarbeit von dem Bruttoarbeitsverdienst des Kl. abzuziehen und an das Finanzamt abzuführen.

Nach § 30 LStDV hat der ArbGeb für Rechnung des ArbN die Lohnsteuer bei der Lohnzahlung einzubehalten; nach § 41 LStDV hat der ArbGeb die einbehaltene Lohnsteuer an das Finanzamt abzuführen. Nach § 46 LStDV ist der ArbN beim Lohnsteuerabzug Steuerschuldner; der ArbGeb haftet seinerseits für die Einbehaltung und Abführung der vom Arbeitslohn einzubehaltenden Lohnsteuer. Nach § 32 a LStDV gehören die gesetzlichen Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit nicht zum steuerpflichtigen Arbeitslohn. Nach § 52 b der Lohnsteuer-Richtlinien setzt aber die Anwendung dieser Vorschrift grundsätzlich den Einzelnachweis der geleisteten Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit sowie die gesonderte Zahlung eines Grundlohnes, zu dem ein Zuschlag gezahlt wird, voraus (vgl. BFH-Urteil vom 6. 9. 1957, BStBl. III S. 187).

Nach der im steuerrechtlichen Schrifttum, in der steuerrechtlichen Rechtsprechung und in der Praxis der Finanzämter bisher jedenfalls ganz überwiegend vertretenen Ansicht sind nur die Zuschläge für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit steuerfrei, nicht aber Beträge, die als Zuschläge für Sonntags-

Feiertags- und Nachtarbeit unter dem Gesichtspunkt einer geschuldeten Lohnfortzahlung hinsichtlich dieser Zuschläge trotz tatsächlicher Nichtleistung von Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit zu zahlen sind. Soweit ersichtlich, ist in der höchstrichterlichen steuerrechtlichen Rechtsprechung die Frage noch nicht behandelt, ob diese Grundsätze auch dann zur Anwendung kommen, wenn einem BRmitglied im Hinblick auf § 37 Abs. 2 BetrVG Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit weitergezahlt werden müssen und weitergezahlt werden, obwohl es wegen seiner Freistellung tatsächlich keine Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit mehr zu leisten hat. Insbesondere ist diese Frage noch nicht unter Heranziehung der Grundsätze des § 53 Abs. 2 BetrVG, die jedermann verbieten, ein BRmitglied um seiner Tätigkeit im BR willen zu benachteiligen, höchstrichterlich in der Steuerrechtsprechung entschieden.

Nach der derzeit im steuerrechtlichen Schrifttum und in der steuerrechtlichen Rechtsprechung herrschenden Ansicht und nach der Verwaltungspraxis der Finanzämter muß somit die Bekl. als ArbGeb dem Kl. auf die weitergezählten Zuschläge Steuern abziehen und an das Finanzamt abführen. Denn die Bekl. als ArbGeb muß nicht nur die Beträge einbehalten und an das Finanzamt abführen, die sie tatsächlich einbehalten hat, sondern die Beträge, die sie einzubehalten hat; hierfür haftet sie dem Finanzamt (§ 46 LStDV). Es kommt jedenfalls insoweit, als es sich nicht um ganz offensichtlich unbegründete Steuerforderungen handelt, nicht auf die Ansicht der Bekl. — und des Kl. — über das Bestehen einer Steuerschuld an, sondern auf die des Finanzamtes. Die Bekl. verstößt deswegen, selbst wenn eine solche Steuerschuld bei der im Hinblick auf § 53 Abs. 2 BetrVG erforderlichen Nachprüfung durch die Finanzgerichte nicht als gegeben festgestellt werden sollte, durch die Einbehaltung und Abführung von Steuern auf die Zuschläge für Sonntags- und Nachtarbeit nicht gegen ihre aus dem Arbeitsvertrag und aus dem BetrVG dem Kl. gegenüber obliegenden Pflichten. Da sie nach den steuerrechtlichen Regelungen für Rechnung des ArbN eine nach Ansicht der Finanzbehörden geschuldete Lohnsteuer bei der Lohnzahlung einzubehalten hat und für die gehörige Einbehaltung und Abführung der Steuern an das Finanzamt haftet, ist sie angesichts der hier gegebenen Zweifelhaftheit der steuerlichen Rechtslage auch dem Kl., gegenüber berechtigt, sich dieser steuerrechtlichen Handhabung zu beugen. Die Bekl. wäre selbst im Hinblick auf die BRstellung des Kl. überfordert, wenn man von ihr verlangen wollte, sich sicher eintretenden Maßnahmen der Finanzbehörden auszusetzen, sofern deren Ansicht nicht ganz offensichtlich unrichtig ist. Sie befindet sich insofern in einer Zwangslage. Da nur der Kl. Steuerschuldner ist und die Bekl. lediglich für die Einbehaltung und Abführung der Schuld haftet, braucht sie ihrerseits auch kein Steuerverfahren anzustrengen.

II. Gleichwohl ist der Klageanspruch begründet.

Nach § 37 Abs. 2 BetrVG berechtigt eine Versäumnis von Arbeitszeit, die nach Umfang und Art des Betriebes zur ordnungsmäßigen Durchführung der Aufgaben des BR erforderlich ist, den ArbGeb nicht zur Minderung des Arbeitsentgelts. Daß der Kl. die Arbeitszeit einschließlich der bisher von ihm geleisteten Sonntags- und Nachtarbeit wegen seiner Freistellung versäumt, d. h. wegen dieser Freistellung keine Sonntags- und Nachtarbeit mehr zu verrichten hat, ist unstrittig. Es handelt sich auch um eine Versäumnis von Arbeitszeit, die nach Umfang und Art des Betriebes zur ordnungsmäßigen Durchführung der Aufgaben des BR erforderlich ist. Die Bekl.

als ArbGeb ist daher gehalten, dem Kl. das bisherige Arbeitsentgelt weiterzuzahlen, und zwar einschließlich der Zuschläge für die bisher geleistete Sonntags- und Nacharbeit, die sonst geleistet würde, wegen der BR-tätigkeit aber nicht mehr geleistet wird.

Dabei muß sie dem Kl. dessen bisheriges Nettoeinkommen erhalten. Zwar könnte der Wortlaut des die Lohnfortzahlung an BRmitglieder betreffenden § 37 Abs. 2 BetrVG dafür sprechen, daß die Vorschrift deshalb als nicht anwendbar erscheint, weil nicht die Bekl. als ArbGeb das Arbeitsentgelt des Kl. durch Verkürzung des Bruttolohnes mindert. Der Kl., der gegen die Bekl. als seine ArbGeb arbeitsvertraglich nur einen Anspruch auf Zahlung eines Bruttolohnes hat, wird jedoch bei gleichbleibendem Bruttolohn dadurch in seinen Nettoeinnahmen geschmälert, daß ein Teil dieser Bruttoeinnahmen, die Zuschläge für Sonntags- und Nacharbeit, nach der Ansicht der Finanzbehörden zu versteuern sind und die Bekl. als ArbGeb sich dieser Ansicht der Finanzbehörden beugt und beugen darf. An dem Wortlaut der Vorschrift des § 37 Abs. 2 BetrVG darf nämlich nicht gehaftet werden. Diese Vorschrift will gewährleisten, daß der ArbN, der in den BR gewählt wird und sich für diese Aufgabe bereitgestellt hat, in seinem Lebensstandard durch die Übernahme dieser Tätigkeit keine Beeinträchtigung erfährt. Anderenfalls würde die Übernahme des BRamtes zu Nachteilen für das BRmitglied führen, was aber die BRmitglieder, die die Belegschaft in diesem Amte sehen will, ohne weiteres veranlassen könnte, das Amt abzulehnen. Dieses Ergebnis folgt auch aus der Regelung des § 53 BetrVG, die als die grundlegende Vorschrift bei nicht völliger Eindeutigkeit der letzteren Regelung zur Auslegung der speziellen Vorschrift des § 37 Abs. 2 BetrVG heranzuziehen ist. Danach darf das BRmitglied um seiner Tätigkeit willen nicht benachteiligt werden. § 37 Abs. 2 BetrVG will sonach unbedingt sicherstellen, daß der in den BR gewählte ArbN wegen dieser ehrenamtlichen Tätigkeit eben keine Minderung seines Lebensstandards hinnehmen muß. Den Lebensunterhalt bestreift aber der ArbN nicht aus seinem Bruttoeinkommen, sondern aus den ihm tatsächlich bar zufließenden Beträgen, also aus seinem Nettoeinkommen.

Dieses Nettoeinkommen muß dem ArbN von dem ArbGeb als dem Lohnschuldner bei sachgerechter Auslegung des § 37 Abs. 2 BetrVG erhalten werden. Der ArbGeb ist in erster Linie dazu berufen und verpflichtet, den Mitgliedern des BR, die übrigens auch im Interesse des Betriebes tätig sind (§ 49 Abs. 1 BetrVG), dem Grundgedanken des § 37 Abs. 2 BetrVG entsprechend den bisherigen Lebensstandard zu erhalten. Er, der zudem Betriebspartner der im BR zusammengeschlossenen ArbN ist, hat die Verpflichtung, das Arbeitsentgelt nicht zu mindern. Das führt dazu, daß der ArbGeb, wenn trotz § 53 Abs. 2 BetrVG die Sonntags- und Nachtzuschläge, die einem freigestellten BRmitglied weiterzuzahlen sind und deren Weiterzahlung erfolgt, in der Praxis des Steuerwesens der Lohnsteuerpflicht unterworfen werden, gehalten ist, den nach Abzug dieser Steuern an den ArbN auszuzahlenden Nettobetrag auf den ohne einen solchen Lohnsteuerabzug vorliegenden Betrag aufzustoßen. Nur so ist, solange die Finanzbehörden und Finanzgerichte bei der bisher von ihnen vertretenen Auffassung verbleiben, die Sicherung des Lebensstandards freigestellter BRmitglieder möglich.

Somit hat die Bekl. dem Kl. zusätzlich die Beträge zu zahlen, die sie während der hier im Streit befindlichen Monate Oktober 1966 bis Mai 1967 als Lohnsteuern auf die Sonntags- und Nachtzuschläge einbehalten und an

das Finanzamt abgeführt hat. Die Höhe dieser Beträge ist unstrittig.

III. Der Kl. ist jedoch, wenn die Bekl. eine solche Aufstockung vornehmen soll, gehalten, seine etwaigen Ansprüche gegen die Finanzbehörden auf Rückzahlung überzahlter Lohnsteuern, soweit es sich um die auf die Sonntags- und Nachtzuschläge einbehaltenen und an das Finanzamt abgeführten Steuern handelt, an die Bekl. als ArbGeb abzutreten. Der Kl. als Steuerschuldner und, wie schon gesagt, nicht die Bekl. ist gehalten, sich gegen die Ansicht der Finanzbehörden, diese Zuschläge seien in seinem Fall lohnsteuerpflichtig, unter Berufung insbesondere auf § 53 Abs. 2 BetrVG zu wenden und notfalls das steuerrechtliche Rechtsmittelverfahren durchzuführen. Das verlangt auch sein, des Steuerschuldners, Verhältnis zur Bekl., die bei der steuerrechtlichen Praxis zunächst seine Nettobeträge aufzustoßen hat. Er hat im Rahmen des ihm Möglichen und Zumutbaren das Seine zu tun, um eine die Bekl. gegebenenfalls zu Unrecht treffende Belastung aufzuheben, wobei ihn unter Umständen die Bekl. jedenfalls auf Grund des so gegebenen Gemeinschaftsverhältnisses zu unterstützen hat. Sollte der Kl. mit der oben genannten Ansicht durchdringen, so würde er aber, wenn die Bekl. vorher seinen Nettolohn um den Betrag der einbehaltenen und abgeführten Lohnsteuern schlicht aufgestockt hat, einen ungerechtfertigten Vorteil erlangen. Denn dann müßten die überzahlten Beträge von dem Finanzamt im Wege der Erstattung überzahlter Steuern an ihn zur Auszahlung gebracht werden. Das würde mit seinem hier aufgezeigten Verhältnis zur Bekl. nicht übereinstimmen; das würde vor allem gegen die Grundsätze des § 53 Abs. 2 BetrVG verstoßen, welche Bestimmung schlechthin auch eine Begünstigung der BRmitglieder verbietet. Der Kl. ist deshalb gehalten, das Steuerverfahren durchzuführen und gleichzeitig seine etwaigen Ansprüche an die Bekl. abzutreten; die Bekl. ist zur Aufstockung des dem Kl. auszuzahlenden Nettolohnes um die einbehaltenen, auf die Zuschläge entfallenden Lohnsteuern nur Zug um Zug gegen eine solche Abtretung verpflichtet.

#### Anmerkung:

1. Die Lektüre der Entscheidung weckt Unbehagen. Man stößt sich an den allzu verschlungenen Pfaden des BAG und fragt sich, ob nicht auch ein geradlinigerer Weg zum selben Ziel geführt hätte. Doch auch das Ziel selbst bleibt nicht über jeden Zweifel erhaben. Dem Rechtsgefühl erscheint es nicht übermäßig billig, wenn der ArbGeb die Lohnsteuer im Ergebnis zweimal bezahlen muß und als Ausgleich lediglich einen ungewissen Erstattungsanspruch erhält, den zudem noch der ArbN als wenig interessierter Dritter durchsetzen muß. Untersuchen wir, ob sich das prima facie Empfundene bei näherer Betrachtung bestätigt.

2. Das Gericht hätte einmal die Möglichkeit gehabt, gemäß §§ 72 Abs. 3, 46 Abs. 2 ArbGG, 148 ZPO das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung der Finanzgerichte abzuwarten. Gegen eine solche Lösung sprach jedoch die Gefahr einer nicht unerheblichen Verzögerung des Verfahrens. Zwar wird im Sachverhalt nicht mitgeteilt, wie weit das steuerrechtliche Verfahren gediehen war, doch hätte es aller Erfahrung nach noch Jahre bis zur rechtskräftigen Entscheidung durch den BFH gedauert, ist dieser doch das bei weitem „langsamste“ oberste Bundesgericht (zur Prozeßstatistik s. die Angaben in DRiZ 1969, 98). Eine derartige Verzögerung hätte nicht im Interesse der Beteiligten gelegen, die naturgemäß klare Fronten wünschen. Eine Aussetzung kam daher in der Tat nicht in Betracht, da sie durch Klärung wichtiger Vorfragen das Verfahren rationalisieren, das Verhalten der verschiedenen Entscheidungsinstanzen koordinieren soll, nicht aber zu Prozeß-

verzögerung, ja -verschleppung führen darf. Immerhin wären einige klärende Worte seitens des BAG angebracht gewesen.

3. Das BAG hätte weiter die Möglichkeit gehabt, die strittige Vorfrage des Lohnsteuerabzugs selbst zu klären. Das Urteil läßt deutlich erkennen, daß das Gericht voraussichtlich von der Praxis der Finanzbehörden abgewichen wäre und die dem BRmitglied fortbezahlten Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit von der Steuerpflicht ausgenommen hätte. Dieses Ergebnis wäre nicht nur wegen § 37 Abs. 2 BetrVG, sondern auch unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt: Wenn § 52 b Abs. 1 der Lohnsteuer-Richtlinien Steuerfreiheit nur bei ausdrücklichem Nachweis der geleisteten „Sonderarbeit“ vorsieht, so hat das den Sinn, Manipulationen zu Lasten des Fiskus auszuschließen, insbesondere zu verhindern, daß ein Teil des Lohnes willkürlich als Sonntags- oder Nachtarbeitszuschlag deklariert und so der Steuer entzogen wird (vgl. BFH BStBl 1957, III, 387 – vom BAG wird irrtümlich S. 187 zitiert). Wenn einem von der Arbeit freigestellten BRmitglied die Zuschläge fortbezahlt werden, so geschieht dies jedoch auf der Grundlage der vor der Freistellung tatsächlich geleisteten und ordnungsgemäß nachgewiesenen Arbeit. Hier ist jede Manipulationsmöglichkeit ausgeschlossen; der Sinn des § 52 b Abs. 1 der Lohnsteuer-Richtlinien fordert daher eine restriktive Interpretation der Vorschrift in der Art, daß bei BRen ein Einzelnachweis der geleisteten „Sonderarbeit“ entfällt.

Hätte das BAG diese Auffassung zur Grundlage seines Urteils gemacht, so hätte es schon aus diesem Grund der Klage stattgeben müssen. Da anzunehmen ist, daß die Finanzbehörden nicht von ihrer bisherigen Praxis abweichen würden, könnte der ArbGeb eine Doppelbelastung nur in der Weise vermeiden, daß er sich weigert, die auf die Zuschläge entfallende Lohnsteuer abzuführen, und gegen einen mit Sicherheit folgenden Haftungsbescheid (§ 38 Abs. 3 EStG iVm § 46 Abs. 3 LStDV) Einspruch oder Berufung zum Finanzgericht einlegt. Im Ergebnis wäre er damit vor der Pflicht zur zweimaligen Zahlung sicher: Selbst wenn die Finanzgerichte auch in letzter Instanz eine Abführungspflicht bejahen sollten, könnten sie seine Klage nur nach vorheriger Anrufung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe abweisen. Dieser entscheidet gemäß § 1 des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (BGBl I 1968, 661), wenn ein Oberstes Bundesgericht von der Entscheidung eines anderen abweichen will. Unterstellen wir, auch der Gemeinsame Senat schließe sich der Praxis der Finanzbehörden an, so würde die Entscheidung des BAG hinfällig und der ArbGeb müßte nur einmal, nämlich ans Finanzamt, bezahlen.

4. Das BAG ist diesen Weg nicht gegangen, da es der Ansicht war, der ArbGeb wäre „überfordert“, wollte man von ihm verlangen, sich sicher eintretenden „Maßnahmen“ der Finanzbehörden auszusetzen. Die Durchführung eines finanzgerichtlichen Verfahrens wird damit als unzumutbare Belastung des ArbGeb angesehen, eine These, die für den Fall eines drohenden Strafverfahrens uneingeschränkter Beifall verdienen würde, hier jedoch, wo nur eine gewöhnliche, in keiner Weise ehrmindernde Verwaltungsrechtsstreitigkeit droht, nicht unbedingt überzeugend wirkt. Immerhin hat nach dieser Auffassung der ArbGeb die Wahl, entweder zunächst doppelt zu bezahlen und den ArbN den Erstattungsprozeß führen zu lassen, oder aber den unter 3 entwickelten Weg zu gehen, nur einmal zu bezahlen und selbst ein Verfahren gegen die Finanzbehörde anzustrengen. In dieser Wahlmöglichkeit liegt ein gewisser Vorzug. Freilich ist die erste Alternative nur von beschränktem Wert, da die Prozeßführung durch den ArbN kaum ein geeignetes Mittel ist, die ungerechte Doppelbelastung wieder auszugleichen: Einmal hat der ArbN kein unmittelbares eigenes Interesse an einem Obsiegen im Prozeß, da das Ergebnis dem ArbGeb zugute kommt. Zum anderen verfügt er über sehr viel weniger finanzielle und personelle Möglichkeiten zur Durchführung eines Gerichtsverfahrens, da sich die Vertretungsbefugnis der gewerkschaftlichen Rechtsschutzsekretäre auf das arbeitsgerichtliche Verfahren beschränkt (vgl. § 11 ArbGG). Wird die Lösung des BAG schon dadurch entwertet, daß sie dem ArbGeb im Grunde nichts Zusätzliches bringt, so verliert

sie vollends jede Überzeugungskraft, wenn man die Frage nach der Zumutbarkeit für den ArbN stellt. Ihm fällt aus den bereits angedeuteten Gründen eine Prozeßführung sehr viel schwerer als dem ArbGeb. Dem ArbN die Pflicht zur Durchführung des Verfahrens aufzuerlegen, ist nicht nur unzumutbar und eine Überspannung seiner Sorgfaltspflichten, sondern verstößt darüber hinaus gegen den Sinn der Lohnsteuerabführung durch den ArbGeb, die nicht nur fiskalische Zwecke verfolgt, sondern auch den meist rechts- und häufig geschäftsunkundigen ArbN von einem Studium der nicht gerade übersichtlichen und leicht verständlichen steuerrechtlichen Vorschriften befreien will. Der unter 3 entwickelten Lösung ist daher eindeutig der Vorzug zu geben; der ArbGeb hat nur einmal zu bezahlen und muß sich gegen eine Inanspruchnahme durch das Finanzamt zur Wehr setzen.

5. Stellt man sich dennoch auf den Standpunkt des BAG, so wären zwei Dinge kritisch anzumerken:

a) Einmal hat das BAG nicht bedacht, daß möglicherweise auch die Beträge zu versteuern sind, die an den ArbN als Ausgleich für die abgeführte Lohnsteuer gezahlt werden. Gemäß § 19 Abs. 1 EStG gehören zu den steuerpflichtigen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit alle „Bezüge und Vorteile, die für eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst gewährt werden.“ Die kategorische Formulierung hat zur Folge, daß auch die hier interessierende Ausgleichszahlung vom eindeutigen Wortlaut der Vorschrift erfaßt wird. Ausnahmeregelungen, die in unserem Fall eingreifen könnten, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil spricht § 24 Ziff. 1 a EStG eher für eine Versteuerung, da er „Entschädigungen, die als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen gewährt worden sind“, ausdrücklich zu den steuerpflichtigen Einkünften zählt. Das vom BAG erstrebte und durchaus billigenwerte Ziel, den Lebensstandard des ArbN trotz der Wahl in den BR in vollem Umfang zu erhalten, könnte daher nur in der Weise erreicht werden, daß der ArbGeb eine Summe zur Verfügung stellt, die nach Abzug der Steuern den als Lohnsteuer für die Zuschüsse abgeführten Betrag erreicht. Die Kompliziertheit dieser (m. E. unvermeidlichen) Lösung spricht einmal mehr gegen die Auffassung des BAG.

b) Außerdem erwecken auch die Erwägungen Bedenken, mit denen die Pflicht des ArbN zur Abtretung seines etwaigen Ersatzanspruches begründet werden. Es ist nicht einzusehen, warum auf das (angebliche) personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis zurückgegriffen werden soll, wenn der ArbGeb durch Abführung nicht geschuldeter Lohnsteuer dem ArbN einen rechtlichen Vorteil in Form eines Erstattungsanspruchs gegen den Fiskus zuwendet. Die in derartigen Fällen eingreifenden Spezialnormen finden sich in den §§ 812 ff. BGB, da es an einem rechtlichen Grund für die Leistung an den ArbN fehlt (vgl. Esser, Schuldrecht, Band II, 3. Auflage 1969, § 102 I 2 a). Würde man der Auffassung des BAG folgen, hätte das Bereicherungsrecht im Rahmen des Arbeitsverhältnisses jeden Anwendungsbereich verloren. Ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen würden ausschließlich unter Rückgriff auf die Treue- und Fürsorgepflicht ausgeglichen; die Folge wäre ein beträchtlicher Verlust an Rechtssicherheit, da auch ein Rechtskundiger nur schwer beurteilen kann, wieweit im Einzelfall die an Treue und Fürsorge gestellten Anforderungen gehen. Daneben besteht der Vorwurf mangelnder Gesetzestreue; auch ein ArbG kann sich nur dann über eindeutige Normen des bürgerlichen Rechts hinwegsetzen, wenn dies durch Besonderheiten des arbeitsrechtlichen Sachverhalts geboten ist. Dies ist hier ersichtlich nicht der Fall, zumal § 812 BGB zum selben Ergebnis wie der Rückgriff auf die Treupflicht führt. Exakte dogmatische Begründungen dürfen zwar nicht Endpunkt juristischen Denkens sein; bisweilen erfüllen sie jedoch die nützliche Funktion, gerichtliche Entscheidungen berechenbarer zu machen, da nicht alles davon abhängt, wie der Richter sein Ermessen im Einzelfall gebraucht. Die Generalklausel des „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses“ sollte daher höchstens dann herangezogen werden, wenn alle anderen Mittel versagen.

Dr. Wolfgang Däubler, Tübingen