

## Zu dieser Ausgabe

Dr. Jürgen Schmidt-Troje  
(verantwortlicher Redakteur)

## Liebe Leserinnen und Leser,

► Laut Wikipedia sind in der Bundesrepublik Deutschland etwa 23 Millionen Menschen über 14 Jahren ehrenamtlich in Vereinen, Verbänden, Initiativen oder Kirchen tätig. Viele Bereiche des öffentlichen und sozialen Lebens würden ohne ehrenamtliche Mitarbeiter kaum mehr existieren. Zu solchen ehrenamtlichen Tätigkeiten zählen z. B. die Betreuung von Kindern und alten Menschen, zählen Tätigkeiten im Natur- und Umweltschutz, im Tierschutz, in der Bewährungshilfe, in Altenheimen und Behinderteneinrichtungen, in Sport-, Kultur- und anderen Vereinen sowie bei der Freiwilligen Feuerwehr. Da die Beschäftigung ehrenamtlicher Mitarbeiter nicht unerhebliche arbeitsrechtliche, lohnsteuer- und sozialrechtliche Fragen aufwirft, haben wir uns in dieser Ausgabe schwerpunktmäßig mit diesem Thema befasst.

► In seinem aktuellen Bericht „Arbeitsverhältnis und Ehrenamt“ (Seite 595 ff.) befasst sich Nicolai Besgen mit arbeitsrechtlichen Fragen über den Einfluss ehrenamtlicher Tätigkeiten auf das Hauptarbeitsverhältnis, angefangen von der Frage nach ehrenamtlichen Tätigkeit in einem Vorstellungsgespräch über Auswirkungen dieser Tätigkeit während der Arbeitszeit auf die Hauptleistungspflichten bis hin zu etwaigen Freistellungsansprüchen für ehrenamtliche Arbeiten.

► Eine Gesetzesinitiative des Bundesrates für sog. ehrenamtliche rechtliche Betreuer stellt Klaus Mader in seinem Kurzbeitrag „Neue Steuerbefreiung für ehrenamtliche rechtliche Betreuer?“ (Seite 620 f.) vor. Danach fordert der Bundesrat für diesen Personenkreis einen Steuerfreibetrag von 2 100 € wie für sog. Übungsleiter (§ 3 Nr. 26 EStG). Derzeit erhalten sie nur einen geringeren Freibetrag in Höhe von 500 € gem. § 3 Nr. 26a EStG.

► An und für sich sollten ehrenamtlich Tätige sozialpolitisch besonders gefördert werden. Von einer solchen Förderung kann indessen nur in Teilbereichen ausgegangen werden, wie Ulrich Freudenberg in seinem aktuellen Bericht „Ehrenamt im Spiegel sozialrechtlicher Gesetzgebung und Rechtsprechung“ (Seite 628 ff.) zeigt. Wie ehrenamtlich tätige Übungsleiter versicherungsrechtlich zu behandeln und zu beurteilen sind, untersucht Rolf Altmann in seinem Kurzbeitrag „Versicherungsrechtliche Beurteilung von Übungsleitern in Sportvereinen“ (Seite 632 ff.). Er verbindet seine Ausführungen mit einem Vorschlag zur Vertragsgestaltung.



ZU DIESER AUSGABE

► Auf folgende weitere Beiträge möchte ich Sie noch besonders aufmerksam machen: In ihrem aktuellen Bericht in unserer Rubrik „Personalpraxis“ (Seite 591 ff.) befassen sich Vivica Aug und Thomas Hartmann mit neuen Methoden der Job-Suche. Heute suchen Bewerber mit neuen Kommunikationsmitteln wie Internet nach einer neuen Arbeitsstelle. Hierauf haben sich die Unternehmen eingestellt und bieten ihre offenen Stellen online an.

► Vielfach beklagen sich Unternehmen über mangelhafte Deutschkenntnisse ihrer Bewerber bzw. Arbeitnehmer. Ob schlechte Kenntnisse der deutschen Sprache gar zu einer Kündigung berechtigen können, erschien auf dem Hintergrund des sog. Diskriminierungsverbots sehr zweifelhaft. Hierzu gibt es eine aktuelle Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, die Dietmar Besgen in seinem Kurzbeitrag „Kündigung wegen unzureichender Deutschkenntnisse“ (Seite 607 f.) vorstellt.

► Das neue Schreiben des Bundesfinanzministeriums zum Beschluss des Großen Senats des Bundesfinanzhof zum allgemeinen Aufteilungs- und Abzugsverbot (§ 12 Nr. 1 Satz 2 EStG) behandelt Klaus Mader in einem aktuellen Bericht (Seite 614 ff.).

► Die Versicherungspflicht setzt grundsätzlich eine Arbeitsaufnahme oder zumindest die Entgeltzahlung in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis voraus. Ob die Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung eintritt, wenn eine schwangere Arbeitnehmerin vom Beamtenverhältnis in ein Arbeitsverhältnis wechselt und zum Zeitpunkt des Wechsels die Schutzfrist nach dem Mutterschutzgesetz eine Arbeitsaufnahme nicht erlaubt, war bislang umstritten. Hier haben sich nunmehr die Sozialversicherungsträger auf eine Lösung verständigt, die Ihnen Rolf Altmann in seinem Kurzbeitrag „Wenn die Schutzfrist die Arbeitsaufnahme verhindert ...“ (Seite 637 f.) vorstellt.

Ihr

Jürgen Schmidt-Troje

B + P 09 | 10

INHALTSÜBERSICHT

MAGAZIN

B+P TELEX

Arbeitsrecht

Anfechtung eines notariellen Schuldanerkenntnisses nach zuvor eingeräumten Unterschlagungen ..... 580

Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienste von Ärzten in der gesetzlichen Ruhezeit? ..... 580

Betriebliches Eingliederungsmanagement: BVerwG zum Informationsrecht des Personalrats ..... 581

Vergütung bei einem „Anlernvertrag“ für einen anerkannten Ausbildungsberuf ..... 581

Internet und E-Mail auch für einzelne Betriebsratsmitglieder? ..... 581

Teilzeitkräfte: EuGH zur Nichtberücksichtigung arbeitsfreier Zeiträume bei der Altersversorgung ..... 582

Lohnsteuer

BVerfG: Abzugsverbot für häusliche Arbeitszimmer teilweise verfassungswidrig! ..... 582

BVerfG: Abgeordnetenpauschale nicht verfassungswidrig! ..... 583

BVerfG: Einkunftsgrenze beim Kindergeld/Kinderfreibetrag nicht verfassungswidrig! ..... 585

BFH: 1 %-Regelung gilt nur für tatsächlich zur privaten Nutzung überlassene Dienstwagen ..... 586

Lohnsteuer: Steuerliche Behandlung der Mahlzeitgestaltung bei Auswärtstätigkeit (OFD) ..... 587

LESERFRAGEN

Lohnsteuer

Sind Aufwandsentschädigungen für ehrenamtliche Seniorbegleiter zu versteuern? ..... 588

VERANSTALTUNGSHINWEISE ..... 589

BÜCHERSCHAU ..... 648

IMPRESSUM ..... 648

TITELTHEMA



**Ehrenamtliche Tätigkeiten**

Arbeitsverhältnis und Ehrenamt ..... 595

Neue Steuerbefreiung für ehrenamtliche rechtliche Betreuer? .. 620

Ehrenamt im Spiegel sozialrechtlicher Gesetzgebung und Rechtsprechung ..... 628

PERSONALPRAXIS

Der aktuelle Bericht

Begegnungen der neuen Art: Bewerber online auswählen ..... 591

ARBEITSRECHT

Der aktuelle Bericht

Arbeitsverhältnis und Ehrenamt ..... 595

Kurzbeiträge

Rufbereitschaft: Zulage auch bei Arbeitsleistung? ..... 602

Schwarzgeldabrede = Nettolohnvereinbarung? ..... 603

Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Versetzung .. 604

Feiertagszuschlag für Ostersonntag? ..... 605

Befristung wegen vorübergehenden Bedarfs ..... 606

Kündigung wegen unzureichender Deutschkenntnisse .. 607

Karenzentschädigung – überschießendes Wettbewerbsverbot ..... 608

Annahmeverzug im ungekündigten Arbeitsverhältnis ... 610

Arbeitsunfall und Schmerzensgeld ..... 612

LOHNSTEUER

Der aktuelle Bericht

BMF-Schreiben zum Beschluss des Großen Senats zum Aufteilungs- und Abzugsverbot ..... 614

Kurzbeiträge

Neue Steuerbefreiung für ehrenamtliche rechtliche Betreuer? ..... 620

INHALTSÜBERSICHT

FG Hamburg: Verpflegungsmehraufwand von Linienbus-  
fahrten ..... 621

FG Köln zum Abzug „umgekehrter Familienheim-  
fahrten“ ..... 623

BFH: Haftung des Arbeitgebers für von Angestellten  
hinterzogene Lohnsteuer ..... 625

BFH: Aufwendungen für das Antragsverfahren nach  
§ 7a SGB IV sind Werbungskosten ..... 626

SOZIALRECHT

Der aktuelle Bericht

Ehrenamt im Spiegel sozialrechtlicher Gesetzgebung und  
Rechtsprechung ..... 628

Kurzbeiträge

Versicherungsrechtliche Beurteilung von Übungsleitern  
in Sportvereinen ..... 632

Keine Beitragsfreiheit bei Mitarbeiterkapitalbeteiligungen  
in Form von Entgeltumwandlungen ..... 635

Wenn die Schutzfrist die Arbeitsaufnahme verhindert ... 637

Beitragspflicht von Wertguthaben in der Unfallversiche-  
rung ..... 638

Auswirkungen arbeitsrechtlicher Kündigung auf das  
Arbeitslosengeld II ..... 640

Ratenkapitalisierung betrieblicher Altersversorgung und  
Beitragsrecht ..... 641

B + P STICHWORTVERZEICHNIS 644

DEMNÄCHST IN B + P

TITELTHEMA IM OKTOBER:

- **Kundenbindungsprogramme**

ARBEITSRECHT

- *Annahmeverzug – Regelmäßige Fragestellungen im beste-  
henden und gekündigten Arbeitsverhältnis*
- *Internetnutzung durch den Betriebsrat*
- *Gesamtbetriebsrat – Nutzung Telefonat*
- *Mehrurlaub – Zusatzurlaub – Vertrauensschutz*
- *Wählbarkeit eines Leiharbeitnehmers*
- *Arbeitgeber können zur Bereitstellung eines Parkplatzes  
verpflichtet sein*
- *Herausgabe von Miles & More an Arbeitgeber*
- *Missbrauch von Payback-Punkten*
- *Witwen-/Witwerversorgung: Ausschluss bei Eheschluss  
nach dem Ausscheiden?*
- *Betriebsrente: Auszehrung durch Anrechnung anderer  
Versorgungsansprüche*
- *Betriebsrente: Verlust durch Ausgleichsklausel*
- *Weihnachtsgeld für Betriebsrentner*
- *Teilzeitvertrag: Änderung durch zeitweise Vollzeitbeschäfti-  
gung?*

LOHNSTEUER

- *BFH: Gebührenverzicht zu Gunsten von Mitarbeitern eines  
Vertriebspartners kein Arbeitslohn!*
- *Neue Urteile zum Entlastungsbetrag für Alleinerziehende*
- *FG Düsseldorf: Sog. Restaurantschecks stellen keinen  
Sachbezug dar!*
- *Niedersächsisches FG: Arbeitslohn durch Übernahme der  
Beiträge für einen Golfclub?*
- *FG Rheinland-Pfalz: Schadenersatz wegen Geheimnisver-  
rats als nachträgliche Werbungskosten?*
- *FG Köln: Prozesskosten wegen Klage auf Krankentagegeld  
als außergewöhnliche Belastung?*

SOZIALRECHT

- *Versicherungsrechtliche Beurteilung von Teilnehmern an  
dualen Studiengängen (Praktikum = Studium?)*
- *Beitragspflicht beim verbilligten Erwerb von Kraftfahr-  
zeugen vom Arbeitgeber in der Automobilbranche*
- *Anrechnung von Nacht- und Feiertagszuschlägen auf  
„Hartz IV“*
- *Kommanditisten als Arbeitnehmer ihrer Gesellschaft*

## Arbeitsrecht

### +++ Anfechtung eines notariellen Schuldanerkenntnisses nach zuvor eingeräumten Unterschlagungen +++

Mit seinem Urteil vom 22. 7. 2010 – 8 AZR 144/09, hat das Bundesarbeitsgericht den hohen Stellenwert eines notariellen Schuldanerkenntnisses bestätigt.

In dem entschiedenen Fall ging es um einen bei der Arbeitgeberin zum Einzelhandelskaufmann ausgebildeten und danach vier Jahre lang bei ihr als Verkäufer im Getränkemarkt beschäftigten Arbeitnehmer. Nachdem durch Inventuren erhebliche Fehlbestände an Leergut aufgefallen waren, nahm die Arbeitgeberin Langzeitauswertungen vor und installierte Ende Juni 2006 eine für den Arbeitnehmer nicht erkennbare Videokamera über seinem Arbeitsplatz an der Getränkemarkt-Kasse. Nach Darstellung der Arbeitgeberin ergab die Videoauswertung Unterschlagungen des Arbeitnehmers binnen dreier Arbeitstage in Höhe von 1 120 €. Die Kassenauswertung ergab für zwei Monate einen Schaden von über 10 000 €. Damit wurde der Arbeitnehmer Ende Juli 2006 im Beisein der Betriebsratsvorsitzenden konfrontiert. Er gab zu, seit vier Jahren regelmäßig Geld genommen und dies mit fingierten Pfandbonzetteln verdeckt zu haben. Nach anfänglich kleinen täglichen Beträgen, die nicht aufgefallen seien, habe er zeitweise zwischen 500 und 600 € täglich entnommen. Der Kläger bestätigte handschriftlich, innerhalb von vier Jahren einen Gesamtschaden von wenigstens 110 000 € verursacht zu haben. Später fuhr man zu einem Notar in die benachbarte Großstadt M. Dort unterzeichnete der Arbeitnehmer ein vom Notar formuliertes Schuldanerkenntnis wegen von ihm begangener vorsätzlicher unerlaubter Handlungen in Höhe von 113 750 € zuzüglich Zinsen. Ihm wurde eine monatliche Ratenzahlung in Höhe von 200 € eingeräumt. Er unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung. Ende Dezember 2006 ließ der Arbeitnehmer seine Willenserklärung im notariellen Schuldanerkenntnis aus allen Gesichtspunkten anfechten und klagte auf Herausgabe der Urkunde wegen Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts.

Die Klage blieb vor dem Bundesarbeitsgericht ohne Erfolg:

Gibt ein Arbeitnehmer zu, im Arbeitsverhältnis Unterschlagungen begangen zu haben, und unterzeichnet er vor einem Notar ein Schuldanerkenntnis, so kann er gegen dessen Wirksamkeit grundsätzlich nicht mit Erfolg einwenden, die Methoden zu seiner Überführung seien unzulässig gewesen.

Einwände gegen die Höhe des von ihm verursachten Schadens oder gegen die Art und Weise, wie er überführt wurde, konnte der Arbeitnehmer gegen das notarielle Schuldanerkenntnis nicht ins Feld führen. Mit Unterzeichnung des Anerkenntnisses hatte er solche bekannten Einwände aufgegeben. Der Inhalt der notariellen Urkunde stellte sich auch nicht als sittenwidrig dar. Zwar war die Summe hoch, im Verhältnis zu dem vorausgegangenen Geständnis des Arbeitnehmers und zu den Feststellungen, die die Arbeitgeberin gemacht hatte, war der Schadensbetrag aber vorsichtig kalkuliert. Die Arbeitgeberin hatte auch keine Geschäftsunerfahrenheit des Arbeitnehmers ausgenutzt. Die Drohung mit einer Strafanzeige erscheint angesichts des vom Arbeitnehmer selbst eingeräumten Sachverhalts nicht als unverhältnismäßig. Grundsätzlich kann ein unterzeichnetes notarielles Schuldanerkenntnis nicht erfolgreich mit den

Argumenten angegriffen werden, die vor Unterschrift gegen die Forderung des Gegners hätten erhoben werden können. *Be.*

### +++ Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienste von Ärzten in der gesetzlichen Ruhezeit? +++

Mit seinem Urteil vom 22. 7. 2010 – 6 AZR 78/09, hat sich das Bundesarbeitsgericht mit der insbesondere für Krankenhäuser wichtigen Frage beschäftigt, ob der – bezahlte – Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienste in die gesetzliche Ruhezeit gelegt werden darf.

Im Streitfall klagte ein Assistenzarzt, der bei einem Klinikum vom 1. 5. 2007 bis zum 31. 3. 2010 beschäftigt war. Zwischen den Parteien fand kraft beiderseitiger Tarifbindung der TV-Ärzte/VKA Anwendung. Der Arbeitnehmer leistete außerhalb der regulären Arbeitszeit Bereitschaftsdienste mit jeweils zehn Stunden, von denen entsprechend der tariflichen Regelung 90 % und damit neun Stunden als Arbeitszeit gewertet wurden. Im Anschluss erhielt der Arbeitnehmer Freizeitausgleich noch innerhalb der gesetzlichen Ruhezeit des § 5 ArbZG. Dadurch wurde er jeweils von seiner ansonsten am Folgetag bestehenden Arbeitspflicht freigestellt. Eine verbleibende aus dem Bereitschaftsdienst errechnete Stunde Arbeitszeit wurde vergütet. Auf diese Weise wurde die Regelarbeitszeit des Klägers in vollem Umfang vergütet und die gesetzliche Ruhezeit eingehalten. Der Arbeitnehmer begehrte Entgelt für die von ihm zwischen dem 9. 7. 2007 bis zum 31. 8. 2008 geleisteten Bereitschaftsdienste, soweit ihm dafür Freizeitausgleich gewährt worden war, weil er die Gewährung von Freizeitausgleich in der gesetzlichen Ruhezeit für unzulässig hielt. Unstreitig waren dies in Arbeitszeit umgerechnet 640 Stunden.

Das Bundesarbeitsgericht bestätigte die Abweisung der Klage:

Der Tarifvertrag für Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Krankenhäusern im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TV-Ärzte/VKA) vom 17. 8. 2006 verpflichtet Ärzte, Bereitschaftsdienste zu leisten. Diese Bereitschaftsdienste werden mit einem tariflich festgelegten Faktor in Arbeitszeit umgerechnet und sind mit einem ebenfalls tariflich festgelegten, von der Entgeltgruppe abhängigen Stundenlohn zu vergüten oder gem. § 12 Abs. 4 Satz 1 TV-Ärzte/VKA durch entsprechende Freizeit abzugelten (Freizeitausgleich).

Dieser Freizeitausgleich nach § 12 Abs. 4 Satz 1 TV-Ärzte/VKA kann auch in der gesetzlichen Ruhezeit nach § 5 ArbZG erfolgen. Der Arzt hat keinen Anspruch darauf, nach Ableistung eines Bereitschaftsdienstes zunächst unbezahlte Ruhezeit und anschließend bezahlten Freizeitausgleich gewährt zu bekommen. § 5 ArbZG schreibt dem Krankenhaus nicht vor, durch welche arbeitsvertragliche Gestaltung es sicherstellt, dass der Arzt nach der Beendigung der täglichen Arbeitszeit mindestens während der folgenden gesetzlichen Ruhezeit nicht zur Arbeitsleistung herangezogen wird. Erfolgt der Freizeitausgleich in der gesetzlichen Ruhezeit, wird also bezahlte Freizeit unter Anrechnung auf die Sollarbeitszeit gewährt, ist der nach § 12 Abs. 2 und Abs. 3 TV-Ärzte/VKA bei Ableistung von Bereitschaftsdiensten entstehende Entgeltanspruch abgegolten. *Be.*



### +++ Betriebliches Eingliederungsmanagement: BVerwG zum Informationsrecht des Personalrats +++

Mit seinem Beschluss vom 23. 6. 2010 hat das Bundesverwaltungsgericht zum Informationsrecht des Personalrats nach § 84 Abs. 2 SGB IX beim betrieblichen Eingliederungsmanagement Stellung genommen.

Nach dieser Vorschrift klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung, wenn Beschäftigte innerhalb eines Jahres mehr als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement); die betroffene Person ist zuvor auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen; die Interessenvertretung wacht darüber, dass der Arbeitgeber seine Verpflichtungen erfüllt.

Im vorliegenden Fall hatte das Verwaltungsgericht Berlin zunächst in erster Instanz rechtskräftig festgestellt, dass der Leiter der Berliner Bäder-Betriebe verpflichtet ist, dem dortigen Personalrat unverzüglich ohne vorherige Zustimmung des jeweils Betroffenen mitzuteilen, welche Beschäftigten innerhalb eines Jahres mehr als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig waren. Streitig geblieben dagegen war, ob der Dienststellenleiter auch verpflichtet ist, sein Anschreiben an die Betroffenen und deren Antworten dem Personalrat zur Kenntnis zu geben.

Das Bundesverwaltungsgericht bejahte die Informationspflicht nur teilweise:

Der Personalrat benötigt zwar das Anschreiben des Dienststellenleiters, um überprüfen zu können, ob der Betroffene über das gesetzliche Angebot des betrieblichen Eingliederungsmanagements ordnungsgemäß unterrichtet worden ist. Ein ins Gewicht fallender zusätzlicher Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist damit nicht verbunden, nachdem auf Grund der genannten Entscheidung des Verwaltungsgerichts rechtskräftig feststeht, dass der Personalrat über den betroffenen Personenkreis zu unterrichten ist.

Dagegen hat der Personalrat aber keinen Anspruch auf Mitteilung der Antwortschreiben der Beschäftigten, die der Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nicht oder nur ohne Beteiligung des Personalrats zugestimmt haben. Das Recht dieser Beschäftigten auf informationelle Selbstbestimmung verbietet es, deren Haltung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement und zur Beteiligung des Personalrats zu offenbaren. Typischerweise kann angenommen werden, dass der Dienststellenleiter die eingehenden Antworten der betroffenen Beschäftigten korrekt zuordnet. Angesichts dessen benötigt der Personalrat zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung seiner Aufgaben nur die Antwortschreiben derjenigen Beschäftigten, die dem betrieblichen Eingliederungsmanagement unter seiner Beteiligung zugestimmt haben.

#### Hinweis für die Praxis:

Die Informationsrechte nach § 84 Abs. 2 SGB IX gelten u. a. auch für Betriebsräte. Die Entscheidung ist daher auch für sie von Bedeutung. Über Streitfragen befinden allerdings ggf. die

Arbeitsgerichte ohne Bindung an Entscheidungen der Verwaltungsgerichte. *Be.*

### +++ Vergütung bei einem „Anlernvertrag“ für einen anerkannten Ausbildungsberuf +++

Mit seinem Urteil vom 27. 7. 2010 - 3 AZR 317/08, hat das Bundesarbeitsgericht einen „Anlernvertrag“ zu einem anerkannten Ausbildungsberuf für unwirksam erklärt und einen Anspruch auf die übliche Arbeitsvergütung anerkannt.

Die Klägerin in dem entschiedenen Fall war zunächst vom 1. 3. bis zum 31. 8. 2005 bei einem beklagten Malermeister im Rahmen eines Vertrags über eine Einstiegsqualifizierung zum Ausbildungsberuf Malerin und Lackiererin tätig. Ziel dieses Vertrages war die Vermittlung von Grundkenntnissen und -fertigkeiten, die für den Einstieg in eine Berufsausbildung förderlich sind. Im Anschluss hieran bot der Malermeister der Klägerin den Abschluss eines Berufsausbildungsvertrages an. Die Klägerin lehnte dies ab, weil sie nicht zur Berufsschule gehen wollte. Daraufhin schlossen die Parteien, nachdem es nicht zum Abschluss eines Berufsausbildungsverhältnisses gekommen war, einen „Anlernvertrag“ im Beruf „Maler- und Lackierer“ und vereinbarten eine monatliche Vergütung von 550 € brutto, die deutlich hinter der für Arbeitnehmer üblichen Mindestvergütung zurückblieb. Die Arbeitnehmerin hielt dies für unzulässig und klagte auf Zahlung des Differenzbetrages zwischen dem Mindestlohn für ungelernte Arbeitnehmer im Malerhandwerk nach dem Mindestlohn-Tarifvertrag und der im Vertrag vereinbarten Vergütung. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab, das Landesarbeitsgericht gab ihr teilweise statt.

Das Bundesarbeitsgericht bestätigte einen Anspruch auf Differenzvergütung:

Nach § 4 Abs. 2 Berufsbildungsgesetz ist die Ausbildung für einen anerkannten Ausbildungsberuf nur nach der Ausbildungsordnung zulässig. Die Ausbildung hat grundsätzlich in einem Berufsausbildungsverhältnis stattzufinden. Soll ein solches nicht vereinbart werden, kann stattdessen auch ein Arbeitsverhältnis begründet werden. Es ist jedoch unzulässig, die Ausbildung in einem anderen Vertragsverhältnis nach § 26 Berufsbildungsgesetz, etwa einem „Anlernverhältnis“, durchzuführen. Derartige Verträge sind wegen des Gesetzesverstoßes insgesamt nach § 134 BGB nichtig. Trotzdem eingegangene „Anlernverhältnisse“ sind für den Zeitraum ihrer Durchführung entsprechend den Regeln über das Arbeitsverhältnis auf fehlerhafter Vertragsgrundlage (sog. faktisches Arbeitsverhältnis) wie ein Arbeitsverhältnis zu behandeln. Zu zahlen ist die i. S. v. § 612 Abs. 2 BGB für Arbeitsverhältnisse übliche Vergütung. Ob sich der Arbeitgeber ohne Weiteres vorzeitig aus dem Rechtsverhältnis lösen kann oder ob dies wegen des Schutzzwecks des Berufsbildungsgesetzes nicht möglich ist, wofür einiges spricht, hatte der Senat nicht zu entscheiden. *Be.*

### +++ Internet und E-Mail auch für einzelne Betriebsrats- mitglieder? +++

Mit seinem Beschluss vom 14. 7. 2010 - 7 ABR 80/08, hat das Bundesarbeitsgericht für die einzelnen Betriebsratsmitglieder grundsätzlich den Weg für eigene Internetanschlüsse und E-Mail-Adressen geöffnet.

Der Betriebsrat kann, sofern berechnete Belange des Arbeitgebers nicht entgegenstehen, von diesem die Eröffnung eines Internetzu-

gangs und die Einrichtung eigener E-Mail-Adressen auch für die einzelnen Betriebsratsmitglieder verlangen.

Im Streitfall hatte der Betriebsrat vom Arbeitgeber für sämtliche Betriebsratsmitglieder die Eröffnung von Zugängen zum Internet sowie die Einrichtung eigener E-Mail-Adressen verlangt. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht hatten den Antrag des Betriebsrats zurückgewiesen.

Das Bundesarbeitsgericht hingegen gab dem Betriebsrat recht:

Nach § 40 Abs. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat für die laufende Geschäftsführung im erforderlichen Umfang Informations- und Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen. Die Beurteilung, ob ein Mittel der Informations- und Kommunikationstechnik der Erfüllung von Betriebsratsaufgaben dient, ist Sache des Betriebsrats. Er hat dabei einen Beurteilungsspielraum. Bei seiner Entscheidung muss er die entgegenstehenden Belange des Arbeitgebers, darunter insbesondere die diesem entstehenden Kosten berücksichtigen. Wie das Bundesarbeitsgericht bereits wiederholt entschieden hat, kann der Betriebsrat die Einholung von Informationen aus dem Internet als zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ansehen.

In Wahrnehmung seines Beurteilungsspielraums darf er auch davon ausgehen, dass die Eröffnung von Internetanschlüssen für die einzelnen Mitglieder – etwa zu deren Vorbereitung auf Betriebsratssitzungen – der Aufgabenerfüllung des Betriebsrats dient. Auch durch die Entscheidung, seinen Mitgliedern eigene E-Mail-Adressen zum Zwecke der externen Kommunikation einzurichten, überschreitet der Betriebsrat seinen Beurteilungsspielraum nicht. Ebenso wie die Informationsbeschaffung kann die Kommunikation einzelner Betriebsratsmitglieder mit nicht zum Betrieb gehörenden Dritten Teil der Betriebsratsstätigkeit sein.

Berechtigte Kosteninteressen des Arbeitgebers standen dem Verlangen nicht entgegen, da die Betriebsratsmitglieder alle an PC-Arbeitsplätzen beschäftigt sind, so dass es lediglich der Freischaltung des Internets und der Einrichtung einer E-Mail-Adresse bedarf.

#### Hinweis für die Praxis:

Die Nutzungsbeschränkung betr. Aufgabenerfüllung des Betriebsrats/Betriebsratsstätigkeit bleibt zu beachten. Hier könnten in der betrieblichen Praxis Auseinandersetzungen entstehen. Be.

#### +++ Teilzeitkräfte: EuGH zur Nichtberücksichtigung arbeitsfreier Zeiträume bei der Altersversorgung +++

Mit seinem Urteil vom 10. 6. 2010 in den verbundenen Rechtssachen C-395/08 und C-396/08 hat sich der Europäische Gerichtshof mit der Berechnungsgrundlage für die Altersversorgung bei „zyklisch-vertikaler Teilzeitarbeit“ befasst.

Im Ausgangsfall ging es um teilzeitbeschäftigte Kabinenmitarbeiter der Fluggesellschaft Alitalia, die nach dem Modell „zyklisch-vertikaler Teilzeitarbeit“ teilzeitbeschäftigt waren. Bei diesem Modell arbeitet die Teilzeitkraft nur bestimmte Wochen oder Monate des Jahres mit voller oder verringerter Stundenzahl. Insoweit wurden als Beitragszeiten für die Altersversorgung nur Zeiten berücksichtigt, in denen gearbeitet wurde, während arbeitsfreie Zeiträume, die der

Verringerung der Arbeitszeit im Verhältnis zu vergleichbaren Vollzeitarbeitnehmern entsprachen, außer Betracht blieben.

Der Gerichtshof beanstandete dies mit folgenden Leitsätzen:

*§ 4 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit ist in Bezug auf Altersversorgung dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die bei Beschäftigten mit zyklisch-vertikaler Teilzeitarbeit arbeitsfreie Zeiträume bei der Berechnung der für den Erwerb eines Anspruchs auf Altersversorgung erforderlichen Zeiten nicht berücksichtigt, es sei denn, eine solche Ungleichbehandlung ist durch sachliche Gründe gerechtfertigt.*

*Für den Fall, dass das vorlegende Gericht zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass die in den Ausgangsverfahren fragliche nationale Regelung mit § 4 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der Richtlinie 97/81 unvereinbar ist, sind § 1 und § 5 Nr. 1 dieser Rahmenvereinbarung dahin auszulegen, dass sie einer solchen Regelung ebenfalls entgegenstehen.* Be.

## Lohnsteuer

### +++ BVerfG: Abzugsverbot für häusliche Arbeitszimmer teilweise verfassungswidrig! +++

Mit dem **Jahressteuergesetz 1996** wurde in § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG die steuerliche Berücksichtigung von Aufwendungen für ausschließlich betrieblich oder beruflich genutzte häusliche Arbeitszimmer als Betriebsausgaben oder Werbungskosten erstmals eingeschränkt. Eine Ausnahme vom grundsätzlich geregelten Verbot des Abzugs solcher Aufwendungen galt danach dann, wenn die betriebliche oder berufliche Nutzung des Arbeitszimmers mehr als 50 % der gesamten betrieblichen und beruflichen Tätigkeiten betrug oder wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung stand. Eine unbeschränkte Abzugsmöglichkeit war darüber hinaus nur noch zugelassen, wenn das Arbeitszimmer den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Tätigkeit bildete. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 7. 12. 1999 (BVerfGE 101, 297) die Verfassungsmäßigkeit dieser Einschränkung bejaht.

Mit dem **Steueränderungsgesetz 2007** wurde die Abzugsmöglichkeit weiter eingeschränkt. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG erlaubt den Abzug der Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer sowie die Kosten der Ausstattung nur noch, wenn das Arbeitszimmer den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Betätigung bildet. Der Kläger des Ausgangsverfahrens, der beruflich als **Haupt-schullehrer** tätig ist, nutzte täglich für zwei Stunden ein ausschließlich beruflich genutztes häusliches Arbeitszimmer. Die von ihm beantragte Zuweisung eines Arbeitsplatzes in der Schule zur Vor- und Nachbereitung des Unterrichts war vom Schulträger abgelehnt worden. Das Finanzamt ließ die vom Kläger in seiner Einkommensteuererklärung für das Jahr 2007 geltend gemachten Aufwendungen für das häusliche Arbeitszimmer unberücksichtigt. Die deswegen vor dem Finanzgericht erhobene Klage führte zur Vorlage des Finanzgerichts.

Der Zweite Senat des **Bundesverfassungsgerichts** hat mit **Beschluss vom 6. 7. 2010 – 2 BvL 13/09**, DStR 2010, 1563 = DB 2010, 1674 entschieden, dass die Neuregelung in § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG **gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt**,

soweit die Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer auch dann von der steuerlichen Berücksichtigung ausgeschlossen sind, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit **kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht**. Der Gesetzgeber ist danach verpflichtet, rückwirkend auf den 1. 1. 2007 durch Neufassung des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen. **Die Gerichte und Verwaltungsbehörden dürfen die Vorschrift im Umfang der festgestellten Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz nicht mehr anwenden, laufende Verfahren sind auszusetzen.**

**Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:**

Der **allgemeine Gleichheitssatz** verlangt vom Einkommensteuergesetzgeber eine an der finanziellen Leistungsfähigkeit ausgerichtete hinreichend folgerichtige Ausgestaltung seiner Belastungsentscheidungen. Die für die Lastengleichheit im Einkommensteuerrecht maßgebliche finanzielle Leistungsfähigkeit bemisst sich unter anderem nach dem **objektiven Nettoprinzip**. Danach sind betrieblich oder beruflich veranlasste Aufwendungen als Betriebsausgaben oder Werbungskosten von der Bemessungsgrundlage abziehbar. Benachteiligende Ausnahmen von dieser Belastungsgrundentscheidung des Einkommensteuergesetzgebers bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes, um den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes zu genügen.

Daran fehlt es hier. **Die im Gesetzgebungsverfahren angeführten fiskalischen Gründe sind nicht geeignet, die Neuregelung vor dem allgemeinen Gleichheitssatz zu rechtfertigen.** Das Ziel der Einnahmenvermehrung stellt für sich genommen keinen hinreichenden sachlichen Grund für Ausnahmen von einer folgerichtigen Ausgestaltung einkommensteuerrechtlicher Belastungsentscheidungen dar. Denn dem Ziel der Einnahmenvermehrung dient jede, auch eine willkürliche steuerliche Mehrbelastung.

Darüber hinaus verfehlt die Neuregelung das Gebot einer hinreichend realitätsgerechten Typisierung, soweit Aufwendungen für das häusliche Arbeitszimmer auch dann nicht zu berücksichtigen sind, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Denn der Mangel eines alternativen Arbeitsplatzes, der sich durch die Vorlage einer Bescheinigung des Arbeitgebers ohne weiteres nachweisen lässt, liefert eine leicht nachprüfbare Tatsachenbasis für die Feststellung der tatsächlich betrieblichen oder beruflichen Nutzung und damit die Möglichkeit einer typisierenden Abgrenzung von Erwerbs- und Privatsphäre. Dagegen ist die Ermittlung und Bestimmung der nach der Neuregelung vom Abzugsverbot ausgenommenen Kosten eines Arbeitszimmers, das den „qualitativen“ „Mittelpunkt“ der gesamten betrieblichen oder beruflichen Tätigkeit bildet, offenkundig aufwendig und streitanfällig. Gemessen an den Zielen des Gesetzes – Vereinfachung, Streitvermeidung und Gleichmäßigkeit der Besteuerung – wird das **Abzugsverbot, soweit es die Fallgruppe „kein anderes Arbeitszimmer“ betrifft, den Anforderungen einer realitätsgerechten Typisierung daher nicht gerecht.**

In Erweiterung der verfassungsrechtlichen Prüfung hat das Bundesverfassungsgericht jedoch entschieden, dass die **Ausdehnung des Abzugsverbotes nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt, soweit davon nunmehr auch Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer erfasst sind, das zu mehr als 50 % der gesamten betrieblichen oder beruflichen Tätigkeit ausschließlich betrieblich oder beruflich genutzt wird.** Der Umfang

der Nutzung des Arbeitszimmers ist allenfalls ein schwaches Indiz für dessen Notwendigkeit, wenn dem Steuerpflichtigen von seinem Arbeitgeber ein weiterer Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt wird. Es fehlt zudem an leicht nachprüfbaren objektiven Anhaltspunkten für die Kontrolle der Angaben des Steuerpflichtigen zum Umfang der zeitlichen Nutzung des Arbeitszimmers.

#### Hinweis für die Praxis:

Nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts dürften die Gerichte und Verwaltungsbehörden an sich die Vorschrift des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG im Umfang der festgestellten Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz nicht mehr anwenden und müssten laufende Verfahren aussetzen. Im Interesse der Steuerpflichtigen sollen die Finanzämter aber gleichwohl entsprechende Steuerfälle bearbeiten und die Arbeitszimmerkosten vorläufig – wie bis 2006 – bis zu einem Betrag von 1 250 € anerkennen. Weitere Einzelheiten zu den verfahrensrechtlichen Auswirkungen des Beschlusses siehe BMF-Schreiben vom 12. 8. 2010, das im Bundessteuerblatt I veröffentlicht wird.

Abzuwarten bleibt nunmehr die vom Bundesverfassungsgericht geforderte gesetzliche Neuregelung. Bis dahin sollten Sie von Anfragen bei Ihrem Finanzamt absehen. Da alle Steuerfestsetzungen seit dem 1. 4. 2009 insoweit vorläufig sind (zuletzt BMF-Schreiben vom 22. 7. 2010, DB 2010, 1673), ist es auch nicht erforderlich, gegen Steuerbescheide Einspruch einzulegen.

Ma.

#### +++ BVerfG: Abgeordnetenpauschale nicht verfassungswidrig! +++

Wir hatten in B+P 2008, 761 auf Entscheidungen des Bundesfinanzhofs hingewiesen, nach denen die Steuerfreiheit der Kostenpauschale der Abgeordneten zwar bedenklich ist, aber andere Berufsgruppen keinen Anspruch auf Gewährung einer entsprechend hohen Betriebsausgaben- oder Werbungskostenpauschale haben.

Wir hatten bereits angekündigt, dass gegen diese Entscheidungen Verfassungsbeschwerden eingelegt werden würde. Dies ist geschehen, das **Bundesverfassungsgericht hat diese jedoch mit Nichtannahmebeschluss vom 26. 7. 2010 – 2 BvR 2227/08, 2 BvR 2228/08, juris, nicht zur Entscheidung angenommen**, weil sie keine Aussicht auf Erfolg haben. Siehe dazu nachstehende Pressemitteilung des BVerfG Nr. 62/2010 vom 12. 8. 2010:

*„Die Verfassungsbeschwerden gegen die Abgeordnetenpauschale waren vor dem BVerfG erfolglos.*

*Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages erhalten zur Abgeltung ihrer durch das Mandat veranlassten Aufwendungen nach § 12 des Abgeordnetengesetzes des Bundes eine monatliche Kostenpauschale, die etwa ein Drittel der gesamten Bezüge umfasst und nach § 3 Nr. 12 EStG steuerfrei ist (sog. Abgeordnetenpauschale). Entsprechendes sieht § 6 des Abgeordnetengesetzes Baden-Württemberg für die Abgeordneten des dortigen Landtages vor.*

*Die Beschwerdeführer beziehen Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit nach § 19 EStG. Berufsbedingte Aufwendungen können sie – den allgemeinen Regeln des Einkommensteuergesetzes entspre-*



chend – über den Arbeitnehmer-Pauschbetrag hinaus (920 € bzw. in den Streitjahren 1999/2000: 2 000 DM) steuerlich nur in dem Umfang geltend machen, in dem sie tatsächlich angefallen sind. Mit ihren Klagen begehrt sie – im Ergebnis erfolglos – jeweils die pauschale Anerkennung von Berufsausgaben in Höhe von einem Drittel der erzielten Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit, um eine Gleichbehandlung mit den Abgeordneten des Deutschen Bundestages bzw. des Landtages von Baden-Württemberg zu erreichen. Die klageabweisenden Entscheidungen der Finanzgerichte wurden durch den Bundesfinanzhof bestätigt.

Das BVerfG hat die dagegen gerichteten Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen, da die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen. Die Beschwerdeführer seien nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG (allgemeiner Gleichheitssatz) verletzt.

Es ist nicht grundsätzlich verfassungsrechtlich zu beanstanden, dass Abgeordnete im Gegensatz zu anderen Steuerpflichtigen zur Abgeltung der mandatsbezogenen Aufwendungen eine steuerfreie pauschalierte Aufwandsentschädigung erhalten. Die darin liegende **Ungleichbehandlung findet ihre Rechtfertigung in der besonderen Stellung des Abgeordneten**, der über die Art und Weise der Wahrnehmung seines Mandats grundsätzlich frei und in ausschließlicher Verantwortung gegenüber dem Wähler entscheidet. Dies betrifft auch die Frage, welche Kosten er dabei auf sich nimmt. Deren pauschale Erstattung soll **Abgrenzungsschwierigkeiten vermeiden**, die beim Einzelnachweis mandatsbedingter Aufwendungen dadurch aufträten, dass die Aufgaben eines Abgeordneten aufgrund der Besonderheiten des Abgeordnetenstatus nicht in abschließender Form bestimmt werden könnten. **Die Abgeordnetenpauschale entspricht weniger einer Werbungskostenpauschale als eher einem pauschalierten Auslagenersatz für Kosten, deren tatsächlicher Anfall vermutet wird.** Wie der BFH zutreffend ausgeführt hat, dient auch deren Steuerfreiheit der Vereinfachung und der Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten, da die Besteuerung der Kostenpauschale und die Geltendmachung der mandatsbezogenen Aufwendungen als Werbungskosten entfallen. **Es ist auch nicht offensichtlich, dass die Abgeordnetenentschädigung bereits im Kern nicht tatsächlich entstandenen Aufwand ausgleicht.**

**Soweit sich die Verfassungsbeschwerden gegen die Höhe der Abgeordnetenentschädigung richten, fehlt es bereits am Rechtsschutzinteresse.** Der BFH hat die Entscheidungserheblichkeit dieser Frage zutreffend verneint, denn die Beschwerdeführer können ihre Rechtsposition jedenfalls im Ergebnis nicht verbessern. Selbst wenn in Bezug auf die Höhe der Abgeordnetenpauschale ein Gleichheitsverstoß vorläge, bliebe es dem Gesetzgeber überlassen, auf welche Weise er Abhilfe schaffen würde. Dass infolgedessen den Beschwerdeführern im Ergebnis ein entsprechend pauschalierter Abzug gewährt würde, ist jedoch offensichtlich ausgeschlossen.“

#### Hinweis für die Praxis:

Steuerfestsetzungen sind in diesem Punkt bisher vorläufig ergangen (zuletzt BMF-Schreiben vom 12. 8. 2010, das im BStBl I veröffentlicht wird). Der Vorläufigkeitskatalog wird daher in Kürze erneut geändert werden müssen. Ma.



### +++ BVerfG: Einkunftsgrenze beim Kindergeld/Kinderfreibetrag nicht verfassungswidrig! +++

Kindergeld bzw. Kinderfreibetrag können für über 18 Jahre alte Kinder nur gewährt werden, wenn deren **Einkünfte und Bezüge den Betrag von 8 004 € (bis einschließlich 2009 7 680 €) nicht übersteigen**. Wird diese Grenze auch nur um einen Euro überschritten, fällt das Kindergeld – ggf. rückwirkend – in vollem Umfang weg. Diese sog. **Fallbeilwirkung** ist seit jeher umstritten, bisher aber vom Bundesfinanzhof bestätigt worden (siehe zuletzt B+P 2008, 693).

**Jetzt hat auch das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit der Regelung bestätigt** (Nichtannahmebeschluss vom 27. 7. 2010 – 2 BvR 2122/09, juris). Siehe dazu nachstehende Pressemitteilung des BVerfG Nr. 61/2010 vom 12. 8. 2010:

*„Das BVerfG hat entschieden, dass die Regelung des Grenzbetrages für die Bewilligung von Kindergeld nicht verfassungswidrig ist.*

*Der Beschwerdeführer bezog für seinen Sohn, der sich in den Jahren 2002 bis 2006 in Berufsausbildung befand, Kindergeld. Die Familienkasse bewilligte für das Jahr 2005 kein Kindergeld, da die Einkünfte und Bezüge des Sohnes den maßgeblichen **Jahresgrenzbetrag in Höhe von 7 680 € um 4,34 € überschritten**. Die dagegen gerichtete Klage des Beschwerdeführers blieb vor den Finanzgerichten ohne Erfolg.*

*Das BVerfG hat die hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.*

*Die Annahmenvoraussetzungen liegen nicht vor, insbesondere wird der Beschwerdeführer durch die angefochtene Entscheidung sowie die gesetzliche **Festlegung des Grenzbetrages in § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG nicht in seinen Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG verletzt**, so das BVerfG.*

*Der durch **Art. 6 Abs. 1 GG garantierte staatliche Schutz von Ehe und Familie** gebietet, dass bei der Besteuerung einer Familie das Existenzminimum sämtlicher Familienmitglieder steuerfrei bleiben muss. Mindestens das, was der Gesetzgeber dem Bedürftigen zur Befriedigung seines existenznotwendigen Bedarfs aus öffentlichen Mitteln zur Verfügung stellt, muss er auch dem Einkommensbezieher von dessen Erwerbsbezügen belassen. **Daher ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber die Gewährung des Kinderfreibetrags beziehungsweise des Kindergelds davon abhängig macht, dass das Existenzminimum des Kindes nicht durch eigene Einkünfte und Bezüge gedeckt ist.** Typisierend darf der Gesetzgeber hierbei von dem für erwachsene Steuerpflichtige geltenden **Grundfreibetrag** ausgehen. Dieser liegt im Streitjahr über den Leistungen in Form des Kinderfreibetrages beziehungsweise des Kindergelds und über den vom Bundesverfassungsgericht als nicht evident unzureichend angesehenen staatlichen Sozialhilfeleistungen, so dass das Kinderexistenzminimum in jedem Fall vor dem steuerlichen Zugriff verschont wird. Mehr gebietet das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) nicht. Insbesondere gebietet es keine mehrfache Freistellung des Existenzminimums, wie sie vom Beschwerdeführer dadurch angestrebt wird, dass neben dem Existenzminimum seines Kindes durch den Grundfreibetrag zusätzlich noch der Kinderfreibetrag beziehungsweise Kindergeld gewährt werden soll, obwohl das Kind mit seinen Einkünften selbst in Höhe des Grundfreibetrages verschont bleibt.*

**Die Entscheidung des Gesetzgebers, die Grenzbetragsregelung des § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG gesetzestechisch als Freigrenze und nicht als Freibetragsregelung auszugestalten, liegt im Rahmen der ihm zustehenden Typisierungs- und Pauschalierungsbefugnis und ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.** Diese Regelung vereinfacht den Vollzug der betroffenen Norm durch die Finanzverwaltung erheblich. Denn bei einer gleitenden Übergangsregelung durch einen Freibetrag ergäbe sich ein erheblicher Verwaltungsmehraufwand, da bei Einkünften und Bezügen des Kindes über dem Grenzbetrag jeweils deren genaue Höhe festgestellt und bei der Berechnung des verbleibenden Kindergeldanspruchs der Eltern mit deren individuellem Steuersatz umgerechnet werden müsste.“

#### Hinweis für die Praxis:

Wenn die Einkünfte und Bezüge Ihres in Ausbildung befindlichen über 18 Jahre alten Kindes knapp über der Grenze von 8 004 € liegen, sollten Sie prüfen, ob tatsächlich alle in Betracht kommenden Abzugsbeträge (z. B. Werbungskosten des Kindes für Fahrten zur Berufsschule, Reisekosten anlässlich auswärtiger Berufspraktika, Sozialversicherungsbeiträge, Lohnsteuer) abgezogen worden sind.

Eine ausführliche Übersicht der Abzugsmöglichkeiten mit Hinweisen auf noch anhängige Verfahren enthält die in juris veröffentlichte Verfügung der Oberfinanzdirektion Frankfurt vom 11. 3. 2010 – S 2282 A-22-St 223. Ma.

#### +++ BFH: 1 %-Regelung gilt nur für tatsächlich zur privaten Nutzung überlassene Dienstwagen +++

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 21. 4. 2010 – VI R 46/08, DStR 2010, 1568 = DB 2010, 1676 entschieden, dass **die 1 %-Regelung nur gilt, wenn der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer tatsächlich einen Dienstwagen zur privaten Nutzung überlässt.** Aus der Bereitstellung eines Fahrzeugs zu betrieblichen Zwecken könne nicht auf Grund eines Anscheinsbeweises darauf geschlossen werden, dass das Fahrzeug vom Arbeitnehmer auch privat genutzt werde.

In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Streitfall betrieb der Kläger eine Apotheke mit Arzneimittelherstellung und etwa 80 Mitarbeitern, darunter auch der Sohn des Klägers, der auch das höchste Gehalt aller Mitarbeiter erhielt. Im Betriebsvermögen befanden sich sechs Kraftfahrzeuge, die für betriebliche Fahrten zur Verfügung standen. Fahrtenbücher wurden nicht geführt. Im Anschluss an eine Lohnsteuerprüfung ging das Finanzamt davon aus, dass der Sohn das teuerste der sechs betrieblichen Kraftfahrzeuge, einen Audi A 8 Diesel, auch privat nutze, setzte dies als steuerpflichtigen Sachbezug mit der 1 %-Regelung an und erließ gegen den Kläger einen Lohnsteuerhaftungsbescheid.

Der Kläger machte dagegen vor dem Finanzgericht (FG) im Ergebnis erfolglos geltend, dass die Mitarbeiter und auch sein Sohn die betrieblichen Kraftfahrzeuge nicht privat, sondern nur betrieblich genutzt hätten und die Privatnutzung arbeitsvertraglich verboten sei. Das Finanzgericht entschied, dass auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung der Beweis des ersten Anscheins für eine auch private Nutzung des Dienstwagens spreche. Unstreitig habe der Sohn das Fahrzeug dienstlich genutzt. Eine Privatnutzung durch ihn sei daher nicht auszuschließen.

Der BFH hob die Vorentscheidung auf und verwies die Sache an das FG zurück. **Im Streitfall seien die Anwendungsvoraussetzungen der 1 %-Regelung, nämlich dass der Arbeitgeber eines der für Betriebszwecke vorgehaltenen Fahrzeuge seinem Sohn zur privaten Nutzung überlassen habe, nicht festgestellt.** Stehe eine solche Kraftfahrzeugüberlassung zur privaten Nutzung nicht fest, könne diese fehlende Feststellung nicht durch den Anscheinsbeweis ersetzt werden. Es gebe weder einen Anscheinsbeweis dafür, dass dem Arbeitnehmer ein Dienstwagen aus dem arbeitgebereigenen Fuhrpark zur Verfügung stehe, noch dass der Arbeitnehmer ein solches Fahrzeug unbefugt auch privat nutze.

#### Hinweis für die Praxis:

Das Urteil zeigt erneut, wie problematisch in der Praxis die Anwendung der sog. 1 %-Regelung für die Nutzung von Firmenwagen für private Zwecke ist, ggf. mit den Zuschlägen für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte („0,03 %-Regelung“) und für mehrfache Familienheimfahrten im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung („0,002 %-Regelung“).

Interessant ist daher nachfolgender Vorschlag des Bundesrates (BR-Drucks. 318/10 – Beschluss) zum Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2010 (siehe B+P 2010, 294), nach dem der Zuschlag für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte – unter gleichzeitigem Ausschluss des Betriebsausgaben-/Werbungskostenabzugs in Höhe der Entfernungspauschale – wegfallen soll:

„Die Firmenwagenbesteuerung sollte einfacher gestaltet werden, ohne jedoch das bisherige System aufzugeben. Bei der 1 %-Methode insgesamt und der Anknüpfung an den Bruttolistenpreis handelt es sich um eine bewährte und sachgerechte Typisierung, die den Anforderungen des Prinzips der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit und dem allgemeinen Gleichheitsgebot entspricht (vgl. BFH-Urteil vom 24. 2. 2000, BStBl II 2000, 273).

Allerdings erfordert der Zuschlag von 0,03 % des Listenpreises für jeden Kilometer der Entfernung zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte/Betriebsstätte umfangreiche und z.T. aufwendige Ermittlungen. Die Rechtsprechung des BFH beurteilt den Zuschlag als Korrektivposten zum möglichen Werbungskostenabzug durch die Entfernungspauschale. Daher muss für eine zutreffende Besteuerung – bereits im Lohnsteuerabzugsverfahren – die Zahl der Arbeitstage, an denen das Fahrzeug für Fahrten zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte benutzt wird, festgehalten werden. Dem Arbeitnehmer selbst steht dann der Werbungskostenabzug durch die Entfernungspauschale zu. Dies bedeutet für alle Beteiligten eine unnötige Verkomplizierung und widerspricht dem Ziel einer Steuerrechtsvereinfachung durch zutreffende Typisierung. Im Interesse einer weiteren Vereinfachung ist es daher konsequent, auf eine zusätzliche Erfassung als Einnahmen zu verzichten und zugleich den Werbungskostenabzug durch die Entfernungspauschale auszuschließen. Eine entsprechende (wirkungsgleiche) Regelung soll für Unternehmer geschaffen werden.

Die sogenannte Fahrtenbuchmethode sollte aus Gründen des verfassungsrechtlichen Leistungsfähigkeitsprinzips unverändert parallel erhalten bleiben. Den Steuerpflichtigen verbleibt

*damit im Einzelfall der Nachweis einer geringeren Nutzungsentnahme/eines geringeren geldwerten Vorteils. Bei der Fahrtenbuch-Methode bedarf es im Übrigen keiner Vereinfachungsmaßnahme, weil hier die einzelnen Fahrten, also auch die Fahrten zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte/Betriebsstätte und Familienheimfahrten, ohnehin dezidiert aufgezeichnet werden müssen.*

*Um sicherzustellen, dass zukünftig von Arbeitnehmern trotz Nutzung eines Firmenwagens nicht die Entfernungspauschale beantragt wird, sollte für Arbeitgeber in diesen Fällen die Verpflichtung vorgesehen werden, im Lohnkonto und in der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung den Grossbuchstaben G einzutragen, wenn die Ermittlung des Nutzungswerts nach der pauschalen Methode erfolgt.“*

Es bleibt abzuwarten, ob dieser Vorschlag im Bundestag eine Mehrheit finden wird. *Ma.*

### +++ Lohnsteuer: Steuerliche Behandlung der Mahlzeitgestaltung bei Auswärtstätigkeit (OFD) +++

In einer aktuellen Kurzinformation weisen die Oberfinanzdirektionen Rheinland und Münster den Lohnsteuer-Außendienst an, in den LSt-Änderungsrichtlinien 2011 geplante Vereinfachungen bereits rückwirkend ab Jahresbeginn 2010 anzuwenden (vgl. OFD Rheinland vom 10. 6. 2010 – Kurzinfo LSt-Außendienst 6/2010).

**Hintergrund:** Es geht um die steuerliche Behandlung von Mahlzeiten anlässlich einer Auswärtstätigkeit, doppelten Haushaltsführung oder Fortbildung der Mitarbeiter. In R 8.1 Abs. 8 LStR ist abschließend geregelt, wie Mahlzeiten, die der Arbeitgeber nicht zur üblichen arbeitstäglichen Beköstigung seiner Arbeitnehmer abgibt, steuerlich zu erfassen und zu bewerten sind. Voraussetzung für die drei in dieser Richtlinie beschriebenen Fallgestaltungen ist, dass die **Mahlzeiten durch den Arbeitgeber oder auf dessen Veranlassung durch einen Dritten abgegeben** werden. Für die Frage, ob der Arbeitgeber die Abgabe einer Mahlzeit durch einen Dritten veranlasst hat, ist zu unterscheiden zwischen Lohnzahlungszeiträumen vor dem 1. 1. 2010 und nach dem 31. 12. 2009.

**Lohnzahlungszeiträume vor dem 1. 1. 2010:** Für bis zum 31. 12. 2009 eingenommene Mahlzeiten kommen – im Einklang mit den geltenden Lohnsteuer-Richtlinien – die günstigen Pauschalen der Sachbezugsverordnung nur zur Anwendung, wenn der **Arbeitgeber die Abgabe der Mahlzeiten durch einen Dritten veranlasst** hat. Der Arbeitgeber muss Tag und Ort der Mahlzeiten bestimmen, heißt es dazu in den Richtlinien. Zum Beispiel, indem er die Auswärtstätigkeit einschließlich der Verköstigung seiner Mitarbeiter in Auftrag gibt (R 8.1 Abs. 8 Nr. 2 Satz 4 bis 6 LStR 2008).

**Lohnzahlungszeiträume nach dem 31. 12. 2009:** Durch eine Änderung im Entwurf der LSt-Änderungsrichtlinien 2011 sollen die formalen Voraussetzungen für die Abgabe aller Arten von Mahlzeiten auf Veranlassung des Arbeitgebers anlässlich oder während einer Auswärtstätigkeit, im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung oder während einer Bildungsmaßnahme **rückwirkend ab**

**1. 1. 2010 vereinfacht** werden. Danach kann von der Arbeitgeberveranlassung regelmäßig ausgegangen werden, wenn

1. die Aufwendungen vom Arbeitgeber dienst- oder arbeitsrechtlich ersetzt werden und
2. die Rechnung auf den Arbeitgeber ausgestellt ist.

**Anwendung:** Die Zustimmung des Bundesrates zu den LSt-Änderungsrichtlinien 2011 ist zwar erst für den Herbst 2010 vorgesehen. Im Hinblick darauf, dass davon auszugehen ist, dass der o. a. Änderung der LStR 2008 jedoch wie vorgeschlagen zugestimmt wird, ist sie auch bereits **ab sofort anzuwenden**. Die (weiteren) Voraussetzungen im 3. Spiegelstrich der Rz. 17 des BMF-Schreibens vom 5. 3. 2010 (BStBl I 2010, 259) für eine arbeitgeberveranlasste Abgabe einer Mahlzeit brauchen damit nicht vorzuliegen. Sind die Voraussetzungen für die Mahlzeitengestellung durch den Arbeitgeber erfüllt, ist es unerheblich, wie die Hotel- oder Gaststättenrechnung beglichen wird (unmittelbar durch den Arbeitnehmer, mit einer Firmenkreditkarte oder durch Banküberweisung des Arbeitgebers).

### Hinweis für die Praxis:

Auf einige zu erwartende Änderungen durch die Lohnsteuer-Änderungsrichtlinien 2011 hatten wir bereits in B+P 2010, 366 hingewiesen. *Ma.*

Anzeige

## Lohnsteuer

### Sind Aufwandsentschädigungen für ehrenamtliche Seniorenbegleiter zu versteuern?

#### ? Frage:

Nach Pressemeldungen tritt der Bundesrat dafür ein, den Steuerfreibetrag für ehrenamtliche rechtliche Betreuer von zurzeit 500 € nach § 3 Nr. 26a EStG auf 2 100 € zu erhöhen, um diesen Personenkreis Übungsleitern gleichzustellen, die die Übungsleiterpauschale von 2 100 € nach § 3 Nr. 26 EStG bekommen.

Kommt diese Anhebung evtl. auch den mittlerweile im gesamten Bundesgebiet tätigen ehrenamtlichen sog. Seniorenbegleitern zugute, die ältere Mitbürger in ihrem Alltag unterstützen, damit diese so lange wie irgend möglich in ihrer gewohnten Umgebung leben können? Zu den Aufgaben der Seniorenbegleiter gehört u. a. die Begleitung ins Konzert, zum Gottesdienst, ins Kino, Besuche, Vorlesen, Spaziergänge, Zuhören, einfach nur Reden, Gesundheitsförderung (Anregung zu Gesundheitsbewusstsein, Aktivierung zur Bewegung), Informationen zu Hilfsangeboten, Hilfe gegen Einsamkeit und Depressionen usw.

Nach geltenden Regelungen wird für die entstandenen Kosten (insbesondere Fahrt- und Telefonkosten) eine **Aufwandsentschädigung von 5 € je Betreuungsstunde gezahlt**, die von den betreuten Personen aufzubringen ist.

Muss diese Aufwandsentschädigung versteuert werden?

#### ! Antwort:

Die vom Bundesrat wiederholt vorgeschlagene, aber bisher von Bundesregierung und Bundestag abgelehnte besondere Steuerbefreiung für **ehrenamtliche rechtliche Betreuer (neuer § 3 Nr. 26b EStG)**, siehe dazu ausführlich Seite 620 ff. in diesem Heft) zielt darauf ab, diesem Personenkreis einen gleich hohen Steuerfreibetrag von 2 100 € zu gewähren wie er jetzt schon nach der sog. **Übungsleiterpauschale (§ 3 Nr. 26 EStG)** gewährt wird, u. a.

- für Einnahmen aus nebenberuflichen Tätigkeiten als Übungsleiter, Ausbilder, Erzieher, **Betreuer** oder vergleichbaren nebenberuflichen Tätigkeiten;
- **im Dienst oder im Auftrag einer juristischen Person des öffentlichen Rechts**, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat belegen ist, auf den das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum Anwendung findet, oder einer unter § 5 Abs. 1 Nr. 9 des Körperschaftsteuergesetzes fallenden **Einrichtung zur Förderung gemeinnütziger, mildtätiger und kirchlicher Zwecke** (§§ 52 bis 54 der Abgabenordnung).

Eine Einbeziehung weiterer Personenkreise in die vorgeschlagene neue Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 26b EStG ist nicht vorgesehen. Dabei ist auch zu beachten, dass **ehrenamtliche rechtliche Betreuer eine Sonderstellung einnehmen, weil der vom Betreuungsgericht Ausgewählte gesetzlich verpflichtet** ist, die Betreuung zu übernehmen, wenn er zur Betreuung geeignet ist und ihm die Übernahme unter Berücksichtigung seiner familiären, berufli-

chen und sonstigen Verhältnisse zugemutet werden kann (§ 1898 Abs. 1 BGB).

Demgegenüber werden alle anderen ehrenamtlichen Tätigkeiten – auch die als Seniorenbegleiter – sowie Funktionen in gemeinnützigen Vereinen grundsätzlich **freiwillig übernommen**.

**Nach der Schilderung Ihrer Tätigkeit gehe ich davon aus, dass Sie eine begünstigte Betreuertätigkeit i. S. d. § 3 Nr. 26 EStG ausüben und deshalb schon nach geltendem Recht grundsätzlich einen Steuerfreibetrag von 2 100 € in Anspruch nehmen können.**

Fraglich kann allenfalls sein, ob Sie Ihre **Tätigkeit im Dienst oder im Auftrag eines „begünstigten Auftraggebers“** (z. B. Gemeinde oder gemeinnütziger Verein) ausüben:

Wenn die Seniorenbegleiter von den **Senioren direkt beschäftigt** werden, liegt sicher **keine Tätigkeit „im Dienst oder Auftrag“ eines begünstigten Auftraggebers** vor. Die bloße Vermittlung von Seniorenbegleitern durch die Seniorenservicebüros (etwa durch Aushang am Schwarzen Brett) reicht sicherlich nicht aus. Erforderlich wären m. E. zumindest schriftliche Vereinbarungen zwischen den Seniorenservicebüros und den Seniorenbegleitern, in denen z. B. Rechte und Pflichten bezüglich der Tätigkeit festgelegt sind.

Dagegen dürfte ein „**begünstigter Auftraggeber**“ ohne Weiteres angenommen werden können, wenn die **Seniorenservicebüros von den Kommunen betrieben** werden. Eine Tätigkeit für private Unternehmen oder nicht gemeinnützige Vereine wäre dagegen nicht begünstigt.

Liegen die zu Nr. 2 genannten Voraussetzungen nicht vor, kann auch der **(geringere) Steuerfreibetrag nach § 3 Nr. 26a EStG bis zu 500 € im Jahr nicht gewährt** werden, weil die Voraussetzungen dieser Vorschrift insoweit der o. g. Übungsleiterpauschale entsprechen.

Die Tätigkeit der Seniorenbegleiter hat eine gewisse Ähnlichkeit zu der Tätigkeit der ehrenamtlichen rechtlichen Betreuer nach § 1835a BGB. Wie bei diesen sind daher m. E. grundsätzlich **steuerpflichtige Einkünfte nach § 22 Nr. 3 EStG** anzunehmen (siehe ausführlich B+P 2009, 700 und 801).

Dies hat für die Betroffenen den Vorteil, dass keine Steuerpflicht eintritt, wenn die Einnahmen – nach Abzug evtl. Steuerbefreiungen oder mit der Tätigkeit im Zusammenhang stehender Ausgaben – **weniger als 256 € im Jahr betragen (Freigrenze)**.

Ebenso wie bei den ehrenamtlichen rechtlichen Betreuern dürften keine Bedenken bestehen, zur Berücksichtigung der Ausgaben (Fahrtkosten usw.) einen **pauschalen Abzug in Höhe von 25 % der Einnahmen** (Aufwandsentschädigungen) zu gewähren. Das bedeutet, dass eine **Einkommensteuerpflicht überhaupt nur dann eintritt, wenn die Einnahmen (Aufwandsentschädigungen) den Betrag von 340 € im Jahr übersteigen** (Einnahmen 340 € ./ . 25 % Werbungskosten 85 € = sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 3 EStG 255 €, die unterhalb der Freigrenze von 256 € liegen und somit steuerfrei bleiben).

Eine Versteuerung entfällt im Übrigen auch dann, wenn die Einkünfte insgesamt die steuerlichen Freibeträge (z. B. den **Grundfreibetrag** von 8 004 €, der bei Ehegatten verdoppelt wird) nicht übersteigen). Die wird z. B. dann der Fall sein, wenn der Seniorenbegleiter arbeitslos ist oder als Rentner eher geringe Einkünfte erzielt.

Ma.



## Einsatz von Fremdfirmen im Unternehmen

### Haftungsrecht – Sicherheitsrecht – Vertragsrecht – Arbeitsrecht

Dieses Seminar bietet – auch für technische Führungskräfte – **praxisorientierte Empfehlungen** für die tägliche Arbeit vor Ort. Es wendet sich insbesondere an Werksleiter, Betriebsleiter, Personalfachleute, Einkäufer (AÜG!), Sicherheitsbeauftragte, Abteilungsleiter, z. B. Instandhaltung Service-Dienstleister.

Folgender Seminarinhalt ist vorgesehen:

- ▶ **Vertragliche Regelungen/Haftung** (Zustandekommen und Abwicklung von Fremdfirmenverträgen; rechtliche Einordnung von Instandhaltungsverträgen; Abgrenzung zwischen Werk-/Dienstverträgen und Arbeitnehmerüberlassung; Gewährleistung; zugesicherte Eigenschaften und Haftung; Betriebsübergang)
- ▶ **Arbeitsrechtliche Pflichten und Leiharbeit** (Fürsorgepflichten; arbeitszeitrechtliche Pflichten; zulässige Arbeitnehmerüberlassung; Verstöße gegen die unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung und ihre Konsequenzen)
- ▶ Organisationsmaßnahmen zur Vermeidung von AÜG-Verstößen
- ▶ **Organisationsverantwortung beim Einsatz von Fremdfirmen** (Anweisungs- sowie Auswahl- und Überwachungsverantwortung; Organisationshaftung; Beweislastumkehr/Entlastungsbeweis; Praxishinweise zur Gefährdungsbeurteilung)
- ▶ **Sicherheits- und umweltrelevante Pflichten** (arbeitssicherheitsrechtliche Pflichten; Koordinationspflichten; umweltschutzrechtliche Pflichten; Einzelfälle aus der Rechtsprechung)

*Termin:* 28. 9. 2010 in Altdorf bei Nürnberg

*Teilnahmegebühr:* 540 € (mehrwertsteuerfrei, einschließlich Seminarunterlagen, Pausengetränken und Mittagessen)

*Referent:* Rechtsanwalt Volker Löhr, Bonn

*Anmeldung:* Technische Akademie Wuppertal, Weiterbildungszentrum Altdorf, Fritz-Bauer-Str. 13, 90518 Altdorf; Tel.: (0 91 87) 931 – 0; Fax: (0 91 87) 931 – 200; E-Mail: taw-aldorf@taw.de

## Arbeitsgerichtsprozesse erfolgreich führen

In diesem Seminar lernen die Teilnehmer **typische Verfahrenssituationen** kennen. Sie erhalten praktische Hinweise für eine **erfolgreiche Prozessführung** sowie **Tipps für geeignete Verhandlungstaktiken**.

Folgende Themen sollen im Einzelnen behandelt werden:

### Individualrechtliche Streitigkeiten:

- ▶ **Besonderheiten des Urteilsverfahrens erster Instanz** (Verfahrensablauf eines Kündigungsschutzprozesses; Muster

einer Kündigungsschutzklage; die Rolle des Arbeitgebers im Prozess; Zustellung der Klageschrift und Ladung; persönliches Erscheinen – immer nötig?)

- ▶ **Prüfung der Klageschrift und geeignete Taktik** (welches Arbeitsgericht ist örtlich zuständig? Ist die Drei-Wochen-Frist eingehalten?; nachträgliche Klagezulassung? richtiger Beklagter? Inhalt der Klageschrift; Taktik: Stellungnahme zur Klageschrift vor dem Gutetermin)
- ▶ **Vorbereitung des Gutetermins** (Überlegungen zur Verhandlungstaktik; Überprüfen der Korrespondenz im Vorfeld, vorangegangene Angebote an den Kläger? Ist die Motivation des Klägers bekannt? Schlussfolgerung für die eigene Taktik; Festlegen des Verhandlungsspielraums einschließlich Budgetfreigabe)
- ▶ **Der Gutetermin** (Inhalte eines Beendigungsvergleichs: Beendigungstermin, Freistellung [widerruflich/unwiderruflich]; Zahlungsansprüche [Gehalt, Tantieme, Abfindung]; Urlaubsansprüche, Zeugnis; Ausgleichs- und Erledigungsklausel)
- ▶ **Die Zeit zwischen Güte- und Kammertermin** (u. a. Ausspruch weiterer Kündigungen? Umgang mit Klageerweiterungen)
- ▶ **Klageerwiderung und Kammertermin** (u. a. Nachschieben von Kündigungsgründen; Taktik: Umgang mit neuen Anträgen oder neuem Sachvortrag kurz vor dem Kammertermin)

### Streitigkeiten mit dem Betriebsrat:

- ▶ **Der Arbeitgeber als Antragsteller** (Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 BetrVG; Formulierung der Anträge; Amtsermittlungsgrundsatz; Beteiligte des Beschlussverfahrens; Kostentragungspflicht des Arbeitgebers; Wertfestsetzung)
- ▶ **Der Arbeitgeber als Antragsgegner** (Antrag des Betriebsrats auf Unterlassung mitbestimmungswidriger Maßnahmen des Arbeitgebers, z. B. § 101 BetrVG; Verteidigungsmöglichkeiten)
- ▶ **Besonderheiten im einstweiligen Rechtsschutz:**

*Termine:* 23. 9. 2010 in Frankfurt am Main

4. 11. 2010 in Köln

2. 12. 2010 in München

*Teilnahmegebühr:* 1 245 € (inkl. Business-Lunch, Erfrischungsgetränken und Dokumentation)

*Referenten:* Frauke Denecke, Richterin am Arbeitsgericht Frankfurt am Main, und Dr. Kerstin Neighbour, Fachanwältin für Arbeitsrecht und Partnerin der internationalen Anwaltssozietät Hogan Lovells International LLP in Düsseldorf

*Anmeldung:* Management Circle AG, Postfach 56 29, 65731 Eschborn; Tel.: (0 61 96) 47 22 – 700; Fax: (0 61 96) 47 22-999

## Zukunft Personal 2010: Europäischer Treffpunkt für die Personalarbeit

Mehr als 500 Aussteller zeigen auf der Zukunft Personal, Europas größter Fachmesse für Personalmanagement, vom 12. bis 14. Oktober ihre Produkte und Dienstleistungen. Der Veranstalter spring Messe Management erwartet rund 12.000 Besucher, die sich bei etwa 200 Programmpunkten auf den neuesten Stand in punkto Personalarbeit bringen können. Teil des Programms sind auch Vorträge und Diskussionen, die Zündstoff für arbeitsrechtliche Fragen liefern.

Inwiefern darf ein Arbeitgeber Mitarbeiter per Video oder Telefon überwachen oder die Aktivitäten eines Bewerbers auf sozialen Netzwerken wie Facebook oder Studi VZ prüfen? Einzelne Urteile von Arbeitsgerichten geben darauf zwar eine Antwort, doch insgesamt ergeben sich in der Praxis noch viele blinde Flecke. Nachdem Unternehmen aufgrund ihres Umgangs mit Mitarbeiterdaten immer wieder stark in die Kritik geraten sind, hat nun das Bundesinnenministerium einen Entwurf für ein Gesetz zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes vorgelegt. Über Fragen rund um den neuen Gesetzentwurf diskutieren Hanno Timmer, Partner von Hogan Lovells Berlin und Frank-Martin Entzer, Konzerndatenschutzbeauftragter der ABB AG Mannheim auf dem Messepodium.

Beim Thema HR-Compliance kommt es vor allem darauf an, dass Arbeitgeber unternehmensinterne Richtlinien klar kommunizieren. Dabei geht es jedoch nicht immer nur um schwere Verbrechen, sondern auch darum, ob Beschäftigte Geburtstagslisten versenden und Weihnachtsgeschenke oder Fußball-VIP-Karten annehmen dürfen. Selbst der Einsatz von freien Mitarbeitern kann schnell zu einem Verstoß gegen Scheinselbstständigkeit führen. Wie Unternehmen diesbezüglich mehr Rechtssicherheit erlangen, erläutert Holger Dahl, Partner bei „roland lukas Konfliktlösungen“ und Einigungsstellenvorsitzender ehrenamtlicher Richter am Hessischen Landesarbeitsgericht und Sozialgericht Frankfurt.

### Managervergütung im Wandel

Auch die Gehälter von Managern erhitzen regelmäßig die Gemüter. Als Reaktion auf die weltweite Finanzkrise sind mit dem Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung und dem Rundschreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht neue Regelungen in Kraft getreten. Doch auch die Unternehmen sind gefragt, wenn es darum geht, Managergehälter stärker zu regulieren. Vergütungssysteme stehen deshalb auf dem Prüfstand.

Arbeitgeber verknüpfen die Lohn- und Gehaltsstrukturen in den Managementtagen stärker mit dem nachhaltigen Erfolg des Unternehmens – zum Beispiel über aktienbasierte Vergütungsinstrumente mit oder ohne Verpflichtung zur Rückübertragung sowie verlängerte Aktien-, Halte- und Optionsausübungsfristen. Aber auch Verlustbeteiligungen etwa mithilfe eines Bonus-Malus-Systems sind immer öfter im Gespräch. Welche steuerrechtlichen Konsequenzen das für die Manager aufwirft, umreißen die Rechtsanwältin und Steuerberaterin Dr. Rosemarie Portner LL.M und Diplom-Kauffrau Nicole Fischer, beide PricewaterhouseCoopers.

### Überblick über die gesamte Bandbreite des Personalmanagements

Insgesamt füllt die Zukunft Personal drei Hallen zu den Themen HR Software & Hardware, HR Services & Consulting und Professional Training & Learning. Zu den Höhepunkten gehören die Vorträge der Keynote-Speaker, renommierter Experten aus dem In- und Ausland. So referiert der Journalist und Mitherausgeber der F.A.Z., Frank Schirmmacher, zum Thema „Die Zukunft des Lernens – zwischen digitaler Überforderung und souveränem Wissensgebrauch“. Werner Tiki Küstenmacher, bekannt durch den Weltbestseller „Simplify your life“, gibt in seinem Keynote-Vortrag Tipps, wie sich das Arbeitsleben vereinfachen lässt.

Der Brite Tony Humphreys, einer der bekanntesten Experten auf dem Gebiet der Führungspsychologie, gehört ebenso zu den Hauptrednern wie die bereits von der Zeitschrift Elle unter die „Top 40 Women Leading Change“ gewählte Genderexpertin Avivah Wittenberg-Cox, die neben der französischen auch die kanadische und die Schweizer Staatsangehörigkeit besitzt. Die Runde der Keynote-Speaker komplettieren der ehemalige Chief Learning Officer der Nachrichtenagentur Reuters, Charles Jennings, der heute in Hampshire (England) ein eigenes Beratungsunternehmen für Lerninnovationen führt, und Prof. Dr. Hora Tjitra, Professor für organisationale und interkulturelle Psychologie an der Zhejiang University in Hangzhou (China).

#### Wann und Wo?

- ▶ 12. bis 14. Oktober 2010, Koelnmesse
- ▶ Halle 3.2: HR Hardware & Software
- ▶ Halle 2.1: HR Services & Consulting
- ▶ Halle 2.2: Professional Training & Learning

#### Themenreihen:

- ▶ Personal & Gesundheitswirtschaft, 12. Oktober
- ▶ Personal & Verwaltung, 13. Oktober
- ▶ HR Career, 14. Oktober

#### Keynotes:

- ▶ Tony Humphreys, Consultant Clinical Psychologist and International Speaker
- ▶ Dr. Frank Schirmmacher, Journalist und Mitherausgeber der F.A.Z.
- ▶ Werner Tiki Küstenmacher, gelernter evangelischer Pfarrer, Journalist und Illustrator
- ▶ Avivah Wittenberg-Cox, International Expert for Leadership, Gender and Economy
- ▶ Charles Jennings, Director Duntroon Associates (UK)
- ▶ Prof. Dr. Hora Tjitra, Zhejiang University, Hangzhou, China

Weitere Informationen: [www.zukunft-personal.de](http://www.zukunft-personal.de)

## Begegnungen der neuen Art: Bewerber online auswählen

Vivica Aug und Thomas Hartmann, Kienbaum Management Consultants, Berlin/Hannover

**Bewerber suchen heute mit neuen Medien nach einem Job. Viele Unternehmen haben sich bereits darauf eingestellt und bieten ihre offenen Stellen online an. Diese Art einer ersten Begegnung zwischen Arbeitgebern und potenziellen Mitarbeitern hat sich zwar etabliert, fordert die Beteiligten aber auch zu einer neuen Form des Umganges miteinander auf.**

Noch vor fünf Jahren verlief die Auswahl von Mitarbeitern zu meist in altbewährten Bahnen. Auf eine geschaltete Anzeige in Print-Medien oder Online-Portalen erfolgte in der Regel eine Bewerbung in Papierform, die nach der Analyse und Betrachtung durch Personaler eines Unternehmens für den Job-Suchenden in einer Einladung zum einem klassischen Vorstellungsgespräch mündete. Berufseinsteiger aus Schule und Hochschule hatten im Vorfeld noch einen Test oder ein kurzes Assessment-Center zu überwinden. Diese Art der Begegnung hatte ihre „Etikette“; bewährte Muster gaben eine relative Sicherheit.

Mit Web 2.0 hat sich jedoch vieles verändert. Nicht nur, weil dieses Medium eine andere Art der Bewerber-Kommunikation bot, sondern weil vieles schneller, besser und damit effektiver organisiert werden konnte. Inzwischen gibt es auch hier Standards: Alle Internet-Auftritte von DAX-Unternehmen haben ein Karriereportal, in dem sich der Bewerber orientieren und seine Bewerbung platzieren kann. Damit ändern sich auch die Erwartungen an den Mittelstand: Wer es als Bewerber gewohnt ist, sich online zu präsentieren, für den ist der „alte Prozess“ der Mappenerstellung und des postalischen Versands fast schon eine Zumutung. So geraten auch die Mittelständler mehr und mehr unter Erwartungsdruck.

### I. Bewerber online zu rekrutieren zahlt sich doppelt aus

Es gibt zwei gute Gründe Bewerber online zu rekrutieren. Erstens: Unternehmen sind gerüstet im „War for Talent“. Ein professioneller Internet-Auftritt ist für jeden Bewerber attraktiv. Er erfährt etwas über das Unternehmen wie zum Beispiel über dessen Geschäftsentwicklung, Produkte, Kultur und Werte sowie die Anforderungen der Position und kann sich nach dem Lesen sofort interessiert zeigen und seine Unterlagen im Portal einstellen.

Zweitens: Unternehmen sparen Ressourcen. Mit einem informativen Internet-Auftritt und ersten „Auswahl-Checks“ werden sogenannte Spam-Bewerbungen – das sind Bewerbungen, die man eigentlich nicht haben möchte – vermieden. Bewerbungsmappen fallen als sperrig zu verwaltende Bearbeitungsvorgänge mehr und mehr weg. Das gesamte Bewerbermanagement wird übersichtlicher, schneller und sicherer.

Professionalität zahlt sich also zweifach aus: Das Unternehmen kann sich als Marke besser positionieren (Employer Branding)

und die Personalbereiche werden entlastet. Doch auch hier gilt: Neue Instrumente und Prozesse müssen eingeübt werden und erwarten eine andere, spezielle Form von Etikette.

### II. Die erste Begegnung: Das Unternehmensportal

Sicher sind die Branche und die Produkte eines Unternehmens immer noch einer der interessanten Zugänge eines Unternehmens. Aber die Rubrik für Bewerber, meist unter dem Navigationspunkt „Karriere“ zu finden, sollte auf der Startseite sofort sichtbar sein. Eine klare Gliederung nach Bewerbergruppen von Auszubildenden bis zu den Führungskräften gibt Orientierung und erleichtert den Einstieg. Allgemeine Informationen zum Arbeitgeber gehören ins Blickfeld: Was macht das Unternehmen und seine Mitarbeiter aus? Worauf wird Wert gelegt? Was ist das Besondere an der Unternehmenskultur? Originalität ist gefragt. Wo liegt die Arbeitgeber-USP? Hier sollte ausreichend Zeit bei der Erarbeitung und Formulierung investiert werden. Ihr „Brand“ wirbt für Sie! Die Ansprache sollte emotional und wertschätzend sein. Wer sich gleich „zu Hause“ fühlt, denkt auch über eine Bewerbung nach. Mitarbeiter, die über ihre berufliche Entwicklung berichten, beispielsweise als Testimonials oder in Blogs, wirken besser als nüchterne Sachinformationen. Ein Video kann darüber hinaus Anschaulichkeit und Sympathie erzeugen. Professionalität muss nicht teuer sein. Mehr Sachlichkeit ist dann auf den zielgruppenorientierten Bewerberseiten angesagt: Berufseinsteiger erwarten eine andere Orientierung und Sprache als eine Führungskraft. Konkrete Erwartungen und Anforderungsbeschreibungen sind hilfreich und vermeiden Enttäuschungen auf beiden Seiten.

Unternehmen, die eher unbekannt sind, sollten sich mit Jobbörsen verlinken. Ebenso ist ein Suchmaschinenmarketing mit Keyword-Advertising ein wichtiger Bestandteil eines erfolgreichen Personalmarketings.

### III. Bewerber-Management: In Kommunikation sein

Auch wenn Internet-Plattformen in erster Linie auf One-way-Kommunikation ausgelegt sind, gehört ein gewisser Dialog dazu. Wer persönliche Telefonnummern und E-Mail-Adressen auf seinem Online-Portal nicht angibt, muss sich nicht wundern, dass Gefühle der Unpersönlichkeit aufkommen. Auch Fotos wirken immer zugewandt. Die Aufforderung sich zu bewerben, sollte Mut machen und die notwendigen Schritte klar beschreiben. Vom Erstellen eines kurzen Anschreibens, über die Eingabe biografischer Daten bis zum Hochladen von Anhängen, wie zum Beispiel der Zeugnisse, möchte der Bewerber partnerschaftlich geführt werden. Ein Dank nach jedem Eingabe-Schritt ist daher angebracht.

Natürlich erwarten auch Online-Bewerber eine kurze Eingangsbestätigung. Diese Routine mit weiteren Hinweisen zum folgenden Prozess sollte fester Bestandteil der Etikette sein. Bei längeren Laufzeiten der Bewerbung im Haus gehört ein entsprechender Hinweis oder eine zweite Mail zum „guten Ton“. Foren, die im Unternehmensportal einen Dialog mit den

Inhalte eines Bewerbermonitors:

- Zentrale Daten des Bewerbers
- Bewerbungsposition(en)
- Wünsche des Bewerbers (z. B. Einsatzregionen)
- Status der Bearbeitung
- Dokumentation der Korrespondenz
- Erinnerungsvermerke (z. B. „wartet auf Rückmeldung bis zum...“)
- Wesentliche Ergebnisse aus Auswahlinstrumenten
- Bewertung des Bewerbers (Passung zur Position)
- Statistische Angaben

Bewerbern ermöglichen, sind positiv, aber betreuungsintensiv. Wer Initiativ-Bewerbungen in einen „Pool“ aufnimmt und mit einem aktualisierbarem Profil hinterlegt, ist sicher vorbildlich, muss sich aber auch Gedanken über eine adäquate Rückkopplung machen und dies gegebenenfalls mit einem professionellen Talent Management verknüpfen. Ein Schmoren lassen in der Datenbank hilft allen Beteiligten nicht weiter.

Ein gutes Bewerbermanagement hat klare Prozesse und eine versierte Dokumentation. Mit dem dazugehörigen Bewerbermonitor lässt sich der Status der jeweiligen Bewerbungen verfolgen. Die Sichtbarkeit des Bewerberverlaufs, Erinnerungsfunktionen, Mail- und Briefvorlagen sowie Statistiken sind Voraussetzungen für professionelles Handling und letztendlich die Einsparung von Ressourcen. Wer hier nicht sorgsam vorgeht, kommt vom „Papier-Chaos“ ins „Daten-Chaos“.

Die Entwicklung von Mail- und Briefvorlagen ist übrigens zu meist eine gute Gelegenheit, alte Musterbriefe zu „entstauben“. Mit Wertschätzung hat der alte, heute oft noch verwendete Korrespondenzstil – nach leidvollen Erfahrungen der Autoren – wenig zu tun. Die Formulierungen wirken unverändert „online“ dann oft noch grotesker und wenig werbend, geschweige denn tragen sie dazu bei, eine positive Beziehung aufzubauen.

IV. „Online“ auswählen: Die Richtigen finden

Unterlagen online zu erhalten und zu managen ist die eine Sache, die größere Herausforderung ist jedoch eine (Vor-)Auswahl vorzunehmen. Sogenannte E-Assessments finden sich in den vergangenen Jahren häufiger in den Bewerberportalen. Die positiven Erfahrungen führen zu einem immer höheren Verbreitungsgrad.

Differenzieren lassen sich zwei Stufen einer Auswahl:

1. Fragen zur Biografie und zu Erwartungen

Mit *Fragen zur Biografie* lassen sich diverse Voraussetzungen wie notwendige Abschlüsse gegebenenfalls mit den entsprechenden Noten, spezielle Kenntnisse beispielsweise in Sprachen oder IT sowie berufliche Vorerfahrungen wie Auslandsaufenthalte ermitteln. Diese „hard facts“ können zur Selektion oder als besprechenswerte Hinweise für ein Vorstellungsgespräch genutzt werden.

Das Gleiche gilt für *Erwartungsabfragen*, beispielsweise aufgebaut als sogenannte „semantische Differenziale“. Mit diesen Fragen lässt sich klären, ob die Erwartungen der Bewerber und die Möglichkeiten im Unternehmen übereinstimmen. Typische Fragefelder sind:

- ▶ Erwartungen zu Arbeitsinhalten
- ▶ Erwartungen zur Projektarbeit
- ▶ Erwartungen zur Mobilität (national, international)
- ▶ Erwartungen zur Karriere

Beispiel: „Semantisches Differenzial“

Meine berufliche Tätigkeit in den ersten Jahren sollte geprägt sein durch:

Klare Strukturen	++	+	0	+	++	Lebendiger Wandel
Zugeordnete Funktion	++	+	0	+	++	Projektarbeit
Eigenverantwortliche Resultate	++	+	0	+	++	Teamerfolg
Regionaler Arbeitsplatz	++	+	0	+	++	Globale Einsätze
	++	+	0	+	++	...

Auch hier ist eine Selektion durch eine Profilvergabe oder die gezielte Thematisierung über ein Interview möglich.

2. Online-Tests und Online-Assessments

E-Assessments liegen zumeist als Tests vor oder werden in Form von komplexeren Aufgabenstellungen bis hin zu Fallstudien angeboten. Die Inhalte korrespondieren mit dem Anforderungsprofil der zu besetzenden Position oder werden als übergreifende „Basics“ definiert. Auch spezielle Toolboxes, die zwischen einzelnen Bewerbergruppen und deren speziellen Anforderungen unterscheiden, konnten sich bereits etablieren.

Mit derartigen Bausteinen ist die (Vor-)Auswahl mit einer gewissen Sicherheit begründbar. Insbesondere das kognitive Leistungsvermögen lässt sich mit derartigen Verfahren valide abbilden und damit entscheidungsrelevant aufarbeiten.



DER AKTUELLE BERICHT • PERSONALPRAXIS

Hier ist die Eigenproduktion selten sinnvoll und wirtschaftlich. Tests und Assessments sollten den üblichen Gütekriterien entsprechen und auf einer stabilen Plattform laufen. Daher wird in der Regel auf die Dienstleistung etablierter E-Diagnostik-Institute zurückgegriffen. Deren Module lassen sich in die eigenen Workflows einbinden und bieten Auswahlssicherheit. Auch Komplettlösungen mit integriertem Bewerbermanagement sind auf dem Markt zu finden.

Diese Art der Auswahl ist sowohl für Bewerber als auch für Unternehmen ressourcenfreundlich. Bei mangelnder Passung wird unnötiger Aufwand, beispielsweise für Reisekosten oder Interviewzeiten, vermieden. Um den Anspruch an Wertschätzung des Bewerbers aufrechtzuerhalten, sollte diese Auswahlssituation offen und differenziert erläutert werden. Transparenz im Vorgehen wird von den Bewerbern sehr geschätzt.

Eine maschinelle Absage oder Einladung zum nächsten Schritt – zumeist zu einem Interview oder Vorstellungsgespräch – sind zu vermeiden und werden auch datenschutzrechtlich problematisch. Hier sollte immer ein Mitarbeiter des Personalbereichs Verantwortung übernehmen und die entsprechende Mail auslösen. Die Akzeptanz der E-Assessments steigt deutlich, wenn die Bewerber eine Rückmeldung über ihr Ergebnis-Profil erhalten. Diese Art der Wertschätzung ist bei einem kompetenzorientierten Feedback auch unter Betrachtung des AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) in der Regel unbedenklich.

Die Auswertung der Ergebnisse aus den Fragen oder aus dem E-Assessment können mit dem Bewerbermanagement verknüpft werden. So lassen sich mit dem Monitor Ergebnisübersichten in Form von Rankings erstellen, die eine schnelle Entscheidung über den weiteren Bewerbungsverlauf möglich machen. Der Zeitgewinn ist offensichtlich. Selbst wenn durch das E-Assessment noch keine (Vor-)Auswahlentscheidung getroffen werden soll, lassen sich die Ergebnisse im folgenden Auswahlbaustein, dem Vorstellungsgespräch oder „Live“-Assessment, verwenden und verkürzen den weiteren Prozess deutlich. Auch sichern E-Assessments durch ihre höhere Validität die Auswahlentscheidung ab.

Online-Verfahren lassen sich inzwischen durch Standards schnell implementieren. Die Akzeptanz bei Berufseinsteigern ist relativ hoch. Bei berufserfahrenen Bewerbern hängt sie stark vom Stil des Verfahrens ab. Die Kombination mit einem persönlichen telefonischen Interview ist bei sensiblen und marktbewussten Berufsgruppen zu empfehlen.

V. Bewerbermanagement „Online“ rechnet sich

Qualifizierte Mitarbeiter zu rekrutieren wird zunehmend schwieriger. Selbst in Zeiten hoher Arbeitslosenquoten fehlen vielen Unternehmen geeignete Bewerber. Online-Marketing und Online-Auswahl werden so zu einem bedeutsamen Instrument der Rekrutierung. Ein interessant gestaltetes Bewerberportal und bewerberorientierte Auswahlprozesse, die sich gezielt und wertschätzend an potenzielle Mitarbeiter wenden, sichern Wettbewerbsvorteile.

Schneller und besser muss aber nicht zwangsläufig teurer heißen. In der Gegenüberstellung der Kosten für die Online-Auswahl finden sich auch Einsparungen. Das Bewerbermanagement erfordert weniger personelle Ressourcen. Durch die gezielte und bessere Vorauswahl verringert sich die Anzahl von Vorstellungsgesprächen und Live-Assessments. Auch die Verwaltungsaufwendungen durch Reisekostenerstattungen und Porto sinken.

Zu kalkulierende Kosten	Mögliche Einsparungen
Entwicklung des Online-Portals (Abschreibung über drei Jahre):	Im Personalaufwand:
■ Gestaltung der Internetseiten	■ Verringerung der Kosten für Mitarbeiter (weniger Aufwand für Bewerbermanagement und Gespräche oder Live-Assessments)
■ Implementierung des Bewerbermanagements	
■ Entwicklung und Definition des Online-Assessments	In der Reisekostenerstattung:
Laufende Aufwendungen:	■ Verringerung der Erstattungskosten
■ Kosten für Hosting und Support	
■ Lizenzgebühren für Online-Assessments	Im Versand:
■ Kosten für Produktweiterentwicklung	■ Verringerung der Portokosten

Darüber hinaus verbessert sich durch die Art der Datenaufbereitung im Online-Recruiting das Controlling. So können zum Beispiel Anzahl, Performance der Bewerber, regionale Präferenzen und Einkommensvorstellungen leicht ermittelt werden und so das Marketing optimiert werden.

Inwieweit sich die notwendigen Kosten durch Einsparungen kompensieren lassen, kann man nur in der Einzelfallbetrachtung ermitteln. Die Verbesserung der Qualität des Bewerberprozesses und der damit verbundene Imagegewinn sind ebenfalls zu berücksichtigen. Zugleich braucht es etwas Zeit, bis sich alle Beteiligten – vom Bewerber über Personaler bis zu den Führungskräften aus den Fachbereichen – auf die neuen Prozesse eingestellt haben. Außerdem wird es zumindest in den nächsten Jahren immer noch einige Bewerber geben, denen der klassische Weg mit Papier in der Mappe per Post lieber ist.

PERSONALPRAXIS • DER AKTUELLE BERICHT

Letztendlich ist die Zahl der abzuwickelnden Bewerbungen die entscheidende Größe in dieser Rechnung. Gehen pro Jahr mehr als 500 Bewerbungen ein, lohnt sich ein Online-Bewerbermanagement. Bei mehr als 1 000 Bewerbungen mit ähnlichen Anforderungsprofilen können Online-Assessments lohnend sein.

VI. Exkurs: Die Auswahl outsourcen?

Die Anforderungen an eine professionelle Auswahl von Bewerbern sind in den vergangenen Jahren deutlich gestiegen. Der „War for Talent“ ist nicht mehr nur Rhetorik, sondern für viele Unternehmen spürbare Realität geworden. Mit gezielten Marketingkampagnen und Employer-Branding-Konzepten wird um die besten Bewerber gekämpft. Dem sich aus erhöhten Investitionen ergebende Preisdruck wird mit der Bündelung der Rekrutierungs-Aktivitäten begegnet. Sogenannte Rekrutierungs-Center sind nach einer Kienbaum-Studie bereits in einem Drittel der Großunternehmen vorhanden. In Shared-Service-Center integriert erbringen sie straff organisiert die Dienstleitungen des Personalmarketings und Bewerbermanagements.

Die Online-Rekrutierung erfordert ein neues spezielles Know-how von den Mitarbeitern der Personalbereiche. Damit diese neue Form der Begegnung mit Bewerbern nicht zu einer „der dritten Art“ wird, ist Expertenwissen zumindest in der Implementierung sinnvoll. Da Online-Assessments zumeist „eingekauft“ werden, drängt sich die Frage nach dem Outsourcing größerer Teile des Bewerbermanagements geradezu auf.

Insbesondere mittelständische Unternehmen sollten darüber nachdenken, in welchem Umfang sie sich hier externer Partner bedienen. Teile des Personalmarketings und des Bewerbermanagements lassen sich sicherlich zu einer Dienstleistung bündeln, die im Namen des Unternehmens von einem spezialisierten Partner übernommen werden kann. Eine Gegenüberstellung in „Pro und Contra“ ergibt folgendes Bild:

Pro	Contra
<div>■ Nutzung von externem Expertenwissen im Internetmarketing und E-Assessment</div>	<div>■ Vermehrter Steuerungs- und Schnittstellenaufwand durch die Zusammenarbeit mit einem externen Partner</div>
<div>■ Verbesserung der Prozesse im Bewerbermanagement</div>	<div>■ Erhöhte Kosten durch den Einkauf der Dienstleistung, insbesondere wenn sich mögliche Einsparungen aus einem Ressourcenabbau im Personalbereich nicht realisieren lassen</div>
<div>■ Entlastung der Personalbereiche durch Verlagerung von administrativen Aufgaben der Personalbereiche</div>	<div>■ Verlust an Jobattraktivität im Personalbereich</div>
<div>■ Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit durch eine verbesserte Leistungsfähigkeit der Rekrutierung</div>	<div>■ Abhängigkeit von einem externen Partner und dadurch ggf. eingeschränkte operative Flexibilität</div>

Auch hier wird jedes Unternehmen zu seiner spezifischen Lösung kommen müssen. Entscheidende Variablen werden insbesondere in den mittelständischen Unternehmen das eigene Know-how und die Notwendigkeit einer Professionalisierung in der Rekrutierung sein. Externe Partner werden da gebraucht, wo Expertise fehlt. Sinnvoll sind sie insbesondere dann, wenn sich Kosten sparen lassen.



Titelthema  
EHRENAMTLICHE TÄTIGKEITEN

Arbeitsverhältnis und Ehrenamt

Dr. Nicolai Besgen, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn

In Deutschland geht heute etwa jeder dritte Bürger einem Ehrenamt nach. Dabei kann es sich um vielfältige Bereiche handeln. Von der Kinder- und Jugendarbeit, über den Katastrophenschutz bis hin zur ehrenamtlichen Richtertätigkeit. In vielen Fällen lässt sich nicht vermeiden, dass die ehrenamtliche Tätigkeit zeitlich mit der Arbeitsleistung kollidiert. Im Bereich des Katastrophenschutzes etwa kann es zu Notfalleinsätzen während der Arbeitszeit kommen. Diese können unter Umständen auch mehrere Tage in Anspruch nehmen. Ein ehrenamtlicher Richter kann die Gerichtstermine nicht frei bestimmen, sondern muss sich danach richten, wann die Berufsrichter terminieren. Der folgende Beitrag befasst sich mit den sich in diesem Kontext stellenden arbeitsrechtlichen Fragen.

I. Frage nach ehrenamtlichen Tätigkeiten im Vorstellungsgespräch

Beschäftigt ein Arbeitgeber Mitarbeiter, die ehrenamtlichen Tätigkeiten etwa im Technischen Hilfswerk oder auch im Brand- und Katastrophenschutz ausüben, hat dies für die Organisation der Betriebsabläufe weitgehende Folgen. Insbesondere muss der Arbeitgeber etwa die Struktur der Abteilungen so organisieren, dass plötzliche Ausfälle des Mitarbeiters oder der Mitarbeiterin auf Grund von Notfalleinsätzen kompensiert werden können. Zudem steht dem Arbeitgeber, wie noch zu erläutern sein wird, bei Kurzeinsätzen bei THW oder Feuerwehr unter Umständen kein Erstattungsanspruch hinsichtlich der Lohnfortzahlungskosten zu. Deshalb besteht aus Sicht eines Arbeitgebers ein großes Interesse bereits vor Einstellung des Mitarbeiters oder der Mitarbeiterin über etwaige ehrenamtliche Tätigkeiten informiert zu sein. Naheliegend erscheint deshalb eine Frage nach einem ehrenamtlichen Engagement im Vorstellungsgespräch. Hier ist allerdings **Vorsicht** geboten. Die einschlägigen Vorschriften etwa in den Feuerwehr- und Brandschutzgesetzen sowie des THW-Gesetzes enthalten ein **umfassendes Benachteiligungsverbot** des ehrenamtlichen Feuerwehrmitglieds- bzw. des THW-Helfers auf Grund seiner ehrenamtlichen Tätigkeit.<sup>1)</sup> § 12 Abs. 2 des Feuerschutzhilfleistungsgesetzes NRW (FSHG) bestimmt in diesem Sinne etwa:

„Den ehrenamtlichen Angehörigen der Feuerwehr dürfen aus dem Dienst **keine Nachteile** im Arbeits- oder Dienstverhältnis erwachsen.“

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über das Technische Hilfswerk (THW-Gesetz) dürfen

„Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aus ihrer Verpflichtung zum Dienst im technischen Hilfswerk und aus diesem Dienst keine Nachteile im Arbeitsverhältnis und in der Sozial- und Arbeitslosenversicherung sowie in der betrieblichen Altersversorgung erwachsen.“

Aus diesem Benachteiligungsverbot wird abgeleitet, den Bewerber treffe keine **Wahrheits- und Offenbarungspflicht** im Vorstellungsgespräch hinsichtlich seines ehrenamtlichen Engagements.<sup>2)</sup>

Hinweis für die Praxis:

Insofern wird in der Praxis mit Fragen nach ehrenamtlichen Tätigkeiten zurückhaltend umzugehen sein. Rechtsprechung zu dieser Problematik gibt es – soweit ersichtlich – aber noch nicht. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass Bewerber in der Regel ihr ehrenamtliches Engagement bereits in den Bewerbungsunterlagen angeben werden, da die sog. soft skills immer mehr an Bedeutung gewinnen und diese durch soziale Aktivitäten erarbeitet werden können.

II. Auswirkungen der ehrenamtlichen Tätigkeit während der Arbeitszeit auf die Hauptleistungspflichten

Möchte der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit einer ehrenamtlichen Tätigkeit nachgehen, so stellt sich zunächst die Frage nach einem **Anspruch auf Freistellung** von der Arbeitsleistung für den benötigten Zeitraum. Ein allgemeiner Freistellungsanspruch besteht im Arbeitsrecht nicht.<sup>3)</sup> Dieser kann sich aber aus gesetzlichen Vorschriften wie etwa § 616 BGB, aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz oder auch einer betrieblichen Übung ergeben. Vielfach sind bezüglich ehrenamtlicher Tätigkeiten auch Regelungen in Tarifverträgen aufgenommen worden<sup>4)</sup>.

1) Für ehrenamtliche Richter gilt das Benachteiligungsverbot des § 45 Abs. 1a DRiG.  
2) Birk, Mitarbeit im Technischen Hilfswerk und Arbeitsrecht, NZA 2006, 414 ff.  
3) Kreitner in Küttner, Personalbuch 2010, Freistellung von der Arbeit, Rz. 5.  
4) § 29 Abs. 2 TVöD; § 15 Nr. 2 des Rahmen-TV des Dachdeckerhandwerks; § 4 Nr. 4 des Bundesrahmen-TV des Baugewerbes; § 14 Abs. 1 Nr. 1 Ziff. b des Manteltarifvertrages für das Friseurhandwerk in NRW.

## ARBEITSRECHT • DER AKTUELLE BERICHT

## 1. Helfer der freiwilligen Feuerwehr

In einer Vielzahl von Fällen wird ehrenamtliche Arbeit zum Beispiel bei der Feuerwehr oder im THW im Rahmen des Katastrophenschutzes geleistet. Der Katastrophenschutz ist auch nach der Föderalismusreform eine Angelegenheit der Länder. Die Kollision von Ehrenamt und Arbeitspflicht hat im Hinblick auf den Katastrophenschutz dementsprechend in den einzelnen Bundesländern in zahlreichen Fällen eine gesetzliche Ausgestaltung gefunden. So sieht etwa das Feuerschutzhilfegesetz in Nordrhein-Westfalen vor, dass die Arbeitspflicht eines Arbeitnehmers, der ehrenamtlich der Feuerwehr angehört, während eines Einsatzes entfällt (§ 12 Abs. 2 Satz 2 FSHG NRW):

*„Während der Dauer der Teilnahme an Einsätzen, Übungen und Lehrgängen sowie der Teilnahme an sonstigen Veranstaltungen auf Anforderung der Gemeinde **entfällt** für die ehrenamtlichen Angehörigen der Feuerwehr die Pflicht zur Arbeits- oder Dienstleistung.“*

**Hinweis für die Praxis:**

Voraussetzung für eine Freistellung von der Arbeitspflicht ist damit nicht nur, dass das ehrenamtliche Feuerwehrmitglied an einem Einsatz, einer Übung, einem Lehrgang oder einer sonstigen Veranstaltung teilnehmen will, sondern die Teilnahme muss auch auf Anforderung der Gemeinde geschehen. Eine rein freiwillige Teilnahme des Feuerwehrmitgliedes ohne Anforderung kann damit nicht ausreichen! Es bedarf eines Willensaktes der Gemeinde. Dieser kann aber auch konkludent geäußert werden, etwa durch die Veröffentlichung von Treffpunkten für die ehrenamtlichen Helfer.<sup>5)</sup>

Der Umfang der Freistellungspflicht bezieht sich auf den Einsatz bzw. die Schulung an sich, sowie auf die erforderlichen An- und Abfahrtszeiten. Auch die notwendigen Pausenzeiten sind erfasst.<sup>6)</sup> Der Arbeitnehmer muss im umfassten Zeitraum seine Arbeitsleistung nicht erbringen und ist auch nicht verpflichtet die ausgefallene Arbeitszeit nachzuarbeiten.

## a) Folgen für die Vergütungspflicht

Die Auswirkungen auf die Vergütungspflicht regelt § 12 Abs. 2 Satz 3 FSHG NRW:

*„Die Arbeitgeber oder Dienstherrn sind verpflichtet, für diesen Zeitraum Arbeitsentgelte oder Dienstbezüge einschließlich aller Nebenleistungen und Zulagen **fortzuzahlen**, die ohne die Ausfallzeit üblicherweise erzielt worden wären.“*

Liegen die Voraussetzungen einer Freistellung von der Arbeit vor, bleibt damit nach § 12 Abs. 2 Satz 3 FSHG NRW die Vergütungspflicht des Arbeitgebers bestehen. Gleiches gilt während der Teilnahme an Übungen und Schulungsveranstaltungen.

**Hinweis für die Praxis:**

Schwierigkeiten können sich in diesem Zusammenhang hinsichtlich der Höhe der Entgeltfortzahlung stellen, insbe-

sondere dann, wenn sich die Freistellungspflicht über einen längeren Zeitraum erstreckt. Das ehrenamtliche Feuerwehrmitglied könnte beispielsweise unter Verweis auf die Üblichkeit von Überstunden auch eine entsprechende Überstundenvergütung fordern. Insofern ist das Lohnausfallprinzip zu beachten. Der ehrenamtliche Helfer hat einen Anspruch auf das Entgelt, das er ohne den Freistellungsgrund in dem entsprechenden Zeitraum hätte erwarten können. Daher sind auch Überstunden, Gratifikationen, Akkordlohn oder Tantiemen zu erstatten, sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen. Dies wird der ehrenamtliche Helfer im Streitfall darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen haben.

Entsprechende Regelungen bestehen auch in den Katastrophen-, Brandschutz- oder Feuerwehrgesetzen der meisten anderen Bundesländer.<sup>7)</sup> Lediglich in Baden-Württemberg entfällt die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers. Ehrenamtliche Feuerwehrmitglieder haben dort einen Erstattungsanspruch hinsichtlich des Lohnausfalls gegen die Gemeinde (vgl. § 16 Abs. 1 Feuerwehrgesetz Baden-Württemberg).

## b) Erstattungspflicht der Gemeinde

Hat der private Arbeitgeber Lohnfortzahlung nach § 12 Abs. 2 Satz 3 FSHG NRW geleistet, sieht § 12 Abs. 2 Satz 3 FSHG am Ende eine **Erstattungspflicht der Gemeinde** hinsichtlich der geleisteten Beträge vor. Der Arbeitgeber kann also bei der Gemeinde, die für die Freiwillige Feuerwehr zuständig ist, beantragen, dass ihm die an den freiwilligen Helfer trotz Wegfalls der Arbeitsleistung gezahlten Beträge erstattet werden. Letztlich trägt damit nicht der Arbeitgeber die Kosten des Einsatzes des Feuerwehrmitglieds, sondern die Gemeinde als Trägerin der freiwilligen Feuerwehr.

## 2. Helfer des THW

Das Technische Hilfswerk (THW) ist eine Einrichtung des Bundes. Während also die Regelung der Rechtsverhältnisse im Rahmen des Brand- und Katastrophenschutzes in die Zuständigkeit der Länder fällt, richten sich die Rechte und Pflichten der Helfer des Technischen Hilfswerks in ganz Deutschland nach dem THW-Gesetz.

Für die ehrenamtlichen Helfer des THW enthält § 3 Abs. 1 THW-Gesetz eine nahezu identische Freistellungspflicht des Arbeitgebers unter Weitergewährung des Entgelts. Allerdings bedarf es im Rahmen des THW-Gesetzes keiner Anforderung des ehrenamtlichen Helfers durch das THW:

*„Nehmen Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer während der für sie maßgeblichen regelmäßigen Arbeitszeit an Einsätzen oder Ausbildungsveranstaltungen teil, so sind sie für die Dauer*

5) Bauer/Opolony, Arbeitsrechtliche Fragen bei Katastrophen, NJW 2002, 3503 ff., 3504.

6) Bauer/Opolony, Arbeitsrechtliche Fragen bei Katastrophen, NJW 2002, 3503 ff., 3504.

7) Etwa Art. 9 BayFwG; § 8 BerlFwG; § 9 Abs. 4 BrSchG Sachsen-Anhalt; § 30 Abs. 2 BrSchG Schleswig-Holstein; § 14 Abs. 3 HbgFwG; § 11 HessBrandKaSG; vgl. auch die Zusammenstellung bei Bauer/Opolony, Arbeitsrechtliche Fragen bei Katastrophen, NJW 2002, 3503 ff.



## DER AKTUELLE BERICHT • ARBEITSRECHT

der Teilnahme unter Weitergewährung des Arbeitsentgeltes, das sie ohne die Teilnahme erhalten hätten, von der Arbeitsleistung freigestellt“.

§ 3 Abs. 1 Satz 3 THW-Gesetz stellt im Anschluss daran klar, dass

„Versicherungsverhältnisse in der Sozial- und Arbeitslosenversicherung sowie in der betrieblichen Altersversorgung (...) durch den Dienst im Technischen Hilfswerk nicht berührt [werden]“

Dem Arbeitgeber, der trotz Freistellung des Arbeitnehmers zur Gehaltsfortzahlung verpflichtet war, steht in der Regel ein Anspruch auf Erstattung der Lohnkosten gegen das THW zu. Rechtsgrundlage ist im Fall des THW-Helfers § 3 Abs. 2 Satz 1 THW-Gesetz:

„Privaten Arbeitgebern ist das weitergewährte Arbeitsentgelt einschließlich ihrer Beiträge zur Sozialversicherung und zur Bundesagentur für Arbeit sowie zur betrieblichen Altersversorgung bei einem Ausfall **von mehr als zwei Stunden am Tag oder von mehr als sieben Stunden innerhalb von zwei Wochen für die gesamte Ausfallzeit auf Antrag zu erstatten.**“

#### Hinweis für die Praxis:

Ist der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 Satz 2 THW-Gesetz zur Entgeltfortzahlung verpflichtet, werden ihm die angefallenen Kosten bei einem Ausfall des Arbeitnehmers von unter zwei Stunden oder unter sieben Stunden innerhalb von zwei Wochen nicht erstattet. Es kann auch nicht mit dem Arbeitnehmer vereinbart werden, dass dieser auf seinen Lohn für einen solchen, wenn auch kurzen, Zeitraum verzichtet.

### 3. Ehrenamtliche Richtertätigkeit

In der Praxis seltener ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers als ehrenamtlicher Richter. Ehrenamtliche Richter sind gem. § 45 Abs. 1a Satz 2 des Deutschen Richtergesetzes (DRiG) für die Zeit ihrer Amtstätigkeit von ihrem Arbeitgeber freizustellen. Zur „Zeit ihrer Amtstätigkeit“ i. S. v. § 45 Abs. 1a Satz 2 DRiG zählen insbesondere auch die Zeit der Einarbeitung in die Verfahrensakten oder von staatlichen Stellen angeordneten Einführungs- und Fortbildungsveranstaltungen.<sup>8)</sup> Für seine Tätigkeit erhält der ehrenamtliche Richter eine Entschädigung nach § 18 Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz (JVEG). Soweit diese seinen Verdienstausfall nicht abdeckt, hat er gegen seinen Arbeitgeber einen Anspruch auf Erstattung der Differenz gem. § 616 BGB.<sup>9)</sup> § 616 BGB bestimmt:

„Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.“

Wird ein ehrenamtlicher Richter während der Arbeitszeit für eine Verhandlung eingeteilt, liegt eine persönliche Verhinderung i. S. v. § 616 BGB vor.<sup>10)</sup>

Zu beachten ist aber, dass § 616 BGB keine zwingende Vorschrift ist, sondern grundsätzlich einzel- oder tarifvertraglich abbedungen werden kann.<sup>11)</sup>

#### Formulierungsbeispiel:

So könnte etwa im Arbeitsvertrag wie folgt formuliert werden:

„Die Anwendung und Geltung des § 616 BGB wird ausgeschlossen.“

Problematisch erscheint dies aber, wenn die Rechtsfolgen des § 616 BGB zulasten des ehrenamtlichen Richters abbedungen werden und er deshalb im Ergebnis auf seinen Anspruch aus dem JVEG verwiesen wird. Erhält er aus diesem Grund nur einen Teil des ihm für den Ausfallzeitraum eigentlich zustehenden Arbeitsentgeltes ersetzt, so kann hierin eine nach § 45a DRiG unzulässige Benachteiligung des Laienrichters zu sehen sein.<sup>12)</sup> Zwar hat das BAG zum Benachteiligungsverbot des § 26 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) entschieden, dass eine Abbedingung von § 616 BGB zulässig ist.<sup>13)</sup> Diese Rechtsprechung ist jedoch nie unwidersprochen geblieben und es ist zweifelhaft, ob sie nach der Ausweitung des Benachteiligungsverbots in § 45 Abs. 1a DRiG noch aufrechterhalten werden kann. Insofern ist die weitere Entwicklung abzuwarten.

### 4. Kinder- und Jugendarbeit

Ein erheblicher Teil ehrenamtlicher Tätigkeiten wird auch in der Kinder- und Jugendarbeit von Gemeinden oder kirchlichen Einrichtungen erbracht. Zwar finden derartige Aktivitäten überwiegend außerhalb der Arbeitszeit statt, so sind aber auch Fälle denkbar, in denen der Arbeitnehmer seiner ehrenamtlichen Tätigkeit während der Arbeitszeit nachgehen will, etwa wenn es um Jugend- oder Kinderfreizeiten geht, die der Arbeitnehmer als Betreuer begleiten möchte. In diesen Fällen besteht **in der Regel kein Freistellungsanspruch** des Arbeitnehmers. Es existieren aber landesrechtliche Sonderregelungen wie etwa Nordrhein-Westfalen nach denen ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Sonderurlaub besteht.

§ 1 Abs. 1 des Sonderurlaubsgesetzes NRW (SoUrlG NRW) lautet etwa:

„Den ehrenamtlich in der Jugendhilfe tätigen Personen über 16 Jahre ist **auf Antrag Sonderurlaub** zu gewähren

für die leitende und helfende Tätigkeit, die in Jugendferienlagern, bei Jugendreisen, Jugendwanderungen, Jugendfreizeit- und Jugendsportveranstaltungen, sowie internationalen Begegnungen ausgeübt wird,

8) Vgl. zum Ganzen Schmidt-Räntsch, Das neue Benachteiligungsverbot für ehrenamtliche Richter, NVwZ 2005, 166 ff.

9) Schmidt-Räntsch, Das neue Benachteiligungsverbot für ehrenamtliche Richter, NVwZ 2005, 166 ff., 167.

10) Dörner in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 616 BGB Rz. 5.

11) Dörner in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 616 BGB Rz. 13.

12) So Schmidt-Räntsch, Das neue Benachteiligungsverbot für ehrenamtliche Richter, NVwZ 2005, 166 ff.

13) BAG, Urteil vom 25. 8. 1982, AP Nr. 1 zu § 26 ArbGG 1979.

ARBEITSRECHT • DER AKTUELLE BERICHT

*zur erzieherischen Betreuung von Kindern und Jugendlichen in Heimen und ähnlichen Einrichtungen im Rahmen der Familien- und Kindererholung.“*

Die **Höchstdauer** des Sonderurlaubs ist in § 4 SoUrlG NRW geregelt:

*„Sonderurlaub nach diesem Gesetz ist bis zu acht Arbeitstagen im Kalenderjahr zu gewähren. Der Sonderurlaub kann auf höchstens drei Veranstaltungen oder Maßnahmen im Kalenderjahr aufgeteilt werden; er ist nicht auf das nächste Jahr übertragbar.“*

Die Sonderurlaubsgesetze der Länder mehrheitlich fest, dass **kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung während des Sonderurlaubs** besteht, vgl. etwa § 2 Abs. 2 JugSoUrlG Saarland, § 2 Abs. 2 SoUrlG Sachsen-Anhalt.<sup>14)</sup>

Hinweis für die Praxis:

Der Sonderurlaub für ehrenamtliche Tätigkeiten kann zum Beispiel nach § 3 Abs. 2 SoUrlG verweigert werden, wenn ein unabweisbares betriebliches Interesse entgegensteht. Als Beispiel lassen sich unter anderem betriebliche Termine nennen, bei denen die Anwesenheit des Arbeitnehmers etwa auf Grund einer besonderen Kundenbindung erforderlich ist.<sup>15)</sup>

5. Gewerkschaftsarbeit

Ein weiteres naheliegendes Tätigkeitsfeld der Arbeitnehmer betrifft die Gewerkschaftsarbeit. Auch diese Arbeit wird in den meisten Fällen ehrenamtlich geleistet und nach der regulären Arbeitszeit stattfinden. Die Gewerkschaftsvorstände halten etwa Stammtische ab oder organisieren Veranstaltungen. Bei Gewerkschaften handelt es sich in den meisten Fällen um nichtrechtsfähige Vereine. Ein allgemeiner gesetzlicher Freistellungsanspruch zur Wahrnehmung von Vereinstätigkeiten besteht nicht, so dass in aller Regel **keine Freistellung** für Gewerkschaftsveranstaltungen zu gewähren ist. Insbesondere liegen die Voraussetzungen des § 616 BGB in solchen Fällen nicht vor.<sup>16)</sup>

Allerdings finden sich diesbezügliche Regelungen in einigen Tarifverträgen. So lautet etwa § 29 Abs. 4 TVöD:

*„Zur **Teilnahme an Tagungen** kann den gewählten Vertreterinnen/Vertretern der Bezirksvorstände, der Landesbezirksvorstände, der Landesfachbereichsvorstände, der Bundesfachbereichsvorstände, der Bundesfachgruppenvorstände sowie des Gewerkschaftsrates bzw. entsprechender Gremien anderer vertragsschließender Gewerkschaften auf Anfordern der Gewerkschaften Arbeitsbefreiung bis zu acht Werktagen im Jahr unter Fortzahlung des Entgelts nach § 21 erteilt werden, sofern nicht dringende dienstliche oder betriebliche Interessen entgegenstehen. Zur **Teilnahme an Tarifverhandlungen** mit dem Bund und der VKA oder ihrer Mitgliedsverbände kann auf Anfordern einer der vertragsschließenden Gewerkschaften Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts nach § 21 ohne zeitliche Begrenzung erteilt werden.“*

Aus der Verwendung des Wortes „kann“ ist zu schließen, dass § 29 Abs. 4 TVöD **keinen Freistellungsanspruch** des Arbeitnehmers für die genannten gewerkschaftlichen Veranstaltungen normiert, sondern lediglich eine Freistellung ermöglicht.<sup>17)</sup> Äußert der Arbeitnehmer einen entsprechenden Wunsch, so ist der Arbeitgeber gehalten, dies bei einer Zuweisung der täglichen Arbeitszeit im **Rahmen billigen Ermessens** i. S. v. § 315 BGB zu berücksichtigen.<sup>18)</sup> Die Fürsorgepflicht kann es im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis gebieten, einen Arbeitnehmer über die besonderen gesetzlich oder tariflich geregelten Fälle hinaus von der Arbeitsleistung freizustellen, wenn besondere in den Verhältnissen des Arbeitnehmers liegende Umstände gegeben sind und wichtige betriebliche Interessen nicht entgegenstehen.<sup>19)</sup> Diese Voraussetzungen liegen aber bei einer Betätigung für einen **Ortsverband einer Gewerkschaft** in der Regel nicht vor.<sup>20)</sup>

Hinweis für die Praxis:

Anders entschied das LAG Köln hinsichtlich einer Teilnahme als Delegierter an einem alle vier Jahre stattfindenden Gewerkschaftstag.<sup>21)</sup> Besondere, in der Person des Arbeitnehmers liegende Umstände könnten auch dann vorliegen, wenn der als Delegierter gewählte Arbeitnehmer an einem alle vier Jahre stattfindenden Gewerkschaftstag teilnimmt.

Andere **Tarifverträge** sehen dagegen ausdrücklich einen Freistellungsanspruch für bestimmte gewerkschaftliche Tätigkeiten vor. So etwa § 13 Nr. 4 des Manteltarifvertrags des Einzelhandels Schleswig-Holstein:

*„Beschäftigte, die bei einer der vertragschließenden Organisationen in einer satzungsmäßig festgelegten Funktion ehrenamtlich tätig sind, ist für die Teilnahme an gewerkschaftlichen Veranstaltungen, die gemeinsamen Aufgaben im Einzelhandel dienen, Freistellung bis zur Dauer von 8 Werktagen im Jahr zu gewähren, soweit nicht dringende betriebliche Interessen entgegenstehen.“*

Hinweis für die Praxis:

Der Arbeitgeber sollte auf Grund der sehr unterschiedlichen Regelungen im jeweiligen Einzelfall unbedingt den anwendbaren Tarifvertrag prüfen. Enthält dieser keinen Freistellungsanspruch oder nur eine „Kann-Regelung“ liegt

14) Henssler in Münchener Kommentar zum BGB, 5.Aufl. 2009, § 616 Rz. 51 m. w. N.  
15) Näher zu den entgegenstehenden betrieblichen Interessen unten unter II. 8.  
16) Vgl. Dörner in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 616 Rz. 5.  
17) Vgl. Roß in Beppler/Böhle/Meerkamp/Stöhr, BeckOK TVöD, Edition 17, Stand: 1. 6. 2010, § 29 TVöD Rz. 26 f.  
18) LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20. 11. 2008, 2 Sa 328/08, juris.  
19) LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20. 11. 2008, 2 Sa 328/08, juris.  
20) LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20. 11. 2008, 2 Sa 328/08, juris.  
21) LAG Köln, Urteil vom 11. 1. 1990, 8 Sa 1020/89, MDR 1990, 746 f.: „Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf unbezahlte Freistellung kann sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ergeben, wenn besondere, in den Verhältnissen des Arbeitnehmers liegende Umstände gegeben sind und wichtige betriebliche Interessen nicht entgegenstehen. Besondere, in der Person des Arbeitnehmers liegende Umstände können dann vorliegen, wenn der als Delegierter gewählte Arbeitnehmer an einem alle vier Jahre stattfindenden Gewerkschaftstag der IG Chemie-Papier-Keramik teilnimmt.“

die Freistellung im Ermessen des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer hat demnach nur einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf ermessensfehlerfreie Entscheidung unter Berücksichtigung der Gewerkschaftsmitgliedschaft des Arbeitnehmers und der sozialpolitischen Bedeutung der Gewerkschaften. Es ist eine Interessenabwägung im Einzelfall durchzuführen. Die Rechtsprechung lässt die Tendenz erkennen, dass einer Beteiligung an der Gewerkschaftsarbeit auf der unteren Ebene, z. B. Ortsvorstand, nur eine geringe Bedeutung zuzumessen ist und somit eine Freistellung unter Verweis auf überwiegende betriebliche Interessen abgelehnt werden kann. Bei Tätigkeiten auf höheren Ebenen – insofern können die in § 29 Abs. 4 TVöD aufgezählten Tätigkeiten exemplarisch herangezogen werden – ist der gewerkschaftlichen Tätigkeit ein größeres Gewicht beizumessen. Dementsprechend muss der Arbeitgeber auch gewichtigere betriebliche Interessen in die Abwägung einbringen können, um eine Freistellung des Arbeitnehmers in diesen Fällen verweigern zu können.

## 6. Sonstige Ehrenämter

### a) Tarifliche Regelungen

Sofern ein spezieller Freistellungsanspruch für die ausgeübte ehrenamtliche Tätigkeit nicht besteht, sind gegebenenfalls tarifvertragliche Regelungen in Betracht zu ziehen. Einige Tarifverträge regeln eine Freistellungspflicht für die Wahrnehmung öffentlicher Ehrenämter.<sup>22)</sup> So lautet etwa § 14 des Rahmen-TV Maler- und Lackierhandwerk für die Bundesrepublik Deutschland mit Ausnahme des Saarlandes:

*„Bei der Erfüllung gesetzlich auferlegter Pflichten aus öffentlichen Ehrenämtern ist für die notwendige anfallende Arbeitszeit ohne Anrechnung auf den Urlaub unbezahlte Freizeit zu gewähren.“*

Nach der Rechtsprechung des BAG ist unter dem Begriff „öffentliches Ehrenamt“ jede unentgeltliche Mitwirkung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf Grund behördlicher Bestellung außerhalb eines haupt- oder nebenberuflichen Dienstverhältnisses zu verstehen.<sup>23)</sup> Dies hat das BAG beispielsweise für die Tätigkeit im Prüfungsausschuss einer Industrie- und Handelskammer bejaht.<sup>24)</sup>

In einigen Fällen setzen insbesondere die tarifvertraglichen Freistellungsansprüche voraus, dass der Arbeitnehmer der ehrenamtlichen Tätigkeit nicht, auch nicht nach einer zeitlichen Verlegung<sup>25)</sup>, außerhalb der Arbeitszeit nachgehen kann, z. B. § 29 Abs. 2 TVöD. Relevant wird diese insbesondere in den Fällen, in denen der Arbeitszeitgestaltung des Arbeitgebers ein **Gleitzeitmodell** zu Grunde liegt. Können Arbeitnehmer danach ihre Arbeitszeit flexibel gestalten, sind sie nach Ansicht des BAG auch verpflichtet, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen und ggf. für die ehrenamtliche Tätigkeit Gleitzeit in Anspruch zu nehmen.<sup>26)</sup> Ein Anspruch auf bezahlte Freistellung kommt in diesen Fällen nur für die Kernarbeitszeit in Betracht.<sup>27)</sup>

### b) § 616 BGB

Sofern es an einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen Grundlage für den Fortbestand der Vergütungspflicht fehlt, ist noch § 616 BGB in Betracht zu ziehen. Der **Grundgedanke** des § 616 BGB lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass es nicht zu einem Wegfall des Lohnzahlungsanspruchs kommen soll, wenn dem Arbeitnehmer auf Grund rechtlicher oder sittlicher Umstände die Erbringung seiner Arbeitsleistung unzumutbar ist.<sup>28)</sup> Typisches Beispiel für eine solche Unzumutbarkeit ist die Krankheit des Kindes des Arbeitnehmers oder die Pflicht vor Gericht als Zeuge auszusagen.<sup>29)</sup> Der direkte **Anwendungsbereich des § 616 BGB** dürfte im behandelten Kontext auf Grund der hohen Voraussetzungen aber sehr gering sein. Denn ein Anspruch auf bezahlte Freistellung kommt nach § 616 BGB nur in Betracht, wenn die Erledigung der ehrenamtlichen Tätigkeit außerhalb der Arbeitszeit nicht möglich ist und die Ursache dafür nicht in der persönlichen Lebensgestaltung des Arbeitnehmers liegt.<sup>30)</sup> Einzig im Zusammenhang mit einer ehrenamtlichen Richtertätigkeit oder der Selbstverwaltung der Sozialversicherung lässt sich eine Freistellung und Entgeltfortzahlungsanspruch auf § 616 BGB gründen.

### Hinweis für die Praxis:

Man wird im Fall der Kollision von Arbeitspflicht und ehrenamtlicher Tätigkeit in den anderen noch verbliebenen, gesetzlich nicht geregelten Fällen kaum von einer Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung i. S. v. § 616 BGB ausgehen können.

## 7. Risiko betriebliche Übung und allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz

Hat der Arbeitgeber in der Vergangenheit für ehrenamtliche Tätigkeiten freiwillig Freistellung gewährt, kommen Freistellungsansprüche auf Grund betrieblicher Übung oder des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Betracht.

### a) Betriebliche Übung

Freistellungsansprüche können auch auf Grund einer betrieblichen Übung entstehen.<sup>31)</sup> Dies wäre etwa denkbar, wenn den Arbeitnehmern in der Vergangenheit immer zum Beispiel an Rosenmontag freigegeben wurde.<sup>32)</sup> Möglich erscheint aber auch, dass in der betrieblichen Praxis für eine bestimmte ehrenamtli-

22) Vgl. etwa § 15 Nr. 2 Rahmen-TV des Dachdeckerhandwerks; § 15 Nr. 3 Ziff. e des Mantel-TV Groß- und Außenhandels Hessen.

23) BAG, Urteil vom 7. 11. 1991, 6 AZR 496/89, NZA 1992, 464.

24) BAG, Urteil vom 7. 11. 1991, 6 AZR 496/89, NZA 1992, 464.

25) Vgl. zu § 29 TVöD: Giesen in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 326, Rz. 97.

26) BAG, Urteil vom 22. 1. 2009, NZA 2009, 735.

27) BAG, Urteil vom 7. 11. 1991, 6 AZR 496/89, NZA 1992, 464.

28) Dörner in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 616 BGB Rz. 3.

29) Vgl. zu einer entsprechenden tariflichen Regelung zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Pflichten BAG, Urteil vom 13. 12. 2001, 6 AZR 30/01, NZA 2002, 1105 ff.

30) Henssler in Münchener Kommentar zum BGB, § 616 Rz. 41.

31) Kreitner in Küttner, Personalbuch 2010, Freistellung des Arbeitnehmers, Rz. 5.

32) Vgl. dazu BAG, Urteil vom 12. 1. 1994, 5 AZR 41/93, NZA 1994, 694 ff.



## ARBEITSRECHT • DER AKTUELLE BERICHT

che Tätigkeit wiederholt freigestellt worden ist, ohne dass eine Anspruchsgrundlage für die Freistellung bestand. Die Entstehung einer betrieblichen Übung setzt ein **wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers** voraus, aus dem der Arbeitnehmer schließen kann, ihm solle eine Leistung auf Dauer gewährt werden und er habe den Anspruch daher auch in Zukunft.<sup>33)</sup> In der Regel soll dies bei einer dreimaligen gleichförmigen Leistungsgewährung der Fall sein. Würde ein Arbeitgeber also einen Arbeitnehmer dreimal für eine vergleichbare ehrenamtliche Tätigkeit freistellen, so besteht das Risiko, dass der Arbeitnehmer für die Zukunft seine Freistellung für eine erneute gleichartige Tätigkeit nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung beanspruchen kann.

**Hinweis für die Praxis:**

Soll ein Arbeitnehmer aus Kulanzgründen freiwillig für eine ehrenamtliche Tätigkeit freigestellt werden, so ist die Freistellung unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt zu stellen, um die Entstehung einer betrieblichen Übung von vornherein zu verhindern. Es könnte etwa wie folgt formuliert werden:

*„Die Freistellung zur (hier die ehrenamtliche Tätigkeit einsetzen) erfolgt freiwillig und ohne einen Rechtsanspruch für die Zukunft.“*

Es sollte zudem ausdrücklich geregelt werden, ob für die ausgefallene Arbeitszeit Lohnfortzahlung gewährt wird oder ob es sich um eine unbezahlte Freistellung handelt.

**b) Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz**

Liegen die Voraussetzungen einer betrieblichen Übung nicht vor, kann ein Frestellungsanspruch noch unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Betracht kommen. Ist der Arbeitgeber in der Vergangenheit dem Frestellungsbegehren anderer Arbeitnehmer in vergleichbaren Fällen nachgekommen, kann er verpflichtet sein, nun den Arbeitnehmer nicht schlechter zu stellen. Allerdings setzt dies voraus, dass es sich um einen sog. kollektiven Tatbestand handelt. Das heißt, bei den Frestellungen für ehrenamtliche Tätigkeiten muss es sich um allgemein gültige Regelungen **für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern** oder sogar alle Arbeitnehmer handeln. Hat der Arbeitgeber die Freistellung für eine ehrenamtliche Tätigkeit jeweils individuell ausgehandelt, können sich die anderen Arbeitnehmer nicht auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen.

**Hinweis für die Praxis:**

Aus Arbeitgebersicht sollte daher möglichst eine Gruppenbildung unter den Arbeitnehmern vermieden werden. Das Risiko im Hinblick auf einen Anspruch aus dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist allerdings als gering einzuschätzen.

**8. Entgegenstehende betriebliche Interessen**

Der Mehrzahl der Frestellungsansprüche für ehrenamtliche Tätigkeiten ist gemeinsam, dass sie keine Einschränkung für den Fall entgegenstehender betrieblicher Interessen enthalten. Beschäftigt ein – insbesondere öffentlich-rechtlicher – Arbeitgeber eine Vielzahl von ehrenamtlich Tätigen, kann es hier durchaus zu ernststen **Kollisionen** zwischen dem Interesse des Arbeitgebers an der Aufrechterhaltung der Arbeitsabläufe und dem gesellschaftlichen Interesse an der Hilfstätigkeit kommen. Der Wortlaut des § 3 THW-Gesetz und des § 12 Abs. 2 FSHG NRW ist allerdings derart eindeutig formuliert, dass man der **Wahrnehmung des Helferdienstes** in diesem Rahmen **in der Regel den Vorrang** einräumen muss. Anders lässt sich dies aber durchaus bei einer Freistellung für Schulungsveranstaltungen vertreten. Zum Beispiel kann es im betrieblichen Alltag dazu kommen, dass bereits die Kollegen des ehrenamtlichen Helfers zu einem bestimmten Zeitpunkt Urlaub gewährt bekommen haben. Begehrt der ehrenamtliche Helfer zum gleichen Zeitpunkt nun die Freistellung zur Teilnahme an einer Schulungsveranstaltung, kann diese abzulehnen sein, wenn etwa auf Grund der urlaubsbedingten Abwesenheit der anderen Kollegen die Betriebsabläufe erheblich beeinträchtigt würden. In einem solchen Fall gebietet es die **arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht** des Arbeitnehmers, die Schulungsveranstaltung zu einem anderen Zeitpunkt nachzuholen.<sup>34)</sup> Im Gegensatz zu Einsätzen in Notfällen ist eine Teilnahme an einer Schulungsveranstaltung nicht unaufschiebbar. Dieses Ergebnis entspricht geltender Rechtslage etwa in Berlin.<sup>35)</sup> Außerdem kann der Helfer des THW auf § 5a der Helferrichtlinie des THW verwiesen werden. Dieser lautet:

*„Von einzelnen Dienstveranstaltungen kann dem Helfer aus wichtigem Grund Dienstbefreiung gewährt werden. Als wichtiger Grund kommen z. B. familiäre oder berufliche Termine von großer Bedeutung in Betracht.“*

**Hinweis für die Praxis:**

Soweit ersichtlich, gibt es zu der Frage der Einschränkung der Frestellungspflicht bei entgegenstehenden betrieblichen Interessen noch keine gesicherte Rechtsprechung! Das Risiko einer Fehleinschätzung trägt allerdings der Arbeitnehmer, wenn der Arbeitgeber wegen Dringlichkeit die Freistellung verweigert. Kommt er seiner Arbeitsleistung nicht wie geschuldet nach, liegt eine zur Abmahnung und – im Wiederholungsfall – ggf. sogar zur fristlosen Kündigung berechtigte Arbeitsverweigerung vor. Der Arbeitgeber sollte in derartigen Fällen aber Umsicht walten lassen. Schließlich ist die Gesellschaft in vielen Fällen auf ehrenamtliches Engagement angewiesen und eine ehrenamtliche Tätigkeit sozialpolitisch erwünscht.

33) Thüsing in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 611 BGB Rz. 228.

34) So Birk, Mitarbeit im Technischen Hilfswerk und Arbeitsrecht, NZA 2006, 414 ff., 415.

35) Vgl. § 8 Abs. 1 Satz 3 BerlFwG.



## 9. Mitteilungspflichten

Der Gesetzgeber trägt den betrieblichen Interessen in einigen Fällen dadurch Rechnung, dass er den Arbeitnehmer verpflichtet, Ankündigungsfristen einzuhalten. Für Nordrhein-Westfalen gilt etwa nach § 12 Abs. 2 Satz 4 FSHG:

*„Die Teilnahme an Übungen, Lehrgängen und sonstigen Veranstaltungen auf Anforderung der Gemeinde ist den Arbeitgebern oder Dienstherrn nach Möglichkeit rechtzeitig mitzuteilen.“*

Neben der rechtzeitigen Mitteilung über den begehrten Zeitpunkt der Freistellung hinaus, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, sofern es um eine Aus- oder Fortbildungsveranstaltung geht, dem Arbeitgeber eine Bescheinigung über die Ausbildungsveranstaltung bzw. eine Kopie des Ausbildungsplans seines Ortsverbandes rechtzeitig vorzulegen. Geschieht dies nicht, kann der Arbeitgeber die Freistellung solange verweigern.<sup>36)</sup>

### Hinweis für die Praxis:

Schwierigkeiten bereitet die Auslegung des Merkmals „rechtzeitig“. Dies im Sinne von „unverzüglich“, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, zu verstehen, dürfte mit dem Wortlaut kaum vereinbar sein. Vielmehr dient die Information des Arbeitgebers dazu, dass er sich auf den bevorstehenden Ausfall des Arbeitnehmers einstellen, also zum Beispiel eine Vertretung organisieren kann. Der Arbeitnehmer ist demnach jedenfalls verpflichtet, den Arbeitgeber so frühzeitig zu informieren, dass dieser noch ohne Schwierigkeiten die notwendigen organisatorischen Maßnahmen ergreifen kann.

Wird der Arbeitnehmer plötzlich zu einem Einsatz gerufen, muss er sich bei seinem Vorgesetzten abmelden und ihn über den Einsatzort sowie die voraussichtliche Dauer des Einsatzes informieren.<sup>37)</sup>

## III. Erholungsphase nach Einsätzen im Brand- und Katastrophenschutz

Teilweise sehen die Brand- und Katastrophenschutzgesetze der Länder vor, dass ein Arbeitnehmer nach einem Einsatz noch eine bestimmte Zeit von der Arbeitsleistung freizustellen ist.<sup>38)</sup> Hierdurch soll dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gegeben werden, sich nach einem oft körperlich und psychisch belastenden Einsatz im Brand- oder Katastrophenschutz zu regenerieren.

## IV. Urlaubsansprüche und Krankheit

Geht der Arbeitnehmer in der Zeit seines Erholungsurlaubs einer ehrenamtlichen Tätigkeit für das THW nach, für die er ansonsten einen Anspruch auf bezahlte Freistellung von der Arbeitsleistung gehabt hätte, so ist die Zeit der ehrenamtlichen Tätigkeit **nicht auf den Urlaubsanspruch anzurechnen**.

### Hinweis für die Praxis:

Der Arbeitgeber muss den Erholungsurlaub für die Dauer der ehrenamtlichen Tätigkeit erneut gewähren.<sup>39)</sup> Das BAG hat hierzu entschieden:

*„Wird ein ehrenamtlicher Helfer des Technischen Hilfswerks (THW) während seines Erholungsurlaubs zum Dienst für das THW herangezogen, so wird die Erfüllung des durch die Festlegung des Urlaubs nach § 7 Abs. 1 BurlG konkretisierten Freistellungsanspruchs nach § 243 Abs. 2 i. V. m § 275 Abs. 1 BGB nachträglich unmöglich. Diese Unmöglichkeit hat der Arbeitgeber nicht nach § 280 Abs. 1 BGB zu vertreten.“*

*Der Arbeitnehmer ist jedoch in einem solchen Fall auf Grund des Benachteiligungsverbots des § 3 Abs. 1 Satz 1 THW-Helferrechtsgesetz so zu stellen, dass der Arbeitgeber den festgelegten Urlaub nicht anrechnet, sondern erneut gewährt.“*

Der Urlaubsanspruch ist unabdingbar!

Dies ergibt sich im Fall des THW-Helfers aus § 3 Abs. 1 Satz 1 THW-Gesetz.<sup>40)</sup> Gleiches gilt für einen Arbeitnehmer, der im Erholungsurlaub zu einem Einsatz der Feuerwehr gerufen wird. § 12 Abs. 2 Satz 1 FSHG NRW enthält insofern ein ähnliches Benachteiligungsverbot wie das THW-Gesetz.

Da Einsätze beim THW oder der Feuerwehr oft mit erheblichen körperlichen oder psychischen Belastungen verbunden sind, ist es auch nicht unwahrscheinlich, dass der Arbeitnehmer auf Grund des Einsatzes infolge einer Krankheit arbeitsunfähig wird. Insofern gelten keine Sonderregelungen, sondern §§ 3 ff. EFZG bleiben anwendbar. Ist die Arbeitsunfähigkeit nicht vom Arbeitnehmer verschuldet, hat er damit einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem. § 3 EFZG.

Beruhet die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers auf der ehrenamtlichen Tätigkeit, sollte der Arbeitgeber prüfen, ob ihm ein Schadenersatzanspruch etwa gegen den Träger der Feuerwehr zusteht. Da ihm in der Regel kaum die wesentlichen Tatsachen für einen solchen Anspruch bekannt sein werden, kann er vom Arbeitnehmer gem. § 242 BGB Auskunft über die näheren Umstände des Einsatzes verlangen.<sup>41)</sup>

### Hinweis für die Praxis:

Der Gesetzgeber hat im Rahmen des THW-Gesetzes in § 3 Abs. 2 Satz 2 eine eigenständige Anspruchsgrundlage für die Erstattung der Lohnfortzahlungskosten vorgesehen:

*„[Privaten Arbeitgebern] ist auf Antrag auch das Arbeitsentgelt zu erstatten, das sie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern auf Grund gesetzlicher Vorschriften während einer Ar-*

36) Bauer/Opolony, Arbeitsrechtliche Fragen bei Katastrophen, NJW 2002, 3503 ff., 3505.

37) Bauer/Opolony, Arbeitsrechtliche Fragen bei Katastrophen, NJW 2002, 3503 ff., 3504.

38) Vgl. etwa § 14 Abs. 1 Satz 5 ThürBKG; § 11 Abs. 2 HessBKG. .

39) BAG, Urteil vom 10. 5. 2005, Az.: 9 AZR 251/04, NZA 2006, 439 ff.

40) BAG, Urteil vom 10. 5. 2005, Az.: 9 AZR 251/04, NZA 2006, 439 ff.

41) Birk, Mitarbeit im Technischen Hilfswerk und Arbeitsrecht, NZA 2006, 414 ff., 416.

## ARBEITSRECHT • KURZBEITRÄGE

*beitsunfähigkeit infolge Krankheit weiter leisten, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf den Dienst im Technischen Hilfswerk zurückzuführen ist.“*

## V. Kündigung wegen ehrenamtlicher Tätigkeit

Kommt es häufiger zu Freistellung für ehrenamtliche Tätigkeiten unter Entgeltfortzahlung, bedeutet dies für den Arbeitgeber nicht nur, dass ihm der Arbeitnehmer während der regulären Arbeitszeit nicht zur Verfügung steht, sondern auch einen erhöhten Bürokratieaufwand, da er darauf angewiesen ist, die Erstattung der fortgezählten Beträge etwa bei den Trägern der Feuerwehr oder dem THW zu beantragen. Eine Kündigung des Arbeitnehmers aus diesem Grund würde aber gegen die bereits zu Beginn angesprochenen Benachteiligungsverbote verstoßen und wäre unwirksam. § 45 Abs. 1a Satz 3 DRiG legt für die Wahrnehmung einer ehrenamtlichen Richtertätigkeit sogar ausdrücklich fest:

*„Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen der Übernahme oder der Ausübung des Amtes ist unzulässig.“*

### Hinweis für die Praxis:

Ein Kündigung des Arbeitnehmers kann aber dann in Betracht zu ziehen sein, wenn er trotz Abmahnung wiederholt den Arbeitgeber nicht rechtzeitig über anstehende Schulungsmaßnahmen oder im Vorhinein zeitlich festgelegte Übungen unterrichtet hat. Gleiches gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer zum Beispiel zu einem Feuerwehreinsatz gerufen wird und den Arbeitsplatz verlässt, ohne sich beim Vorgesetzten abzumelden, obwohl ihm dies noch möglich gewesen wäre. In einem solchen Fall ist die Kündigung keine Benachteiligung wegen der ehrenamtlichen Tätigkeit, sondern die Sanktion für den Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten.

### → Fazit:

Ehrenamtliches Engagement ist gesellschaftlich wünschenswert und auch erforderlich. Nicht selten ergeben sich durch die Wahrnehmung von ehrenamtlichen Tätigkeiten aber Reibungspunkte mit arbeitsvertraglichen Pflichten. Regelungen, die solche Kollisionen zum Gegenstand haben, sind in einer Vielzahl verstreuter, gesetzlicher oder tarifvertraglicher Normen enthalten, bleiben aber oft fragmentarisch. Insofern ist der Arbeitgeber gut beraten jeden Einzelfall im Hinblick auf die geltenden gesetzlichen und tariflichen Vorschriften genau zu prüfen.

## Rufbereitschaft: Zulage auch bei Arbeitsleistung?

Mit seinem Urteil vom 20. 5. 2010 hat sich das Bundesarbeitsgericht mit Vergütungsfragen bei Rufbereitschaft beschäftigt, mit deren Darstellung auf die Probleme der Rufbereitschaftszulage aufmerksam gemacht werden soll.<sup>1)</sup>

### ? Der Fall:

Ein Arbeitnehmer stand in einem Arbeitsverhältnis mit Anwendung eines Zulagentarifvertrages. In diesem Zulagentarifvertrag war für den Fall festgesetzter Rufbereitschaft geregelt, dass der Arbeitnehmer insoweit eine Rufbereitschaftszulage in Höhe 1,76 € je Stunde und daneben für die Nutzung des privaten Pkw für Fahrten zwischen Wohnung und Einsatzstelle im Rahmen der Rufbereitschaft eine Kilometerpauschale in Höhe von 0,27 € erhalten sollte.

In der Zeit zwischen Dezember 2006 bis März 2007 hatte der Arbeitnehmer mehrere Arbeitseinsätze im Rahmen der Rufbereitschaft. Die Arbeitgeberin vergütete diese Arbeitseinsätze als Arbeitszeit, lehnte es jedoch ab, für diese Zeiten daneben die Rufbereitschaftszulage zu zahlen.

Der Arbeitnehmer meinte demgegenüber, er habe auch für die Zeit der tatsächlichen Inanspruchnahme der Arbeitsleistung Anspruch auf die Rufbereitschaftszulage, und klagte gegen die Arbeitgeberin auf Zahlung von 135,51 €.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht wiesen die Klage ab.

### → Die Entscheidung:

Auch das Bundesarbeitsgericht lehnte einen Anspruch auf Rufbereitschaftszulage zusätzlich zum Anspruch auf Einsatzvergütung ab!

Die in Rede stehende tarifvertragliche Vorschrift ist einerseits dadurch gekennzeichnet, dass sie die Rufbereitschaftszulage nach den Stunden der Rufbereitschaft bemisst, andererseits zur Vergütung für Einsatzzeiten innerhalb der Rufbereitschaft keine Regelung enthält.

Von Bedeutung ist ferner, dass die **Rufbereitschaft** selbst dadurch gekennzeichnet ist, dass der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort so wählen muss, dass er auf Abruf die Arbeit innerhalb einer bestimmten Zeitspanne aufnehmen kann. Insoweit handelt es sich bei der Rufbereitschaft – anders als bei Bereitschaftsdienst – **nicht um Arbeitszeit**.<sup>2)</sup> Eine Rufbereitschaftszulage/Rufbereitschaftsvergütung hat daher regelmäßig nicht den Charakter einer echten Arbeitsvergütung im engeren Sinne, sondern dient dem Ausgleich des Eingriffs in die Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers.

*Daraus folgt:* Wird der Arbeitnehmer während der Rufbereitschaft zur tatsächlichen Arbeitsleistung herangezogen, erbringt er in dieser Zeit eine andere Form der Leistung als diejenige, die durch die Rufbereitschaftszulage abgegolten werden soll. Daher bedarf es wegen der verschiedenen Leistungszwecke der Vergütung für Rufbereitschaft und für Vollarbeit einer ausdrücklichen Regelung, wenn eine Rufbereitschaftszulage neben dem für anfallende Arbeit während der

1) BAG, Urteil vom 20. 5. 2010 – 6 AZR 1015/08, bisher nicht veröffentlicht.

**Leitsatz (nicht amtlich):**

Nach § 18 Zulagentarifvertrag für die Arbeitnehmer der DB AG vom 10. März 2005 hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf die Rufbereitschaftszulage für Zeiten tatsächlicher Arbeitsleistung während der angeordneten Rufbereitschaft.

2) EuGH, Urteil vom 3. 10. 2000 – C-303/98, DB 2001, 818.

Rufbereitschaft geschuldeten Arbeitsentgelt gezahlt werden soll.

Daran änderte sich im dargestellten Fall auch nichts dadurch, dass tarifvertraglich eine Kilometergeldpauschale bei Einsatz des privaten Pkw für Einsatzzeiten innerhalb der Rufbereitschaft vorgesehen war. Denn dies stellt lediglich eine Begünstigung des Arbeitnehmers dar, der ansonsten Fahrtkosten für die Fahrt zur Arbeitsstelle nicht erstattet bekommen hätte, weil die Arbeitszeit erst am vorgeschriebenen Arbeitsplatz begann.

*Schließlich:* Die Rufbereitschaftszulage dient dem Ausgleich des Eingriffs in die Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers. Insoweit endet bei einer Heranziehung zur Arbeitsleistung seine Freizeit, so dass die Zulage auch nach ihrem Sinn und Zweck bei tatsächlichem Arbeitseinsatz nicht mehr für das Bereithalten zur Arbeitsleistung erforderlich ist.

### → Ergebnis:

Da die in Rede stehende tarifvertragliche Vorschrift – anders als in einem früher entschiedenen Fall<sup>3)</sup> – keine ausdrückliche Regelung zur Zahlung von Arbeitsvergütung und zusätzlich der Rufbereitschaftszulage für Arbeitsleistung während der Rufbereitschaft enthielt, bestand auch kein Anspruch auf die Rufbereitschaftszulage.

### Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts bezieht sich unmittelbar nur auf die dargestellte tarifvertragliche Regelung und gleich gelagerte Fallgestaltungen.

Sie besitzt darüber hinaus aber auch Bedeutung für die Auslegung sonstiger Rufbereitschaftsregelungen in Tarifverträgen und für die in der Praxis verbreiteten Betriebsvereinbarungen oder einzelvertraglichen Vereinbarungen. Auch insoweit ist davon auszugehen, dass eine nach Stunden bemessene Rufbereitschaftsvergütung nur dann neben und zusätzlich zur Vergütung in der Rufbereitschaft geleistete Arbeit zu zahlen ist, wenn sich dies aus dem Kontext der Vereinbarung klar und eindeutig ergibt. Ansonsten schließen sich Rufbereitschaftszulage und Vergütung für tatsächliche Arbeitsleistung aus.

Bei diesbezüglich zweifelhaften Vereinbarungen ist die Praxis aufgerufen, entsprechend klare Regelungen zu treffen.

Das dargestellte Ergebnis gilt im Übrigen nicht ohne Weiteres, wenn die Rufbereitschaftsvergütung nicht nach Stunden bemessen, sondern als Gesamtpauschale festgelegt ist. Bei derartigen Fallgestaltungen bedürfte es wohl eher umgekehrt einer Vereinbarung dahingehend, dass bei Zusammentreffen von tatsächlicher Arbeitsleistung und Rufbereitschaft die pauschale Zulage gekürzt werden soll. Auch insoweit ist die Praxis aufgerufen, ggf. für klare Vereinbarungen zu sorgen.

Be.

3) BAG, Urteil vom 9. 10. 2003 – 6 AZR 512/02, DB 2004, 654 = B+P 2004, 315.

## Schwarzgeldabrede = Nettolohnvereinbarung?

**Nach § 14 Satz 2 SGB IV gilt ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt worden sind. Insoweit hat sich das Bundesarbeitsgericht mit der Frage beschäftigt, ob der vereinbarte Schwarzlohn auch arbeitsrechtlich als Nettolohn oder als Bruttolohn zu behandeln ist.<sup>1)</sup>**

### ? Der Fall:

Eine Arbeitnehmerin war von August 2003 bis Mai 2006 in einer Spielothek beschäftigt und arbeitete dort regelmäßig 165 Stunden monatlich. Tatsächlich behandelte die Arbeitgeberin die Arbeitnehmerin mit deren Wissen einerseits als geringfügig Beschäftigte mit einer monatlichen Vergütung von 400 € und führte hierauf die Pauschalabgaben ab, zahlte andererseits jedoch monatlich weitere 900 € an die Arbeitnehmerin und führte hierauf weder Lohnsteuer noch Sozialversicherungsbeiträge ab.

Nach Auseinandersetzungen der Parteien zahlte die Arbeitgeberin für die letzten beiden Monate des Arbeitsverhältnisses April und Mai 2006 keine Vergütung.

Daraufhin machte die Arbeitnehmerin monatlich 1 300 € als Nettobeträge geltend, wohingegen die Arbeitgeberin lediglich die Zahlung von 1 300 € brutto monatlich anerkannte.

Die Arbeitnehmerin klagte daraufhin auf der Grundlage einer von ihr angenommenen Nettolohnvereinbarung auf Zahlung der Differenz zwischen Netto- und Bruttovergütung.

Das Arbeitsgericht lehnte eine Nettoberechnung ab, das Landesarbeitsgericht bejahte sie.

### → Die Entscheidung:

Das Bundesarbeitsgericht sah in der Schwarzgeldabrede keine Nettolohnvereinbarung!

### 1. Ist die Schwarzgeldabrede eine Nettolohnvereinbarung?

Mit einer Schwarzgeldabrede, wie sie die Parteien im dargestellten Fall getroffen hatten, wird bezweckt, die Steuern und die Sozialversicherungsbeiträge zu hinterziehen. Nicht bezweckt, jedenfalls soweit nicht gesondert und eindeutig vereinbart, ist die Übernahme der Steuern und Sozialversicherungsbeiträge durch den Arbeitgeber. Bei einem solchen Fall der

1) BAG, Urteil vom 17. 3. 2010 – 5 AZR 301/09, DB 2010, 1241.

#### Leitsätze (nicht amtlich):

1. Die in § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV geregelte Fiktion einer Nettoarbeitsentgeltvereinbarung dient ausschließlich der Berechnung der nachzufordernden Gesamtsozialversicherungsbeiträge und hat keine arbeitsrechtliche Wirkung.

2. Eine Schwarzgeldabrede mit dem Zweck der Hinterziehung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen stellt für sich allein keine Nettolohnvereinbarung dar.

## ARBEITSRECHT • KURZBEITRÄGE

Schwarzgeldabrede ist im Übrigen nur die Schwarzgeldvereinbarung als solche, nicht aber der Arbeitsvertrag insgesamt nichtig.

*Also:* Die Schwarzgeldabrede für sich allein führt nicht zu einer Nettolohnvereinbarung, nach der der Arbeitgeber den Schwarzlohn netto zu zahlen sich verpflichtet und ggf. zur Übernahme der Steuern und Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet wäre.

## 2. Folgt aus § 14 Abs. 2 SGB IV die Nettolohnabrede?

Nach § 14 Abs. 2 SGB IV gilt ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht gezahlt worden sind.

Die Anwendung dieser Bestimmung beschränkt sich aber, so jetzt das Bundesarbeitsgericht, auf das Sozialversicherungsrecht und definiert den Begriff des Arbeitsentgelts als Beurteilungsgrundlage für die verschiedenen Sozialversicherungsbeiträge und -berechnungen.

*Also:* Auch aus der sozialversicherungsrechtlichen Bestimmung des § 14 Abs. 2 SGB IV ergibt sich für das Arbeitsrecht keine Nettolohnabrede.

### Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts klärt die Rechtslage:

Bei einer Schwarzgeldabrede der Parteien handelt es sich bei dem vereinbarten Schwarzlohn arbeitsrechtlich um Bruttolohn.

Sozialversicherungsrechtlich handelt es sich um Nettoarbeitsentgelt, das hinsichtlich der Beitragsberechnung in ein entsprechendes Bruttoarbeitsentgelt im so genannten Abtastverfahren umzurechnen ist.

Auch in steuerlicher Hinsicht handelt es sich bei dem Schwarzlohn um Bruttolohn. Im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist allein der Arbeitnehmer Schuldner der Steuerforderung. Übernimmt der Arbeitgeber entzogene Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung und/oder die entzogene Steuer, entsteht beim Arbeitnehmer ein – zu versteuernder – zusätzlicher geldwerter Vorteil. *Be.*

## Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Versetzung

Mit seinem Beschluss vom 23. 6. 2009 hatte das Bundesarbeitsgericht geklärt, dass dem Betriebsrat bei beabsichtigter mitbestimmungswidriger Versetzung von Arbeitnehmern ein allgemeiner Unterlassungsanspruch nicht zusteht.<sup>1)</sup> Nunmehr hat das Bundesarbeitsgericht mit ei-

nem Beschluss vom 19. 1. 2010 klargestellt, dass der Betriebsrat bei grob mitbestimmungswidriger Versetzung den speziellen Anspruch auf Unterlassung nach § 23 Abs. 3 BetrVG beanspruchen kann.<sup>2)</sup>

### ? Der Fall:

Eine Arbeitgeberin betrieb mit Mitarbeitern in mehreren Filialen die Erbringung von Finanzdienstleistungen. Insoweit war durch einen Zuordnungstarifvertrag für den Regionalbetrieb F. ein Betriebsrat gebildet.

Dieser Betriebsrat stritt mit der Arbeitgeberin seit Ende 2004 in zahlreichen Beschlussverfahren über mitbestimmungswidrig durchgeführte Versetzungen.

Anfang März 2007 beabsichtigte die zuständige Filialgebietsleitung einen Ringtausch von in drei Filialen eingesetzten drei Arbeitnehmern. Insoweit teilte sie dem Betriebsrat eine beabsichtigte Umsetzung der Versetzungen ab dem 16. 4. 2007 mit, führte sie jedoch bereits am 19. 3. 2007 durch.

Daraufhin leitete der Betriebsrat beim Arbeitsgericht ein Unterlassungsverfahren wegen grober Pflichtverletzung des Arbeitgebers ein.

Die Arbeitgeberin verteidigte sich damit, bei dem auf eine dringende Bitte des Regionalgebietsleiters gebotenen Ringtausch habe es sich um einen Notfall gehandelt.

Das Arbeitsgericht gab dem Unterlassungsantrag des Betriebsrats statt, das Landesarbeitsgericht wies ihn ab.

### → Die Entscheidung:

Das Bundesarbeitsgericht bestätigte den Unterlassungsanspruch des Betriebsrats wegen grober Pflichtverletzung!

Nach § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG kann der Betriebsrat dem Arbeitgeber bei einem groben Verstoß gegen seine Verpflichtungen aus dem BetrVG durch das Arbeitsgericht aufgeben lassen, eine Handlung zu unterlassen.

Insoweit war im Streitfall zunächst klar, dass die Arbeitgeberin das Beteiligungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG bei Versetzungen verletzt hatte, denn die die Dauer von mehr als einem Monat überschreitende Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs durch Wechsel der Einsatzfiliale ist unzweifelhaft eine Versetzung i. S. d. § 95 Abs. 3 BetrVG.

Fraglich war jedoch, ob der **Pflichtverstoß** der Arbeitgeberin auch **grob** i. S. d. § 23 Abs. 3 BetrVG war. Insoweit ist von einem groben Pflichtenverstoß des Arbeitgebers auszugehen, wenn es sich um eine objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzung handelt, wobei es auf ein Verschulden nicht ankommt.

1) BAG, Beschluss vom 23. 6. 2009 – 1 ABR 23/08, NZA 2009, 1430 = B+P 2010, 175.

2) BAG, Beschluss vom 19. 1. 2010 – 1 ABR 55/09, NZA 2010, 659.



## KURZBEITRÄGE • ARBEITSRECHT

Nach diesem Maßstab war der Pflichtverstoß der Arbeitgeberin objektiv erheblich, denn durch die überspielte Beteiligung des Betriebsrats konnte er sein Mitbestimmungsrecht nicht ausüben.

*Schließlich:* Bei der dargestellten Sachlage konnte die Arbeitgeberin nicht ernsthaft in Betracht ziehen, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats sei wegen eines gegebenen Notfalls entfallen. Darüber hinaus gilt: Auch in einem Notfall kann der Arbeitgeber nach § 100 BetrVG eine Versetzung zunächst ohne Zustimmung des Betriebsrats vorläufig durchführen. Der Arbeitgeber kann also auch eine dringend notwendige Versetzung mitbestimmungsgemäß vorläufig umsetzen.

#### Hinweis für die Praxis:

Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist zuzustimmen: Bei grob mitbestimmungswidrigem Verhalten des Arbeitgebers im Zusammenhang mit Versetzungen steht dem Betriebsrat der besondere Unterlassungsanspruch nach § 23 Abs. 3 BetrVG zur Seite.

An die entsprechende Antragstellung des Betriebsrats sind allerdings erhebliche Formulierungsanforderungen gestellt, mit denen sich das Bundesarbeitsgericht in der vorliegenden Entscheidung auch beschäftigt. *Be.*

## Feiertagszuschlag für Ostersonntag?

**Der Ostersonntag ist kein gesetzlicher Feiertag im Sinne des Feiertagsrechts. Daher steht dem am Ostersonntag arbeitenden Arbeitnehmer nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 17. 3. 2010 auch der tarifvertragliche Feiertagszuschlag nicht zu.<sup>1)</sup>**

### ? Der Fall:

In einem Unternehmen der Brot- und Backwarenindustrie waren mehrere Arbeitnehmer seit Jahren beschäftigt mit Anwendbarkeit des Manteltarifvertrages für die Brot- und Backwarenindustrie Niedersachsen/Bremen. In diesem Tarifvertrag war als Sonn- und Feiertagsarbeit die an Sonn- und gesetzlichen Feiertagen in der Zeit von 0 Uhr bis 24.00 Uhr geleistete Arbeit definiert. Für Arbeit an Sonntagen war tarifvertraglich ein Zuschlag von 75 %, „für Arbeit an Feiertagen, auch wenn sie auf einen Sonntag fallen“, ein Zuschlag von 175 % festgelegt.

Die Arbeitgeberin hatte nun seit Jahren für die Arbeit an Ostersonntagen einen Zuschlag in Höhe von 175 % gezahlt und diesen in den Lohnabrechnungen als Feiertagsvergütung ausgewiesen. Für den Ostersonntag 2007 zahlte die Arbeitgeberin dann lediglich den Sonntagszuschlag in Höhe von 75 %.

Die Arbeitnehmer verlangten demgegenüber wie bisher den 175-prozentigen Zuschlag. Sie meinten, Ostersonntag sei in der

christlichen Welt ein Feiertag. Jedenfalls sei der Feiertagszuschlag Kraft betrieblicher Übung zu beanspruchen.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht verurteilten die Arbeitgeberin zur Zahlung des Feiertagszuschlages.

### → Die Entscheidung:

Das Bundesarbeitsgericht lehnte den Feiertagszuschlag für Ostersonntag ab!

#### 1. Ist der Ostersonntag ein Feiertag?

Feiertage sind die gesetzlichen Feiertage, und zwar ausschließlich die gesetzlichen Feiertage. Denn wenn ein Tarifvertrag ohne weitere Erläuterung einen Rechtsbegriff der Gesetzessprache verwendet, ist davon auszugehen, dass dieser Begriff in seiner allgemeinen Bedeutung zu verstehen ist. Wird also tarifvertraglich der Begriff Feiertag verwendet, so wird damit auf das staatliche Feiertagsrecht verwiesen, also auf die staatlich anerkannten Feiertage.

Welche Tage gesetzliche Feiertage sind, bestimmt sich nach dem Recht des Landes, in dem der Erfüllungsort des Arbeitsverhältnisses liegt. Insoweit ist der Ostersonntag in Niedersachsen kein gesetzlicher Feiertag.

*Aber:* Was bedeutet es, wenn der Tarifvertrag den Zusatz enthält, „auch“ wenn der Feiertag auf einen Sonntag fällt? Ergibt sich daraus, dass der Ostersonntag ein Feiertag ist? Diese Frage verneint das Bundesarbeitsgericht zu Recht, denn mit der tarifvertraglichen Ergänzung soll der Fall geregelt werden, dass ein beweglicher gesetzlicher Feiertag auf einen Sonntag fällt.

*Also:* Der Ostersonntag ist grundsätzlich kein zuschlagspflichtiger Feiertag.

#### 2. Feiertagszuschlag kraft betrieblicher Übung?

Auch ein Anspruch aus betrieblicher Übung schied im dargestellten Fall aus. Denn aus der Sicht der Arbeitnehmer, die sie auch in dem Rechtsstreit verfolgten, hatte die Arbeitgeberin den Feiertagszuschlag in Höhe von 175 % auf Grund der tarifvertraglichen Regelung zu leisten. Stellt aber die Gewährung des Feiertagszuschlages für Ostersonntag aus der Sicht der Arbeitnehmer die Erfüllung eines tariflichen Anspruchs dar, dann wird die Leistung des Feiertagszuschlages nicht als stillschweigendes Angebot zur Begründung einer betrieblichen Übung mit dem Inhalt einer übertariflichen Verpflichtung wahrgenommen, sondern als Erfüllung der tarifvertraglichen Verpflichtung. Deshalb begründen die vom Arbeitgeber geleisteten Feiertagszuschläge keine betriebliche Übung.

#### Hinweis für die Praxis:

Mit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist geklärt, dass der Ostersonntag keinen gesetzlichen Feiertag

1) BAG, Urteil vom 17. 3. 2010 – 5 AZR 317/09, DB 2010, 1406.

#### Leitsatz:

Sieht ein Tarifvertrag Zuschläge für Arbeit an gesetzlichen Feiertagen vor, haben Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Zahlung dieses Zuschlages für Ostersonntag, wenn landesrechtlich dieser Tag kein gesetzlicher Feiertag ist.

## ARBEITSRECHT • KURZBEITRÄGE

darstellt. Für Arbeit an einem Ostersonntag fällt daher ein vereinbarter Feiertagszuschlag nicht an (wohl aber ein vereinbarter Sonntagszuschlag).

Dies gilt im Übrigen auch für den Pfingstsonntag.<sup>2)</sup>

Zu beachten ist auch, dass das Bundesarbeitsgericht einen Anspruch aus betrieblicher Übung dann ablehnt, wenn sich die Leistung des Arbeitgebers aus der Sicht der Arbeitnehmer als Erfüllung eines tarifvertraglichen Anspruchs darstellt. Danach käme es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber wissentlich ohne Verpflichtung oder irrtümlich in der Annahme einer Verpflichtung zahlt.

Be.

2) BAG, Urteil vom 13. 4. 2005 – 5 AZR 475/04, NZA 2005, 882.

## Befristung wegen vorübergehenden Bedarfs

Das Befristungsrecht ist eine von den Arbeitnehmern ungeliebte und für die Arbeitgeber schwierige Materie, so dass die zahlreichen Fallstricke für eine wirksame Befristung immer wieder dazu führen, dass die Befristungsvoraussetzungen angezweifelt und vom Arbeitnehmer zum Gegenstand einer Befristungskontrollklage gemacht werden. Insoweit ist auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aufmerksam zu machen, die sich mit den strengen Anforderungen an den Befristungssachgrund des vorübergehenden Bedarfs gem. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG beschäftigt.<sup>1)</sup>

### ? Der Fall:

Die klagende Arbeitnehmerin war bei der Bundesagentur für Arbeit zunächst befristet vom 1. 7. 2001 bis 31. 12. 2002 als Sachbearbeiterin und sodann mit einem weiteren vom 15. 8. 2005 bis 31. 12. 2005 befristeten Vertrag als Sachbearbeiterin in der Bearbeitungsstelle SGG zur Aufarbeitung rückständiger Widersprüche beschäftigt.

Nachdem diese ursprüngliche Zielsetzung verfehlt wurde, stellte die Arbeitgeberin die Prognose, dass das Ziel sie mit dem regulären Personalbestand von 7,25 Mitarbeitern nicht, sondern nur mit zusätzlichen 75,4 Monatskräften zu erreichen sei. Insoweit schlossen die Parteien eine Änderungsvereinbarung, mit der die Arbeitnehmerin nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG befristet bis zum 30. 9. 2006 weiterbeschäftigt wurde.

Gegen diese Befristung klagte die Arbeitnehmerin mit dem Argument, es habe kein vorübergehender, sondern ein dauerhafter Bedarf bestanden, denn das anfallende Arbeitspensum habe mit den planmäßigen Beschäftigten nicht bewältigt werden können, wie die immer wieder erfolgte befristete Einstellung von Arbeitnehmern zeige.

Das Arbeitsgericht gab der Entfristungsklage statt, das Landesarbeitsgericht wies sie ab.

### → Die Entscheidung:

Das Bundesarbeitsgericht hielt den Sachgrund des vorübergehenden Bedarfs für nicht hinreichend geklärt, verwies den Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurück und stellte folgende Grundsätze zur Befristung wegen vorübergehenden Bedarfs auf:

1. Der vorübergehende betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung kann auf **unterschiedlichen Sachverhalten** beruhen. Er kann sich z. B. aus dem Umstand ergeben, dass für einen begrenzten Zeitraum in dem Betrieb oder der Dienststelle zusätzliche Arbeiten anfallen, die mit dem Stammpersonal allein nicht erledigt werden können, oder daraus, dass sich der Arbeitskräftebedarf künftig verringern wird – etwa wegen der Inbetriebnahme einer neuen technischen Anlage. Der vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung kann auf einer zeitweise übernommenen Sonderaufgabe beruhen oder auf einer im Bereich der Daueraufgaben des Arbeitgebers vorübergehend angestiegenen Arbeitsmenge, für deren Erledigung das vorhandene Stammpersonal nicht ausreicht. Die Befristung eines Arbeitsvertrags kann dagegen nicht auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG gestützt werden, wenn der vom Arbeitgeber zur Begründung angeführte Bedarf an der Arbeitsleistung tatsächlich **nicht** nur vorübergehend, sondern **objektiv dauerhaft** besteht. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut der Vorschrift, sondern auch aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, deren Umsetzung die befristungsrechtlichen Vorschriften des TzBfG dienen.

2. Eine Befristung wegen eines nur vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung setzt voraus, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, dass nach dem vorgesehenen Vertragsende für die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers in dem Betrieb kein dauerhafter Bedarf mehr besteht. Hierüber hat der Arbeitgeber bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags eine **Prognose** zu erstellen, der konkrete Anhaltspunkte zugrunde liegen müssen. Die Prognose ist Teil des Sachgrunds für die Befristung.

3. Die tatsächlichen Grundlagen für die Prognose über den nur vorübergehend bestehenden Arbeitskräftebedarf hat der **Arbeitgeber** im Prozess **darzulegen**. Wird die Befristung auf einen zusätzlichen Arbeitskräftebedarf im Bereich der Daueraufgaben gestützt, hat der Arbeitgeber darzutun, auf Grund welcher Umstände bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags davon auszugehen war, dass künftig nach Ablauf der mit dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer vereinbarten Vertragslaufzeit das zu erwartende Arbeitspensum mit dem vorhandenen Stammpersonal würde erledigt werden können.

4. Zum **Verhältnis Befristungsdauer – Bedarfsdauer** gilt:

Der Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG steht es nicht entgegen, dass der prognostizierte

1) BAG, Urteil vom 17. 3. 2010 – 7 AZR 640/08, NZA 2010, 633.

#### Leitsatz:

Ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrages wegen eines nur vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung gem. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG liegt nicht vor, wenn dem Arbeitnehmer Daueraufgaben übertragen werden, die von dem in der Dienststelle beschäftigten Stammpersonal wegen einer von vornherein unzureichenden Personalausstattung nicht erledigt werden können.

vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung noch über das Vertragsende des mit dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer abgeschlossenen Arbeitsvertrags hinaus andauert. Die vom Arbeitgeber zu erstellende Prognose muss sich lediglich darauf erstrecken, dass der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung des befristet beschäftigten Arbeitnehmers nur zeitweise und nicht dauerhaft eröffnet ist. Bei der Befristungskontrolle geht es nicht um die Zulässigkeit der vereinbarten Vertragsdauer, sondern um das Vorliegen eines sachlichen Grundes dafür, dass statt eines unbefristeten nur ein befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde. Die vereinbarte Vertragsdauer erlangt nur Bedeutung im Rahmen der Prüfung, ob ein sachlicher Grund für die Befristung i. S. d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG vorliegt. **Die Vertragsdauer muss sich am Sachgrund der Befristung orientieren** und so mit ihm im Einklang stehen, dass sie den behaupteten Sachgrund nicht in Frage stellt. Aus der Vertragslaufzeit darf sich nicht ergeben, dass der Sachgrund tatsächlich nicht besteht oder nur vorgeschoben ist. Das bloße Zurückbleiben der vereinbarten Vertragsdauer hinter der bei Vertragsschluss voraussehbaren Dauer des vorübergehenden Bedarfs ist daher nicht stets und ohne weiteres geeignet, den Sachgrund für die Befristung in Frage zu stellen. Der Arbeitgeber kann frei darüber entscheiden, ob er den Zeitraum des von ihm prognostizierten zusätzlichen Arbeitskräftebedarfs ganz oder nur teilweise durch den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen abdeckt. Ein Zurückbleiben der Vertragslaufzeit hinter der voraussichtlichen Dauer des Bedarfs kann das Vorliegen des Sachgrunds für die Befristung nur in Frage stellen, wenn eine sinnvolle, dem Sachgrund entsprechende Mitarbeit des Arbeitnehmers nicht mehr möglich erscheint.

5. Die Wirksamkeit einer Befristung wegen eines vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung i. S. d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG setzt des Weiteren voraus, dass der Arbeitnehmer gerade zur Deckung dieses Mehrbedarfs eingestellt wird. Dies erfordert jedoch nicht, dass der befristet beschäftigte Arbeitnehmer in dem Bereich eingesetzt wird, in dem der Mehrbedarf entstanden ist. Es genügt vielmehr, wenn zwischen dem zeitweilig erhöhten Arbeitsanfall und der befristeten Einstellung ein vom Arbeitgeber darzulegender **ursächlicher Zusammenhang** besteht. Der Arbeitgeber ist nicht gehindert, die vorhandene Arbeitsmenge zu verteilen, seine Arbeitsorganisation zu ändern oder die zusätzlichen Arbeiten anderen Arbeitnehmern zuzuweisen. Er darf einen zeitweiligen Mehrbedarf an Arbeitskräften nur nicht zum Anlass nehmen, beliebig viele Arbeitnehmer einzustellen. Vielmehr muss sich die Zahl der befristet eingestellten Arbeitnehmer im Rahmen des prognostizierten Mehrbedarfs halten und darf diesen nicht überschreiten.

### ➔ Ergebnis:

Zwar war davon auszugehen, dass ein zeitweilig erhöhtes Arbeitsaufkommen im Bereich der dauerhaft zu bearbeitenden Widersprüche grundsätzlich geeignet sein kann, einen vorübergehenden Bedarf an der Arbeitsleistung i. S. v. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG zu begründen. Insoweit kam es entscheidend darauf an, ob an der Beschäftigung der Arbeitnehmerin kein dauerhafter, sondern nur ein vorübergehender Bedarf bestand. Dabei rechtfertigt aber allein der prognostizierte Abbau der

rückständigen Widersprüche nicht die Annahme eines nur vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung. Davon konnte nur ausgegangen werden, wenn bei Abschluss der Änderungsvereinbarung zu erwarten war, dass nach dem Vertragsende künftig das regelmäßig anfallende Arbeitspensum in der Bearbeitungsstelle SGG mit dem üblicherweise vorhandenen Stammpersonal würde bewältigt werden können. Dies muss das Landesarbeitsgericht noch abschließend beurteilen.

### Hinweis für die Praxis:

Mit der Entscheidung klärt das Bundesarbeitsgericht noch einmal zusammengefasst die Grundsätze für eine wirksame Befristung wegen vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung und stellt klar, dass es auf die Unterscheidung zwischen dauerhaftem und vorübergehendem Bedarf ankommt. Daueraufgaben darf der Arbeitgeber nicht von befristet eingestelltem Personal erledigen lassen.

Im Übrigen bleibt es aber dabei, dass bei bestehendem vorübergehendem Bedarf der Arbeitsvertrag auch kürzer als der vorübergehende Gesamtzeitraum befristet werden darf. *Be.*

## Kündigung wegen unzureichender Deutschkenntnisse

**Mit seinem Urteil vom 28. 1. 2010 hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass eine Kündigung wegen unzureichender Deutschkenntnisse keine nach § 3 Abs. 2 AGG verbotene mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft darstellt, wenn die Tätigkeit die Kenntnis der deutschen Schriftsprache erfordert.<sup>1)</sup>**

### ? Der Fall:

Ein 1948 in Spanien geborener und dort zur Schule gegangener Arbeitnehmer war seit 1978 bei einem Unternehmen der Automobilzuliefererindustrie mit ca. 300 Arbeitnehmern beschäftigt. Nach einer vom Arbeitnehmer unterzeichneten Stellenbeschreibung aus dem Jahr 2001 zählte zu den Anforderungen die Kenntnis der deutschen Sprache in Wort und Schrift.

Zu den Hauptaufgaben des Produktionshelfers zählten das Überwachen der automatischen Behälterfüllung, das Einpacken von Teilen sowie die Produktionskontrolle, jeweils nach mündlichen und schriftlichen Anweisungen. Er sollte ggf. Fehler und

<sup>1)</sup> BAG, Urteil vom 28. 1. 2010 – 2 AZR 764/08, NZA 2010, 625.

#### Leitsätze:

1. Eine mittelbare Benachteiligung i. S. d. § 3 Abs. 2 AGG liegt nicht vor, wenn die unterschiedliche Behandlung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.
2. Verlangt der Arbeitgeber von seinen Arbeitnehmern Kenntnisse der deutschen Schriftsprache, damit sie schriftliche Arbeitsanweisungen verstehen und die betrieblichen Aufgaben so gut wie möglich erledigen können, so verfolgt er ein sachlich gerechtfertigtes Ziel.

## ARBEITSRECHT • KURZBEITRÄGE

Störungen an den Produktionsanlagen und an den Produkten erkennen und melden. Die von ihm verlangten Prüfungen nahm der Arbeitnehmer nur nach Augenschein, unspezifisch und nicht nach Maßgabe des von der Schuldnerin vorgegebenen Prüfplans vor. Die Fehlercheckliste füllte er unvollständig aus. Zu der an sich vorgesehenen sog. messenden Prüfung war er nicht in der Lage. Sie wurde von einer dritten Person erledigt.

Im September 2003 absolvierte der Produktionshelfer auf Kosten der Arbeitgeberin während der Arbeitszeit einen Deutschkurs. Mehrere ihm empfohlene Folgekurse lehnte er ab. Eine Praxisveranstaltung zur Werkersebstprüfung – worunter die Prüfung der Arbeitsergebnisse durch die Arbeiter selbst verstanden wird – schloss der Kläger mit dem Gesamtergebnis „ungenügend“ ab. Bei mehreren sog. internen Audits wurde festgestellt, dass der Kläger nicht in der Lage war, Arbeits- und Prüfanweisungen zu lesen und zu verstehen, da ihm die geforderten Deutschkenntnisse fehlten.

Im September 2005 ermahnte die Arbeitgeberin den Produktionshelfer und forderte ihn auf, Maßnahmen zur Verbesserung seiner Deutschkenntnisse zu ergreifen. Eine weitere Aufforderung im Februar 2006 verband die Arbeitgeberin mit dem Hinweis, er müsse mit einer Kündigung rechnen, wenn er die Kenntnisse nicht nachweisen könne. Nach einem Audit von April 2007 war der Produktionshelfer weiterhin nicht in der Lage, die Vorgaben einzuhalten. Daraufhin kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit Zustimmung des Betriebsrats zum 31. 12. 2007.

Das Arbeitsgericht hielt die personenbedingte Kündigung für begründet, das Landesarbeitsgericht für unbegründet.

### → Die Entscheidung:

Das Bundesarbeitsgericht erklärte die Kündigung für wirksam aus personenbedingten Gründen und sah keine Diskriminierung!

Die dem Arbeitnehmer rechtmäßig zugewiesene Hauptaufgabe erforderte die Fähigkeit, in deutscher Sprache abgefasste Arbeitsanweisungen zu lesen und zu verstehen. Da diese persönliche Fähigkeit fehlte, war die personenbedingte Kündigung an sich begründet. Denn eine andere geeignete Beschäftigungsmöglichkeit bestand nicht und eine Behebung der fehlenden Sprachkenntnisse war nicht zu erwarten.

**Aber:** Stellt das Verlangen des Arbeitgebers nach der fehlenden persönlichen Fähigkeit nicht eine mittelbare Diskriminierung aus ethnischen Gründen i. S. d. § 3 AGG dar?

Das Bundesarbeitsgericht verneint diese Frage überzeugend. Denn einerseits war das Verlangen des Arbeitgebers durch ein **rechtmäßiges Ziel** – die optimale Erledigung der anfallenden Arbeit – sachlich gerechtfertigt. Rechtmäßige Ziele sind auch aus sachlichen Gründen gesetzte Ziele des Arbeitgebers, z.B. betriebliche Notwendigkeiten und Anforderungen an persönliche Fähigkeiten des Arbeitnehmers.

Andererseits war auch das **Mittel** für das Ziel – die Forderung ausreichender Kenntnisse der deutschen Schriftsprache – so-

wohl **erforderlich** als auch **angemessen**, denn eine Abspaltung der Tätigkeit mit der Anforderung von Deutschkenntnissen zur Erledigung durch andere Mitarbeiter oder eine ständige Übersetzungshilfe waren für den Arbeitgeber nicht zumutbar.

### Hinweis für die Praxis:

Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist zuzustimmen. Im Ergebnis konnte der Fall nicht anders beurteilt werden als bei einer für die Arbeitsleistung erforderlichen Ausbildung oder Fortbildung der Fähigkeiten, die der Arbeitnehmer ablehnt oder nicht mit Erfolg absolvieren kann.

Zu prüfen bleibt allerdings vor Ausspruch einer personenbedingten Kündigung, ob der Arbeitnehmer nicht auf einem anderweitigen freien Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann. *Be.*

## Karenzentschädigung – überschießendes Wettbewerbsverbot

**Die Vereinbarung eines so genannten Wettbewerbsverbots ist ein gegenseitiger Vertrag. Dieser Vertrag verpflichtet den früheren Arbeitnehmer, Wettbewerb zu unterlassen; im Gegenzug ist der frühere Arbeitgeber zur Zahlung der so genannten Karenzentschädigung verpflichtet.**

**Nach § 74a HGB ist das Wettbewerbsverbot insoweit unter anderem unverbindlich, als es nicht zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dient. Es ist ferner unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des früheren Arbeitnehmers enthält.**

**Das Bundesarbeitsgericht zeigt mit seinem Urteil vom 21. 4. 2010<sup>1)</sup> wichtige Grundsätze zu einem verbindlichen Wettbewerbsverbot auf und beantwortet insbesondere die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einem teilweise unverbindlichen Wettbewerbsverbot der Arbeitgeber zur Zahlung der Karenzentschädigung verpflichtet bleibt.**

### ? Der Fall (verkürzt):

Die Parteien streiten noch über die Zahlung einer Karenzentschädigung für den Zeitraum vom 1. 9. 2003 bis zum 28. 2. 2005.

Die Beklagte stellt Fenster und Türen her. Sie vertreibt ihre Produkte an den Fachhandel. Der Kläger war bis zum 31. 8. 2003 für die Beklagte tätig.

1) BAG, Urteil vom 21. 4. 2010 – 10 AZR 288/09, BB 2010, 1147.

#### Leitsätze:

1. Der Anspruch auf Karenzentschädigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot insoweit einhält, als es nach § 74a Abs. 1 HGB verbindlich ist.
2. Die Einhaltung auch in seinem unverbindlichen Teil ist nicht erforderlich.



## KURZBEITRÄGE • ARBEITSRECHT

Zuletzt arbeitete er als Marketingleiter. Er bezog im Durchschnitt der letzten drei Jahre ein monatliches Entgelt inklusive aller Prämien, Gratifikationen und Leistungszulagen von 6 372,20 € brutto.

Die Parteien vereinbarten 1996 ein Wettbewerbsverbot. Dort heißt es:

*„1. Der Mitarbeiter verpflichtet sich, während der Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht für ein Unternehmen in Deutschland tätig zu sein, das mit der Firma in Konkurrenz steht.*

*Als Konkurrenzunternehmen gilt ein Unternehmen, das sich mit der Herstellung oder dem Vertrieb von Fenstern, Türen, Fensterläden, Isolier- und Funktionsgläsern oder spezifischen EDV-Programmen für eine dieser Branchen befasst.*

*Er verpflichtet sich demnach vor allem:*

*a) nicht ein festes Anstellungsverhältnis oder ein freies Beratungs- oder Vertretungsverhältnis bei einem solchen Unternehmen einzugehen,*

*b) nicht ein solches Unternehmen selbst zu errichten oder zu erwerben,*

*c) sich an einem solchen Unternehmen weder unmittelbar noch mittelbar zu beteiligen oder dergleichen zu begünstigen.*

*2. Die Firma zahlt dem Mitarbeiter für die Dauer des Wettbewerbsverbots eine Entschädigung in Höhe der Hälfte der zuletzt von ihm bezogenen Vergütung. Soweit die Bezüge in wechselnden Leistungen bestehen, ist bei der Berechnung der Entschädigung von dem Durchschnitt der letzten drei Jahre auszugehen. Die Entschädigung wird in monatlichen Raten jeweils am Monatsende ausgezahlt. ...“*

Der Kläger arbeitete im Streitzeitraum als selbständiger Handelsvertreter für die F GmbH. Dieses Unternehmen vertreibt als Fachhändler Fenster und Türen an private und gewerbliche Endkunden. Es bezieht einen Großteil der Produkte von der Beklagten.

Mit Schreiben vom 16. 10. 2003 hat der Kläger die Zahlung der vereinbarten Karenzentschädigung verlangt. Er macht geltend, das Wettbewerbsverbot sei nach § 74a Abs. 1 HGB unverbindlich, soweit es ihm den Vertrieb von Fenstern und Türen auch für den Fachhandel untersage. Es benachteilige ihn unangemessen in seiner beruflichen Entwicklung, da es ihm keine Tätigkeit in der Türen- und Fensterbranche mehr ermögliche. Soweit das Wettbewerbsverbot ihm gegenüber verbindlich sei, habe er es beachtet.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, der Kläger habe gegen das vereinbarte Wettbewerbsverbot verstoßen. Sie habe ein berechtigtes geschäftliches Interesse daran gehabt, jede Tätigkeit im Vertrieb von Fenstern und Türen auszuschließen, auch eine Verkaufstätigkeit, die sich ausschließlich an Endverbraucher richte; denn der Kläger habe bei der Beklagten bis zu 20 Gebietsverkaufsleiter betreut und sei an der Entwicklung der Produkte beteiligt gewesen.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen.

### → Die Entscheidung:

Das Bundesarbeitsgericht hat das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und die Klage zuerkannt.

#### 1. Grundsätze des Wettbewerbsverbots

Für so genannte Wettbewerbsverbote gelten die Regelungen nach §§ 74, 74a HGB. Hiernach sind Wettbewerbsverbote gegenseitige Verträge.

Soweit verbindlich ist ein früherer Arbeitnehmer verpflichtet, Wettbewerb zu unterlassen, im Gegenzug ist der frühere Arbeitgeber zur Zahlung der so genannten Karenzentschädigung verpflichtet.<sup>2)</sup>

Nach § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB ist ein Wettbewerbsverbot allerdings unverbindlich, wenn es nicht zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient. Es ist nach § 74a Abs. 1 Satz 2 HGB ferner unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält.

Ein berechtigtes geschäftliches Interesse des Arbeitgebers besteht, wenn das Wettbewerbsverbot entweder dem Schutz von Betriebsgeheimnissen dient oder den Einbruch eines ausgeschiedenen Mitarbeiters in den Kunden- oder Lieferantenkreis unter Ausnutzung besonderer Kenntnisse oder persönlicher Kontakte verhindern soll.

**Wichtig insoweit:** Das bloße Interesse, Konkurrenz einzuschränken, genügt nicht.<sup>3)</sup>

Für die Beurteilung des berechtigten Interesses des früheren Arbeitgebers ist insbesondere die Reichweite des Verbots zu überprüfen.

Es kann nur bejaht werden, wenn es sich hiernach sachlich, örtlich und zeitlich als von einem berechtigten geschäftlichen Interesse des früheren Arbeitgebers gedeckt erweist.

#### 2. Prüfung der Verbindlichkeit

Maßgeblich für die Beurteilung eines Wettbewerbsverbots ist der Zeitpunkt, in dem die Wettbewerbsenthaltung des Arbeitnehmers eintreten soll und der Arbeitgeber auf Zahlung der Karenzentschädigung in Anspruch genommen wird.<sup>4)</sup>

Ob berechnete geschäftliche Interessen das Verbot einer Tätigkeit rechtfertigen und das Wettbewerbsverbot insoweit verbindlich ist, kann abhängig von den erworbenen Kenntnissen und Fähigkeiten erst zu diesem Zeitpunkt entschieden werden. Es muss ein Zusammenhang bestehen zwischen Inhalt und Umfang des Verbots und der bisherigen Funktion oder Tätigkeit des Arbeitnehmers.<sup>5)</sup>

2) BAG, Urteil vom 23. 11. 2004 – 9 AZR 595/03, BAGE 112, 376.

3) BAG, Urteil vom 1. 8. 1995 – 9 AZR 884/93, BAGE 80, 303; Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 5. Aufl., Rz. 196; von Hoyningen-Huene in MünchKommHGB, 2. Aufl., § 74a Rz. 3.

4) BAG, Urteil vom 28. 1. 1966 – 3 AZR 374/65, BAGE 18, 104.

5) BAG, Urteil vom 1. 8. 1995 – 9 AZR 884/93, BAGE 80, 303, 306 ff.; LAG Hamm, Urteil vom 4. 11. 2008 – 14 Sa 818/08, juris, n. v.

## ARBEITSRECHT • KURZBEITRÄGE

Grundsätzlich gilt für die Beurteilung: Es besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Wettbewerbsverbot und der vereinbarten Entschädigung. Eine großzügige Entschädigung wird eine weitergehende örtliche, zeitliche und gegenständliche Einschränkung der Handlungsfreiheit des Arbeitnehmers rechtfertigen können.

Besteht hiernach grundsätzlich ein Interesse des früheren Arbeitgebers an der Einhaltung des Wettbewerbsverbots, ist in einem zweiten Schritt für die Bewertung zu prüfen, inwieweit das Wettbewerbsverbot den Arbeitnehmer ausnahmsweise dennoch unbillig behindert.

### 3. Teilweise Unverbindlichkeit im Streitfall

Mit der Vereinbarung, dem Kläger den Vertrieb von Fenstern und Türen für einen Fachhändler an private und gewerbliche Endkunden zu untersagen, bezieht sich das Wettbewerbsverbot im Streitfall auf eine andere Handelsstufe im Vergleich zu dem Vertrieb der Beklagten an den Fachhandel. Dies stellt regelmäßig keine unerlaubte Konkurrenztätigkeit dar, an deren Untersagung ein berechtigtes geschäftliches Interesse durch den vormaligen Arbeitgeber besteht.<sup>6)</sup>

Das Wettbewerbsverbot ist daher im Hinblick auf diese Konkurrenztätigkeit zu weit gefasst.

### 4. Rechtsfolgen

Nach § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB ist ein zu weit gefasstes Wettbewerbsverbot insoweit unverbindlich. Dies führt zu dessen teilweiser Unwirksamkeit. Diese Folge tritt kraft Gesetzes ein. Dies bedeutet, dass das Wettbewerbsverbot in dem Umfang wirksam bleibt, der dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dient.<sup>7)</sup>

Rechtsfolge eines teilweise verbindlichen Wettbewerbsverbots ist daher, dass der Arbeitgeber insoweit Unterlassung begehren kann. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf die vereinbarte Karenzentschädigung, sofern er das Wettbewerbsverbot in seinem verbindlichen Teil beachtet.

Zwar hängt nach § 74 Abs. 2 HGB für ein insgesamt unverbindliches Wettbewerbsverbot der Anspruch auf die vereinbarte Karenzentschädigung von der Ausübung eines Wahlrechts für die Wettbewerbsenthaltung ab<sup>8)</sup>, demgegenüber ist bei einem teilweise verbindlichen und teilweise unverbindlichen Wettbewerbsverbot der Arbeitnehmer nicht zur Einhaltung des Wettbewerbsverbots in dem vertraglich vereinbarten Umfang auch insoweit verpflichtet, als es für ihn unverbindlich ist. § 74a Abs. 1 HGB differenziert ausdrücklich zwischen einem verbindlichen und einem unverbindlichen Teil des Wettbewerbsverbots.<sup>9)</sup>

#### Hinweis für die Praxis:

Der Anspruch auf Karenzentschädigung setzt lediglich voraus, dass der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot insoweit einhält, als es nach § 74a Abs. 1 HGB verbindlich ist.

Die Einhaltung auch in seinem unverbindlichen Teil ist demgegenüber nicht erforderlich.

Hält sich der Arbeitnehmer insoweit an das vereinbarte Verbot und trägt er damit diesem Interesse Rechnung, so verhält er sich gesetzeskonform.

Es widerspräche dem Schutzzweck von § 74a Abs. 1 HGB und der durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit, wenn der Anspruch auf Entschädigung davon abhängig wäre, dass der Arbeitnehmer sich einer Tätigkeit enthält, die einem berechtigten geschäftlichen Interesse des vormaligen Arbeitgebers nicht zuwiderläuft. Arbeitgeber hätten es in der Hand, durch zu weit gefasste Konkurrenzklauseln Arbeitnehmer bei Inanspruchnahme der Karenzentschädigung von einer beruflichen Tätigkeit fast beliebig auszuschließen.

Ein anderes Verständnis verstieße auch gegen § 75d HGB. Danach kann der Arbeitgeber sich auf eine Vereinbarung, die von § 74a Abs. 1 HGB abweicht, nicht berufen. Dies wäre aber der Fall, wenn die Zahlung der Entschädigung davon abhinge, dass der Arbeitnehmer sich auch an den unverbindlichen Teil eines vereinbarten Wettbewerbsverbots halten müsste, um die Karenzentschädigung zu erhalten.

Jü.

6) BAG, Urteil vom 8. 3. 2006 – 10 AZR 349/05, BAGE 117, 218.

7) LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 30. 1. 2008 – 10 Sa 60/07, NZA-RR 2008, 508.

8) BAG, Urteil vom 18. 1. 2000 – 9 AZR 929/98, juris, n. v.

9) Oetker in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 10. Aufl., § 74a HGB Rz. 5.

## Annahmeverzug im ungekündigten Arbeitsverhältnis

**Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung der vereinbarten Vergütung setzt grundsätzlich voraus, dass der Arbeitnehmer zuvor die im Arbeitsvertrag vereinbarte Tätigkeit für den Abrechnungszeitraum, für den das Arbeitsentgelt vereinbart worden ist, erbracht hat.**

**Es gilt somit der Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit.**

**Arbeitet der Arbeitnehmer nicht, so ist das Arbeitsentgelt im ungekündigten Arbeitsverhältnis grundsätzlich nur dann zu zahlen, wenn der Arbeitnehmer leistungsbereit ist, am Arbeitsplatz erscheint, seine Arbeitsleistung anbietet und der Arbeitgeber die angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt (Annahmeverzug).**

**In seinem Urteil vom 4. 3. 2010<sup>1)</sup> hat sich das Landesarbeitsgericht Köln mit der Frage beschäftigt, ob und unter welchen Voraussetzungen im ungekündigten Arbeitsver-**

1) LAG Köln, Urteil vom 4. 3. 2010 – 6 Sa 117/10.

#### Leitsatz:

Auch im ungekündigten Arbeitsverhältnis ist ein Arbeitsangebot für die Begründung des Annahmeverzugs ausnahmsweise entbehrlich, wenn die Verantwortung für die Arbeitseinteilung bei flexibler Arbeitsgestaltung allein beim Arbeitgeber liegt.

**hältnis ein tatsächliches Angebot der Arbeitsleistung entbehrlich ist.**

### **Der Fall (verkürzt):**

Die Parteien streiten über die Zahlung von Arbeitsvergütung in Höhe von 800 € brutto aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs.

Im von den Parteien unterschriebenen Arbeitsvertrag ist Folgendes geregelt:

*„Vereinbarung über die Anstellung als Aushilfskraft*

*Für die Zeit vom 1. 2. bis 31. 3. 2008 ist Frau W K für mich als Aushilfe auf der Basis von 400,- € monatlich tätig. Dieser Betrag entspricht 30 Arbeitsstunden.*

*Jede weitere Stunde wird mit 13,- € vergütet.*

*Die Bezahlung erfolgt zum 1. des Folgemonats für den vergangenen Monat.“*

Die Beklagte hat die Klägerin ab dem 1. 2. 2008 nicht mehr zur Arbeit eingeteilt, nachdem die Klägerin einen bestimmten Arbeitseinsatz aus persönlichen Gründen, die die Beklagte akzeptiert hat, abgelehnt hatte. Die Klägerin hat in den Monaten Februar und März 2008 für die Beklagte keine Arbeitsleistung erbracht.

Die Klägerin verlangt mit der Klage ihre vertragliche Vergütung für die Monate Februar und März 2008 und vertritt den Standpunkt, die Beklagte habe sich in Annahmeverzug befunden, ohne dass es eines tatsächlichen Angebots der Arbeitsleistung durch die Klägerin bedurft hätte.

Das Arbeitsgericht hat der Klage entsprochen und der Klägerin die Vergütung zuerkannt.

Mit der Berufung macht die Beklagte geltend, sie habe nicht ohne ein tatsächliches Arbeitsangebot der Klägerin in Annahmeverzug geraten können. Denn nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts könne von einer Entbehrlichkeit des Angebots nach § 296 BGB im ungekündigt bestehenden Arbeitsverhältnis regelmäßig nicht ausgegangen werden.

Die Klägerin hat darauf hingewiesen, dass sie der Beklagten gegenüber die von ihr geschuldete Arbeit wiederholt, beispielsweise am 4. und 20. 3. 2008, schriftlich angeboten habe. Das Arbeitsgericht habe daher zu Recht das Vorliegen des Annahmeverzugs bejaht.

### **Die Entscheidung:**

Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts bestätigt und angenommen, dass das Arbeitsentgelt aus Annahmeverzug geschuldet sei, weil die Beklagte die Klägerin nicht – wie nach dem vereinbarten Arbeitsvertrag geboten – zur Arbeit eingeteilt habe.

#### **1. Arbeitsentgelt aus Annahmeverzug**

Der geltend gemachte Anspruch ergibt sich aus § 615 BGB. Er setzt voraus, dass sich der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers in Annahmeverzug befindet.

Nach § 293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Das Angebot des Arbeitnehmers muss die vertragsgemäße Arbeit betreffen. Das Angebot einer anderen nicht vertragsgemäßen Arbeit begründet keinen Annahmeverzug; denn die Leistung muss unabhängig davon, ob ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB) genügt, ihrer Art nach so angeboten werden, wie sie zu bewirken ist (§ 294 BGB). Von einer Entbehrlichkeit des Angebots nach § 296 BGB kann in einem ungekündigt bestehenden Arbeitsverhältnis regelmäßig nicht ausgegangen werden.<sup>2)</sup>

#### **2. Entbehrlichkeit des tatsächlichen Angebots der Arbeitsleistung**

Auch im ungekündigten Arbeitsverhältnis gibt es atypische Fallgestaltungen, in denen auch § 296 BGB zur Anwendung kommt.

Nach dieser Vorschrift bedarf es in den Fällen, in denen für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, eines Angebots nur dann, wenn der Gläubiger die ihm obliegende Handlung rechtzeitig vornimmt.

Hiernach hat das Bundesarbeitsgericht ein weiteres Arbeitsangebot des Arbeitnehmers insbesondere bei flexibler Arbeitszeitgestaltung für entbehrlich angesehen.<sup>3)</sup> Denn die zwischen den Vertragsparteien getroffene Vereinbarung ließ völlig offen, wann, wo und in welcher Weise die Klägerin ihre Aushilfstätigkeit im Umfang von 30 Arbeitsstunden erbringen sollte. Die Festlegung der Arbeitsleistung nach Art, Ort und Zeit blieb allein dem Direktionsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO vorbehalten.

Wenn aber die Verantwortung für die Arbeitseinteilung allein beim Arbeitgeber liegt, dann ist es folgerichtig auch dessen Sache, eine konkrete Arbeitsanweisung und Arbeitseinteilung in dem vereinbarten Rahmen vorzunehmen.

Das war im Streitfall nicht geschehen. Unstreitig hatte es keine Aufforderung zur Arbeitsaufnahme nach Art, Ort und Zeit gegeben.

#### **3. Ausnahme: Fehlende Leistungswilligkeit**

Allerdings scheidet der Anspruch auf Zahlung des Arbeitsentgelts auch in diesen Fällen aus, wenn der Arbeitnehmer nicht leistungswillig ist. Denn nach § 297 BGB kommt der Arbeitgeber dann nicht in Verzug, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, seine Arbeitsleistung zu erbringen.

Allein die Ablehnung eines bestimmten Einsatzes aus persönlichen Gründen reicht aber für die Annahme fehlender Leistungswilligkeit nicht aus, zumal die Beklagte im Streitfall diese Ablehnung aus persönlichen Gründen akzeptiert hatte.

Zudem war nach dem Arbeitsvertrag die Beschäftigung nicht auf die aus persönlichen Gründen abgelehnte Tätigkeit beschränkt.

<sup>2)</sup> BAG, Urteil vom 27. 8. 2008 – 5 AZR 16/08, NZA 2008, 1410.

<sup>3)</sup> BAG, Urteil vom 8. 10. 2008 – 5 AZR 715/07, NZA 2009, 920; ferner BAG, Urteil vom 15. 6. 2004 – 9 AZR 483/03, NZA 2005, 462.

## ARBEITSRECHT • KURZBEITRÄGE

Im Streitfall belegen die schriftlichen Arbeitsangebote der Klägerin vom 4. und 20. 3. 2008 sogar, dass sie auf die Zuweisung eines Arbeitsplatzes wartete und arbeitswillig war.

### → Ergebnis:

Die Beklagte schuldet der Klägerin die vereinbarte Vergütung für die Monate Februar und März 2008 aus dem Aspekt des Annahmeverzugs.

#### Hinweis für die Praxis:

Zur Vermeidung des Risikos, das Arbeitsentgelt aus Annahmeverzug ohne erbrachte Arbeitsleistung zu schulden, ist in der Praxis dringend darauf zu achten, dass – soweit dem Arbeitgeber nach dem Arbeitsvertrag eine flexible Arbeitszeitgestaltung eingeräumt ist – eine rechtzeitige Arbeitsanweisung und Arbeitseinteilung nach Art, Ort und Zeit erfolgt.

Die geschuldete Tätigkeit sollte in diesen Fällen nach Art und Ort vertraglich festgelegt sein.

Bei Ablehnung einer zugewiesenen Tätigkeit aus persönlichen Gründen ist darauf zu achten, dass belegt werden kann, dass

- ▶ die zugewiesene Tätigkeit arbeitsvertraglich geschuldet war,
  - ▶ die persönlichen Ablehnungsgründe nicht akzeptiert worden sind und nicht zu akzeptieren waren (auf die Nachweisbarkeit der dafür bestehenden Gründe ist zu achten) und
  - ▶ eine anderweitige Arbeitseinteilung nicht möglich war.
- Jü.

## Arbeitsunfall und Schmerzensgeld

**Erleiden Arbeitnehmer einen Arbeitsunfall, so tritt die gesetzliche Unfallversicherung ein.**

**Im Gegenzug gilt zugunsten des Arbeitgebers grundsätzlich ein Haftungsausschluss bezüglich der Personenschäden. Der Haftungsausschluss umfasst auch den Anspruch auf Schmerzensgeld.**

**In seinem Urteil vom 1. 6. 2010<sup>1)</sup> befasst sich das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg mit den Anforderungen an einen vorsätzlich herbeigeführten Versicherungsfall, für den der Haftungsausschluss nach § 104 SGB VII nicht gilt.**

**Zudem enthält die Entscheidung wichtige Hinweise zur Vereinbarkeit des § 104 SGB VII mit dem Grundgesetz und dem Europarecht.**

### ? Der Fall (verkürzt):

Die Parteien streiten um einen Schmerzensgeldanspruch des Klägers auf Grund eines erlittenen Arbeitsunfalls.

Der Kläger ist seit dem 4. 2. 1974 bei der Beklagten, einem Automobilhersteller mit insgesamt mehreren tausend Arbeitnehmern, zuletzt als Maschinenschlosser/Nacharbeiter im Berliner Betrieb beschäftigt. Am 26. 11. 2007 erlitt er einen Arbeitsunfall, indem er beim Umdrehen mit der Stirn gegen eine an einem Kran aufgehängte, ca. 250 kg schwere Schraubmaschine prallte. Die Maschine wird durch den jeweils damit arbeitenden Monteur in die für ihn passende Position gebracht. Bis zum 5. 12. 2007 befand er sich auf Grund der diagnostizierten Verletzungen in stationärer und anschließend bis zum 20. 1. 2008 in ambulanter Behandlung. Nach diesem Vorfall brachte die Beklagte an der Schraubmaschine Warnlichter und auf dem Boden um sie herum rote Markierungen an.

Mit seiner Klage verlangt der Kläger von der Beklagten Schmerzensgeld in Höhe von 10 000 €.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen.

Der Kläger verfolgte den Anspruch vor dem Landesarbeitsgericht weiter. Er macht geltend, der Unfall sei von der Beklagten bedingt vorsätzlich durch Unterlassen herbeigeführt worden. Sie habe den Unfall vorhersehen müssen, weil die Schraubmaschine frei beweglich über den Arbeitsplätzen ihrer Mitarbeiter hänge. Es sei ihr bewusst gewesen, dass auf Grund fehlender Sicherungsmaßnahmen irgendwann ein Unfall eintreten werde.

### → Die Entscheidung:

Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts bestätigt, das unter Hinweis auf den Haftungsausschluss nach § 104 Abs. 1 SGB VII die Klage abgewiesen hatte.

#### 1. Haftungsausschluss für Personenschäden

Arbeitnehmer sind gesetzlich Versicherte. Für Unfälle, die Arbeitnehmer am Arbeitsplatz erleiden gilt grundsätzlich ein Haftungsausschluss für Personenschäden.

Dieser Haftungsausschluss umfasst auch den Schmerzensgeldanspruch nach § 847 BGB.

#### 2. Ausnahme: Vorsätzliche Herbeiführung

Eine Haftung des Arbeitgebers für Personenschäden anlässlich der Arbeitsverrichtung kommt nur ausnahmsweise in Betracht. § 104 Abs. 1 SGB VII verlangt hierzu, dass der Versicherungsfall vorsätzlich herbeigeführt worden ist.

Ein Arbeitsunfall ist nur dann vorsätzlich herbeigeführt worden, wenn dieser gewollt und für den Fall seines Eintritts gebilligt worden war. Deshalb kann eine vorsätzliche Pflichtverletzung mit einer ungewollten Unfallfolge nicht mit einem gewollten Arbeitsunfall gleich behandelt werden.<sup>2)</sup>

1) LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 1. 6. 2010 – 12 Sa 320/10, juris, n. v.

2) BAG, Urteil vom 19. 2. 2009 – 8 AZR 188/08, NZA-RR 2010, 123.



Um diese Voraussetzungen zu erfüllen, müsste ein Arbeitgeber nicht nur vorsätzlich Unfallverhütungsmaßnahmen unterlassen, sondern den Eintritt des Unfalles gebilligt haben. Selbst wenn ein Arbeitgeber den Eintritt eines Unfalls für nicht unwahrscheinlich gehalten hat, wäre dennoch anzunehmen, dass er dabei gehofft hat, dass gerade kein Unfall passieren werde. Dann aber verbleibt es beim Haftungsausschluss.<sup>3)</sup>

Für die gegenteilige Annahme des Vorsatzes des Arbeitgebers trägt der Geschädigte die Darlegungs- und Beweislast.

### 3. Kein Vorsatz im Streitfall feststellbar

Der Kläger hatte keinerlei Tatsachen vorgetragen, die die Annahme rechtfertigen konnten, dass sein Arbeitgeber mit einem Unfalleintritt bewusst gerechnet hat und ihn in Kauf nehmen wollte.

Der Anspruch des Klägers auf Ersatz des Personenschadens war daher gem. § 104 Abs. 1 SGB VII gesetzlich ausgeschlossen.

### 4. Haftungsausschluss verfassungskonform

§ 104 SGB VII ist nicht verfassungswidrig. Dies hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt ausgesprochen.<sup>4)</sup>

Die Vorschrift des § 104 SGB VII verstößt weder gegen Art. 3 GG noch gegen Art. 2 GG, weil der Haftungsausschluss verfassungsrechtlich nicht isoliert betrachtet und dem Anspruch aus § 847 BGB gegenübergestellt werden darf, sondern im Zusammenhang mit dem Leistungssystem der Unfallversicherung zu sehen ist, das an die Stelle der ausgeschlossenen zivilrechtlichen Ersatzansprüche wegen Personenschäden getreten ist.

Die Haftungsbefreiung findet ihren sachlichen Grund in der sozialrechtlichen Leistung der in der Berufsgenossenschaft zusammengeschlossenen Arbeitgeber.<sup>5)</sup>

Der Anspruch ist auch – anders als bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – weder als wirksamstes noch als oft einziges Mittel zur Respektierung verfassungsrechtlicher Werte erforderlich. Letztlich erfordert auch das Sozialstaatsprinzip nicht, dass jede Einzelregelung, die in bestimmten Fällen zu Härten oder Unbilligkeiten führen kann, modifiziert wird.

### 5. Kein Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben

Der gesetzliche Haftungsausschluss verstößt auch nicht gegen Europarecht.<sup>6)</sup>

Sowohl die Richtlinie 89/391/EWG vom 12. 6. 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit als auch die Richtlinie 89/655/EWG vom 30. 11. 1989 über Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei Benutzung von Arbeitsmitteln durch Arbeitnehmer bei der Arbeit betreffen die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Unfallverhütung und nicht das Verhältnis von zivilrechtlichen Ansprüchen der Arbeitnehmer auf Ersatz von Personenschäden zu sozialversicherungsrechtlichen Ersatzregelungen. Demgegenüber sieht die Verordnung Nr. 1408/71 (EWG) vom 14. 6. 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, sogar ausdrücklich vor, dass das nationale Sozialversicherungsrecht Haftungsfreistellungen bei Arbeitsunfällen regelt.<sup>7)</sup>

#### Hinweis für die Praxis:

§ 104 SGB VII enthält ein wesentliches Grundprinzip der gesetzlichen Unfallversicherung:

Sozusagen als Gegenleistung dafür, dass der Arbeitgeber die Beiträge für die gesetzliche Unfallversicherung alleine trägt, wird er grundsätzlich von Schadensersatzansprüchen freigestellt. Die Haftungsbegrenzung wirkt damit materiell wie eine Haftpflichtversicherung zugunsten der Arbeitgeber und stellt ein wesentliches Element des Gesamtsystems der gesetzlichen Unfallversicherung dar.

Zudem fördert die Haftungsbegrenzung den Betriebsfrieden, wenn Schadensersatzansprüche nicht im Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber geltend gemacht werden müssen.

Jü.

3) BAG, Urteil vom 19. 2. 2009 – 8 AZR 188/08, NZA-RR 2010, 123.

4) Zuletzt BVerfG, Beschluss vom 27. 2. 2009, 1 BvR 3505/08, NZA 2009, 509.

5) BVerfG, Entscheidung vom 7. 11. 1972, 1 BvL 4/71 u. a., NJW 1973, 502; Beschluss vom 8. 2. 1995, 1 BvR 753/94, NJW 1995, 1607 – jeweils zur Vorgängerregelung des § 636 RVO; Beschluss vom 27. 2. 2009, 1 BvR 3505/08, NZA 2009, 509.

6) LAG Köln, Urteil vom 29. 9. 1994, 6 Sa 763/94, NZA 1995, 470; Ricke in Kasseler, Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 64. Aufl. 2010, § 104 SGB VII Rz. 2.

7) Auch BGH, Urteil vom 15. 7. 2008, VI ZR 105/07, NJW 2009, 916; Rolfs in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 104 SGB VII Rz. 4.

LOHNSTEUER • DER AKTUELLE BERICHT

BMF-Schreiben zum Beschluss des Großen Senats zum Aufteilungs- und Abzugsverbot

Regierungsoberamtsrat Klaus Mader, Hannover

Mit BMF-Schreiben vom 6. 7. 2010, DB 2010, 1613 haben die obersten Finanzbehörden zu einigen Fragen Stellung genommen, die sich aus dem Beschluss des Großen Senats ergeben haben. Etliche Fragen sind jedoch offengeblieben.

Der Große Senat des Bundesfinanzhofs hat mit Beschluss vom 21. 9. 2010 – GrS 1/06, DB 2010, 143 entschieden, dass § 12 Nr. 1 Satz 2 EStG kein allgemeines Aufteilungs- und Abzugsverbot für Aufwendungen normiert, die sowohl durch die Einkunftserzielung als auch privat veranlasste Teile enthalten (gemischte Aufwendungen); vgl. hierzu ausführlich zuletzt B+P 2010, 183.

Die obersten Finanzbehörden haben zu den Auswirkungen des Beschlusses jetzt den lang erwarteten Anwendungserlass herausgegeben<sup>1)</sup>, der in Kürze zusammen mit dem BFH-Beschluss im Bundessteuerblatt veröffentlicht wird und dann von den Finanzämtern allgemein zu beachten ist.

Nach dem BMF-Schreiben gelten zur steuerlichen Beurteilung gemischter Aufwendungen für alle Einkunftsarten und für die verschiedenen Arten der Gewinnermittlung die folgenden Grundsätze:

I. Allgemeines

1. Das BMF-Schreiben

Gemischte Aufwendungen eines Steuerpflichtigen können nach Maßgabe der folgenden Ausführungen grundsätzlich in als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abziehbare sowie in privat veranlasste und damit nicht abziehbare Teile aufgeteilt werden, soweit nicht gesetzlich etwas anderes geregelt ist oder es sich um Aufwandspositionen handelt, die durch das steuerliche Existenzminimum abgegolten oder als Sonderausgaben oder außergewöhnliche Belastungen abziehbar sind.

Eine Aufteilung der Aufwendungen kommt nur in Betracht, wenn der Steuerpflichtige die betriebliche oder berufliche Veranlassung im Einzelnen umfassend dargelegt und nachgewiesen hat. Bestehen gewichtige Zweifel an einer betrieblichen oder beruflichen (Mit-)Veranlassung der Aufwendungen, so kommt für die Aufwendungen schon aus diesem Grund ein Abzug insgesamt nicht in Betracht.

Die Aufteilung gemischt veranlasster Aufwendungen hat nach einem an objektiven Kriterien orientierten Maßstab der Veranlassungsbeiträge zu erfolgen. Ist eine verlässliche Aufteilung nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich, erfolgt die Aufteilung im Wege der Schätzung. Fehlt es an einer geeigneten Schätzungsgrundlage oder sind die Veranlassungsbeiträge nicht trennbar, gelten die Aufwendungen als insgesamt privat veranlasst.

2. Anmerkungen

Diese Aussagen geben kurz den Inhalt des Beschlusses des Großen Senats wieder. Wichtig ist schon hier die Aussage, dass Aufwendungen, die untrennbar ineinandergreifen – wie beim früheren Aufteilungs- und Abzugsverbot – auch künftig insgesamt nicht abgezogen werden können, siehe ausführlich Abschn. VIII.

II. Nicht abziehbare Aufwendungen der Lebensführung

1. Das BMF-Schreiben

Nach § 12 Nr. 1 Satz 1 EStG sind Aufwendungen für den Haushalt des Steuerpflichtigen und für den Unterhalt seiner Familienangehörigen vollständig vom Betriebsausgaben-/Werbungskostenabzug ausgeschlossen und demzufolge nicht in einen abziehbaren und nicht abziehbaren Teil aufzuteilen. Sie sind durch die Vorschriften zur Berücksichtigung des steuerlichen Existenzminimums (Grundfreibetrag, Freibeträge für Kinder) pauschal abgegolten oder als Sonderausgaben oder als außergewöhnliche Belastungen abziehbar.

Kosten der Lebensführung in diesem Sinne sind insbesondere Aufwendungen für

1. Wohnung,

2. Ernährung,

3. Kleidung,

4. allgemeine Schulausbildung,

5. Kindererziehung,

6. persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens, z. B. Erhaltung der Gesundheit, Pflege, Hygieneartikel,

7. Zeitung,

8. Rundfunk oder

9. Besuch kultureller und sportlicher Veranstaltungen.

Vollumfänglich nicht abziehbar und demzufolge nicht aufzuteilen sind ferner Aufwendungen nach § 12 Nr. 1 Satz 2 EStG. Das sind Aufwendungen für die Lebensführung, die zwar der Förderung des Berufs oder der Tätigkeit dienen können, die aber grundsätzlich die wirtschaftliche oder gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen mit sich bringt. Hierbei handelt es sich um Aufwendungen, die mit dem persönlichen Ansehen des Steuerpflichtigen in Zusammenhang stehen, d. h. der Pflege der sozialen Verpflichtungen dienen (sog. Repräsentationsaufwendungen).

Ob Aufwendungen Repräsentationsaufwendungen i. S. d. § 12 Nr. 1 Satz 2 EStG oder (zumindest teilweise) Betriebsausgaben/Werbungskosten darstellen, ist stets durch eine Gesamt-

1) BMF, Schreiben vom 6. 7. 2010, DB 2010, 1613 = DStR 2010, 1522.

würdigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen. **Bei Veranstaltungen, die vom Steuerpflichtigen ausgerichtet werden, stellt ein persönlicher Anlass (z. B. Geburtstag, Trauerfeier) regelmäßig ein bedeutendes Indiz für die Annahme nicht abziehbarer Repräsentationsaufwendungen dar.** Auch Aufwendungen für **gesellschaftliche Veranstaltungen** fallen in der Regel unter § 12 Nr. 1 Satz 2 EStG.

Aufwendungen nach § 12 Nr. 1 EStG sind selbst im Falle einer betrieblichen/beruflichen Mitveranlassung nicht als Betriebsausgaben/Werbungskosten abziehbar.

Die o. g. Aufwendungen sind **Betriebsausgaben oder Werbungskosten, soweit sie ausschließlich oder nahezu ausschließlich betrieblich/beruflich veranlasst sind** (z. B. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG: Arbeitszimmer; § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 6 EStG: Arbeitsmittel, typische Berufskleidung) oder ein abgegrenzter betrieblicher/beruflicher Mehraufwand gegeben ist. Die Abzugsbeschränkungen des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 5 EStG (Verpflegungsmehraufwendungen) und § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 EStG (Doppelte Haushaltsführung) sind zu beachten.

## 2. Anmerkungen

### a) Grundfreibetrag

Welche Aufwendungen im Detail mit dem Ansatz des Grundfreibetrags für das **Existenzminimum** steuerlich abgegolten sein sollen, lässt das BMF-Schreiben weitgehend offen. So ist z. B. die Frage kontrovers diskutiert worden, ob **Telefongrundgebühren** weiterhin, soweit das Telefon beruflich genutzt wird, abgezogen werden können<sup>2)</sup> oder, ob die Kosten nunmehr dem Existenzminimum zuzurechnen (hiervon gehen offensichtlich auch die Regelsätze in der Sozialhilfe aus<sup>3)</sup>) und daher mit dem Grundfreibetrag abgegolten sind.

Die obersten Finanzbehörden haben jedoch entschieden, weiterhin den Abzug beruflicher Telefongrundgebühren zuzulassen.

Fraglich ist weiterhin z. B. der **Abzug von Wohnungskosten im Rahmen von Reisekosten bzw. Auswärtstätigkeiten**: Während es für die Berücksichtigung von Mehraufwendungen wegen einer beruflich veranlassten doppelten Haushaltsführung in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 EStG eine eindeutige gesetzliche Regelung gibt, die den Abzug von Unterkunftskosten ermöglicht, fehlt eine solche Regelung für Reisekosten.

#### Beispiel:

A, Auszubildender, 20 Jahre alt, ledig, hat bisher im Einfamilienhaus seiner Eltern gewohnt. Er wird für ein halbes Jahr zu einem auswärtigen Lehrgang abgeordnet und mietet dort eine kleine Wohnung.

Bei dem Lehrgang handelt es sich um eine Auswärtstätigkeit, bei der u. a. die Wohnungskosten als allgemeine Werbungskosten abgezogen werden können.

In diesem Fall hat A jedoch erstmals eine Wohnung gemietet, so dass, wenn man dem BFH-Beschluss streng folgt, auch die Wohnungskosten mit dem Ansatz des Grundfreibetrags abgegolten werden müssten.

Ähnliche Fragestellungen ergeben sich für **Arbeitnehmer großer Konzerne**, die für einen mehrjährigen Zeitraum einer inländischen Betriebsstätte zugewiesen werden und während dieser Zeit ihre Wohnung im Ausland aufgeben.

Wie solche Fälle künftig steuerlich behandelt werden sollen, wollen die **obersten Finanzbehörden** in Kürze erörtern.

### b) Kinderfreibetrag, Kindergeld

Mit dem Kinderfreibetrag bzw. dem Kindergeld abgegolten sind sicherlich Aufwendungen für den **Schulbesuch von Kindern**, auch wenn die Eltern nur zeitlich beschränkt im Inland tätig sind und die Kinder deshalb eine internationale Schule besuchen.<sup>4)</sup>

Der Abzug von **Kinderbetreuungskosten** ist nur zulässig, soweit er in § 9c Abs. 1 EStG ausdrücklich zugelassen ist (2/3 der Aufwendungen, höchstens 4 000 € je Kind). Einen darüber hinausgehenden (vollen) Abzug müsste der Bundesfinanzhof in dem hierzu anhängigen Revisionsverfahren III R 67/09 m. E. nunmehr unter Hinweis auf den Kinderfreibetrag ablehnen. Steuerfestsetzungen ergehen wegen dieser Frage unter Vorbehalt der Nachprüfung, siehe B+P 2010, 229 und die neue Vorläufigkeitsliste im BMF-Schreiben vom 22. 7. 2010, das in Kürze im BStBl I veröffentlicht wird.

Fraglich kann m. E. dagegen sein, ob bei einem beruflich veranlassten **Umzug weiterhin Aufwendungen für den umzugsbedingten zusätzlichen Unterricht der Kinder** als Werbungskosten (Umzugskosten) berücksichtigt werden können (siehe R 9.9 Abs. 2 LStR i. V. m. § 9 BUKG). Die in Vorbereitung befindlichen Lohnsteuer-Änderungsrichtlinien 2011 sehen diesbezüglich jedoch keine Einschränkung vor.

### c) Sonderausgaben

Hiernach nicht abzugsfähig sind auch in Zukunft z. B. **Partei-spenden**, selbst wenn mit der Hingabe betriebliche bzw. berufliche Vorteile erwartet werden.<sup>5)</sup>

### d) Außergewöhnliche Belastung

**Normale Krankheits- oder Kurkosten** sind wie bisher nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abzugsfähig, auch wenn die Aufwendungen beruflich mitveranlasst sind.<sup>6)</sup>

Ein **Werbungskostenabzug** ist dagegen m. E. weiterhin möglich, wenn

- eine **typische Berufskrankheit** vorliegt
- oder die **Krankheit eindeutig mit dem Beruf im Zusammenhang steht**, z. B. auf Grund eines Unfalls auf dem Weg zur Arbeit oder auch im Betrieb.<sup>7)</sup>

2) So bisher BFH, Urteil vom 21. 11. 1980, BStBl II 1981, 131.

3) Hinweis auf den 7. Existenzminimumsbericht der Bundesregierung vom 21. 11. 2008, BT-Drucks. 16/11065.

4) So schon BFH, Urteil vom 23. 11. 2000, BStBl II 2001, 132.

5) So bereits BFH, Urteil vom 4. 3. 1986, BStBl II 1986, 373.

6) Siehe zuletzt BFH, Urteil vom 11. 3. 2010, BFH/NV 2010, 1332 betr. die Regenerationskur eines Fluglotsen, den BFH-Beschluss vom 22. 5. 2007, BFH/NV 2007, 1690 betr. den Besuch eines Fitness-Studios durch Polizeibeamte sowie BFH, Urteil vom 23. 1. 2008, BFH/NV 2008, 569 betr. Krankheitskosten wegen Mobbing.

7) FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 24. 10. 1989, EFG 1990, 226, betr. Sportunfall eines Polizisten beim Dienstreise.

## LOHNSTEUER • DER AKTUELLE BERICHT

## e) Repräsentationskosten

Als Beispiele für auch künftig nicht abzugsfähige Lebenshaltungskosten (sog. Repräsentationskosten) wurden lediglich „Geburtstag, Trauerfeier“ aufgeführt. Nicht aufgenommen wurden z. B. Aufwendungen für **Feiern aus beruflichen Anlässen** (z. B. Jubiläums-, Abschieds- oder Beförderungsfeiern sowie Weihnachtsfeiern), weil die Entwicklung der BFH-Rechtsprechung offenkundig dahin geht, einen **vollständigen Abzug als Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten zuzulassen**.<sup>8)</sup>

Nach dem Wegfall des Aufteilungs- und Abzugsverbots stellt sich die Frage, ob bei diesen Aufwendungen – wenn man weiterhin von einer nicht unerheblichen privaten Mitveranlassung der Aufwendungen ausgeht – künftig **zumindest ein Teilbetrag steuerlich anerkannt** werden kann. Ein Abzug kommt m. E. in Betracht, soweit es sich bei den **Gästen um Geschäftspartner oder Kollegen handelt** (ggf. Aufteilung nach „Zahl der Köpfe“, d. h. bei „reiner Kollegenbewirtung“ sogar voller Abzug!).

Meines Erachtens kann es auch keine Rolle mehr spielen, ob die **Feiern in der Behörde oder in der Wohnung des Steuerpflichtigen stattfinden**. Soweit bisher auf Grund der BFH-Rechtsprechung angenommen wurde, dass in solchen Fällen insgesamt nicht abzugsfähige Kosten der Lebensführung vorliegen (siehe z. B. R 4.10 Abs. 6 Satz 8 EStR), ist diese Auffassung m. E. durch den Beschluss des Großen Senats überholt.

Die weitere BFH-Rechtsprechung abzuwarten.

### III. Grundsätze der Aufteilung gemischter Aufwendungen

#### 1. Das BMF-Schreiben

Gemäß § 4 Abs. 4 EStG (Betriebsausgaben) und § 9 Abs. 1 EStG (Werbungskosten) werden bei der Ermittlung der Einkünfte nur Aufwendungen berücksichtigt, die durch die Einkunftserzielung veranlasst sind. Ein Veranlassungszusammenhang in diesem Sinne besteht, wenn die Aufwendungen mit der Einkunftserzielung objektiv zusammenhängen und ihr subjektiv zu dienen bestimmt sind, d. h. wenn sie in unmittelbarem oder mittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang mit einer der Einkunftsarten des Einkommensteuergesetzes stehen.

Aufwendungen, die eindeutig und klar abgrenzbar ausschließlich betrieblich/beruflich oder privat veranlasst sind, sind unmittelbar dem betrieblichen/beruflichen oder privaten Teil der Aufwendungen zuzuordnen.

#### 2. Anmerkungen

Diese Aussagen sind nicht neu. So waren schon bisher z. B. bei einer an sich nicht abzugsfähigen Auslandsgruppenreise eindeutig abgrenzbare Mehrkosten abzugsfähig, z. B. wenn der Steuerpflichtige anstelle einer Besichtigung einen Kunden aufgesucht hat (siehe auch nachfolgendes Beispiel 1).

### IV. Durch die Einkunftserzielung (mit)veranlasste Aufwendungen

#### 1. Das BMF-Schreiben

Nicht von § 12 Nr. 1 EStG erfasste Aufwendungen, die nicht eindeutig zugeordnet werden können, aber einen nachgewiesenen abgrenzbaren betrieblichen oder beruflichen Anteil enthalten, sind nach dem **jeweiligen Veranlassungsanteil in abziehbare und nicht abziehbare Aufwendungen aufzuteilen**.

**Bei einer untergeordneten betrieblichen/beruflichen Mitveranlassung (< 10 %) sind die Aufwendungen in vollem Umfang nicht als Betriebsausgaben/Werbungskosten abziehbar.**

Wird ein Sachverhalt insgesamt als privat veranlasst gewürdigt und werden die Aufwendungen dementsprechend steuerlich nicht berücksichtigt, so können zusätzliche ausschließlich betrieblich/beruflich veranlasste Aufwendungen für sich genommen als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abzuziehen sein.

#### Beispiel:

Ein Steuerpflichtiger nimmt während seiner 14-tägigen Urlaubsreise an einem eintägigen Fachseminar teil.

Die Aufwendungen für die Urlaubsreise sind nicht abziehbar. Die Aufwendungen, die unmittelbar mit dem Fachseminar zusammenhängen (Seminargebühren, Fahrtkosten vom Urlaubsort zum Tagungsort, ggf. Pauschbetrag für Verpflegungsmehraufwendungen), sind als Betriebsausgaben/Werbungskosten abziehbar.

Bei einer untergeordneten privaten Mitveranlassung (< 10 %) sind die Aufwendungen in vollem Umfang als Betriebsausgaben/Werbungskosten abziehbar; die Abzugsbeschränkungen des § 4 Abs. 5 EStG und § 9 Abs. 5 EStG bleiben unberührt.

Von einer untergeordneten privaten Mitveranlassung der Kosten für die Hin- und Rückreise ist auch dann auszugehen, wenn der Reise ein eindeutiger unmittelbarer betrieblicher/beruflicher Anlass zugrunde liegt (z. B. ein Arbeitnehmer nimmt auf Grund einer Weisung seines Arbeitgebers einen ortsgebundenen Pflichttermin wahr oder ein Nichtarbeitnehmer tätigt einen ortsgebundenen Geschäftsabschluss oder ist Aussteller auf einer auswärtigen Messe), den der Steuerpflichtige mit einem vorangehenden oder nachfolgenden Privataufenthalt verbindet.

#### 2. Anmerkungen

##### a) Zur 10 %-Grenze

Die o.g. Regelungen zur 10 %-Grenze sind ebenfalls nicht neu, aber – soweit ersichtlich – nirgends eindeutig geregelt. Lediglich der **Bundesfinanzhof** hat in seinem Urteil vom

<sup>8)</sup> Siehe zuletzt BFH, Beschluss vom 26. 1. 2010, BFH/NV 2010, 875, betr. die Abschiedsfeier eines Klinikarztes wegen Eintritts in den Ruhestand; siehe auch B+P 2010, 228.



10. 7. 2008, BFH/NV 2008, 1831 betr. die Antrittsvorlesung eines Chefarztes als neuer Ordinarius in den Räumen der Universität mit anschließendem Empfang **unter Bezugnahme auf die 10 %-Regelung die Bewirtungskosten in vollem Umfang anerkannt**, obwohl 15 Personen aus dem privaten Umfeld des Steuerpflichtigen an der Feier teilgenommen hatten, deren Teilnahme aber – so der Bundesfinanzhof – im Verhältnis zur Gesamtzahl der Gäste (270) nicht als erheblich einzustufen war.<sup>9)</sup>

#### b) Zur „unmittelbaren Veranlassung“ einer Reise

Dagegen erscheint der letzte Absatz des BMF-Schreibens nicht unproblematisch, auch wenn er dem Beschluss des Großen Senats entnommen ist:

Zwar hat der Bundesfinanzhof schon früher entschieden, dass **Reisekosten voll abgezogen werden können, wenn der Reise offensichtlich ein unmittelbarer konkreter beruflicher Anlass zugrunde liegt und die Verfolgung privater Reiseinteressen nicht den Schwerpunkt der Reise bildet**. Das ist z. B. der Fall, wenn die Auswärtstätigkeit auf einer **Weisung des Arbeitgebers** beruht. Dies können der Besuch eines Kunden zur Vornahme von Geschäftsabschlüssen, Verhandlungen mit Geschäftspartnern usw.<sup>10)</sup>, der Besuch einer Fachmesse, aber auch das Halten eines Vortrags auf einer Fortbildungsveranstaltung sein.<sup>11)</sup>

Dies sollte aber dann **nicht gelten**, wenn die Reise zwar auf Weisung des Arbeitgebers unternommen wird, es sich aber um eine **übliche Auslandsgruppenreise** und zudem noch der Ehegatte mitgenommen wird. Ferner wurde bei der Teilnahme an **gesellschaftlichen Veranstaltungen** des Berufsverbandes, des Wirtschaftsverbandes, des Fachverbandes oder einer Gewerkschaft – auch wenn die Veranstaltung im Zusammenhang mit einer rein fachlichen Veranstaltung steht und der Teilnahme eine Weisung des Arbeitgebers zugrunde liegt – eine berufliche Veranlassung abgelehnt.

Entsprechendes gilt für den **Betriebsausgabenabzug**. So hat der BFH zwar in mehreren Urteilen entschieden, dass das **Halten eines Vortrags zwar Indiz für den unmittelbaren beruflichen Anlass einer Reise sein kann, dieser Schluss aber nicht zwingend** ist. Der BFH hat es daher abgelehnt, Aufwendungen eines jordanischen Zahnarztes für die Teilnahme an einem Fachkongress in Damaskus trotz Haltens eines 30-minütigen Vortrags als Betriebsausgaben anzuerkennen, weil nicht erkennbar war, inwieweit die Reise dem Interesse der zahnärztlichen Praxis des Steuerpflichtigen gedient habe.<sup>12)</sup>

Meines Erachtens kann dem neuen BFH-Beschluss nicht entnommen werden, dass nunmehr – ausnahmslos – bei jeder auf Weisung des Arbeitgebers unternommenen Reise eine unmittelbare berufliche Veranlassung anerkannt werden müsste mit der Folge, dass die Kosten der Hin- und Rückreise in vollem Umfang steuerlich anerkannt werden müssten.

Die weitere BFH-Rechtsprechung hierzu bleibt abzuwarten.

## V. Höhe der abziehbaren Aufwendungen

### 1. Das BMF-Schreiben

Sind die Aufwendungen sowohl durch betriebliche/berufliche als auch private Gründe von jeweils nicht untergeordneter Bedeutung veranlasst, ist nach Möglichkeit eine **Aufteilung der Aufwendungen nach Veranlassungsbeiträgen** vorzunehmen.<sup>13)</sup>

Es ist ein geeigneter, den Verhältnissen im Einzelfall gerecht werdender **Aufteilungsmaßstab zu finden**. Der Maßstab muss nach objektivierbaren – d. h. nach außen hin erkennbaren und nachvollziehbaren – Kriterien ermittelt und hinsichtlich des ihm zugrunde liegenden Veranlassungsbeitrags dokumentiert werden.

Der betrieblich/beruflich und privat veranlasste Teil der Aufwendungen kann beispielsweise nach folgenden Kriterien ermittelt werden: **Zeit-, Mengen- oder Flächenanteile sowie Aufteilung nach Köpfen**.

#### Beispiel 1:

An der Feier zum 30. Firmenjubiläum des Einzelunternehmens Y nehmen 100 Personen teil (80 Kunden und Geschäftsfreunde und 20 private Gäste des Firmeninhabers). Die Gesamtkosten der Feier betragen 5 000 €, auf Essen und Getränke entfallen 4 000 €.

Auf Grund der Teilnahme privater Gäste handelt es sich um eine gemischt betrieblich und privat veranlasste Veranstaltung. Zwar liegt der Anlass der Veranstaltung im betrieblichen Bereich (Firmenjubiläum). Die Einladung der privaten Gäste erfolgte allerdings ausschließlich aus privaten Gründen, so dass die Kosten der Verköstigung und Unterhaltung der privaten Gäste als privat veranlasst zu behandeln sind. Sachgerechtes objektivierbares Kriterium für eine Aufteilung ist eine Aufteilung nach Köpfen. 80 Personen nehmen aus betrieblichen Gründen an dem Firmenjubiläum teil, 20 aus privaten Gründen. Damit sind 1 000 € (20 % des Gesamtkosten), die anteilig auf die privaten Gäste entfallen, nicht als Betriebsausgaben abziehbar. Von den verbleibenden betrieblich veranlassten Kosten in Höhe von 4 000 € sind unter Berücksichtigung des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 EStG 3 040 € (80 % von 1 000 € + 70 % von 80 % von 4 000 €) als Betriebsausgaben abziehbar.

#### Beispiel 2:

Ein niedergelassener Arzt besucht einen Fachkongress in London. Er reist Samstagfrüh an. Die Veranstaltung findet ganztägig von Dienstag bis Donnerstag statt. Am Sonntagabend reist er nach Hause zurück.

Da Reisen nach dem Beschluss des Großen Senats des BFH entgegen der bisherigen Rechtsprechung nicht mehr in je-

9) Siehe ausführlich B+P 2008, 762.

10) BFH, Urteil vom 18. 8. 2005, BStBl II 2006, 30.

11) BFH, Urteil vom 27. 7. 2004, BFH/NV 2005, 42.

12) BFH, Urteil vom 23. 1. 1997, BStBl II 1997, 357.

13) Vgl. BFH vom 21. 4. 2010 – VI R 66/04, DB 2010, 1328.

## LOHNSTEUER • DER AKTUELLE BERICHT

dem Fall als Einheit zu betrachten sind, sind die Kosten für zwei Übernachtungen (von Dienstag bis Donnerstag) sowie die Kongressgebühren ausschließlich dem betrieblichen Bereich zuzuordnen und daher vollständig als Betriebsausgaben abziehbar. Die Flugkosten sind gemischt veranlasst und entsprechend den Veranlassungsbeiträgen aufzuteilen. Sachgerechter Aufteilungsmaßstab ist das Verhältnis der betrieblichen und privaten Zeitanteile der Reise (betrieblich veranlasst sind 3/9). Ein Abzug der Verpflegungskosten als Betriebsausgaben ist nur in Höhe der Pauschbeträge für Verpflegungsmehraufwendungen für die betrieblich veranlassten Tage zulässig.

**Abwandlung:**

Der Arzt fährt nicht als Zuhörer, sondern als Mitveranstalter zu dem Fachkongress.

Die Kosten für die Hin- und Rückreise sind vollständig dem betrieblichen Bereich zuzurechnen und daher nicht aufzuteilen.

Bestehen keine Zweifel daran, dass ein nach objektivierbaren Kriterien abgrenzbarer Teil der Aufwendungen betrieblich/beruflich veranlasst ist, bereitet seine Quantifizierung aber Schwierigkeiten, so ist dieser Anteil unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände zu **schätzen** (§ 162 AO). Ist also zweifelsfrei ein betrieblicher/beruflicher Kostenanteil entstanden, kann aber dessen jeweiliger Umfang mangels geeigneter Unterlagen nicht belegt werden, ist wie bisher eine Schätzung geboten.

**2. Anmerkungen**

Der Große Senat hat selbst darauf hingewiesen, dass sich theoretisch sogar Aufwendungen für bürgerliche Kleidung, für eine Brille oder für eine Armbanduhr bei feststehender Arbeitszeit durchaus entsprechend aufteilen lassen. Dass der Abzug letztlich doch verneint wurde, liegt allein daran, dass die genannten Kosten mit dem **Grundfreibetrag für das Existenzminimum abgegolten** sind.

Das heißt im Umkehrschluss, dass z. B. bei folgenden Aufwendungen künftig eine Aufteilung in Betracht kommt:

- **Musikinstrumente:** Wurden bisher steuerlich nur berücksichtigt, wenn sie zu mindestens 90 % beruflich genutzt wurden.<sup>14)</sup> Künftig kann m. E. eine Aufteilung nach Zeitanteilen beruflicher und privater Nutzung erfolgen, ggf. wie beim Computer geschätzt 50 %;
- **Familien- und Verkehrs-Rechtsschutzversicherung:** Wenn der Versicherer keine Aufteilung vornimmt, hat die Finanzverwaltung bisher eine Aufteilung – auch im Schätzungswege – abgelehnt.<sup>15)</sup> Meines Erachtens kann künftig eine Aufteilung im Verhältnis der Kosten für Einzelversicherungen vorgenommen werden;
- **Segelboot:** Aufwendungen eines Gewerbetreibenden zur Anschaffung und Unterhaltung eines Segelbootes gehörten bisher auch dann zu den nicht abzugsfähigen Kosten der Lebenshaltung, wenn das Segelboot zum Zwecke der Erho-

lung und Freizeitgestaltung von den Arbeitnehmern des Gewerbetreibenden mitbenutzt wird.<sup>16)</sup> Meines Erachtens kann künftig eine Aufteilung nach dem Umfang der tatsächlichen betrieblichen bzw. privaten Nutzung vorgenommen werden;

- **Kreditkarte-Grundgebühr:** Aufwendungen waren bisher nicht abzugsfähig.<sup>17)</sup> Künftig kann m. E. eine Aufteilung nach der tatsächlichen betrieblichen bzw. privaten Nutzung erfolgen.

Soweit die Rechtsprechung schon bisher Maßstäbe für eine Aufteilung der Kosten im Schätzungswege entwickelt hat<sup>18)</sup>, sind diese Urteile weiter anzuwenden (siehe die ausführlichen Nachweise im Beschluss des Großen Senats).

**VI. Nicht aufteilbare gemischte Aufwendungen****1. Das BMF-Schreiben**

Ein Abzug der Aufwendungen kommt insgesamt nicht in Betracht, wenn die – für sich gesehen jeweils nicht unbedeutenden – betrieblichen/beruflichen und privaten **Veranlassungsbeiträge so ineinander greifen, dass eine Trennung nicht möglich und eine Grundlage für die Schätzung nicht erkennbar ist**. Das ist insbesondere der Fall, wenn es an objektivierbaren Kriterien für eine Aufteilung fehlt.

**Beispiel:**

Ein Steuerberater begehrt die hälftige Anerkennung der Kosten eines Abonnements einer überregionalen Zeitung, die er neben der regionalen Tageszeitung bezieht, als Betriebsausgaben, weil die überregionale Zeitung umfassend auch über die steuerrechtliche Entwicklung informiere.

Die Kosten sind insgesamt nicht als Betriebsausgaben abziehbar. Die betrieblichen und privaten Veranlassungsbeiträge greifen so ineinander, dass eine Trennung nicht möglich ist. Soweit die Zeitung nicht bereits durch das steuerliche Existenzminimum abgegolten ist, fehlt es an einer Aufteilbarkeit der Veranlassungsbeiträge. Denn keine Rubrik oder Seite einer Zeitung kann ausschließlich dem betrieblichen Bereich zugeordnet werden, sondern dient stets auch dem privaten Informationsinteresse. Es fehlt damit an einer Möglichkeit zur Aufteilung nach objektivierbaren Kriterien.

**2. Anmerkungen**

Aufwendungen für eine **Tageszeitung** sind – unabhängig von der Frage der Aufteilbarkeit – m. E. im Regelfall auch weiterhin insgesamt steuerlich nicht abzugsfähig, weil sie mit dem **Grundfreibetrag abgegolten** sind.

In der Praxis streitig ist aber immer wieder die steuerliche Behandlung von Aufwendungen für das **Handelsblatt**. Meines Er-

14) Z. B. BFH, Urteil vom 1. 3. 2002, BFH/NV 2002, 787.

15) BMF, Schreiben vom 23. 7. 1998, DB 1998, 1590.

16) BFH, Urteil vom 25. 4. 1963, HFR 1964, 193.

17) Siehe z. B. FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 29. 7. 1997 – 6 K 2916/96, juris.

18) Z. B. BFH, Urteil vom 19. 2. 2004, BStBl II 2004, 958, betr. Personalcomputer.

achtens handelt es sich hierbei schon deshalb **nicht um eine typische Tageszeitung**, weil sie nicht am Wochenende erscheint und auf jegliche regionale Berichterstattung verzichtet. Soweit in der Rechtsprechung bisher dennoch ein Abzug als Betriebsausgaben/Werbungskosten unter Hinweis auf das Aufteilungs- und Abzugsverbot mit der Begründung abgelehnt worden ist, dass das Handelsblatt seit dem Jahr 2000 auch über allgemein interessierende politische Themen (einschließlich Sport) berichten würde<sup>19)</sup>, ist dies m. E. nach dem ab 2009 erneut veränderten Erscheinungsbild des Handelsblatts überholt. Soweit ersichtlich entfallen nunmehr weniger als 10 % des Heftinhalts auf allgemein interessierende Themen.

Meines Erachtens bestehen daher keine Bedenken, das **Handelsblatt wie eine Fachzeitschrift anzusehen** und im Regelfall in vollem Umfang als Betriebsausgaben/Werbungskosten anzuerkennen. Auch der **Bundesfinanzhof** hatte im Urteil vom 12. 11. 1982 – VI R 193/79, DB 1983, 372 = juris, entschieden, dass für einen auf dem Gebiet der Steuer- und Wirtschaftsberatung beschäftigten Diplom-Kaufmann die Aufwendungen für den Bezug des „Handelsblatt“ – im Gegensatz zu denen einer typischen Tageszeitung – Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit darstellen, da der objektive Charakter der Zeitung für eine beruflich veranlasste Nutzung im wirtschaftlichen Bereich spricht.

Sollte diese Auffassung (voller Abzug, weil der Privatanteil nur von untergeordneter Bedeutung ist) abgelehnt werden, wären künftig m. E. **zumindest gemischte Aufwendungen anzunehmen** mit der Folge, dass der Steuerpflichtige – sofern er sich die Mühe macht – den Umfang des betrieblichen/beruflichen und damit steuerlichen abzugsfähigen Teils nachweisen könnte.

Für ähnlich geartete Zeitungen – z. B. **Financial Times Deutschland** – dürften vergleichbare Maßstäbe anzulegen sein.

## VII. Auslandsgruppen- und Kongressreisen

### 1. Das BMF-Schreiben

Die für Auslandsgruppenreisen aufgestellten Abgrenzungsmerkmale gelten grundsätzlich weiter.<sup>20)</sup> Eine Aufteilung der Kosten und damit ein teilweiser Abzug als Betriebsausgaben/Werbungskosten kommt bei solchen Reisen regelmäßig nur in Betracht, soweit die beruflichen und privaten Veranlassungsbeiträge voneinander abgrenzbar sind.<sup>21)</sup>

### 2. Anmerkungen

Siehe zum Abzug von Reisekosten die neuen BFH-Urteile vom 9. 3. 2010 und vom 21. 4. 2010, auf die wir in B+P 2010, 438 hingewiesen haben.

Ergänzend ist nochmals auf den Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 5. 2. 2010 – IV B 57/09, BFH/NV 2010, 880 hinzuweisen, nach dem Aufwendungen für eine **Auslandsgruppenreise auch in Zukunft steuerlich insgesamt nicht abzugsfähig** sind, wenn kein Zeitabschnitt ausschließlich beruflichen Zwecken dient und eine unbedeutende berufliche bzw.

betriebliche Mitveranlassung von Aufwendungen für die Lebensführung auch weiterhin keinen Betriebsausgabenabzug eröffnet.<sup>22)</sup>

## VIII. Weitere Anwendung der bisherigen BFH-Rechtsprechung

### 1. Das BMF-Schreiben

Soweit der BFH bisher die Abziehbarkeit anderer gemischter Aufwendungen mangels objektiver Aufteilungskriterien abgelehnt hat, ist weiterhin von der Nichtabziehbarkeit auszugehen.

#### Beispiele:

Aufwendungen für Sicherheitsmaßnahmen eines Steuerpflichtigen zum Schutz von Leben, Gesundheit, Freiheit und Vermögen seiner Person (BFH vom 5. 4. 2006, BStBl II 2006, 541),

Aufwendungen eines in Deutschland lebenden Ausländers für das Erlernen der deutschen Sprache (BFH vom 15. 3. 2007, BStBl II 2007, 814),

Aufwendungen einer Landärztin für einen Schutzhund (BFH vom 29. 3. 1979, BStBl II 1979, 512),

Einbürgerungskosten zum Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit (BFH vom 18. 5. 1984, BStBl II 1984, 588),

Kosten für den Erwerb eines Führerscheins (BFH vom 8. 4. 1964, BStBl III 1964, 431).

### 2. Anmerkungen

Dieser Absatz ist die für die praktische Arbeit in den Finanzämtern wichtige Antwort der obersten Finanzbehörden auf Äußerungen im Schrifttum dahingehend, dass die gesamte bisher zu § 12 Nr. 1 Satz 2 EStG ergangene Rechtsprechung hinfällig sei und alle Fragen erneut vom Bundesfinanzhof entschieden werden müssten (siehe z. B. Prof. Leisner-Egensberger in DStZ 2010, 185: Steuerberater könnten den Beschluss zum Anlass nehmen, eine neue „Teilbarkeitswelle“ auf die Finanzgerichtsbarkeit zurollen zu lassen).

Im Grunde hat sich aber bezüglich des Aufteilungs- und Abzugsverbots durch die **neue BFH-Rechtsprechung** – abgesehen von der Aufteilung von Reisekosten bei sog. gemischt veranlassten Reisen – **nicht viel geändert**. Denn nach der bisherigen BFH-Rechtsprechung kam das Aufteilungs- und Abzugsverbot nur zur Anwendung, wenn sich die Aufwendungen nach ihrer beruflichen (Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten) und nach ihrer privaten Veranlassung (Aufwendungen für die Lebensführung) nicht nach objektiven Merkmalen leicht und eindeutig trennen ließen oder die private Veranlassung nicht nur von untergeordneter Bedeutung war (siehe auch R 9.1 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 LStR). **Nach Möglichkeit sollten also schon im-**

19) FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29. 4. 2008, EFG 2008, 1356, rkr.

20) BFH, Urteile vom 27. 11. 1978, BStBl II 1979, 213, und zuletzt vom 21. 4. 2010 – VI R 5/07, DB 2010, 1329; vgl. C. III. 4e der Entscheidungsgründe des GrS.

21) Vgl. BFH, Urteil vom 21. 4. 2010 – VI R 5/07, DB 2010, 1329.

22) Siehe ausführlich B+P 2010, 295.

LOHNSTEUER • KURZBEITRÄGE

mer gemischte Aufwendungen aufgeteilt werden, ggf. im Schätzungswege.

Diese Rechtsprechung hat der Große Senat in seinem neuen Beschluss im Ergebnis nicht aufgegeben, sondern lediglich „mit anderen Worten weitergeführt“: **Wenn die beruflichen und privaten Veranlassungsbeiträge untrennbar ineinandergreifen, ist auch künftig ein Abzug als Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten insgesamt ausgeschlossen.**

Dies sind im Regelfall aber genau die Fälle, in denen der Bundesfinanzhof bisher unter Hinweis auf das Aufteilungs- und Abzugsverbot den steuerlichen Abzug versagt hat.<sup>23)</sup> Soweit der Bundesfinanzhof in der Vergangenheit den Abzug von Aufwendungen im Hinblick auf das Aufteilungs- und Abzugsverbot verneint hat, hat er also – auch wenn das nicht in allen Urteilen deutlich zum Ausdruck kommt – **zugleich entschieden, dass eine Aufteilung der Kosten nicht möglich ist.** In zahlreichen Urteilen hat er sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Aufteilung nicht möglich ist, weil es an eindeutigen objektiven Kriterien für eine Aufteilung fehlt.

IX. Anwendungsregelung

1. Das BMF-Schreiben

Dieses Schreiben ist vorbehaltlich des § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AO für **alle offenen Fälle anzuwenden.**

2. Anmerkungen

Der Große Senat hat in seinem Beschluss darauf hingewiesen, dass der Bundesfinanzhof in manchen Fällen Aufwendungen für **Fernreisen insgesamt als beruflich beurteilt** hat, obwohl bei diesen Reisen eine touristische Komponente nahe lag, der **beser durch Aufteilung – ggf. im Wege der Schätzung – hätte Rechnung getragen** werden können.<sup>24)</sup>

Hieraus hatte sich die Frage ergeben, ob der Beschluss, soweit er sich in solchen Fällen für die Betroffenen nachteilig auswirkt, erst mit Wirkung für die Zukunft angewendet werden soll.

Die obersten Finanzbehörden haben dies abgelehnt; nach dem BMF-Schreiben gelten die neuen Rechtsprechungsgrundsätze in allen offenen Fällen.

Hinweis für die Praxis:

Das BMF-Schreiben hat sicherlich nicht alle Fragen, die sich aus dem Beschluss des Großen Senats ergeben, geklärt. Die weitere Entwicklung der BFH-Rechtsprechung bleibt abzuwarten.

23) Siehe z. B. den o. g. BFH-Beschluss vom 5. 2. 2010 – IV B 57/09, BFH/NV 2010, 880 betr. eine Auslandsgruppenreise.  
24) Vgl. insbesondere BFH, Urteile vom 12. 4. 1979, BStBl II 1979, 513 – Südafrikareise eines Facharztes; vom 16. 10. 1986, BStBl II 1987, 208 – Reise einer Kunstmalerin zu den Seychellen, und vom 22. 7. 2008, BFH/NV 2008, 1837 – Fortbildungskongress der Bundesapothekerkammer in Meran mit ganztägigen Exkursionen zum Monte Baldo und zur Seiser Alpe.



Titelthema

EHRENAMTLICHE TÄTIGKEITEN

Neue Steuerbefreiung für ehrenamtliche rechtliche Betreuer?

Der Bundesrat fordert für diesen Personenkreis erneut einen Steuerfreibetrag von 2 100 € wie für Übungsleiter usw.

Wir haben zuletzt in B+P 2009, 700 und 801 nicht nur auf die **steuerliche Behandlung von Aufwandsentschädigungen der ehrenamtlichen rechtlichen Betreuer nach § 1835a BGB** hingewiesen, sondern auch auf die vielfältigen **Bemühungen des Bundesrates**, diesen Personenkreis im Ergebnis den Übungsleitern usw. gleichzustellen, indem ihnen wie nach § 3 Nr. 26 EStG („Übungsleiterpauschale“) ein **Steuerfreibetrag in Höhe von 2 100 €** gewährt wird.

Diese Forderung haben Bundesregierung und Bundestag bisher abgelehnt, auch der kürzlich eingebrachte Entwurf eines Jahres-

steuergesetzes 2010<sup>1)</sup> enthält keine entsprechende Steuerbefreiung. Konkrete Gründe sind bisher nicht genannt worden. Befürchtet wird offensichtlich, dass dann weitere Personenkreise (z. B. Kassenwarte in Vereinen), die – wie zurzeit die ehrenamtlichen rechtlichen Betreuer – bisher nur den **geringeren Steuerfreibetrag von 500 € im Jahr nach § 3 Nr. 26a erhalten**<sup>2)</sup> ebenfalls den höheren Steuerfreibetrag begehren werden und dies nicht finanzierbar sei (geschätzte Steuermindereinnahmen bis zu 200 Mio. Euro im Jahr).

**Gleichwohl hält der Bundesrat an seinem Begehren fest und hat in seiner Stellungnahme vom 9. 7. 2010, Bundesrats-**

1) BR-Drucks. 318/10 vom 28. 5. 2010.  
2) Allgemeine Ehrenamtspauschale, siehe dazu B+P 2009, 40.



**Drucksache 318/10 – Beschluss zum Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2010, erneut die Einführung eines besonderen Steuerfreibetrags für ehrenamtlich tätige rechtliche Betreuer, Vormünder und Pfleger gefordert.**

### ! Aus der Begründung:

Der Bundesrat hat sich zuletzt in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung betr. den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts – Bundesratsdrucksache 96/08 (Beschluss) – sowie in seiner Entschließung zum Gesetz zur Neuregelung der zivilrechtlichen Vorschriften des Heimgesetzes nach der Föderalismusreform – Bundesratsdrucksache 566/09 (Beschluss) – für die Schaffung eines Steuerfreibetrags für ehrenamtliche Betreuer in Höhe der Übungsleiterpauschale von 2 100 € ausgesprochen.

Ehrenamtliche Betreuerinnen und Betreuer können ihre Ausgaben entweder in Form der Einzelabrechnung oder als jährliche Pauschale in Höhe von 323 € geltend machen, wobei diese bei mittellosen Betreuten aus der Staatskasse zu zahlen ist (§ 1908i in Verbindung mit § 1835a Abs. 3 BGB). Die Pauschale gehört dabei – soweit der Steuerfreibetrag von 500 € nach § 3 Nr. 26a EStG überschritten wird – zu den steuerpflichtigen Einkünften des Betreuers oder der Betreuerin nach § 22 Nr. 3 EStG. Diese Einkünfte sind allerdings steuerfrei, wenn sie den Betrag von 256 € nicht übersteigen (§ 22 Nr. 3 Satz 2 EStG).

Übernimmt ein Familienangehöriger eine oder zwei Betreuungen, bleibt die Aufwandspauschale nach Abzug des Steuerfreibetrags von 500 € und der Freigrenze in Höhe von 256 € somit steuerfrei. Übernimmt dagegen ein engagierter Bürger mehrere ehrenamtliche Betreuungen, muss er einen Teil der Aufwandspauschale versteuern oder alle Einzelausgaben zum Nachweis seiner Werbungskosten festhalten. Dies widerspricht dem Charakter der Pauschale, die der Betreuungsperson den Aufwand ersparen soll, über jeden Besuch, Behördengang und jede weitere Tätigkeit für den betreuten Menschen einen Nachweis führen zu müssen. Gleichzeitig soll die Pauschale die Gerichte von dem mit einer Einzelabrechnung verbundenen Prüfaufwand entlasten. Außerdem entsteht auch bei den Finanzämtern für die Kontrolle der Nachweise ein vermeidbarer Prüfaufwand.

Diese Ausgestaltung der Besteuerung der Aufwandspauschale hat in der Vergangenheit bereits etliche ehrenamtlich tätige Betreuungspersonen veranlasst, um ihre Entlassung nachzusehen. Die Bürgerinnen und Bürger, die eine ehrenamtliche Betreuung übernehmen, sind bereit, ihre Fähigkeiten und ihre Zeit für die betroffenen Menschen einzusetzen. Für viele ehrenamtlich tätige Betreuerinnen und Betreuer ist es nicht nachvollziehbar, weshalb sie die ihnen zustehenden Aufwandsentschädigungen auch noch versteuern oder aber zur Vermeidung steuerlicher Nachteile erheblichen Aufwand für den Nachweis ihrer Einzelausgaben betreiben sollen. Sie empfinden dies als unnötige Bürokratie oder sogar als Bestrafung für ihr freiwilliges Engagement.

Angesichts der steigenden Zahl rechtlicher Betreuungen bei gleichzeitigem Rückgang der ehrenamtlich geführten Betreuungen sind die Länder aber auf dieses ehrenamtliche Engagement angewiesen, wenn sie die Ausgabensteigerungen im Betreuungswesen eingrenzen wollen.

Die Alternative zur ehrenamtlichen Betreuung ist die vermehrte Bestellung von Berufsbetreuern. Während die ehrenamtliche Betreuung eines mittellosen Betreuten die Staatskasse lediglich pauschal 323 € kostet, liegen die Ausgaben bei einer Berufsbetreuung im ersten Jahr bei der höchsten Vergütungsstufe zwischen 1 848 und 2 970 €. Angesichts der bereits jetzt erheblichen und absehbar noch weiter steigenden Ausgaben für das Betreuungswesen (Gesamtausgaben bundesweit 614 Mio. Euro im Jahr 2008 gegenüber 560 Mio. Euro im Jahr 2007 und 490 Mio. Euro im Jahr 2006), bei denen die Ausgaben für die Berufsbetreuungen mit weitem Abstand den größten Anteil ausmachen, kommt der Förderung des Ehrenamtes im Betreuungswesen höchste Priorität zu.

Die Stärkung des ehrenamtlichen Engagements hilft, die zunehmende Belastung der öffentlichen Haushalte mit Ausgaben für Berufsbetreuungen zu begrenzen. Die Einsparungen im Bereich der Berufsbetreuungen werden dabei mögliche Steuermindereinnahmen, die sich aus der vorgeschlagenen Änderung von § 3 EStG ergeben können, um ein Vielfaches übersteigen. Gleichzeitig trägt der Vorschlag zum Bürokratieabbau bei und setzt ein klares Signal, wie wichtig dem Gesetzgeber das bürgerschaftliche Engagement für die Schwachen in unserer Gesellschaft ist.

Diese Überlegungen gelten genauso für ehrenamtliche Vormünder und Pfleger, denn bei ihnen ist die Rechts- und Interessenlage völlig identisch (vgl. §§ 1835, 1835a, 1908i, 1915 BGB). Vormundschaft und Pflegschaft belasten allerdings die Haushalte der Länder bisher noch in geringerem Maße, unter anderem deshalb, weil häufig Amtsträger diese Aufgaben wahrnehmen. Zur Vermeidung von Kostensteigerungen, wie sie in Betreuungssachen seit dem Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes zu beobachten sind, müssen aber auch Maßnahmen zur Stärkung der ehrenamtlichen Vormundschaft und Pflegschaft ergriffen werden.

### Hinweis für die Praxis:

Es bleibt zu hoffen, dass der Vorschlag des Bundesrates nun endlich im vierten Anlauf Erfolg hat. *Ma.*

## FG Hamburg: Verpflegungsmehraufwand von Linienbusfahrern

**Das FG Hamburg bestätigt nochmals die BFH-Rechtsprechung, nach der bei einem Busfahrer das regelmäßig aufgesuchte Busdepot eine regelmäßige Arbeitsstätte darstellt.**

Wir hatten in B+P 2008, 829 auf die sog. Mai-Urteile des Bundesfinanzhofs hingewiesen, die den Begriff „regelmäßige Arbeitsstätte“ erheblich ausgeweitet haben.

Der Betrieb oder eine ortsfeste Betriebsstätte des Arbeitgebers kann nach der neueren BFH-Rechtsprechung<sup>1)</sup> auch dann eine

1) Z. B. BFH, Urteile vom 11. 5. 2005, BStBl II 2005, 788 ff.

## LOHNSTEUER • KURZBEITRÄGE

regelmäßige Arbeitsstätte darstellen, wenn der Arbeitnehmer diesen Ort z. B. morgens oder abends nur aufsucht, um

- ▶ dort die täglichen Aufträge entgegenzunehmen, abzurechnen und Bericht zu erstatten (vgl. dazu zuletzt FG Münster, Urteil vom 24. 4. 2009, EFG 2010, 562, Rev. eingelegt, Az. beim BFH: VI R 58/09: der z. B. zu Kontrollzwecken täglich aufgesuchte Firmensitz stellt sogar dann eine regelmäßige Arbeitsstätte dar, wenn dem Arbeitnehmer dort kein individuell eingerichteter Arbeitsplatz zur Verfügung steht und er dort nicht täglich Anweisungen bzw. Aufträge von seinem Arbeitgeber erhält),
- ▶ einen Firmenwagen zu übernehmen, um damit anschließend von der Arbeitsstätte aus eine Auswärtstätigkeit (Dienstreise, Fahr- oder Einsatzwechseltätigkeit) anzutreten,
- ▶ von dort mit Kollegen zu auswärtigen Baustellen befördert zu werden (Sammelbeförderung),
- ▶ als Bus- oder Straßenbahnfahrer ein Fahrzeug zu übernehmen oder
- ▶ an einer Fortbildungsveranstaltung teilzunehmen (so bereits BFH, Urteil vom 29. 4. 2003, BStBl II 2003, 749).

Diese Rechtsprechung hat das **FG Hamburg kürzlich noch einmal bestätigt** und bei einem Linienbusfahrer den Abzug von Verpflegungsmehraufwendungen als Werbungskosten abgelehnt.<sup>2)</sup>

### ? Der Fall:

Herr B war im Streitjahr 2006 als Linienbusfahrer beim A (...) tätig. **Das jeweils zu führende Fahrzeug hat er arbeitstäglich an einem bestimmten Busdepot des A übernommen und wieder abgestellt.** In seiner Einkommensteuererklärung 2006 machte Herr B Aufwendungen für die Wege zwischen seiner Wohnung und dem Busdepot für 228 Tage geltend. Darüber hinaus beantragte er die Anerkennung von **Verpflegungsmehraufwendungen für eine mindestens achtstündige Abwesenheit bei Fahrtätigkeit** an 228 Tagen in Höhe von pauschal 1 368 € (228 Tage x 6 €).

Das **Finanzamt** versagte den Abzug der Verpflegungsmehraufwendungen. Das Busdepot, das Herr B arbeitstäglich bei Beginn und Ende seiner Tätigkeit aufgesucht habe, stelle für ihn einen Tätigkeitsmittelpunkt im Sinne einer regelmäßigen Arbeitsstätte dar. Die für die Anerkennung von Verpflegungsmehraufwendungen relevanten **Abwesenheitsstunden seien deshalb auf die Abwesenheit von dem Busdepot und nicht von der Wohnung zu bemessen.** Den Einspruch wies das Finanzamt zurück.

Herr B hat hiergegen **Klage** erhoben. Er trägt vor: Die geltend gemachten Mehraufwendungen für Verpflegung seien anzuerkennen. Er übe eine **Fahrtätigkeit** i. S. d. § 4 Abs. 5 Nr. 5 Satz 3 EStG aus und sei arbeitstäglich zwar weniger als 14 Stunden, aber **mindestens 8 Stunden von seiner Wohnung abwesend.**

### → Die Entscheidung:

Das FG Hamburg hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Herr B habe keine Fahrtätigkeit i. S. d. §§ 9 Abs. 5, 4 Abs. 5 Nr. 5

Satz 3 EStG ausgeübt. Maßgebend für die Anerkennung von Verpflegungsmehraufwendungen ist deshalb gem. § 4 Abs. 5 Nr. 5 Satz 2 EStG die Dauer der Abwesenheit von der Wohnung **und** dem Tätigkeitsmittelpunkt.

### ! Aus der Begründung:

#### 1. Allgemeine Grundsätze

Nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 5 Satz 1 EStG, der für die Ermittlung der Einkünfte des Herrn B aus nichtselbständiger Tätigkeit sinngemäß gilt (§ 9 Abs. 5 EStG), sind Mehraufwendungen für die Verpflegung des Steuerpflichtigen grundsätzlich nicht als Werbungskosten abziehbar. Davon nehmen die nachfolgenden Sätze der Vorschrift – soweit hier einschlägig – zum einen den Fall aus, dass der Steuerpflichtige vorübergehend von seiner Wohnung und dem Mittelpunkt seiner dauerhaft angelegten beruflichen Tätigkeit entfernt beruflich tätig wird (Satz 2). Daneben gilt eine weitere Ausnahme für den Fall, dass der Steuerpflichtige bei seiner individuellen beruflichen Tätigkeit typischerweise nur an ständig wechselnden Tätigkeitsstätten oder auf einem Fahrzeug tätig wird (Satz 3). Die in beiden Fallgruppen abziehbaren Pauschbeträge bestimmen sich in den erstgenannten Fällen des Satzes 2 nach der tätigkeitsbedingten Abwesenheitsdauer von Wohnung und Tätigkeitsmittelpunkt, während in den Fällen des Satzes 3 allein die Dauer der Abwesenheit von der Wohnung maßgebend ist.

#### 2. Busdepot ist regelmäßige Arbeitsstätte

Der für Fragen des Lohnsteuerrechts zuständige 6. Senat des Bundesfinanzhofs hat im Jahre 2005 grundlegende Entscheidungen zu dem Recht der Verpflegungsmehraufwendungen getroffen.<sup>3)</sup> Aus der Zusammenschau dieser – nach Auffassung des erkennenden Gerichts zutreffenden – Entscheidungen ergibt sich, dass eine „**Fahrtätigkeit**“ **im Sinne der Regelungen zu den Verpflegungsmehraufwendungen nur dann vorliegt, wenn der Steuerpflichtige die Fahrten nicht von einem Tätigkeitsmittelpunkt im Sinne einer regelmäßigen Arbeitsstätte antritt.**

Da der BFH zudem in seiner weiteren Entscheidung vom 11. 5. 2005, BStBl II 2005, 788 – zutreffend – erkannt hat, dass Busdepots regelmäßige Arbeitsstätten für Linienbusfahrer darstellen, war die vorliegende Klage abzuweisen. Denn Herr B hat den danach für die Anerkennung der von ihm geltend gemachten Verpflegungsmehraufwendungen erforderlichen Nachweis einer – auch – mindestens achtstündigen Abwesenheit von seinem Tätigkeitsmittelpunkt „Busdepot“ nicht erbracht:

2) FG Hamburg, Urteil vom 19. 2. 2010 – 6 K 228/09, juris.

#### Leitsätze:

1. Linienbusfahrer beginnen und beenden ihren Fahrdienst regelmäßig an einem Busdepot.
2. Das Busdepot stellt den Tätigkeitsmittelpunkt der Linienbusfahrer dar.
3. Linienbusfahrer üben deshalb keine Fahrtätigkeit i. S. d. § 4 Abs. 5 Nr. 5 Satz 3 EStG aus.
4. Maßgeblich für die Anerkennung von Verpflegungsmehraufwendungen von Linienbusfahrern ist deshalb deren arbeitstägliche Abwesenheitsdauer von der Wohnung und dem Tätigkeitsmittelpunkt.
- 3) Vgl. BFH, Urteile vom 11. 5. 2005 und 16. 11. 2005, BStBl II 2005, 788 und 789 sowie in BStBl II 2006, 267.

**Hinweis für die Praxis:**

Da das Busdepot eine regelmäßige Arbeitsstätte darstellt, unterliegen die Fahrten zwischen der Wohnung und dem Busdepot der Abzugsbeschränkung auf die Entfernungspauschale von 0,30 € je Entfernungskilometer. *Ma.*

## FG Köln zum Abzug „umgekehrter Familienheimfahrten“

**Umgekehrte Familienheimfahrten des Ehegatten können nur berücksichtigt werden, wenn der Arbeitnehmer, der den doppelten Haushalt führt, aus beruflichen Gründen gehindert ist, selbst zu seiner Familie zu fahren.**

### I. Allgemeine Grundsätze

Bei einer beruflich veranlassten doppelten Haushaltsführung können folgende Aufwendungen vom Arbeitnehmer als Werbungskosten geltend gemacht bzw. vom Arbeitgeber nach § 3 Nr. 16 EStG steuerfrei ersetzt werden.

- ▶ **Fahrtkosten:** Volle Erstattung der Kosten der „ersten und letzten Fahrt“, auch für Pkw (ggf. pauschal 0,30 €/km); in der Zwischenzeit nur **eine Familienheimfahrt wöchentlich**; bei Pkw-Benutzung aber Abzugsbeschränkung auf die **Entfernungspauschale** von 0,30 € je Entfernungskilometer.
- ▶ **Verpflegungsmehraufwendungen:** Die ersten drei Monate maximal 24 € täglich, gekürzte Pauschbeträge für Tage mit Familienheimfahrten; ab viertem Monat keine Erstattung mehr wegen „doppelter Haushaltsführung“, allenfalls noch wegen einer Auswärtstätigkeit (Dienstreise, Fahr- oder Einsatzzwechselfähigkeit).
- ▶ **Übernachungskosten:** Entweder in der nachgewiesenen Höhe oder pauschal die ersten drei Monate je Übernachtung 20 €, die folgenden Monate 5 € je Übernachtung. Für Tätigkeiten im Ausland gelten die höheren Auslands- und Auslandsübernachtungsgelder.
- ▶ **Umzugskosten:** Erstattung der nachgewiesenen Kosten, keine Pauschalen für sonstige Umzugsauslagen.

### II. Das Urteil des FG Köln

Es kommt häufig vor, dass ein Arbeitnehmer aus beruflichen Gründen (z. B. bei Bereitschaftsdienst am Wochenende) oder wegen der weiten Entfernung nicht jedes Wochenende nach Hause fahren kann. Wird der Arbeitnehmer in diesen Fällen von seinem Ehegatten besucht, so treten deren Fahrtkosten an die Stelle der Kosten für eine Familienheimfahrt des Arbeitnehmers (sog. **umgekehrte Familienheimfahrten**). Auch diese Kosten können vom Arbeitgeber nach den Grundsätzen für Familienheimfahrten

## KURZBEITRÄGE • LOHNSTEUER

(d. h. ebenfalls Beschränkung auf die Entfernungspauschale) steuerfrei erstattet werden, allerdings nur bis zu der Höhe, in der auch dem Arbeitnehmer Kosten für die Familienheimfahrt entstanden wären.<sup>1)</sup> Die Kosten für die Unterkunft und Verpflegung der Ehefrau (und ggf. der minderjährigen Kinder) am Arbeitsort des Ehemanns können daher nicht vom Arbeitgeber steuerfrei erstattet werden.

**Voraussetzung für die Anerkennung „umgekehrter“ Familienheimfahrten ist aber, dass der Arbeitnehmer im konkreten Besuchszeitpunkt aus beruflichen Gründen an einer Familienheimfahrt gehindert ist.** Das ist z. B. nicht der Fall, wenn er – besonders bei einer Tätigkeit im Ausland – für die Familienheimfahrten keinen Urlaub nehmen wollte.<sup>2)</sup>

Die Frage, ob umgekehrte Familienheimfahrten immer nur dann in Betracht kommen, wenn der den doppelten Haushalt führende Arbeitnehmer aus beruflichen Gründen daran gehindert ist, die Familienheimfahrt durchzuführen, ist in der Praxis immer wieder streitig.

Das **FG Köln** hat allerdings kürzlich diese Frage bejaht, sie liegt nunmehr dem Bundesfinanzhof zur Entscheidung vor.<sup>3)</sup>

### ? Der Fall:

Die Eheleute A haben im Jahr 2002 geheiratet. Ihre Familienwohnung befindet sich in K. Sie unterhalten dort einen gemeinsamen Hausstand. Herr A ist als Architekt und Bausachverständiger in K selbstständig tätig. Frau A war in den Streitjahren (wie auch in der Zeit davor) als leitende Angestellte bei der F-Versicherung in H nichtselbstständig tätig. Während der Woche bewohnte sie in H eine ihr gehörende Wohnung mit einer Größe von 109 qm. Im Juli 2003 wurde für Frau A vom Versorgungsamt H eine Behinderung von 50 % festgestellt. Diese beruhte auf drei Bandscheibenvorfällen und einem Herzinfarkt.

Bei den Steuerveranlagungen 2003 und 2004 machte **Frau A Mehraufwendungen für eine doppelte Haushaltsführung geltend**. Diese bestanden im Wesentlichen aus Flugkosten für Flüge zwischen H und P oder S, Fahrtkosten mit dem Pkw zwischen den Wohnungen in K und H, Fahrtkosten mit dem Pkw zu den Flughäfen H, P und S und Kosten für die Wohnung der Frau A in H. Während die Fahrten mit dem Kraftfahrzeug zwischen den Wohnungen in H und K ausschließlich von Frau A durchgeführt wurden (im Jahr 2003 fünf Besuche und im Jahr 2004 sechzehn Besuche), wurden die **Flüge nur zum Teil von Frau A und im Übrigen von Herrn A durchgeführt**. Während Frau A im Jahr 2003 achtzehn mal und im Jahr 2004 sechzehn mal hin und zurück flog, besuchte Herr A die Frau A im Jahr 2003 sechzehn- und im Jahr 2004 zweimal.

1) BFH, Urteil vom 28. 1. 1983, BStBl II 1983, 313.

2) Sächsisches FG, Urteil vom 19. 8. 2002 – 1 K 1322/00, juris.

3) FG Köln, Urteil vom 27. 1. 2010 – 4 K 2882/07, juris, Rev. eingelegt, Az. beim BFH: VI R 15/10.

#### Leitsätze:

1. Im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung anfallende Flug- und Fahrtkosten, die ein Ehegatte aufwendet, um den anderen Ehegatten an dessen Beschäftigungs-ort aufzusuchen, sind keine Aufwendungen für Familienheimfahrten i.S. des § 9 Abs. 1 Nr. 5 EStG.

2. Ein Abzug dieser Aufwendungen kommt nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG in Betracht, setzt aber voraus, dass der andere Ehegatte aus beruflichen Gründen an einer Familienheimfahrt gehindert ist.



## LOHNSTEUER • KURZBEITRÄGE

Das **Finanzamt** (FA) erkannte die Unterkunfts-, Fahrt- und Flugkosten der Frau A in beiden Streitjahren im Wesentlichen an, während es die Flugkosten (einschließlich der Kosten für die Anfahrten zu den Flughäfen) des Herrn A nicht berücksichtigte. Begründung: Der Begriff der Familienheimfahrt setze nach seinem Wortlaut und Sinngehalt voraus, dass der Arbeitnehmer von seinem Beschäftigungsort zu seiner Familie am Wohnort fahre. Eine Familienheimfahrt liege dagegen nicht vor, wenn der Arbeitnehmer am Beschäftigungsort von seinem Ehegatten oder anderen Familienangehörigen besucht werde.

Mit ihrer **Klage** begehren die Eheleute A die Berücksichtigung der Flug- und Fahrtkosten des Herrn A für Familienheimfahrten (sog. **umgekehrte Familienheimfahrten**) als Werbungskosten der Frau A. Sie machen geltend, Frau A sei aus beruflichen Gründen gehindert gewesen, alle Familienheimfahrten selbst durchzuführen. Für die Bewältigung der Reisedistanz H – K sowie auch umgekehrt sei eine Reisedauer von mindestens fünf Stunden je Fahrt/Flug zu unterstellen. Hieraus folge, dass bei vorhandenen zwei Wochenendtagen sich bereits eine Reisezeit von rund neun bis zehn Stunden je Wochenende ergäbe. Dies sei für die einzelne Person als Dauerbelastung nicht verkraftbar. Die berufliche Leistungsfähigkeit würde durch eine so intensive Reisetätigkeit gemindert. Beruflich sei es Frau A auch nicht möglich gewesen, jede Woche die Wochenarbeitszeit zu verkürzen, da dies letztendlich auch zu Leistungsdefiziten geführt hätte. Ein ständiges „früher gehen und später anfangen“ wäre sicherlich auch nicht der beruflichen Fortentwicklung dienlich gewesen. Herr A sei deshalb – im Wechsel – zu Frau A nach H gefahren. Es seien die gleichen Kosten entstanden, die auch bei einer Familienheimfahrt der Frau A entstanden wären. Die „dienstliche Veranlassung Frau A“ ergäbe sich auch schon aus der Lebensführung, da der „Familienverdienstaustausch“ bei Fahrten des Herrn A weitaus höher ausfalle. Es sei nicht davon auszugehen, dass eine private, die Abziehbarkeit ausschließende, Mitveranlassung vorliege.

### → Die Entscheidung:

Das FG Köln hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Das FA habe zu Recht die Kosten für die Besuchsfahrten des Herrn A zum Beschäftigungsort der Frau A nicht als Werbungskosten der Frau A berücksichtigt.

### ! Aus der Begründung:

#### 1. Kein Abzug nach § 9 Abs. 1 Nr. 5 EStG

Nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 5 Sätze 1 bis 4 EStG können die Kosten für die Besuchsfahrten des Herrn A nicht als Werbungskosten abgezogen werden. Denn diese Vorschrift erlaubt lediglich den Abzug von Aufwendungen für Familienheimfahrten. **Familienheimfahrten liegen aber nur dann vor, wenn Fahrten vom Beschäftigungsort zum Ort des eigenen Hausstands und zurück durchgeführt wurden.** Im Streitfall ist aber die Anerkennung der Kosten für Fahrten des Herrn A vom Ort des eigenen Hausstands zum Beschäftigungsort der Frau A und zurück streitig.

#### 2. ... auch kein Abzug nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG

Ein Abzug der Aufwendungen für Besuchsreisen des Herrn A zum Arbeitsort der Frau A kommt auch nicht nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG in Betracht. Nach der Rechtsprechung des BFH sind nach dieser Vorschrift, sofern die Voraussetzungen einer doppelten Haushaltsführung gegeben sind, die Fahrtkosten des am Ort des eigenen Hausstands wohnenden Ehegatten zum Arbeitsort des anderen Ehegatten und zurück abziehbar, soweit diese beim Arbeitnehmer selbst, also bei einer Familienheimfahrt, Werbungskosten darstellen würden. **Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Arbeitnehmer aus beruflichen Gründen an einer Heimfahrt gehindert ist.** Nach Ansicht des BFH ist die Lücke, die sich für Fälle der vorliegenden Art aus dem Begriff der Familienheimfahrt ergibt, unter Heranziehung des allgemeinen Werbungskostenbegriffs des § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG zu schließen.

#### 3. Anwendung auf den Streitfall

Im Streitfall scheidet eine Berücksichtigung der Kosten für die Besuchsfahrten des Herrn A auch unter diesem Gesichtspunkt aus, weil **Frau A nicht aus beruflichen Gründen an einer Heimfahrt gehindert war.**

**Berufliche Gründe** liegen dann vor, wenn es entweder dem Arbeitnehmer **vom Arbeitgeber untersagt ist, die Heimfahrt durchzuführen<sup>4)</sup>** oder zumindest der maßgebliche Umstand für die Verhinderung der Heimfahrt im dienstlichen Bereich seine Ursache hat (z. B. **freiwillige Teilnahme des Arbeitnehmers an einer Fortbildungsveranstaltung am Arbeitsort**).

**Im Streitfall war Frau A demgegenüber jeweils ausschließlich aus privaten Gründen daran gehindert, ihren Ehemann auch an den Wochenenden zu besuchen**, an denen sie Besuch von ihm erhielt. Denn der Grund für die wechselseitigen Besuchsfahrten lag nach ihrem Vortrag darin, dass wegen der **weiten Entfernung** ihres Arbeitsorts vom Familienwohnsitz und ihrer **gesundheitlichen Beeinträchtigung** Frau A nicht in der Lage war, jedes Wochenende von H nach K zu fahren.

Eine noch weitergehendere Anerkennung von Besuchsreisen als Werbungskosten im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung hält der Senat nicht für geboten. Eine allgemeine, in der **großen räumlichen Entfernung** zwischen Beschäftigungsort und Familienwohnsitz liegende Verhinderung an der Durchführung regelmäßiger wöchentlicher Heimfahrten reicht nach Ansicht des Senats zum Werbungskostenabzug nicht aus. Denn **Familienheimfahrten stellen dem Grunde nach private Aufwendungen dar**, die gem. § 12 Nr. 1 EStG nicht abzugsfähig wären, wenn sie nicht durch die Vorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 5 EStG (ausnahmsweise) zum Werbungskostenabzug zugelassen wären.<sup>5)</sup>

#### Hinweis für die Praxis:

1. Das Gericht hat ausdrücklich Revision zugelassen, die von den Eheleuten A inzwischen eingelegt wurde. Denn

4) Vgl. hierzu BFH, Urteil vom 28. 1. 1983 – VI R 136/79, BStBl II 1983, 313, wo der Kläger dienstlich unabkömmlich war.  
5) Vgl. hierzu Sächsisches Finanzgericht, Gerichtsbescheid vom 19. 8. 2002 – 1 K 1322/00, juris.



es sei von grundsätzlicher Bedeutung, ob nicht im heutigen Wirtschaftsleben, bei dem der Mobilität des einzelnen Arbeitnehmers hohe Bedeutung zukommt, Aufwendungen für Besuchsreisen im Rahmen einer aus beruflichem Anlass begründeten doppelten Haushaltsführung unabhängig davon als Werbungskosten abzugsfähig sein könnten, ob der Arbeitnehmer seinen Ehegatten am Familienwohnsitz aufsucht oder ob er von seinem Ehegatten am Arbeitsort besucht wird. Die Entscheidung des Bundesfinanzhofs bleibt abzuwarten.

- Die Entscheidung hat auch für den steuerfreien Arbeitgeberersatz Bedeutung, da der Arbeitgeber auch die Familienheimfahrten nach § 3 Nr. 16 EStG steuerfrei ersetzen kann.

Ma.

## BFH: Haftung des Arbeitgebers für von Angestellten hinterzogene Lohnsteuer

### Der Arbeitgeber haftet auch für Steuerhinterziehungen seiner Angestellten.

Im nachfolgenden Urteil ging es um die Frage, ob der Arbeitgeber für Lohnsteuerbeträge haftet, die auf Grund von Steuerhinterziehungen einer Arbeitnehmerin zu niedrig angemeldet und abgeführt worden waren.<sup>1)</sup>

#### ? Der Fall:

Für die Lohnbuchhaltung der A-GmbH war in den Jahren 2001 bis 2003 die Personalleiterin (P) zuständig. In dieser Zeit manipulierte sie ihre eigenen Gehaltsabrechnungen. Dadurch führte die A-GmbH für P insgesamt 43 617,17 € zu wenig Lohnsteuer, Solidaritätszuschlag sowie Lohnkirchensteuer an das Finanzamt (FA) ab.

Bei einer vom FA für die Jahre 1999 bis 2002 durchgeführten Lohnsteuer-Außenprüfung wurden die Manipulationen der P nicht entdeckt. Während einer weiteren Lohnsteuer-Außenprüfung für die Jahre 2003 bis 2005 zeigte die A-GmbH dem FA unter Hinweis auf § 41c EStG an, dass P nicht mehr Arbeitnehmerin bei ihr sei. Gleichzeitig teilte die A-GmbH mit, dass in den Jahren 2002 und 2003 sowie vermutlich ebenfalls in den Vorjahren zu wenig Lohnsteuer einbehalten worden sei. Nach Abschluss der Außenprüfung, die auf die Jahre 1996 bis 2002 erweitert wurde, nahm das FA die A-GmbH gem. § 42d EStG als Haftungsschuldnerin für die Lohnsteuerabzugsbeträge in Anspruch.

Einspruch, Klage und Revision blieben ohne Erfolg.

#### → Die Entscheidung:

Der Bundesfinanzhof hat die Revision der A-GmbH als unbegründet zurückgewiesen. Das FG habe zu Recht entschieden,

dass der von der A-GmbH angegriffene Haftungsbescheid rechtmäßig ist.

#### ! Aus der Begründung:

##### 1. Zur Haftung des Arbeitgebers

Nach § 42d Abs. 1 Nr. 3 EStG haftet der Arbeitgeber für die Lohnsteuer, die – wie im Streitfall unstreitig – auf Grund fehlender Angaben im Lohnkonto oder in der Lohnsteuerbescheinigung verkürzt wird. Damit liegen die Voraussetzungen für den Erlass eines Haftungsbescheides dem Grunde nach vor.

Im Streitfall ist die Haftung der A-GmbH auch nicht gem. § 42d Abs. 2 i. V. m. § 41c Abs. 4 EStG ausgeschlossen. Danach **haftet der Arbeitgeber nicht**, wenn er dem FA gegenüber von seinem Recht zur Änderung des Lohnsteuereinbehalts (§ 41c Abs. 1 EStG) keinen Gebrauch macht (§ 41c Abs. 4 Satz 1 1. Alternative EStG) oder hiervon keinen Gebrauch machen kann (§ 41c Abs. 4 Satz 1 2. Alternative EStG) und dies dem **Betriebsstättenfinanzamt unverzüglich anzeigt. Eine haftungsbefreiende Anzeige nach § 41c Abs. 4 EStG setzt damit stets eine Korrekturberechtigung nach § 41c Abs. 1 EStG voraus.** Die Gesetzesbegründung zeigt, dass der Gesetzgeber mit § 41c Abs. 4 EStG kein allgemeines Haftungsprivileg für alle die Fälle schaffen wollte, in denen der Arbeitgeber aus tatsächlichen Gründen (§ 41c Abs. 4 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 EStG) keine Lohnsteuerkorrektur mehr vornehmen kann. **Zudem ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum die Haftung des Arbeitgebers allein deshalb entfallen soll, weil er die Finanzbehörde über den Haftungstatbestand informiert.**

Deshalb hat das FG im Ergebnis zutreffend der während der Lohnsteuer-Außenprüfung abgegebenen **Anzeige der A-GmbH keine haftungsbefreiende Wirkung beigemessen.** Der A-GmbH fehlte vorliegend die Korrekturberechtigung nach § 41c Abs. 1 EStG.

##### 2. ... gilt auch für Fehler von Angestellten

Nach § 41c Abs. 1 Nr. 2 EStG ist der Arbeitgeber berechtigt, Lohnsteuer nachträglich einzubehalten, wenn er später erkennt, dass der bisherige Lohnsteuereinbehalt nicht ordnungsgemäß war. Erkennen i. S. d. § 41c Abs. 1 Nr. 2 EStG ist nach der bisherigen Senatsrechtsprechung das Erlangen von Kenntnissen nach Abgabe der fehlerhaften Lohnsteuer-Anmeldungen. **Diese am Wortsinn orientierte Auslegung schließt ein Erkennen bei vorsätzlichem fehlerhaften Lohnsteuereinbehalt aus.** Eine Auslegung dahingehend, dass eine „bessere“ Erkenntnis bei bewusst falschem Lohnsteuereinbehalt später eintreten kann, überschreitet die Grenzen des Wortlauts.

**Ein Arbeitgeber kann sich zudem nicht auf mangelnde eigene Kenntnis berufen, wenn ein von ihm eingesetzter Mit-**

1) BFH, Urteil vom 21. 4. 2010 – VI R 29/08, DB 2010, 1503.

#### Leitsatz:

Der Haftungsausschluss nach § 42d Abs. 2 i. V. m. § 41c Abs. 4 EStG setzt stets eine Korrekturberechtigung i. S. des § 41c Abs. 1 EStG voraus. Daran fehlt es, wenn eine Lohnsteuer-Anmeldung vorsätzlich fehlerhaft abgegeben worden war und dies dem Arbeitgeber zuzurechnen ist (§ 41c Abs. 1 Nr. 2 EStG).

## LOHNSTEUER • KURZBEITRÄGE

**arbeiter positive Kenntnis über den fehlerhaften Lohnsteuereinbehalt hat.** Dadurch, dass ein Arbeitgeber seine Pflichten nicht in eigener Person, sondern durch Dritte erfüllt, kann er sich nicht seiner Verantwortung entziehen. Denn nach § 166 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist dem Vertretenen das Wissen des Vertreters zuzurechnen. Körperschaften müssen sich daher nicht nur das Wissen des gesetzlichen Vertreters, zum Beispiel des Vorstands, zurechnen lassen, sondern darüber hinaus auch das Wissen sämtlicher Bevollmächtigter in der Organisationseinheit nach Maßgabe ihrer Befugnisse. „Wissensvertreter“ ist somit jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen. Dies gilt nicht nur für rechtsgeschäftliche Handlungen, sondern unter anderem auch für die Verpflichtung zur Abgabe von Erklärungen (§ 149 der Abgabenordnung) gegenüber der Finanzbehörde.

**Folglich hat die A-GmbH den fehlerhaften Lohnsteuereinbehalt nicht i. S. v. § 41c Abs. 1 Nr. 2 EStG erkannt.** Vielmehr hat P, die als Buchhalterin von der A-GmbH beauftragt war, die Lohnabrechnungen durchzuführen und die Lohnsteuer-Anmeldungen an das FA zu übermitteln, unstreitig den Tatbestand der Steuerhinterziehung verwirklicht. Die Kenntnis ihrer Wissensvertreterin um die bewusst falschen Lohnsteuer-Anmeldungen muss sich die A-GmbH zurechnen lassen.

Ein Erkennen der A-GmbH i. S. d. § 41c Abs. 1 Nr. 2 EStG im Rahmen der Lohnsteuer-Außenprüfung war daher ausgeschlossen.

**Hinweis für die Praxis:**

Ein wesentlicher Aspekt des Urteils ist in der Aussage zu sehen, dass sich ein Arbeitgeber seiner Verantwortung nicht entziehen kann, indem er seine Pflichten nicht in eigener Person, sondern durch Dritte erfüllt. *Ma.*

## BFH: Aufwendungen für das Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV sind Werbungskosten

### I. Allgemeine Grundsätze

In der Praxis ist immer wieder streitig, ob ein Arbeitsverhältnis im lohnsteuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Sinne vorliegt. Die Klärung dieser Frage ist wegen der Arbeitgeberhaftung nicht nur für das Lohnsteuerabzugsverfahren von größter Bedeutung, sondern auch für die Einbehaltung von Sozialversicherungsbeiträgen und die Beachtung arbeitsrechtlicher Bestimmungen.

Um Nachzahlungen von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen zu vermeiden, sollte – wenn Zweifel bestehen, ob die beschäftigte Person Arbeitnehmer ist – zweckmäßigerweise zunächst

- ▶ eine sog. **Anrufungsauskunft** des Finanzamts und der Einzugsstelle eingeholt
- ▶ oder ein Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV bei der Deutschen Rentenversicherung Bund eingeleitet werden (sog. **Statusfeststellungsverfahren**).

Darüber hinaus gibt es noch folgende Möglichkeiten, die Arbeitnehmereigenschaft klären zu lassen:

- ▶ **Der Arbeitgeber wartet die nächste Lohnsteuer-Außenprüfung ab.** Wenn dann das Finanzamt einzelne Mitarbeiter als Arbeitnehmer ansieht und vom Arbeitgeber im Haftungswege Lohnsteuer nachfordert, kann der Arbeitgeber im Einspruchs- und ggf. Klageverfahren gegen den Haftungsbescheid eine Klärung herbeiführen. Fordert das Finanzamt die Lohnsteuer unmittelbar vom Arbeitnehmer an, so kann dieser den Nachforderungsbescheid anfechten und auf diese Weise eine Klärung seiner Arbeitnehmereigenschaft erreichen.
- ▶ **Der Arbeitgeber nimmt vorsorglich den Lohnsteuerabzug vor** und überlässt es dem Arbeitnehmer, beim Betriebsstättenfinanzamt eine Erstattung der aus seiner Sicht zu Unrecht einbehaltenen Lohnsteuer zu beantragen.

### II. Das neue BFH-Urteil

Im nachfolgenden Urteil ging es um die Frage, ob Kosten für einen Berater, der die Frage der Arbeitnehmereigenschaft eines GmbH-Geschäftsführers klären sollte, als Werbungskosten abgezogen werden können.

Entgegen der Ansicht des Finanzamts und des Finanzgerichts hat der Bundesfinanzhof den Werbungskostenabzug zugelassen.<sup>1)</sup>

#### ? Der Fall:

A erzielt Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit als Geschäftsführer der H-GmbH. Er schloss im Oktober 2004 mit einem Beratungsunternehmen eine Vereinbarung über eine betriebswirtschaftliche Beratung. Gegenstand dieser Beratung war die **Erörterung, ob für die Tätigkeit des A als Geschäftsführer Beiträge zu den Sozialversicherungen abgeführt werden müssen**. Zudem schlossen A und die von ihm beauftragte Unternehmerberatung eine **Honorarvereinbarung**, wonach A ein Basishonorar in Höhe von 2 900 € zuzüglich Umsatzsteuer zahlen musste, wenn die Sozialversicherungspflicht des A verneint wird. Zudem wurde für den Fall, dass Beiträge aus der Vergangenheit erstattet werden, ein **Erstattungshonorar** in Höhe von 12 % der bei Arbeitnehmer und Arbeitgeber eingehenden Bruttoerstattungen zuzüglich Umsatzsteuer vereinbart. Ende des Jahres 2004 teilte die angerufene Krankenkasse mit, dass A nicht sozialversicherungspflichtig sei. Daraufhin stellte die von

1) BFH, Urteil vom 6. 5. 2010 – VI R 25/09, DB 2010, 1564.

#### Leitsatz:

Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV (sog. Statusfeststellungsverfahren) sind durch das Arbeitsverhältnis veranlasst und deshalb als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit zu berücksichtigen.

## KURZBEITRÄGE • LOHNSTEUER

A beauftragte Unternehmerberatung dem A das Basishonorar in Höhe von 3 364 € in Rechnung. Diesen Betrag überwies A noch im Dezember 2004. Im Laufe des Jahres 2005 erstattete die Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz dem A die entrichteten Pflichtbeiträge zur Rentenversicherung in Höhe von 31 973,86 € und die Agentur für Arbeit die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung in Höhe von 9 158,82 €. Dem nachfolgend stellte die Unternehmerberatung ein Erstattungshonorar in Höhe von 8 901,52 € und in Höhe von 2 549,81 € in Rechnung. Die Rechnungen beglich A im Veranlagungszeitraum 2005.

Finanzamt (FA) und Finanzgericht (FG) lehnten es ab, die Beraterkosten in Höhe von 11 451,33 € als Werbungskosten oder als Sonderausgaben zu berücksichtigen.

### → Die Entscheidung:

Der Bundesfinanzhof hat A Recht gegeben und entschieden, dass die Beratungshonorare als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit zu berücksichtigen sind.

### ! Aus der Begründung:

#### 1. Werbungskosten liegen vor

**Auch Kosten der Rechtsverfolgung (Beratungs-, Vertretungs- und Prozesskosten) können Werbungskosten sein, wenn der Gegenstand des Prozesses mit der Einkunftsart zusammenhängt, in deren Rahmen die Aufwendungen geltend gemacht werden.** Der Zusammenhang mit der Einkunftsart ist nach objektiven Gesichtspunkten, nicht nach den Vorstellungen des Steuerpflichtigen, zu entscheiden. Mit der Einkunftsart der nichtselbständigen Arbeit hängen die das Arbeitsverhältnis betreffenden bürgerlich-rechtlichen oder arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zusammen.

Aber auch die mit einer **Beschäftigung** (§ 7 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch – SGB IV) einhergehenden öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten weisen den erforderlichen **Veranlassungszusammenhang mit den Einkünften aus § 19 EStG** auf. Denn die Beschäftigung ist gem. § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV regelmäßig Ausfluss eines Arbeitsverhältnisses. Deshalb zählen insbesondere Aufwendungen des Steuerpflichtigen im Zusammenhang mit dem Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV (sog. **Statusfeststellungsverfahren**), das die Feststellung der Sozialversicherungspflicht einer Beschäftigung zum Gegenstand hat, zu den **Werbungskosten** bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit.

#### 2. ... auch wenn die Sozialversicherungsbeiträge Sonderausgaben sind

Die Entscheidung des FG, den streitbefangenen Honoraraufwand wegen des nur losen (mittelbaren) Zusammenhangs mit dem Einkünfteerzielungstatbestand nach § 19 EStG als steuerunerbliche Aufwendungen der Lebensführung nicht zum Werbungskostenabzug zuzulassen, entspricht diesen Grundsätzen nicht. Sie verkennt den Veranlassungszusammenhang von honorierter Beratungsleistung und Arbeitsverhältnis. Die Vorinstanz hat insoweit bindend festgestellt, dass die Beratung auf die Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status des A (vgl. § 7a SGB IV) zielte. Diese Frage beantwortet sich nach der Art der Beschäftigung (§ 7 SGB IV) und steht damit in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis. Der Umstand, dass das Steuerrecht den gesetzlich verwendungsgebundenen Teil des Arbeitseinkommens, den Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag, als Vorsorgeaufwendungen durch einen beschränkten Sonderausgabenabzug nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EStG entlastet, lässt diesen Veranlassungszusammenhang entgegen der Auffassung des FG nicht entfallen. Insbesondere wird der Beratungsaufwand dadurch nicht zu einer Angelegenheit des Sonderausgabenabzugs. **Ob der Steuerpflichtige sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist, betrifft das Arbeitsverhältnis als solches und damit die Ebene der Einkommenserzielung**, insbesondere die Höhe des vom Arbeitgeber an den Arbeitnehmer auszuzahlenden Gehalts. Fragen der privaten Zukunftssicherung des Steuerpflichtigen waren hingegen nicht Gegenstand der Beratungsleistung. Auch dieser Umstand zeigt, dass die streitigen Aufwendungen nicht als Kosten der Lebensführung einzuordnen sind, sondern in einem einkommensteuerlich erheblichen Bezug zum Arbeitsverhältnis stehen.

#### Hinweis für die Praxis:

Grundsätzlich kann der Mitarbeiter regelmäßig auch mit einer sog. Statusklage beim Arbeitsgericht eine Klärung seiner Stellung herbeiführen, die aber i. d. R. im Nachhinein nach Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zulässig ist; ein Feststellungsinteresse ist nur gegeben, wenn sich aus der Feststellung Folgen für Gegenwart oder Zukunft ergeben.<sup>2)</sup>

Ma.

2) Vgl. zuletzt BAG, Urteile vom 15. 12. 1999, DB 2000, 1871, und vom 21. 6. 2000, DB 2001, 52.



## Titelthema

### EHRENAMTLICHE TÄTIGKEITEN

## Ehrenamt im Spiegel sozialrechtlicher Gesetzgebung und Rechtsprechung

Dr. Ulrich Freudenberg, Vorsitzender Richter am Landessozialgericht, Essen

Ehrenamtliche engagieren sich in besonderem Maße für die Gesellschaft. Die Unterstützung ehrenamtlichen Engagements müsste also eigentlich ein besonderes Anliegen von Sozialpolitik und Sozialrecht sein. Tatsächlich ist der soziale Schutz Ehrenamtlicher aber nur in Teilbereichen gewährleistet. Der folgende Beitrag stellt die aktuelle Rechtsprechung auf der Grundlage der gesetzlichen Vorschriften zusammen. Dabei geht es zum einen um die Frage, inwieweit ehrenamtliche Tätigkeit zur Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung führt, zum anderen um die Ableitung sozialer Rechte aus ehrenamtlichem Engagement.

### I. Versicherungspflicht

#### 1. Entgeltliches Beschäftigungsverhältnis

Versicherungspflicht wird in den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung im Allgemeinen durch ein **entgeltliches Beschäftigungsverhältnis** vermittelt. Dementsprechend sind ehrenamtliche Tätigkeiten **sozialversicherungsfrei**, wenn sie **unentgeltlich** verrichtet werden. Wird dagegen eine Gegenleistung gewährt, so kommt es darauf an, ob mit der ehrenamtlichen Tätigkeit ein Beschäftigungsverhältnis i. S. v. § 7 Abs. 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) begründet worden ist.

#### a) Beschäftigung

Beschäftigung ist nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV die **nichtselbstständige Arbeit**, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV eine Tätigkeit nach **Weisungen** und eine **Eingliederung** in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Ausgehend davon setzt nach der Rechtsprechung ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber **persönlich abhängig** ist. Bei einer Tätigkeit in einem fremden Betrieb ist erforderlich, dass der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und einem Zeit, Dauer und Ort der Ausführungen umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Das Weisungsrecht kann jedoch, vornehmlich bei Diensten höherer Art, eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein.

Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist im Zusammenhang mit ehrenamtlicher Tätigkeit in der Vergangenheit vor allem anhand der **Ehrenbeamten** immer wieder problematisch gewesen. Die wesentlichen Grundsätze hat das Bundessozialgericht anhand des ehrenamtlichen Bürgermeisters einer verbandsangehörigen Gemeinde in Sachsen zusammengefasst, der zugleich bei dem Verband selbst hauptberuflich als Kämmerer tätig war und für seine Arbeit als Bürgermeister eine Aufwandsentschädigung erhielt, die zu zwei Dritteln als steuerpflichtig behandelt wurde.<sup>1)</sup>

Nach den vom Bundessozialgericht entwickelten Grundsätzen stehen Ehrenbeamte in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis, wenn sie **dem allgemeinen Erwerbsleben zugängliche Verwaltungsaufgaben** wahrnehmen und hierfür eine **den tatsächlichen Aufwand übersteigende Aufwandsentschädigung** erhalten. Weder das Rechtsverhältnis als Ehrenbeamter als solches noch dessen Rechtsstellung als Organ oder Mitglied eines Organs einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (z. B. einer Gemeinde) noch die Zahlung einer pauschalen Aufwandsentschädigung ohne Bezug zu einem konkreten Verdienstausschluss schließen die Annahme eines versicherungs- und beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses aus.

Ob der Ehrenbeamte in seinem Amt zur weisungsgebundenen Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben, ggf. neben der Wahrnehmung weisungsfreier Repräsentationsaufgaben, verpflichtet ist und damit dieser Aufgabenbereich seine Tätigkeit prägt, kann nicht allgemein beantwortet werden. Es kommt vielmehr auf die **Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls** an. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, wie das Ehrenamt nach dem **Kommunalrecht des jeweiligen Landes** ausgestaltet ist.

Im konkreten Fall des sächsischen Bürgermeisters hat das Bundessozialgericht auf dieser Grundlage das Vorliegen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses bejaht. Danach oblagen dem Bürgermeister als Leiter der Gemeindeverwaltung Verwaltungsaufgaben, die er auch tatsächlich wahrnahm. Das galt zum einen für solche Aufgaben, die noch nicht von dem Verwaltungsverband wahrgenommen wurden, zum anderen für solche Aufgaben, die die Gemeinde im Auftrag des Verwaltungsverbandes wahrnehmen musste. Auch wenn der Bürgermeister nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht für die Organisation der Verwaltung verantwortlich war, hatte er

1) BSG, Urteil vom 25. 1. 2006 – B 12 KR 12/05 R, SozR 4-4200 § 7 Nr. 6.



## DER AKTUELLE BERICHT • SOZIALRECHT

jedenfalls darüber zu wachen, dass die jeweiligen Aufgaben sachgemäß erledigt wurden.

### b) Entgelt

Die Frage, ob der Ehrenbeamte ein Entgelt für seine Tätigkeit erhält, ist unabhängig davon zu beurteilen, wie die Gegenleistung bezeichnet wird. So können auch als „**Aufwandsentschädigung**“ oder „**Verdienstausfall**“ bezeichnete Zahlungen ein Entgelt im sozialversicherungsrechtlichen Sinn darstellen. Maßgebend ist allein, ob es sich um **steuerfreie Leistungen** handelt. Die Steuerfreiheit kann sich dabei insbesondere aus **§ 3 Nr. 12 und 26 Einkommensteuergesetz (EStG)** ergeben. Auf dieser Grundlage begründete sich die Versicherungspflicht des sächsischen Bürgermeisters daraus, dass seine Aufwandsentschädigung zu immerhin zwei Drittel als einkommensteuerpflichtig zu behandeln war.

### c) Beispiele aus der Rechtspraxis

- ▶ Anknüpfend an die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts hat das Bayerische Landessozialgericht entschieden, dass auch stellvertretende Bürgermeister bayerischer Kommunen in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehen.<sup>2)</sup>
- ▶ Entsprechendes gilt grundsätzlich für den ehrenamtlich beschäftigten stellvertretenden Landrat in Bayern.<sup>3)</sup>
- ▶ Nach hessischem Landesrecht hat das Hessische Landessozialgericht Ortsvorsteher, die Teil der Administration und eingeordnet in die Verwaltungsorganisation sind, als versicherungspflichtig angesehen. Das Landessozialgericht hat dabei unterstrichen, dass die Frage, ob es sich um dem allgemeinen Erwerbsleben zugängliche Verwaltungsaufgaben handelt, nicht personen- sondern sachbezogen zu sehen ist (also: Könnten dieselben Funktionen auch hauptamtlich gegen Entgelt wahrgenommen werden?).<sup>4)</sup>
- ▶ Die ehrenamtliche Tätigkeit von Mitgliedern eines Hessischen Gemeindevorstands ist als eine im Prinzip auch hauptamtlich mögliche und insofern dem allgemeinen Erwerbsleben zugängliche Tätigkeit anzusehen, sofern es dabei um die Ausübung von Verwaltungstätigkeiten und nicht nur um Repräsentationsaufgaben geht. Sie unterliegt somit der Sozialversicherungspflicht, und zwar auch dann, wenn ein solches Mitglied lediglich Beigeordneter ist und keinen eigenen vom Bürgermeister zugewiesenen Geschäftsbereich hat.<sup>5)</sup>
- ▶ Ein ehrenamtlicher Kreisbrandrat, der nach bayerischem Landesrecht eine monatliche Aufwandsentschädigung erhält, die zu einem Drittel steuerfrei ist, unterliegt der Versicherungspflicht in der Sozialversicherung.<sup>6)</sup>
- ▶ Gleiches gilt für ehrenamtliche Feuerwehrführungskräfte nach bayerischem Landesrecht, die für ihre Tätigkeit einen den steuerfreien Betrag überschreitenden sog. „Entschädigungsleistung“ erhalten. In dieser Entscheidung betont das Bundessozialgericht, dass der Entgeltbegriff des § 14 SGB IV weit auszulegen ist und grundsätzlich eine entspre-

chende Zuordnung aller Einnahmen aus einer Beschäftigung unabhängig von ihrer Bezeichnung verlangt.<sup>7)</sup>

- ▶ Nach niedersächsischem Landesrecht sind der Kreisbrandmeister und der stellvertretende Kreisbrandmeister als sozialversicherungspflichtig beschäftigt anzusehen, nicht dagegen der Kreisjägermeister und sein Stellvertreter und ebenso wenig der Kreisnaturschutzbeauftragte.<sup>8)</sup> Bei den drei letztgenannten Funktionen handelt es sich nämlich nicht um Ehrenbeamte, sondern reine Ehrenämter, die nicht auf Grund ihrer jeweiligen landesrechtlichen Verpflichtungen in die Verwaltungsorganisation eingegliedert sind.

### d) Noch offene Fallgestaltungen

Nach Auffassung des Sächsischen Landessozialgerichts stellt die Tätigkeit im Rahmen der Mitgliedschaft eines Studentenrates einer Sächsischen Hochschule (im konkreten Fall: Sprecher und Finanzreferent) gegen Zahlung einer pauschalen Aufwandsentschädigung, die sich nicht nach einem tatsächlichen finanziellen Aufwand bestimmt, eine versicherungs- und beitragspflichtige Beschäftigung dar.<sup>9)</sup> Diese Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig, sondern im Revisionsverfahren beim Bundessozialgericht anhängig.<sup>10)</sup>

Relativ wenig Anschauungsmaterial gibt es bislang zu sonstigen ehrenamtlichen Tätigkeiten, z. B. als Vorstand eines Sportvereins. Immerhin hat das Schleswig-Holsteinische Landessozialgericht hierzu wie folgt entschieden: Ist die Tätigkeit eines Vorstandsmitglieds eines Sportverbandes auf wöchentliche Treffen zur Regelung der Belange des Vorstandes und gelegentliche Repräsentationsfunktionen (Ehrungen, Preisverleihungen) an Wochenenden beschränkt und erhält er hierfür eine geringe Aufwandsentschädigung, liegt darin keine Beschäftigung, sondern eine sozialrechtlich irrelevante ehrenamtliche Tätigkeit.<sup>11)</sup>

## 2. Ausnahme von der Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung

Eine Besonderheit besteht in der Arbeitslosenversicherung. Nach **§ 27 Abs. 3 Nr. 4 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III)** sind dort **versicherungsfrei** Personen in einer „**Beschäftigung als ehrenamtlicher Bürgermeister oder ehrenamtlicher Beigeordneter**“.

In einer neueren Entscheidung legt das Bundessozialgericht diesen zur Versicherungsfreiheit führenden Tatbestand eher weit aus und erstreckt ihn auch auf den ehrenamtlich beschäftigten

2) Bayerisches LSG, Urteil vom 13. 11. 2008 – L 5 KR 134/07.

3) BSG, Urteil vom 27. 1. 2010 – B 12 KR 3/09 R, zur Veröffentlichung in SozR 4 vorgesehen.

4) Hessisches LSG, Urteil vom 17. 12. 2007 – L 1 KR 92/06.

5) Hessisches LSG, Urteil vom 29. 3. 2007 – L 1 KR 86/06; zum Beigeordneten nach hessischem Landesrecht auch Hessisches LSG, Urteil vom 17. 12. 2007 – L 1 KR 88/06.

6) BSG, Beschluss vom 4. 4. 2006 – B 12 KR 76/05 B.

7) BSG, Urteil vom 15. 7. 2009 – B 12 KR 1/09 R, BSGE 104, 71.

8) LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 8. 11. 2007 – L 1 R 611/05.

9) Sächsisches LSG, Urteil vom 4. 3. 2009 – L 1 KR 92/07.

10) Az. des BSG: B 12 KR 10/09 R.

11) Schleswig-Holsteinisches LSG, Urteil vom 11. 1. 2006 – L 5 KR 18/05, NZS 2006, 320.

## SOZIALRECHT • DER AKTUELLE BERICHT

stellvertretenden Landrat in Bayern.<sup>12)</sup> Dieser sei einem „ehrenamtlichen Beigeordneten“ i. S. d. § 27 Abs. 3 Nr. 4 SGB III gleichzustellen. Der Sinn dieser Vorschrift bestehe darin, insgesamt auf Grund eines kommunalen Wahlamtes ehrenamtlich ausgeübte Beschäftigungen von der Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung auszunehmen.

Diese Überlegungen können dazu führen, alle kommunalen Wahlämter für versicherungsfrei in der Arbeitslosenversicherung zu halten. Ob im Einzelfall ein kommunales Wahlamt vorliegt, beurteilt sich nach allgemeinen Grundsätzen wiederum nach dem jeweiligen Landesrecht. Demgegenüber sind andere Ehrenbeamtentätigkeiten (wie z. B. diejenige des Kreisbrandmeisters) von der Vorschrift nicht erfasst. Für sie bleibt es vielmehr bei der Versicherungs- und Beitragspflicht auch in der Arbeitslosenversicherung.

## II. Versicherungsschutz

### 1. Rentenversicherung

In der gesetzlichen Rentenversicherung wird Versicherungsschutz im Allgemeinen dadurch hergestellt, dass die **beitragspflichtigen Arbeitsentgelte** gutgeschrieben werden und sich auf die Rentenhöhe positiv auswirken. Soweit eine ehrenamtliche Tätigkeit versicherungspflichtig ist, führt dies zur Erhöhung der späteren Altersrente, aber auch etwaiger Erwerbsminderungsrenten.

Mit Blick auf den Versicherungsschutz problematischer ist die Frage, wie verhindert werden kann, dass Personen, die sich zur Übernahme eines (nicht versicherungspflichtigen) Ehrenamtes bereit erklären und hierdurch möglicherweise **Einbußen im Arbeitsverdienst** ihres „Brotberufs“ hinnehmen, vor Nachteilen bei der Rente geschützt werden können. Um einen entsprechenden Ausgleich zu schaffen, hat der Gesetzgeber in § 163 Abs. 3 und 4 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) zwei Spezialregelungen eingeführt. Die Vorschriften lauten:

*(3) Bei Arbeitnehmern, die ehrenamtlich tätig sind und deren Arbeitsentgelt infolge der ehrenamtlichen Tätigkeit gemindert wird, gilt auch der Betrag zwischen dem tatsächlich erzielten Arbeitsentgelt und dem Arbeitsentgelt, das ohne die ehrenamtliche Tätigkeit erzielt worden wäre, höchstens bis zur Beitragsbemessungsgrenze als Arbeitsentgelt (Unterschiedsbetrag), wenn der Arbeitnehmer dies beim Arbeitgeber beantragt. Satz 1 gilt nur für ehrenamtliche Tätigkeiten für Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts, deren Verbände einschließlich der Spitzenverbände oder ihrer Arbeitsgemeinschaften, Parteien, Gewerkschaften sowie Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die wegen des ausschließlichen und unmittelbaren Dienstes für gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke von der Körperschaftsteuer befreit sind. Der Antrag kann nur für laufende und künftige Lohn- und Gehaltsabrechnungszeiträume gestellt werden.*

*(4) Bei Versicherten, die eine versicherungspflichtige ehrenamtliche Tätigkeit aufnehmen und für das vergangene Kalenderjahr freiwillige Beiträge gezahlt haben, gilt jeder Betrag*

*zwischen dem Arbeitsentgelt und der Beitragsbemessungsgrenze als Arbeitsentgelt (Unterschiedsbetrag), wenn die Versicherten dies beim Arbeitgeber beantragen. Satz 1 gilt nur für versicherungspflichtige ehrenamtliche Tätigkeiten für Körperschaften des öffentlichen Rechts. Der Antrag kann nur für laufende und künftige Lohn- und Gehaltsabrechnungszeiträume gestellt werden.*

#### a) § 163 Abs. 3 SGB VI

Der von § 163 Abs. 3 SGB VI erfasste Personenkreis hat die Möglichkeit, unter den in der Vorschrift genannten Voraussetzungen zusätzlich zu dem tatsächlich erzielten Arbeitsentgelt auch den **Unterschiedsbetrag** zu demjenigen Arbeitsentgelt als versicherungspflichtiges (und damit rentensteigerndes) Arbeitsentgelt behandeln zu lassen, das er ohne die ehrenamtliche Tätigkeit erzielt hätte.

Ob ein **Ursachenzusammenhang** zwischen dem niedrigeren Entgelt und der ehrenamtlichen Tätigkeit in diesem Sinne besteht, wird ermittelt, indem man das Arbeitsentgelt vor und nach Aufnahme der ehrenamtlichen Tätigkeit **vergleicht**. Lag das vormalige Arbeitsentgelt über der Beitragsbemessungsgrenze, so bildet diese allerdings auch für die Differenz die Grenze. Ein Arbeitnehmer, der zwar wegen seiner ehrenamtlichen Tätigkeit Gehaltseinbußen hinnehmen muss, aber unverändert über der Beitragsbemessungsgrenze liegt, kann also von § 163 Abs. 3 SGB VI nicht profitieren.

Die ehrenamtliche Tätigkeit muss bei einer der in § 163 Abs. 3 SGB VI genannten Stellen ausgeübt werden. Die Aufzählung ist **abschließend**.

Der ehrenamtlich Tätige muss bei seinem Arbeitgeber einen entsprechenden **Antrag** stellen. Dieser ist sodann verpflichtet, die **Meldung** und **Beitragsentrichtung** aus dem fiktiven höheren Arbeitsentgelt vorzunehmen. Die Beiträge hat der **Arbeitnehmer** allerdings **selbst** zu tragen (§ 168 Abs. 1 Nr. 5 SGB VI). Eine Aufstockung ist grundsätzlich nur für laufende und künftige Abrechnungszeiträume möglich. Soweit Arbeitsentgelt für die Vergangenheit noch nicht abgerechnet ist, soll allerdings ebenfalls eine Aufstockung möglich sein.

#### b) § 163 Abs. 4 SGB VI

§ 163 Abs. 4 SGB VI betrifft den unter I. näher behandelten Personenkreis **der versicherungspflichtigen Ehrenamtlichen**. Dieser Personenkreis zeichnet sich regelmäßig dadurch aus, dass das beitragspflichtige Arbeitsentgelt relativ niedrig ist (es handelt sich ja um ein Ehrenamt). Haben die betreffenden Personen freiwillige Beiträge zur Rentenversicherung geleistet, so können sie unter den weiteren Voraussetzungen des § 163 Abs. 4 SGB VI jeden beliebigen Betrag zwischen dem Arbeitsentgelt und der Beitragsbemessungsgrenze als versicherungspflichtiges Arbeitsentgelt behandeln zu lassen. Sie müssen einen entsprechenden Antrag stellen. Die Beiträge für den Unterschiedsbetrag müssen sie selbst zahlen (§ 168 Abs. 1 Nr. 5 SGB VI).

<sup>12)</sup> BSG, Urteil vom 27. 1. 2010 – B 12 KR 3/09 R.

## 2. Unfallversicherung

Von wesentlicher Bedeutung für ehrenamtlich Tätige ist die Frage, inwieweit sie bei Ausübung ihres Ehrenamtes unfallversichert sind. Hier haben sich in der Vergangenheit zum Teil Verbesserungen ergeben.

### a) Pflichtversicherung nach § 2 SGB VII

§ 2 SGB VII sieht verschiedene Tatbestände vor, die Unfallversicherungsschutz begründen. Die wichtigsten sind § 2 Abs. 1 Nr. 9, 10 und 12 SGB VII. Die betreffenden Bestimmungen haben folgenden Wortlaut:

*(1) Kraft Gesetzes sind versichert*

...

*9. Personen, die selbständig oder unentgeltlich, insbesondere ehrenamtlich im Gesundheitswesen oder in der Wohlfahrtspflege tätig sind,*

*10. Personen, die*

*a) für Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts oder deren Verbände oder Arbeitsgemeinschaften, für die in den Nummern 2 und 8 genannten Einrichtungen oder für privatrechtliche Organisationen im Auftrag oder mit ausdrücklicher Einwilligung, in besonderen Fällen mit schriftlicher Genehmigung von Gebietskörperschaften ehrenamtlich tätig sind oder an Ausbildungsveranstaltungen für diese Tätigkeit teilnehmen,*

*b) für öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften und deren Einrichtungen oder für privatrechtliche Organisationen im Auftrag oder mit ausdrücklicher Einwilligung, in besonderen Fällen mit schriftlicher Genehmigung von öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften ehrenamtlich tätig sind oder an Ausbildungsveranstaltungen für diese Tätigkeit teilnehmen,*

*12. Personen, die in Unternehmen zur Hilfe bei Unglücksfällen oder im Zivilschutz unentgeltlich, insbesondere ehrenamtlich tätig sind oder an Ausbildungsveranstaltungen dieser Unternehmen teilnehmen ...*

Daneben ist § 2 Abs. 1a SGB VII zu beachten, der ehrenamtlich Tätige im **Freiwilligendienst aller Generationen** unter den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung stellt.

### aa) § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII

Unter § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VII fallen Personen, die ehrenamtlich im **Gesundheitswesen** oder der **Wohlfahrtspflege** tätig sind. So steht z. B. ein Busfahrer, der als ehrenamtlicher Helfer eines Vereins zur humanitären Hilfe den Bustransfer von Tschernobylopfern (Kinder und Eltern) zwecks Erholungsaufenthalts in Deutschland sicherstellte, während dieser Fahrten – auch im Ausland – unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung.<sup>13)</sup>

### bb) § 2 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a) SGB VII

§ 2 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a) SGB VII regelt den Unfallversicherungsschutz bei der ehrenamtlichen Tätigkeit **für öffentlich-rechtliche juristische Personen, deren Verbände oder Arbeitsgemeinschaften**. In der Rechtsprechung sind folgende Einzelfälle entschieden worden:

- ▶ Bei der Pflege öffentlicher Grünflächen sind Privatpersonen als ehrenamtlich Tätige versichert, wenn eine Beauftragung nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a) SGB VII vorliegt.<sup>14)</sup>
- ▶ Das Sozialgericht Berlin hat Personen, die im Rahmen eines künstlerischen Projekts mit Kindern an einer Grundschule unentgeltlich tätig werden und im Interesse der Schüler und der Schule mithelfen, ein Wandbild anzubringen, als geschützt angesehen. Der ausdrücklichen „Verleihung“ eines Ehrenamtes durch die Schulleiterin habe es nicht bedurft. Es habe vielmehr ausgereicht, dass die Schulleiterin von der umfangreichen Ausübung unentgeltlicher Arbeit im Interesse der Schule ausging.<sup>15)</sup>
- ▶ Gemeinderatsmitglieder sind bei der Teilnahme an einem örtlichen Fußballturnier, welches nicht von der Gemeinde organisiert wird, nicht unfallversichert. Eine repräsentative Aufgabe der Gemeinderatsmitglieder bei der Teilnahme an einem Turnier liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn die Mitglieder des Gemeinderates als Mannschaft nicht in irgendeiner Art und Weise besonders gekennzeichnet und angekündigt sind.<sup>16)</sup>
- ▶ Für den Unfallversicherungsschutz bei ehrenamtlicher Tätigkeit gem. § 2 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. a) SGB VII ist nicht erforderlich, dass die Tätigkeit üblicherweise ehrenamtlich ausgeübt wird (im konkreten Fall: Prüfer in einer Diplomprüfung).<sup>17)</sup> In dieser Entscheidung hat das Bundessozialgericht auch deutlich gemacht, dass es in der gesetzlichen Unfallversicherung zum Wesen der ehrenamtlichen Tätigkeit gehört, dass die unentgeltlich erfolgt (zur entgeltlichen ehrenamtlichen Tätigkeit siehe § 6 SGB VII und die Ausführungen zu c).

### cc) § 2 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b) SGB VII

Die Vorschrift ist mit Wirkung vom 1. 1. 2005 durch das **Gesetz zur Verbesserung des unfallversicherungsrechtlichen Schutzes bürgerschaftlich Engagierter und weiterer Personen** vom 9. 12. 2004<sup>18)</sup> wesentlich verändert worden. Bislang hatte sie sich auf den Kernbereich der Religionsausübung und die Mitarbeit in gewählten Gremien beschränkt. Nunmehr sollen offiziell anerkannte Religionsgemeinschaften mit den von Nr. 10 Buchst. a) erfassten Körperschaften des öffentlichen Rechts gleichgestellt werden.

13) LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23. 5. 2007 – L 2 U 237/04.

14) Schleswig-Holsteinisches LSG, Urteil vom 10. 11. 2009 – L 8 U 71/08, UV-Recht Aktuell 2010, 268.

15) SG Berlin, Urteil vom 2. 2. 2009 – S 25 U 1032/07.

16) Bayerisches LSG, Urteil vom 11. 10. 2006 – L 2U 136/06 – UV Recht Aktuell 2007, 1.

17) BSG, Urteil vom 7. 9. 2004 – B 2 U 45/03 R, SozR 4-2700 § 2 Nr. 2.

18) BGBl. I, 3299.



SOZIALRECHT • KURZBEITRÄGE

Das führt dazu, dass jetzt auch z. B. Ministranten nicht nur bei der Mitwirkung bei Messfeiern, sondern auch während einer Wochenendfreizeit versichert sind, sofern die Zustimmung der Religionsgemeinschaft vorliegt. Auch Chormitglieder sind jetzt auf Chorreisen und nicht etwa nur während Messfeiern versichert. Schließlich ist Versicherungsschutz nunmehr gewährleistet bei ehrenamtlichen Tätigkeiten in privatrechtlichen Verbänden oder Arbeitsgemeinschaften der öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften.

dd) § 2 Abs. 1 Nr. 12 SGB VII

Von dieser Norm werden in erster Linie Tätigkeiten z. B. für das DRK, den Malteser Hilfsdienst, die Johanniter-Unfall-Hilfe, den Arbeiter-Samariter-Bund, die Wasser- und Bergwacht, die Deutsche Lebensrettungsgesellschaft, die Deutsche Gesellschaft zur Rettung Schiffbrüchiger, die Feuerwehr und das Technische Hilfswerk erfasst. Zu den versicherten Tätigkeiten zählen alle Verrichtungen, die innerlich mit dem Unternehmen zusammenhängen, vor allem die Hilfe bei Unglücksfällen und hierfür vorgesehene Vorbereitungsmaßnahmen, auch Verwaltungs- und Werbemaßnahmen.

Die bloße Teilnahme eines Mitglieds der DLRG an einem Zeltlager, das als reine Freizeitveranstaltung konzipiert gewesen ist und bei dem Spiel- und Spaßaktivitäten im Vordergrund standen, reicht dagegen jedenfalls dann nicht aus, wenn nicht besondere Umstände hinzutreten.<sup>19)</sup>

b) Freiwillige Versicherung

Der Versicherungsschutz nach § 2 SGB VII wird erweitert durch die Möglichkeit der **freiwilligen Versicherung** nach § 6 SGB VII. Kraft dieser Vorschrift können sich die von ihr erfassten ehrenamtlich Tätigen freiwillig in der gesetzlichen Unfallversicherung versichern. Sie lautet:

(1) Auf schriftlichen Antrag können sich versichern  
...  
3. gewählte oder beauftragte Ehrenamtsträger in gemeinnützigen Organisationen,  
4. Personen, die in Verbandsgremien und Kommissionen für Arbeitgeberorganisationen und Gewerkschaften sowie anderen selbständigen Arbeitnehmervereinigungen mit sozial- oder berufspolitischer Zielsetzung (sonstige Arbeitnehmervereinigungen) ehrenamtlich tätig sind oder an Ausbildungsveranstaltungen für diese Tätigkeit teilnehmen,  
5. Personen, die ehrenamtlich für Parteien im Sinne des Parteiengesetzes tätig sind oder an Ausbildungsveranstaltungen für diese Tätigkeit teilnehmen.  
  
(2) Die Versicherung beginnt mit dem Tag, der dem Eingang des Antrags folgt. Die Versicherung erlischt, wenn der Beitrag oder Beitragsvorschuss binnen zwei Monaten nach Fälligkeit nicht gezahlt worden ist. Eine Neuanschuldung bleibt so lange unwirksam, bis der rückständige Beitrag oder Beitragsvorschuss entrichtet worden ist.

Die Beiträge werden nach Kopfbeiträgen erhoben, d. h. nach dem individuellen Risiko der „Köpfe“, die insgesamt versichert sind.

19) LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 25. 5. 2009, L 2 U 25/08.

Versicherungsrechtliche Beurteilung von Übungsleitern in Sportvereinen

**Fast in jedem Sportverein sind Übungsleiter im Einsatz. Es stellt sich dann die Frage, ob der Übungsleiter Arbeitnehmer ist oder eine selbständige Tätigkeit ausübt. Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben sich darauf verständigt, dass Übungsleiter in Sportvereinen grundsätzlich nicht als abhängig Beschäftigte anzusehen sind. Aber: Eine verbindliche Entscheidung kann immer nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände getroffen werden. Deshalb ist es wichtig, die Umstände so zu gestalten, dass sie das gewollte Ergebnis unterstützen.**

1. Abgrenzungskriterien zum Arbeitnehmerstatus

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts besteht Arbeitnehmereigenschaft dann, wenn persönliche Abhängigkeit vorliegt. Andererseits kann Selbständigkeit angenommen werden, wenn der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten kann. Für die Selbständigkeit spricht:

1. Wenn der Auftragnehmer, auch räumlich, nicht in die betriebliche Organisation des Auftraggebers eingebunden ist. Besteht keine örtliche Weisungsgebundenheit, ist dies ein Indiz für die Selbständigkeit.
2. Kann der Auftragnehmer weitgehend frei über den Zeitrahmen zur Erbringung seiner Leistungen bestimmen oder ist er in Dienstpläne des Vereins eingebunden, so dass ihm eigene „Zeitsouveränität“ fehlt (zeitliche Weisungsgebundenheit)?
3. Kann der Auftragnehmer selbst entscheiden, was er wann und wie bearbeitet oder ist er diesbezüglichen Weisungen des Auftraggebers unterworfen? Muss er darüber hinaus die Dienstleistung persönlich erbringen oder kann er Hilfspersonen hinzuziehen und die Dienstleistung im Einzelfall ablehnen (inhaltliche Weisungsgebundenheit)?
4. Durchführung des Trainings in eigener Verantwortung; der Übungsleiter legt die Dauer, Lage und Inhalte des Trainings selbst fest und stimmt sich wegen der Nutzung der Sportanlagen selbst mit anderen Beauftragten des Vereins ab.
5. Der zeitliche Aufwand und die Höhe der Vergütung; je geringer der zeitliche Aufwand des Übungsleiters und je geringer seine Vergütung ist, desto mehr spricht dies für eine selbständige Tätigkeit.



Neben den vertraglichen Vereinbarungen kommt es für die versicherungsrechtliche Abgrenzung entscheidend auf die tatsächliche Handhabung und Abwicklung des Vertragsverhältnisses an. Deshalb sollten bei der Durchführung des Vertrages, wenn die Selbständigkeit gewollt ist, unbedingt beachtet werden:

- ▶ Anwesenheits- und Arbeitskontrollen bzw. eine Zeiterfassung sind zu vermeiden.
- ▶ Dem Auftragnehmer sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, Aufträge frei und ohne Beeinflussung von außen durchzuführen sowie Einzelaufträge abzulehnen.
- ▶ Vergütungen sind abschließend zu zahlen bzw. ausdrücklich als Honorar zu bezeichnen. Es dürfen keinesfalls die sonst für Arbeitsverhältnisse typischen Sozialleistungen gewährt bzw. vereinbart werden, wie zum Beispiel Fahrgeld zur Arbeitsstätte, Zuschüsse, Teilnahme an Sozialeinrichtungen, Urlaub, Lohnfortzahlung bei Krankheit usw.
- ▶ Büroräume, Telefonanlage oder die EDV-Anlage des Auftraggebers dürfen nicht kostenlos überlassen werden, sondern sind ggf. gegen Entgelt auf Grund gesonderter Nutzungsverträge bereitzustellen.
- ▶ Wettbewerbsverbote und Ausschließlichkeitsregelungen sind zu vermeiden.
- ▶ Freie Mitarbeiter sollten nicht in die Vereinsorganisation und den Vereinsablauf eingebunden werden (Urlaubsanträge, Aufnahme in Telefonverzeichnisse, Mitarbeiterlisten, Zur-Verfügung-Stellung von Materialien, Betriebsausstattung einschließlich Visitenkarten).

II. Freier Mitarbeiter-Vertrag

Die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger haben speziell für den Sportbereich einen Mustervertrag für Übungsleiter entwickelt. Dieser Mustervertrag ist für nebenberufliche Tätigkeiten in Vereinen ausgerichtet und erfasst Gesamthonorare bis 575 € monatlich. Bei Abschluss eines solchen Vertrages kann Selbständigkeit angenommen werden, wenn die vertraglichen Regelungen mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmen. Hier der

Mustervertrag

§ 1 Vertragspartner

Frau/Herr \_\_\_\_\_ beginnt ab \_\_\_\_\_ eine freiberufliche Tätigkeit als nebenberufliche/r, selbständige/r Übungsleiter/in für den Auftraggeber mit folgender Aufgabenstellung:

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Frau/Herr \_\_\_\_\_ versichert, zur Ausübung der Tätigkeit im Besitz einer gültigen Lizenz des (Verband/Fachverband) \_\_\_\_\_ zu sein und wird Sorge dafür tragen, dass für die Dauer dieses Vertrages die Lizenz/Qualifikation gültig bleibt.

§ 2 Rechtsstellung des Vertragspartners

Frau/Herr \_\_\_\_\_ hat die übertragene Tätigkeit für den Auftraggeber selbständig und eigenverantwortlich auszuüben.

Frau/Herr \_\_\_\_\_ führt die im Rahmen dieses Vertrages erteilten Aufträge mit der Sorgfalt eines ordentlichen Übungsleiters in eigener unternehmerischer Verantwortung aus. Dabei hat sie/er zugleich auch die Interessen des Auftraggebers zu berücksichtigen. Der Auftragnehmer unterliegt keinem Weisungs- und Direktionsrecht und ist in Bezug auf die Arbeitsausübung frei und nicht in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingebunden. Es sind jedoch fachliche Vorgaben des Auftraggebers soweit zu beachten, als dies die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung erfordert.

Der Auftragnehmer ist nicht verpflichtet, jeden Auftrag höchstpersönlich auszuführen. Er kann sich hierzu – soweit der jeweilige Auftrag dies gestattet – auch der Hilfe von Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen bedienen, soweit er deren fachliche Qualifikation zur Erfüllung des Vertrags sicherstellt und diesen gleich lautende Verpflichtungen auf Grund dieses Vertrags auferlegt. Der Auftragnehmer hat im Einzelfall das Recht, Aufträge des Auftraggebers ohne Angabe von Gründen abzulehnen.

Der Auftragnehmer hat das Recht, auch für andere Auftraggeber tätig zu werden. Er unterliegt keinerlei Ausschließlichkeitsbindungen und/oder einem Wettbewerbsverbot. Der Auftragnehmer verpflichtet sich allerdings, über alle ihm bekannt gewordenen und bekannt werdenden Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Auftraggebers Stillschweigen zu bewahren. Hierzu gehören auch schutzwürdige persönliche Verhältnisse von Mitarbeitern und Strukturen des Auftraggebers. Diese Verpflichtung besteht auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses uneingeschränkt fort.

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, eigenständig für die Abführung der ihn betreffenden Einkommenssteuer sowie ggf. Umsatzsteuer Sorge zu tragen. Der Auftragnehmer wird darauf hingewiesen, dass er im Rahmen von § 2 Nr. 1 SGB VI als selbständig Tätiger rentenversicherungspflichtig ist, wenn er im Zusammenhang mit seiner selbständigen Tätigkeit keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt.

Frau/Herr \_\_\_\_\_ hat bei dieser selbständigen Tätigkeit über allgemeine sportliche Grundsätze hinaus auch die Vereinsgrundsätze, Richtlinien und sonstigen Verbandsvorgaben zur Sportausübung zu beachten.

§ 3 Zeitlicher Rahmen

Unter Berücksichtigung der Organisationsstruktur des Auftraggebers wird folgender Rahmen für die Übungszeiten vereinbart:

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Beide Vertragsparteien gehen für die Tätigkeit von insgesamt \_\_\_\_\_ Übungsstunden pro Woche aus, wobei die honorarpflichtige Übungsstunde mindestens 45 Minuten beträgt.

Einvernehmen besteht darüber, dass bei Bedarf eine Erweiterung des vorgesehenen Stundenkontingents möglich und zu vereinbaren ist.

## SOZIALRECHT • KURZBEITRÄGE

**§ 4 Honorarsätze**

Für die Tätigkeit wird ein Honorar von \_\_\_\_\_ Euro pro geleisteter Stunde zu Grunde gelegt. Über die erbrachte Tätigkeit ist dem Auftraggeber eine monatliche Abrechnung vorzulegen. Das jeweilige Honorar ist am Ende des Monats nach Rechnungsvorlage fällig und wird auf das angegebene Konto bei der \_\_\_\_\_, Konto-Nr. \_\_\_\_\_, BLZ \_\_\_\_\_, überwiesen.

Soweit ein Mehrwertsteuerausweis für die Rechnung vorgenommen wird, zahlt der Auftraggeber zusätzlich jeweils die gesetzliche Mehrwertsteuer.

Soweit im Rahmen der Tätigkeit Fahrten/Reisen ausgeführt werden müssen, werden die Aufwendungen auf der Grundlage der geltenden steuerlichen Reisekostengrundsätze von Seiten des Auftraggebers ersetzt, soweit der Vertragspartner hierfür zuvor die Zustimmung des Auftraggebers eingeholt hat.

Etwaige sonstige Sachkosten für die Erfüllung der Tätigkeit trägt ausschließlich der Auftraggeber.

Sämtliche weitergehende Aufwendungen des Auftragnehmers, mit Ausnahme der Reisekosten, sind durch die Honorarregelung umfassend abgegolten.

**§ 5 Pflichten**

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, dass ausschließlich berechnete und nach dem Leistungsstand geeignete Vereinsmitglieder/Personen an den Übungsstunden teilnehmen.

Der Vorstand oder ein legitimierter Beauftragter wird über Inhalt und Leistungsstand regelmäßig oder bei Bedarf informiert.

Der Auftragnehmer wird sich vor Beginn seiner jeweiligen Übungsstunde vom ordnungsgemäßen Zustand der Gerätschaften/Anlagen und der Übungsstätte überzeugen. Soweit sich während der Tätigkeit für den Verein Unfälle ereignen, ist hierüber unverzüglich der Vorstand zu informieren.

**§ 6 Zeitraum**

Dieser Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Jede der Vertragsparteien ist berechtigt, unter Einhaltung einer Frist von \_\_\_\_\_ (Wochen/Monate) zum Schluss eines Kalendervierteljahrs/Kalenderjahrs den Vertrag schriftlich zu kündigen.

Das Recht zur fristlosen Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grunds bleibt hiervon unberührt.

**§ 7 Vertragsänderungen**

Mündliche Abreden wurden nicht getroffen. Ergänzungen und Änderungen dieses Vertrages bedürfen grundsätzlich der Schriftform. Sollen einzelne Bestimmungen dieses Vertrags teilweise unwirksam sein oder werden, wird hierdurch die Rechtswirksamkeit des gesamten Vertrags im Übrigen nicht berührt. Die Vertragsparteien sind an dieser Stelle verpflichtet, anstatt der unwirksamen Regelung eine Regelung zu vereinbaren, die dem wirtschaftlichen Zweck der unwirksamen Regelung in zulässiger Weise am nächsten kommt.

**§ 8 Gerichtsstand**

Gerichtsstand für die Vertragsparteien ist das für den Sitz des Vereins zuständige örtliche Gericht.

Beide Vertragsparteien erklären, eine schriftliche, gegengezeichnete Ausfertigung dieses Vertrags erhalten zu haben.

(Ort/Datum) (Ort/Datum)

Für den Auftraggeber Auftragnehmer/in  
- Der Vereinsvorstand -

**III. Bedeutung der Höhe der Vergütung**

Der vorstehende Mustervertrag wurde für Übungsleiter konzipiert, deren Vergütung 575 € im Monat nicht übersteigt. Dieser Betrag errechnet sich aus dem Mini-Job-Entgelt von 400 € (Entgeltgrenze für versicherungsfreie geringfügige Beschäftigungen) zuzüglich des ohnehin sozialversicherungsfreien Übungsleiter-Freibetrages von 175 € (vergleiche § 3 Nr. 26 Einkommensteuergesetz – EStG). Der Übungsleiterfreibetrag aus nebenberuflichen Tätigkeiten gehört nach der Regelung des § 14 Abs. 1 Satz 3 SGB IV nicht zum Arbeitsentgelt und bleibt deshalb bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung unberücksichtigt.

Es ist allerdings nicht so, dass allein auf Grund der Einhaltung des Vergütungsbetrages die Annahmevermutung einer selbständigen Tätigkeit besteht. Vielmehr ist die Höhe der Vergütung nur ein zu den allgemeinen Kriterien hinzutretendes Merkmal, das bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung zu beachten ist. Demnach wird die selbständige Ausübung der Übungsleitertätigkeit im Sinne dieses Vertrages nicht ausgeschlossen, wenn 575 € monatlich überschritten werden, sofern die sonstigen zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalls überwiegend für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit sprechen. Insofern handelt es sich bei dem Betrag von 575 € nicht um eine starre Bruttogrenze. Jedoch dürfte diesem Betrag in den Fällen ausschlaggebende Bedeutung zukommen, in denen nach den sonstigen Gesamtumständen gleichgewichtige Kriterien sowohl für eine abhängige Beschäftigung wie für eine selbständige Tätigkeit sprechen.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, wie der Umstand zu beurteilen ist, wenn von Seiten des selbständigen Übungsleiters, der dem Verein eine Rechnung stellt, Umsatzsteuer hinzugerechnet wird.

**Beispiel:**

Die Rechnung des Übungsleiters A. beläuft sich auf 684,25 €. Dies entspricht einem Übungsleiter-Honorar von 575 € zuzüglich 19 % Mehrwertsteuer in Höhe von 109,25 €.

Da die Überschreitung der 575-Euro-Grenze allein darauf beruht, dass der Übungsleiter seine Trainerstunden zuzüglich Umsatzsteuer in Rechnung stellt und sich in Folge seiner Vorsteuerabzugsberechtigung (vgl. § 15 Umsatzsteuergesetz – UStG) das ihm verbleibende Honorar damit erhöht, führt allein dieser Umstand nicht zur Annahme einer abhängigen Beschäftigung. Vielmehr ist die Umsatzsteuerpflicht als Indiz für eine selbständige Tätigkeit anzusehen.

**IV. Tatsächliche Verhältnisse entscheiden**

Wie vorstehend ausgeführt, kommt es für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung eines Übungsleiters auf die tatsächlichen

Verhältnisse an. Auch dann, wenn nach den vertraglichen Vereinbarungen eine selbständige Tätigkeit gewollt ist.

#### Beispiel:

Ein Handballtrainer hat mit einem Sportverein den „Freien Mitarbeiter-Vertrag als Übungsleiter/Sport“ (vorstehender Mustervertrag) zum 1. 9. 2007 gegen ein monatliches Honorar von 875 € abgeschlossen. Er wird vom Verein als selbständiger Übungsleiter geführt. Sozialversicherungsbeiträge werden nicht entrichtet.

Bei einer Betriebsprüfung durch den Rentenversicherungsträger wird im August 2009 festgestellt, dass die tatsächliche Ausgestaltung nicht mit dem Vertrag übereinstimmt. So bestimmt nicht der Trainer Inhalt und Dauer des Trainings. Vielmehr legt der Verein fest, dass er das Training dreimal in der Woche von 19.00 bis 21.00 Uhr in der vereinseigenen Sporthalle durchführt. Die Trainingseinheiten hat der Übungsleiter zu dokumentieren und diesen Nachweis monatlich beim Vereinsvorstand vorzulegen.

Auf Grund dieses Sachverhaltes besteht umfassendes Weisungsrecht, so dass ein Arbeitnehmerverhältnis anzunehmen und damit Sozialversicherungspflicht zu unterstellen ist. Damit stellt das Honorar beitragspflichtiges Arbeitsentgelt dar. Nach Abzug des beitragsfreien Übungsleiterfreibetrages von 175 € monatlich sind 700 € monatlich beitragspflichtiges Arbeitsentgelt. Die Sozialversicherungsbeiträge sind vom Beginn der Beschäftigung an nachzuberechnen. Die Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherungsbeiträge können nur ab Juni 2009 einbehalten werden.

Umgekehrt ist von Selbständigkeit auszugehen, wenn sowohl der Vertrag als auch die tatsächlichen Umstände dies begründen.

#### Beispiel:

Ein Fechtlehrer schließt mit dem Fechtverein einen „Freien Mitarbeiter-Vertrag als Übungsleiter/Sport“ zum 1. 1. 2009 gegen ein monatliches Honorar von 575 € ab. Er teilt seine „Schüler“ selbständig in die einzelnen Leistungsklassen ein und bestimmt nach eigenem Ermessen Ort, Zeit und Dauer des Trainings. Er kann auch bestimmte Schüler vom Training ausschließen und das Training ganz oder teilweise ausfallen lassen. Eigentum des Vereins verwendet er nicht – er hat seine eigene Ausrüstung. Unter den gleichen Bedingungen ist er noch für einen anderen Fechtverein tätig.

Der Fechtlehrer übt seine Tätigkeit weisungsfrei aus. Vertragsgestaltung und tatsächliche Ausübung der Tätigkeit stimmen überein. Es handelt sich nicht um eine abhängige Beschäftigung, sondern um eine selbständige Tätigkeit.

## V. Wenn Selbständigkeit anzunehmen ist

Selbständig tätige Übungsleiter unterliegen grundsätzlich der Rentenversicherungspflicht (vgl. § 2 Satz 1 Nr. 1 SGB VI), sofern sie im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen

und mehr als geringfügig tätig sind. Das monatliche Arbeitseinkommen aus der Übungsleitertätigkeit muss also 400 € monatlich übersteigen. Auch hier ist bei der Ermittlung des Arbeitseinkommens zu berücksichtigen, dass Einnahmen bis 2 100 € jährlich bzw. 175 € monatlich steuer- und beitragsfrei sind (siehe § 3 Nr. 26 EStG). Besteht Rentenversicherungspflicht als Selbständiger, so ist der Selbständige verpflichtet, sich beim zuständigen Rentenversicherungsträger innerhalb von drei Monaten nach Aufnahme der selbständigen Tätigkeit zu melden (vgl. § 190a SGB VI).

Zu berücksichtigen ist weiter, dass abhängig beschäftigte Übungsleiter nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII kraft Gesetzes und selbständig tätige Übungsleiter nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII freiwillig in der gesetzlichen Unfallversicherung versichert werden.

#### Hinweis für die Praxis:

Ist unklar, ob ein Übungsleiter im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung arbeitet oder die Tätigkeit selbständig ausübt, sollte die zuständige Krankenkasse um eine verbindliche Entscheidung gebeten werden. Es kann aber auch über die Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund ein Statusfeststellungsverfahren (vgl. § 7 a SGB IV) eingeleitet werden. A.

## Keine Beitragsfreiheit bei Mitarbeiterkapitalbeteiligungen in Form von Entgeltumwandlungen

Mitarbeiterkapitalbeteiligungen werden durch das Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz<sup>1)</sup>, das am 1. 4. 2009 in Kraft getreten ist, besser gefördert. Danach sollen Arbeitnehmer am Erfolg „ihres“ Unternehmens teilhaben. Zunächst war dies begrenzt auf zusätzliche Förderleistungen. Nunmehr gilt dies auch steuerlich bei Entgeltumwandlungen. Die Steuerfreiheit solcher Mitarbeiterkapitalbeteiligungen wirkt sich jedoch nicht auf das Beitragsrecht in der Sozialversicherung aus.

### I. Auswirkungen des Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetzes

Die steuerliche Förderung der Mitarbeiterkapitalbeteiligungen wurde durch das Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz<sup>1)</sup> im Rahmen der Einkommensteuer auf eine neue Grundlage gestellt. Bis zum 31. 3. 2009 wurde die Beteiligung von Arbeitnehmern am Unternehmenskapital über § 19a Einkommensteuergesetz – EStG gefördert. Danach waren unentgeltlich oder verbilligt überlassene Beteiligungen an einem Unternehmensvermögen bis zum halben Wert, maximal bis zu 135 € im Kalenderjahr

1) Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz vom 7. 3. 2009, BGBl. I, 451.



## SOZIALRECHT • KURZBEITRÄGE

steuer- und damit auch beitragsfrei in der Sozialversicherung. Durch das Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz wurde § 19a EStG aufgehoben und an dessen Stelle mit § 3 Nr. 39 EStG eine neue Steuerfreiheit für die Überlassung von betrieblichen Beteiligungen eingeführt. Im Wesentlichen wurden folgende Änderungen wirksam:

- ▶ Die Erhöhung des steuer- und beitragsfreien Höchstbetrags für die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Mitarbeiterbeteiligungen am Unternehmen des Arbeitgebers von 135 € auf 360 €;
- ▶ **Der Wegfall der Begrenzung auf den halben Wert der Beteiligung** und
- ▶ die Begünstigung des neu geschaffenen Mitarbeiterkapitalbeteiligungs-Sondervermögens (Mitarbeiterkapitalbeteiligungsfonds) neben den bisherigen direkten Beteiligungen.

## II. Förderung der Vermögensbildung

Welche Vermögensbeteiligungen nach § 3 Nr. 39 EStG steuerbegünstigt sind, ergibt sich aus der Verweisung auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 bis 5 des Fünften Vermögensbildungsgesetzes – VermBG. Vermögenswirksame Leistungen sind danach Geldleistungen, die der Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer in einer der im Gesetz genannten begünstigten Anlageformen anlegt. Dazu zählen Vermögensbeteiligungen in Form von Aktien und GmbH-Anteilen, Schuldverschreibungen, stillen Beteiligungen, Genussrechten und – eben seit dem 1. 4. 2009 – auch Anteile an ein Mitarbeiterbeteiligungs-Sondervermögen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1d Fünftes VermBG in Verbindung mit Abschnitt 7a des Investmentgesetzes).

Im Rahmen der Änderungen des Fünften VermBG wurde die Arbeitnehmer-Sparzulage für vermögenswirksame Leistungen, die in betriebliche oder außerbetriebliche Beteiligungen angelegt werden, von 18 % auf 20 % angehoben. Der förderfähige Höchstbetrag beträgt unverändert 400 €, so dass ein Arbeitnehmer bis zu 80 € Sparzulage für den Erwerb von Vermögensbeteiligungen erhalten kann. Voraussetzung ist immer, dass die Einkommensgrenzen nicht überschritten werden. Die Einkommensgrenze für die Gewährung der Sparzulage bei der Anlage in Beteiligungen wurde von 17 900 € für Ledige bzw. 35 800 € für Verheiratete auf 20 000 € bzw. 40 000 € erhöht.

## III. Keine Vergünstigung für außerbetriebliche Beteiligungen

Zu beachten ist, dass nicht mehr jede vom Arbeitgeber gewährte Vermögensbeteiligung begünstigt ist, sondern nur noch die Beteiligung des Arbeitnehmers am **eigenen** Unternehmen. Als solches gilt auch ein Unternehmen des zugehörigen Konzerns. Außerbetriebliche Beteiligungen sind bezüglich des steuer- und beitragsfreien Höchstbetrages von 360 € nicht mehr begünstigt.

### Beispiel:

Der Betrieb A. überlässt seinen Mitarbeitern Aktien im Wert von 360 € eines fremden, nicht konzernzugehörigen Unternehmens.

Der steuer- und beitragsfreie Höchstbetrag von 360 € kann nicht geltend gemacht werden, da es sich nicht um eine Vermögensbeteiligung am Unternehmen des Arbeitgebers handelt.

## IV. Rechtsfolgen bei Entgeltumwandlungen

Mit dem Inkrafttreten des Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetzes beschränkte sich die Steuer- und Beitragsfreiheit auf Vermögensbeteiligungen, die zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitsentgelt gewährt und nicht auf bestehende oder zukünftige Ansprüche angerechnet wurden. Die Umwandlung von steuer- und beitragspflichtigem Entgelt in steuerfreie – und damit auch beitragsfreie – Entgeltbestandteile in Form von Unternehmensbeteiligungen waren ausgeschlossen.

## V. Reform des Steuerrechts

Wie ausgeführt wurde der steuer- und beitragsfreie Höchstbetrag für die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Mitarbeiterkapitalbeteiligungen am Unternehmen des Arbeitgebers von 135 € auf 360 € im Kalenderjahr erhöht (vgl. § 3 Nr. 39 EStG). Die Steuerfreiheit war jedoch an die Voraussetzung gebunden, dass die Vermögensbeteiligung zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitsentgelt gewährt wird und nicht auf bestehende oder zukünftige Ansprüche angerechnet werden durfte. Die Umwandlung von steuerpflichtigem Arbeitsentgelt in steuerfreie und somit auch beitragsfreie Entgeltbestandteile in Form von Unternehmensbeteiligungen war ausgeschlossen.

In diesem Punkt ist eine Änderung eingetreten. Mit dem „Gesetz zur Umsetzung steuerlicher EU-Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften<sup>2)</sup>“ wurde neben den steuerlichen Anpassungen des deutschen Steuerrechts an europäische Vorgaben auch die Koalitionsvereinbarung zur Mitarbeiterkapitalbeteiligung für den Regelungsbereich des § 3 Nr. 39 EStG umgesetzt. Die Koalitionsvereinbarung sieht nämlich vor, dass die Beschäftigten auch durch Entgeltumwandlung Anteile an ihren Unternehmen steuerbegünstigt erwerben können. Die Voraussetzung der Steuerfreiheit nur bei zusätzlichem Arbeitslohn ist also entfallen. Diese Änderung ist rückwirkend zum 2. 4. 2009 in Kraft getreten. Diese Rückwirkung wurde damit begründet, dass auch im Jahre 2009 die Möglichkeit der Entgeltumwandlung zugunsten der Mitarbeiterbeteiligung bestehen soll.

## VI. Keine Übertragung auf die Sozialversicherung

Im Gegensatz zum Steuerrecht führt der Wegfall der „Zusätzlichkeit“ nicht zur Beitragsfreiheit der Mitarbeiterkapitalbeteiligung im Fall der Entgeltumwandlung. Weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer können durch entsprechende Entgeltumwandlungsvereinbarungen Sozialversicherungsbeiträge sparen.

Diese Abweichung des Sozialversicherungsrechts vom Steuerrecht geht zurück auf die Sozialversicherungsentgeltverordnung – SvEV (hier § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SvEV). Danach werden nur lohnsteuerfreie Vergütungsbestandteile, die „zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden“, von der Beitragspflicht

<sup>2)</sup> Gesetz vom 8. 4. 2010, BGBl. I, 386.



ausgenommen. Auch dann, wenn eine zweckbestimmte Leistung unter Anrechnung auf das vereinbarte Arbeitsentgelt oder durch Umwandlung des vereinbarten Arbeitsentgelts gewährt wird, liegt keine zusätzliche Leistung vor, das vereinbarte Arbeitsentgelt bleibt unverändert. Das gilt auch dann, wenn die Umwandlung auf Grund einer tarifvertraglichen Öffnungsklausel erfolgt. Von einer „zusätzlichen Leistung“ kann auch dann nicht ausgegangen werden, wenn sie unter Anrechnung auf eine freiwillige Sonderzahlung, zum Beispiel Weihnachtsgeld, erbracht wird.

### Beispiel:

Der Arbeitnehmer A. hat ein Bruttoarbeitsentgelt von 3 500 € monatlich. Im Dezember eines jeden Jahres erhält er zusätzlich ein Weihnachtsgeld in Höhe von 600 €. Zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber wird vereinbart, das Weihnachtsgeld in eine wertgleiche stille Beteiligung am Unternehmen umzuwandeln.

Für die Berechnung der Lohnsteuer wird im Auszahlungsmonat Dezember ein Betrag von 3 740 € (3 500 € + 600 € ./ 360 €) zugrunde gelegt. Für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge bleibt es bei der Bemessungsgrundlage von insgesamt 4 100 €.

### Hinweis für die Praxis:

Die unterschiedliche Behandlung im Steuer- und Beitragsrecht der Sozialversicherung ist unbefriedigend, da dies mit einem erhöhten Verwaltungsaufwand verbunden ist. Die Rechtslage ist jedoch so eindeutig, dass es keinen Sinn macht, eine andere Handhabung zu fordern. Eine Gleichbehandlung wäre nur dann möglich, wenn die Sozialversicherungsentgeltverordnung angepasst würde. A.

## Wenn die Schutzfrist die Arbeitsaufnahme verhindert ...

**Der Eintritt von Versicherungspflicht setzt grundsätzlich voraus, dass entweder eine Arbeitsaufnahme erfolgt oder zumindest Entgeltzahlung den Beginn eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses begründet. Beide Voraussetzungen liegen nicht vor, wenn bei Arbeitsaufnahme die Schutzfrist nach dem Mutterschutzgesetz dies verhindert. Die Sozialversicherungsträger haben sich darauf verständigt, dass zumindest die Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung eintritt, wenn eine schwangere Arbeitnehmerin vom Beamtenverhältnis in ein Arbeitsverhältnis wechselt und zum Zeitpunkt des Wechsels die Schutzfrist nach dem Mutterschutzgesetz eine Arbeitsaufnahme nicht erlaubt.**

### I. Voraussetzungen für den Beginn eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses

Der Beginn eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses setzt grundsätzlich voraus, dass tatsächlich eine Be-

schäftigung gegen Arbeitsentgelt aufgenommen wird. Es muss also tatsächlich die Arbeitsaufnahme erfolgen. Die Arbeitsaufnahme kann durch Entgeltzahlung ersetzt werden. Ein missglückter Arbeitsversuch wegen Krankheit begründet somit keine Versicherungspflicht und damit auch keine Leistungsansprüche gegen die Krankenkasse. Aus den vorstehenden Gründen wird auch überwiegend die Auffassung vertreten, dass ein unbezahlter Urlaub zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses keine Versicherungspflicht bewirkt.

### II. Versicherungspflicht bei Anspruch auf Mutterschaftsgeld zu Beginn des Arbeitsverhältnisses während der Schutzfrist?

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben in der Vergangenheit den Standpunkt vertreten, dass Frauen, die während der Schutzfristen des § 3 Abs. 2 oder des § 6 Abs. 1 Mutterschutzgesetz – MuSchG von einem Beamten- in ein Arbeitsverhältnis wechseln, keine Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung eintritt, weil es an einer Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt fehle.<sup>1)</sup> Auf Grund dessen ist auch ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld gegen die Krankenkasse nur in den Fällen eingeräumt worden, in denen zu Beginn des Arbeitsverhältnisses eine Mitgliedschaft nach anderen gesetzlichen Regelungen (zum Beispiel auf Grund einer freiwilligen Krankenversicherung) besteht.

In einer neueren Entscheidung hat das Bundessozialgericht festgestellt, dass in den vorgenannten Fällen (Wechsel von einem Beamten- in ein Arbeitsverhältnis während der Schutzfristen) Anspruch auf Mutterschaftsgeld gegen die Krankenkasse besteht (vgl. § 13 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 MuSchG sowie in Verbindung mit § 200 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 5 Reichsversicherungsordnung – RVO).<sup>2)</sup> Dem könne nicht entgegen gehalten werden, dass wegen der tatsächlichen Nichtaufnahme der Arbeit zu Beginn des Arbeitsverhältnisses ein Eintritt in das Beschäftigungsverhältnis nicht stattgefunden habe und mithin eine Mitgliedschaft nicht zustande gekommen sei.

In seiner Begründung wies das Bundessozialgericht darauf hin, dass die Rechtsprechung zu der ursprünglichen (bis zum 31. 12. 1997 geltenden) Fassung des § 186 SGB V, die für den Beginn der Mitgliedschaft noch auf den „Eintritt in die Beschäftigung“ abstellte und abweichend von dem allgemeinen Grundsatz, dass für das Entstehen eines Beschäftigungsverhältnisses die tatsächliche Arbeitsaufnahme erforderlich ist, einen solchen Beschäftigungseintritt im Hinblick auf europäisches Recht bei Schwangeren und Müttern bejaht hat, wenn ein Arbeitsverhältnis schon vor der geplanten Wiederaufnahme der Arbeit bestand, die Wiederaufnahme der Arbeit aber durch Beschäftigungsverbote nach dem MuSchG verhindert wurde. Diese Rechtsprechung gelte nun auch unter der seit dem 1. 1. 1998 geltenden Fassung des § 186 Abs. 1 SGB V („die Mitgliedschaft versicherungspflichtig Beschäftigter beginnt mit dem Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis“) und setzt in den in

1) Besprechungsergebnis vom 26./27. 6. 2002.

2) BSG, Urteil vom 28. 2. 2008 – B 1 KR 17/07 R, USK 2008/1.

## SOZIALRECHT • KURZBEITRÄGE

Rede stehenden Fällen zu Beginn des Arbeitsverhältnisses die Mitgliedschaft versicherungspflichtig Beschäftigter in Gang. Folgerichtig zieht die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung die Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung nach sich (§ 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI).

### III. Keine Übertragung auf das Recht der Renten- und Arbeitslosenversicherung

Aus den vorstehenden Gründen wird die ursprüngliche Festlegung der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung<sup>1</sup> aufgegeben. Das gilt jedoch nur für den Bereich der Kranken- und Pflegeversicherung. In diesen Versicherungszweigen beginnt die Versicherungspflicht mit dem fiktiven Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis als Arbeitnehmerin. Dies löst gleichzeitig den Anspruch auf Mutterschaftsgeld aus. Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung tritt wegen der dort jeweils fehlenden einschlägigen oder vergleichbaren mitgliedschaftsrechtlichen Regelungen (vgl. §§ 186 Abs. 1, 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V) dagegen unverändert erst mit der tatsächlichen Aufnahme der entgeltlichen Beschäftigung ein.

#### Hinweis für die Praxis:

Der Arbeitgeber hat den Beginn der versicherungspflichtigen Beschäftigung zu melden (Anmeldung zur Kranken- und Pflegeversicherung). Tritt bei tatsächlicher Aufnahme der entgeltlichen Beschäftigung Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung hinzu, führt diese Änderung der Beitragspflicht bzw. der Beitragsgruppen zu einer entsprechenden Ab- und Anmeldung. A.

## Beitragspflicht von Wertguthaben in der Unfallversicherung

Im Rahmen von flexiblen Arbeitszeitregelungen kommt es zu Wertguthaben. Diese sind grundsätzlich beitragspflichtig. Für die Fälligkeit der Beiträge gilt abweichend vom allgemeinen Grundsatz grundsätzlich das Zuflussprinzip; die Beiträge sind also im Zeitpunkt der Auszahlung des Arbeitsentgelts aus dem Wertguthaben fällig (§ 23b Abs. 1 Sozialgesetzbuch – SGB IV). Anders ist die Rechtslage in der Unfallversicherung. In der Unfallversicherung ist das volle Arbeitsentgelt in der Arbeitsphase beitragspflichtig. Es gilt also das Entstehungsprinzip. Dies ist auch deshalb konsequent, weil in der Freistellungsphase kein Unfallrisiko mehr vorliegt.

### I. Wertguthabenvereinbarungen

Die Rahmenbedingungen für Wertguthabenvereinbarungen wurden gesetzlich neu geregelt.<sup>1)</sup>

Nach § 7b SGB IV liegt eine Wertguthabenvereinbarung vor, wenn

1. der Aufbau des Wertguthabens auf Grund einer schriftlichen Vereinbarung erfolgt,
2. diese Vereinbarung nicht das Ziel der flexiblen Gestaltung der werktäglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit oder den Ausgleich betrieblicher Produktions- und Arbeitszeitzyklen verfolgt,
3. Arbeitsentgelt in das Wertguthaben eingebracht wird, um es für Zeiten der Freistellung von der Arbeitsleistung oder der Verringerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zu entnehmen,
4. das aus dem Wertguthaben fällige Arbeitsentgelt mit einer vor oder nach der Freistellung von der Arbeitsleistung oder der Verringerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit erbrachten Arbeitsleistung erzielt wird und
5. das fällige Arbeitsentgelt insgesamt 400 € monatlich übersteigt, es sei denn, die Beschäftigung wurde vor der Freistellung als geringfügige Beschäftigung ausgeübt.

Das Wertguthaben kann auf Grund einer solchen Vereinbarung nach § 7c SGB IV in Anspruch genommen werden

1. für gesetzlich geregelte vollständige oder teilweise Freistellungen von der Arbeitsleistung oder gesetzlich geregelte Verringerungen der Arbeitszeit, insbesondere für Zeiten,
  - a) in denen der Beschäftigte nach § 3 des Pflegezeitgesetzes einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegt,
  - b) in denen der Beschäftigte nach § 15 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes ein Kind selbst betreut oder erzieht,
  - c) für die der Beschäftigte eine Verringerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit nach § 8 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes verlangen kann,
2. für vertraglich vereinbarte vollständige oder teilweise Freistellungen von der Arbeitsleistung oder vertraglich vereinbarte Verringerungen der Arbeitszeit, insbesondere für Zeiten,
  - a) die unmittelbar vor dem Zeitpunkt liegen, zu dem der Beschäftigte eine Rente wegen Alters bezieht oder beziehen könnte oder
  - b) in denen der Beschäftigte an beruflichen Qualifizierungsmaßnahmen teilnimmt.

Wertguthaben sind als Arbeitsentgeltguthaben einschließlich des darauf entfallenen Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu führen (§ 7d SGB IV). Die Arbeitszeitguthaben sind in Arbeitsentgelt umzurechnen.

### II. Beitragsrechtliche Behandlung der Wertguthaben

Im Sozialversicherungsrecht sind die Beiträge für die Entgelte der Wertguthaben im Zeitpunkt der Auszahlung fällig

<sup>1)</sup> „Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen und zur Änderung anderer Gesetze“ vom 21. 12. 2008, BGBl. I, 2940.

(§ 23b Abs. 1 SGB IV). Es gilt also – anders als bei der allgemeinen Fälligkeit der Beiträge – das Zuflussprinzip, und nicht das Fälligkeitsprinzip.

In der bisherigen Praxis wurde von den meisten Unfallversicherungsträgern wie in der übrigen Sozialversicherung verfahren, d. h. ein Wertguthaben ist von den Unternehmen erst im Zeitpunkt der Auszahlung gemeldet worden und wurde damit auch beitragsrechtlich erst nach der Auszahlung fällig.

Diese Praxis der Unfallversicherungsträger entspricht jedoch nicht der geltenden Rechtslage. Diese wurde zwischen den Spitzenverbänden der Sozialversicherungsträger und dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) erörtert und abschließend geklärt. Danach gelten in der Unfallversicherung für Wertguthaben keine anderen Regelungen als für sonstiges Arbeitsentgelt. Das bedeutet, dass bei Wertguthabenvereinbarungen nach § 7b SGB IV der Beitragsanspruch abweichend von § 23b Abs. 1 Satz 1 SGB IV an die Entstehung des Arbeitsentgeltanspruchs anknüpft und nicht verschoben wird (vgl. § 23 Abs. 3 SGB IV in Verbindung mit § 153 SGB VII). Das betrifft im Übrigen nicht nur Wertguthabenvereinbarungen, sondern auch Altersteilzeitarbeit im Blockmodell.

Die Unfallversicherungsträger haben inzwischen die Praxis zum 1. 1. 2010 entsprechend der Rechtslage umgestellt. Das in der Unfallversicherung beitragspflichtige Arbeitsentgelt ist mithin für das Umlagejahr zu melden, in dem der Entgeltanspruch entstanden ist (Entstehungsprinzip), unabhängig davon, ob es ausgezahlt oder in ein Wertguthabenkonto eingestellt wird.

Die Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung hat aus den vorstehenden Gründen beschlossen, dass unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt eine Wertguthabenvereinbarung abgeschlossen wurde, Wertguthaben, die nach dem 31. 12. 2009 angespart werden, entsprechend dem Entstehungsprinzip in der Unfallversicherung sofort zu melden und der Beitragsberechnung zu unterwerfen sind. Bei Wertguthaben, die am 31. 12. 2009 bestehen und auf Grund der bisherigen Anwendung des Zuflussprinzips noch nicht gemeldet und mit Beiträgen zur Unfallversicherung belegt wurden, ist das im Zeitpunkt der Auszahlung (Entsparphase) fällige Arbeitsentgelt der Beitragsberechnung zuzuführen.

### III. Meldeverfahren

Auf Grund der Umstellung ergeben sich Veränderungen im Meldeverfahren. Hier wurden folgende Festlegungen getroffen:

#### 1. Meldung von Arbeitsentgelt, das ab dem 1. 1. 2010 in ein Wertguthaben eingebracht wird

Ab dem 1. 1. 2010 gilt für Arbeitsentgelt, das zunächst nicht ausgezahlt, sondern stattdessen in ein Wertguthaben eingebracht wird, uneingeschränkt das Entstehungsprinzip, d. h., dieses Arbeitsentgelt ist zu dem Zeitpunkt im Lohnnachweis und im Datenbaustein Unfallversicherung zu melden, in dem es erarbeitet wurde.

Wird das bereits gemeldete Arbeitsentgelt später aus dem Wertguthaben entnommen, ist dies der Unfallversicherung

nicht mehr mitzuteilen, weil das Arbeitsentgelt bereits bei der Beitragsberechnung berücksichtigt wurde. Dies gilt auch dann, wenn ein Teil des Arbeitsentgelts nicht verbeitragt wurde, weil im Kalenderjahr der Entstehung der vom Unfallversicherungsträger festgelegte Höchstjahresarbeitsverdienst überschritten wurde.

Wird das Wertguthaben unter Anwendung der Übergangsregelung (vgl. § 116 SGB IV) als Zeitguthaben geführt, ist der Meldung der Wert der Arbeitszeit im Zeitpunkt der Einbringung in das Wertguthaben zugrunde zu legen. Spätere Veränderungen des Wertes sind für die Unfallversicherung nicht relevant, da der Sachverhalt für die Unfallversicherung mit der Meldung des Arbeitsentgelts abgeschlossen ist.

#### 2. Meldung von Arbeitsentgelt, das bis zum 31. 12. 2009 in ein Wertguthaben eingebracht wird

Für Arbeitsentgelt, das noch in 2009 in ein Wertguthabenkonto eingestellt wird, gelten die bisherigen Regelungen des zuständigen Unfallversicherungsträgers. Wenn bisher das Zuflussprinzip angewandt wurde, muss das Entgelt dementsprechend noch nicht mit dem Lohnnachweis für 2009 gemeldet werden und nicht in die Entgeltmeldung für Zeiträume bis zum 31. 12. 2009 aufgenommen werden. Die Unfallversicherungen haben beschlossen, dass in den Fällen, in denen erstmals im Jahre 2009 Arbeitsentgelt in ein Wertguthaben eingebracht wird oder eingebracht worden ist, der Unternehmer ein Wahlrecht hat, ob er das Entstehungsprinzip anwendet oder für den Zeitraum bis zum 31. 12. 2009 weiter nach den ggf. abweichenden bisherigen Regelungen des zuständigen Unfallversicherungsträgers verfährt.

#### 3. Regelung zur Entspargung von Wertguthaben

Bei der Auszahlung von Arbeitsentgelt aus dem Wertguthaben gilt, dass zunächst das älteste Guthaben ausgezahlt wird. Bei Wertguthaben, das sowohl Arbeitsentgelt aus der Zeit vor dem 1. 1. 2010 als auch danach enthält (gemeldetes und nicht gemeldetes Arbeitsentgelt) gilt folgendes: Das ausgezahlte Arbeitsentgelt muss solange an die Unfallversicherung gemeldet werden, bis das noch nicht für die Beitragspflicht verwendete Guthaben aufgebraucht ist. Erst dann wird der Anteil des Guthabens ausgezahlt, für den das Unternehmen schon Beiträge gezahlt hat.

#### 4. Übertragung des Wertguthabens

Wird das noch nicht der Beitragspflicht unterstellte Guthaben aus der Zeit vor dem 1. 1. 2010 auf einen anderen Arbeitgeber oder die Deutsche Rentenversicherung Bund übertragen, so ist dies wie eine Auszahlung des Guthabens zu behandeln. Das Arbeitsentgelt ist dann vom alten Arbeitgeber mit dem nächsten Lohnnachweis und mit der nächsten Entgeltmeldung zu melden. Bei Zeitguthaben ist der aktuelle Wert der Arbeitszeit zum Zeitpunkt der Übertragung zugrunde zu legen.



## SOZIALRECHT • KURZBEITRÄGE

**Hinweis für die Praxis:**

Viele flexible Arbeitszeitmodelle dienen lediglich dem Ausgleich von üblichen Arbeitszeitschwankungen. Diese Formen der Arbeitszeitgestaltung fallen nicht unter die neue Wertguthabenregelungen. Es handelt sich dabei insbesondere um Monats- oder Jahresarbeitszeitkonten. Bestehen entsprechende Regelungen zu einem jahresübergreifenden Ausgleichszeitraum (zum Beispiel in der Bauwirtschaft zum Ausgleich witterungsbedingter Arbeitsausfälle), erfolgt die Meldung weiterhin erst zum Zeitpunkt der Auszahlung. A.

## Auswirkungen arbeitsrechtlicher Kündigung auf das Arbeitslosengeld II

**Dass eine verhaltensbedingte Kündigung zu einer Sperrzeit beim Arbeitslosengeld führen kann, ist gemeinhin bekannt. Weniger bekannt ist, dass sie unter den Voraussetzungen einer Sperrzeit auch eine Absenkung des Arbeitslosengeldes II („Hartz IV“) nach sich ziehen kann.**

### ? Der Fall:

Der 1953 geborene K bezog bis zum 2. 7. 2006 Arbeitslosengeld. Seit dem 23. 1. 2006 erhält er Arbeitslosengeld II („Hartz IV“), das vom 1. 8. 2006 bis 31. 1. 2007 in Höhe von 692,20 € monatlich bewilligt wurde. Am 19. 12. 2006 erfuhr die für die Gewährung von Arbeitslosengeld II zuständige Arbeitsgemeinschaft (ARGE), dass K seit dem 1. 12. 2006 bei der Firma M als Thekenkraft in Vollzeit arbeitete. Er wurde zum 23. 1. 2007 fristlos gekündigt. Für Dezember 2006 zahlte M dem K im selben Monat einen Betrag in Höhe von 1 400 €. Als Entlohnung für Januar 2007 erhielt er am 12. 3. 2007 einen Betrag in Höhe von 636,68 €. Zu den Gründen der Kündigung führte M aus, K habe die Gäste unfreundlich behandelt, die Arbeit nach einer Erkrankung nicht mehr aufgenommen und eine AU-Bescheinigung erst nach zweiwöchiger Fehlzeit vorgelegt. Die für die Bewilligung des Arbeitslosengeldes II zuständige ARGE senkte das Arbeitslosengeld II daraufhin für die Zeit vom 1. 6. bis 31. 8. 2007 monatlich um 30 % der Regelleistung, höchstens jedoch in Höhe des ihm „zustehenden Gesamtauszahlungs Betrags“, ab. Hieraus errechnete sie eine Absenkung in Höhe von maximal 104 € monatlich. Die „ursprüngliche Bewilligungsentscheidung“ werde für den Zeitraum der dreimonatigen Absenkung der Leistungen aufgehoben. Das Sozialgericht hob diese Verwaltungsentscheidung auf. Sein Urteil wurde durch das Landessozialgericht bestätigt.

### → Die Entscheidung:

Auf die Revision der ARGE hat das Bundessozialgericht das Urteil des Landessozialgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit an das Landessozialgericht zurückverwiesen, das noch weitere Tatsachenfeststellungen treffen muss.<sup>1)</sup>

Als **Rechtsgrundlage** für die Absenkung des Arbeitslosengeldes II kommt zunächst die Vorschrift des **§ 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c) Zweites Buch Sozialgesetzbuch (SGB II)** – in dem die Regelungen über das Arbeitslosengeld II enthalten sind – in Betracht. Darin heißt es:

*Das Arbeitslosengeld II wird ... in einer ersten Stufe um 30 vom Hundert der für den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen nach § 20 maßgebenden Regelleistung abgesenkt, wenn*

*1. der erwerbsfähige Hilfebedürftige sich trotz Belehrung über die Rechtsfolgen weigert,*

*...*

*c) eine zumutbare Arbeit ... aufzunehmen oder fortzuführen*

*...*

Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen nach übereinstimmender Auffassung aller mit der Sache befassten Gerichte jedoch nicht vor. Es **fehlt** schon an einer **Rechtsfolgenbelehrung**, mit der K die Konsequenzen seines Handelns (z. B. arbeitsvertragswidriges Verhalten) unmissverständlich vor Augen geführt worden wären. Unabhängig hiervon fällt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine Arbeitgeberkündigung nicht unter den Begriff des „Fortführens“ einer Arbeit durch den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen. Eine **Weigerung**, eine Arbeit fortzuführen, liegt nur vor, wenn der erwerbsfähige Hilfebedürftige, d. h. der Arbeitnehmer, selbst kündigt, einen Aufhebungsvertrag schließt oder die abhängige oder selbständige Tätigkeit einfach aufgibt.

Entgegen der Auffassung von Sozialgericht und Landessozialgericht kann die Arbeitgeberkündigung aber einen **Kürzungsstatbestand** gem. **§ 31 Abs. 4 Nr. 3 Buchst. b) SGB II** begründen. Danach gilt:

*(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend*

*...*

*3. bei einem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen,*

*...*

*b) der die in dem Dritten Buch genannten Voraussetzungen für den Eintritt einer Sperrzeit erfüllt, die das Ruhen oder Erlöschen eines Anspruchs auf Arbeitslosengeld begründen.*

Mit dieser Formulierung nimmt der Gesetzgeber u. a. auf § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) Bezug, eine Vorschrift, die aus der Arbeitslosenversicherung bestens bekannt ist und im Rahmen von Verhandlungen über die Beendigung von Arbeitsverträgen regelmäßig in den Blick genommen wird, deren Bedeutung für die Bezieher von Arbeitslosengeld II jedoch verbreitet unterschätzt wird.

Nach dieser Regelung tritt eine **Sperrzeit** bei **Arbeitsaufgabe** ein, wenn der Arbeitslose das **Beschäftigungsverhältnis ge-**

<sup>1)</sup> BSG, Urteil vom 22. 3. 2010 – B 4 AS 68/09 R, zur Veröffentlichung in SozR 4 vorgesehen.



**löst** und dadurch **vorsätzlich** oder **grob fahrlässig** die **Arbeitslosigkeit herbeigeführt** hat. Im Unterschied zu § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c) SGB II erfordert § 31 Abs. 4 Nr. 3 Buchst. b) SGB II für den Eintritt der Sperrzeit keine vorherige Rechtsfolgenbelehrung.

Die Vorinstanzen hatten das Verhältnis von § 31 Abs. 1 SGB II und § 31 Abs. 4 Nr. 3 SGB II noch so verstanden, dass § 31 Abs. 4 Nr. 3 SGB II als Spezialregelung nur dann anzuwenden ist, wenn es um eine pflichtwidrige Handlung des Arbeitnehmers geht, die **vor** dem Bezug des Arbeitslosengeldes II stattgefunden hat.

Diese Auffassung teilt das Bundessozialgericht nicht. Allerdings setzt die Heranziehung des § 31 Abs. 4 Nr. 3 Buchst. b) SGB II auch nach seiner Auffassung voraus, dass das von dem Arbeitnehmer (= Hilfebedürftigen) abverlangte **Verhalten nicht bereits von § 31 Abs. 1 SGB II erfasst** ist und **das sperrzeitrelevante Ereignis** zu einem **Zeitpunkt** eintritt, in dem „**eine Beziehung des Hilfebedürftigen zum Rechtskreis des SGB III vorliegt**“. Diese einschränkende Anwendungsvoraussetzungen des § 31 Abs. 4 Nr. 3 Buchst. b) SGB II ergeben sich zwar nicht schon aus dem Wortlaut, aber aus der Systematik des Gesetzes, ihrem Sinn und Zweck sowie unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung. Die Regelung des § 31 Abs. 4 Nr. 3 SGB II soll sicherstellen, dass ein Sperrzeitentatbestand nicht folgenlos bleibt, wenn zwischenzeitlich ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II dem Grunde nach entstanden ist. In diesem Zusammenhang ordnet § 31 Abs. 4 Nr. 3 Buchst. b) SGB II die entsprechende Geltung des § 144 SGB III für Personen an, die einen Anspruch auf Arbeitslosengeld noch nicht erworben haben, aber die Voraussetzungen für den Eintritt einer Sperrzeit erfüllen. Die betreffenden Personen stehen auf Grund der von ihnen in der Arbeitslosenversicherung zurückgelegten Versicherungszeiten in einem Sozialversicherungsverhältnis zur Bundesagentur für Arbeit als Trägerin der Arbeitslosenversicherung. Diese setzt sich ihrerseits typisierend gegen den Risikofall der Arbeitslosigkeit zur Wehr, deren Eintritt der Versicherte selbst zu vertreten hat oder an deren Behebung er nicht in der gebotenen Weise mitwirkt. Die danach erforderliche „Nähe“ zur Arbeitslosenversicherung wird dann begründet, wenn der Arbeitnehmer in einem Versicherungspflichtverhältnis steht, das geeignet ist, Anwartschaftszeiten zur Arbeitslosenversicherung zu begründen. Das ist der Fall, wenn für das Beschäftigungsverhältnis Beiträge zur Arbeitslosenversicherung entrichtet werden müssen, nicht dagegen, wenn es sich um eine lediglich geringfügige Beschäftigung handelt.

Danach ergibt sich im vorliegenden Fall Folgendes: Die hier ausgesprochene Arbeitgeberkündigung wird nicht vom **Sanktionstatbestand** des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c) SGB III erfasst. Auch der erforderliche Bezug des K zur Arbeitslosenversicherung ist gegeben, weil die von ihm ab 1. 12. 2006 aufgenommene **Vollzeittätigkeit** eine **Versicherungspflicht** als Beschäftigter **begründete** und es sich auch **nicht** um eine **geringfügige** Beschäftigung handelte. Dabei ist es für die Anwendbarkeit des § 31 Abs. 4 Nr. 3 Buchst. b) SGB II unerheblich, ob die von K aufgenommene versicherungspflichtige Beschäftigung zum vollständigen Wegfall der Hilfebedürftigkeit nach dem SGB II geführt hat oder ein geringes Entgelt aus einer Beschäftigung mit SGB-II-Leistungen aufgestockt werden muss.

Da das Landessozialgericht noch keine Feststellungen zu den Voraussetzungen einer Sanktion nach § 31 Abs. 4 Nr. 3 Buchst. b) SGB II i. V. m. § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III getroffen hat, muss es das jetzt nachholen. Neben der Frage, ob ein arbeitsvertragswidriges Verhalten vorliegt, wird es u. a. zu prüfen haben, ob ein solches Verhalten dem K subjektiv vorwerfbar ist und die auf ein arbeitsvertragswidriges Verhalten zurückzuführende Lösung des Beschäftigungsverhältnisses für ihn vorhersehbar war. Dies, so das Bundessozialgericht, könne regelmäßig nur bei vorheriger Abmahnung bejaht werden. *Fr.*

## Ratenkapitalisierung betrieblicher Altersversorgung und Beitragsrecht

**Bei der Gestaltung von Aufhebungsverträgen kommt der betrieblichen Altersversorgung nicht selten eine wesentliche Bedeutung zu. Dabei muss auch abgeschätzt werden, inwieweit Zahlungen dem Arbeitnehmer netto zur Verfügung stehen, insbesondere, inwieweit Sozialversicherungsbeiträge anfallen. Eine bislang nicht entschiedene Konstellation war die Behandlung ratenkapitalisierter Versorgungsbezüge.**

### ? Der Fall:

Der 1943 geborene R ist als Rentner in der Krankenversicherung pflichtversichert und seit 1960 Mitglied der beklagten Krankenkasse. Von seiner ehemaligen Arbeitgeberin wird R seit Januar 2005 eine betriebliche Altersversorgung als kapitalisierte Versorgungsleistung in Höhe von insgesamt 200 605 € in Raten ausgezahlt, und zwar von 2005 bis 2012 jeweils im Januar mit ansteigenden Beträgen, beginnend mit 20 268 € im Jahr 2005 bis 30 476 € im Jahr 2012.

Die Krankenkasse teilte R mit, dass ein Betrag von 1 671,71 € monatlich, der sich bei Verteilung der gesamten Auszahlungssumme der Versorgungsleistung auf zehn Jahre in Höhe von einem Einhundertzwanzigstel monatlich ergebe, als Versorgungsbezug bei der Beitragsberechnung zu berücksichtigen sei, und setzte den von R ab 1. 2. 2005 zu zahlenden monatlichen Krankenversicherungsbeitrag bei einem Beitragssatz von seinerzeit 14,7 % mit 245,74 € fest.

Klage und Berufung hatten keinen Erfolg.

### → Die Entscheidung:

Das Bundessozialgericht hat der Krankenkasse Recht gegeben. Danach steht fest, dass die Krankenkasse berechtigt war, von R Beiträge aus der in Jahresraten ausgezahlten bzw. noch auszahlenden Leistung seiner betrieblichen Altersversorgung zu verlangen.<sup>1)</sup>

1) BSG, Urteil vom 17. 3. 2010 – B 12 KR 5/09 R, zur Veröffentlichung in SozR 4 vorgesehen.

#### Leitsatz:

Bei der Berechnung der Krankenversicherungsbeiträge ist die Einhundertzwanzigstel-Regelung auf eine kapitalisierte Leistung aus der betrieblichen Altersversorgung (Kapitalabfindung oder -leistung) auch dann anzuwenden, wenn das Versorgungskapital in Raten ausgezahlt wird.

## SOZIALRECHT • KURZBEITRÄGE

Nach **§ 237 Satz 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V)**, der die beitragspflichtigen Einnahmen versicherungspflichtiger Rentner regelt, werden bei versicherungspflichtigen Rentnern wie dem Kläger der Beitragsbemessung in der gesetzlichen Krankenversicherung zugrunde gelegt:

1. der Zahlbetrag der Rente der gesetzlichen Rentenversicherung,
2. der Zahlbetrag der der Rente vergleichbaren Einnahmen und
3. das Arbeitseinkommen.

§ 227 Satz 2 SGB V bestimmt darüber hinaus, dass **§ 229 SGB V** entsprechend gilt. § 229 Abs. 1 SGB V lautet:

*Als der Rente vergleichbare Einnahmen (Versorgungsbezüge) gelten, soweit sie wegen einer Einschränkung der Erwerbsfähigkeit oder zur Alters- oder Hinterbliebenenversorgung erzielt werden,*

...

*5. Renten der betrieblichen Altersversorgung einschließlich der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst und der hüttenknappschäftlichen Zusatzversorgung.*

*Satz 1 gilt auch, wenn Leistungen dieser Art aus dem Ausland oder von einer zwischenstaatlichen oder überstaatlichen Einrichtung bezogen werden. Tritt an die Stelle der Versorgungsbezüge eine nicht regelmäßig wiederkehrende Leistung oder ist eine solche Leistung vor Eintritt des Versicherungsfalls vereinbart oder zugesagt worden, gilt ein Einhundertzwanzigstel der Leistung als monatlicher Zahlbetrag der Versorgungsbezüge, längstens jedoch für einhundertzwanzig Monate.*

Damit unterliegen Renten der betrieblichen Altersversorgung dann der Beitragspflicht, wenn sie wegen einer Einschränkung der Erwerbsfähigkeit oder zur Alters- oder Hinterbliebenenversorgung erzielt werden.

Die beitragsrechtliche Berücksichtigung von laufenden Versorgungsbezügen verstößt nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und des Bundesverfassungsgerichts nicht gegen das **Grundgesetz**. Auch die Behandlung von Versorgungsbezügen in der Form der nicht wiederkehrenden Leistungen und deren uneingeschränkt bestehender Beitragspflicht ist vom Bundessozialgericht bereits für verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen worden.

Zwischen den Beteiligten ist letztlich unstreitig, dass die acht Jahresraten – beginnend im Januar 2005 und endend im Januar 2012 – **Versorgungsbezüge aus einer betrieblichen Altersversorgung** sind, die grundsätzlich der Beitragspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung unterliegen.

Streitig ist zwischen den Beteiligten jedoch die Anwendung des § 229 Abs. 1 Satz 3 SGB V bei der Festsetzung des Beitrags. Zur Verdeutlichung, worum es im Kern geht: Die Krankenkasse hat die gesamte Auszahlungssumme auf zehn Jahre verteilt und dann daraus den monatlichen der Beitragspflicht unterliegenden fiktiven Auszahlungsbetrag ermittelt. Hierauf hat sie dann ihren Beitragssatz angewandt. Demgegenüber meint R, dass es

sich bei den jährlichen Auszahlungen nicht um „nicht regelmäßig wiederkehrende Leistungen“ handle. § 229 Abs. 1 Satz 3 SGB V sei daher nicht unmittelbar anwendbar. Die Vorschrift müsse aber entsprechend angewandt werden, und zwar so: Die Einhundertzwanzigstel-Regelung für einen Gesamtzeitraum von zehn Jahren sei lediglich auf die tatsächlich bereits zugeflossenen Ratenzahlungen anzuwenden, nicht indessen – unabhängig von der tatsächlichen Auszahlung – von Beginn an auf den Gesamtbetrag der Versorgungsleistung. Der Krankenversicherungsbeitrag werde dann wie der Betrag der tatsächlichen Zahlungen jährlich linear steigen, bis er im zehnten und letzten Jahr einen Monatsbetrag von 245,74 € erreiche.

Demgegenüber hat das Bundessozialgericht die Auffassung vertreten, dass die Krankenkasse ein Einhundertzwanzigstel der gesamten Auszahlungssumme von 200 605 € als monatlichen Zahlbetrag des Versorgungsbezugs zugrunde legen durfte. Entgegen der Ansicht des R werde die an ihn aus seiner betrieblichen Altersversorgung ratenweise ausgezahlte bzw. noch auszahlende Leistung als **nicht regelmäßig wiederkehrende Leistung** von § 229 Abs. 1 Satz 3 SGB V erfasst.

Das Bundessozialgericht hält zunächst den **Begriff** „nicht regelmäßig wiederkehrende Leistung“ **nicht** für **eindeutig**. Man kann ihn eng verstehen, wenn man den Schwerpunkt auf „nicht wiederkehrend“ legt. Dann sind damit nur einmalige Zahlungen gemeint. Mit solchen Konstellationen hatte es die Rechtsprechung bislang in erster Linie zu tun. Man kann den Schwerpunkt auch auf „nicht regelmäßig“ legen. Dann fallen unter die Vorschrift auch alle wiederkehrenden Leistungen, die in unregelmäßigen Abständen gezahlt werden. Das heißt aber im Umkehrschluss nicht, dass alle Leistungen, die regelmäßig gezahlt werden (wie hier jährlich), auf jeden Fall von § 229 Abs. 1 Satz 3 SGB V ausgenommen wären. Denn die Vorschrift ist eigentlich zugeschnitten auf kapitalisierte Versorgungsleistungen (im Gegensatz zu laufenden Leistungen, die von § 229 Abs. 1 Satz 1 SGB V erfasst werden). Hierzu, so das Bundessozialgericht, könnten vom Wortlaut her auch **Ratenkapitalzahlungen** gehören, wie sie im vorliegenden Fall zu beurteilen sind.

Tatsächlich liegt die hier erbrachte Leistung **systematisch** betrachtet näher an den von § 229 Abs. 1 Satz 3 SGB V erfassten kapitalisierten Leistungen als an den unter § 229 Abs. 1 Satz 1 SGB V fallenden laufenden Leistungen. Zur **Abgrenzung** weist das Bundessozialgericht auf folgende Gesichtspunkte hin: Laufende Leistungen beziehen sich auf die in der Regel unbekannte Lebenszeit des Zahlungsempfängers, sind also der Gesamthöhe nach unbestimmt. Demgegenüber steht die Gesamtsumme hier (wie bei einer kapitalisierten Leistung) von vornherein fest. Auch die Zahl der Raten ist bei einer laufenden Leistung unbekannt, während sie bei einer kapitalisierten Leistung feststeht. Eine Unterscheidung zwischen kapitalisierten Leistungen, die in einer Einmalzahlung erbracht werden, und solchen, die – wie hier – in Raten kapitalisiert werden, ist § 229 Abs. 1 Satz 3 SGB V demgegenüber nicht zu entnehmen.

Das Bundessozialgericht meint zudem, dass sein Verständnis von § 229 Abs. 1 Satz 3 SGB V auch im Hinblick auf den mit dieser Bestimmung verfolgten **Gesetzeszweck** gefordert sei. Gründe für die Einbeziehung der Versorgungsbezüge in die Beitragspflicht der Krankenversicherung seien: die Einnahmener-

höhung der Krankenkassen, die Stärkung der Beitragsgerechtigkeit und Solidarität unter den verschiedenen versicherten Rentnern und die ebenfalls am Gleichheitssatz orientierte Absicht, alle aus früherer Berufstätigkeit herrührenden Versorgungseinnahmen gleich zu behandeln. Der beitragsrechtlichen Berücksichtigung nicht regelmäßig wiederkehrender Leistungen auf fiktiver Grundlage für einen begrenzten Zeitraum in gesetzlich bestimmter monatlicher Höhe, die eine gleichbleibende Verteilung der Leistung auf zehn Jahre bewirke, liege dabei das Ziel der **Verwaltungsvereinfachung** zugrunde. Sie diene dem Interesse der Krankenversicherung, die monatliche Bemessungsgrundlage nur einmal berechnen zu müssen, zugleich aber auch dem Interesse des Versicherten, der sich auf eine **gleichmäßige Beitragsbelastung** aus dem Versorgungskapital für einen festen Zeitraum einstellen könne. § 229 Abs. 1 Satz 3 SGB V solle dabei gewährleisten, dass Versorgungsleistungen möglichst lückenlos erfasst und dabei gleich behandelt werden, egal in welcher Form sie gezahlt werden.

Dann ist es nach Ansicht des Bundessozialgerichts aber nur konsequent, wenn § 229 Abs. 1 Satz 3 SGB V auch auf Ratenkapitalzahlungen, wie die hier vorliegende, angewandt wird. Sie erhöhen, ebenso wie einmalige Zahlungen, die **wirtschaftliche Leistungskraft des Empfängers**, und zwar nicht nur im Monat der Auszahlung, sondern auch darüber hinaus. Dass sie auch geeignet sind, Sonderbedarfe (z. B. besondere Anschaffungen) zu decken, ist dabei ohne Bedeutung, weil dies – wenn nicht sogar erst recht – in gleicher Weise für die einmalige Kapitalabfindung gilt. Dadurch verliert die Kapitalabfindung aber nicht ihren Charakter als eine Leistung, die nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses dem Lebensunterhalt dienen soll. Auch sonst kommt es ja z. B. beim Arbeitsentgelt für die Beitragspflicht nicht darauf an, wofür der versicherte Arbeitnehmer das Geld konkret einsetzen will.

Ohne Erfolg hat R hier vorgetragen, die Krankenkasse zwingt ihn gleichsam zu Beginn des Zeitraums zu einer „**Vorfinanzierung**“ von Beiträgen, weil er zu Beginn des Zeitraums Beiträge auf noch nicht geflossene Zahlungen leisten müsse. Das Bundessozialgericht rechnet ihm aber vor, dass diese Betrachtungsweise nicht zutrifft. Wenn man § 229 Abs. 1 Satz 3 SGB V nicht für anwendbar hält, muss man die Versorgungsbezüge nämlich als laufende Leistungen ansehen. Das würde dazu führen, dass man die im Januar 2005 gezahlte Rate in Höhe von 20 268 € als laufenden Versorgungsbezug für das (gesamte) Jahr 2005 wertet und auf das gesamte Jahr als beitragspflichtige Einnahme verteilt. Dann jedoch ergäbe sich schon für das erste Jahr der Auszahlung als Bemessungsgrundlage ein höherer tatsächlicher Monatsbetrag ( $20\,268\text{ €} : 12 = 1\,689\text{ €}$ ) als der von der Krankenkasse (fiktiv) ermittelte. Für die Folgejahre wäre dieser Betrag noch höher. Das Bundessozialgericht deckt es mit diesem Rechenmodell auf, dass der Vortrag des R letztlich auf „Rosinenpickerei“ hinausläufe: Er will die Versorgungsbezüge nicht als „nicht regelmäßig wiederkehrende“ gewertet wissen, andererseits aber gerade die für „nicht regelmäßig wiederkehrende“ Bezüge geltenden Beitragsberechnung auf sie anwenden.

Hilfsweise weist das Bundessozialgericht noch darauf hin, dass selbst die von R gerügte „Vorfinanzierung“ keinen, auch **keinen verfassungsrechtlichen Bedenken** begegnen würde. Insbesondere würde R dann nicht gegenüber den Beziehern laufender Versorgungsleistungen benachteiligt. Die gegebenenfalls zustande kommende „Vorfinanzierung“ wäre vielmehr am Maßstab der für die Ordnung von Massenerscheinungen als notwendig anerkannten Regeln der Typisierung verfassungsrechtlich gerechtfertigt und deshalb hinzunehmen. Auch eine Verletzung der Eigentumsgarantie läge nicht vor. Denn das Vermögen als solches werde von diesem Grundrecht nicht vor der Auferlegung öffentlicher Geldleistungspflichten geschützt.

#### Hinweis für die Praxis:

Beiträge für Versorgungsbezüge sind nur zu entrichten, wenn die monatlichen beitragspflichtigen Einnahmen insgesamt ein Zwanzigstel der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (Höhe der Bezugsgröße im Jahr 2010 West 2 555 € monatlich, Ost 2 170 € monatlich) übersteigen.

Fr.

STICHWORTVERZEICHNIS

Diese ABC-Folge wird fortlaufend weitergeführt, so dass jedes Register ein Stichwortverzeichnis für alle in 2010 erschienenen Hefte ist.

Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Seiten.

A

**Abfindung**

- aktuelle Fragen zur Besteuerung 328
- Grundsätze in Leitsätzen 303
- sozialversicherungsrechtliche Behandlung 350
- Sperrzeit 343
- Tarifiermäßigung 404
- Verschiebung der Auszahlung 189

**Abmahnung**

- Entfernung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses 102
- Verzicht auf Kündigungsrecht 530

**Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz**

- Kündigung 531

**Altersdiskriminierung**

- Kündigungsfrist 176
- provokantes Auftreten eines Bewerbers 456

**Änderungskündigung**

- mehrere Änderungspunkte 398

**Annahmeverzug**

- ungekündigtes Arbeitsverhältnis 610

**Arbeitgeberbegriff, lohnsteuerrechtlicher**

- Arbeitnehmerverleih 475

**Arbeitgeberdarlehen**

- tarifliche Ausschlussfrist 320

**Arbeitgeberhaftung**

- hinterzogene Lohnsteuer durch Angestellte 625

**Arbeitgeberverband**

- Wechsel in die OT-Mitgliedschaft 38

**Arbeitnehmer, leistungsgeminderte**

- anderer freier Arbeitsplatz 172

**Arbeitnehmerähnliche Selbständige**

- neue Entwicklungen 415

**Arbeitslohn**

- Übernahme von Kurkosten 486
- Umrechnung in fremde Währung 334
- Veräußerungsgewinn aus Kapitalbeteiligung 263

**Arbeitslosengeld**

- Aushilfskräfte 427

**Arbeitslosengeld II**

- Auswirkungen von Kündigungen 640

**Arbeitssicherheitsfachkraft**

- Einordnung 401

**Arbeitsstätte**

- Rechtspflegeranwärter 268

**Arbeitsstätte, regelmäßige**

- Auszubildende 549

**Arbeitsunfall**

- Haftungsausschluss des Arbeitgebers 612

**Arbeitszeiterhöhung, befristete**

- Zulässigkeitsvoraussetzungen 106

**Arbeitszeitkoto**

- Aufbau- und Abbauregeln 465

**Ärztliche Auskünfte**

- verstorbener Patient 394

**Aufhebungsvertrag**

- Anfechtung bei Drohung mit fristloser Kündigung 244
- Rückwirkung 253

**Auflösungsantrag**

- Arbeitgeber/Gründe 242

**Aufteilungs- und Abzugsverbot**

- Beschluss des Großen Senats des BFH 614

**Auslandsentsendung**

- aktuelle sozialrechtliche Rechtsprechung 493
- Kindergeldanspruch 473
- sozialversicherungsrechtliche Fragen 488

**Auslandsreisekosten**

- neue Rechtsprechung zur steuerlichen Behandlung 554

**Ausschlussfrist**

- E-Mail 397

**Auswärtstätigkeit**

- Verpflegungsmehraufwendungen/steuerliche Berücksichtigung 121

**Auszubildendenvertreter**

- Weiterbeschäftigung 29

B

**Befristetes Arbeitsverhältnis**

- tariflich geregelter Sachgrund 469
- vorübergehender Bedarf 606

**Behinderte**

- Anspruch auf GPS-System bei Sehbehinderung 132
- Sonderregelungen im Sozialrecht 135
- steuerliche Fragen 112

**Beitragszahlung, verspätete**

- Säumniszuschläge 570

**Beleidigung**

- Vorgesetzte - Kündigungsgrund 391

**Bereitschaftsdienst**

- Ruhepausen 322

**Berufsausbildung, geringfügig bezahlte**

- Bemessungsgrundlage verfassungsgemäß? 203

**Beschäftigungen, mehrere**

- versicherungsrechtliche Beurteilung 211

**Beschäftigungsverbote**

- finanzielle Auswirkungen für Arbeitgeber 567

**Betriebliche Altersversorgung**

- Ratenkapitalisierung und Beitragsrecht 641

**Betriebliche Übung**

- keine negative - mehr 459

**Betriebsrat**

- Anhörungspflicht des Arbeitgebers 36
- Internet und PC 36

**Betriebsratskosten**

- Haftung bei Insolvenz 532

**Betriebsratsmitglieder**

- elektronisches Leserecht für Dateien und E-Mails des Betriebsrats 103
- fristlose Kündigung/Zustimmungsersetzungsverfahren 163

**Betriebsratswahlen**

- Überblick für 2010 91

**Betriebsübergang**

- Erweiterung des Serviceangebots 34
- fehlerhafte Unterrichtung über Identität des Betriebserwerbers 536
- Gründung einer Servicegesellschaft 315
- rechtsmissbräuchlicher Übergang 30

**Bewirtungskosten**

- Werbungskostenabzug 117

**Bonus**

- Zusage durch konkludentes Verhalten 538

**Bußgelder**

- Beitragspflicht bei Übernahme durch Arbeitgeber? 496

C

**Coaching-Ausbildung**

- Aufwendungen Werbungskosten 335

D

**Deutschkenntnisse, unzureichende**

- Kündigungsgrund? 607

**Diensteinrichtungen**

- Privatnutzung 272

**Dienstkleidung**

- Mitbestimmung des Betriebsrats 316
- Reinigungskosten steuerlich abziehbar? 406

**Dienstwagen**

- aktuelle lohnsteuerliche Fragen zur Privatnutzung 256
- Privatnutzung/ Reparaturaufwendungen bei Insolvenz des Arbeitgebers 276
- Privatnutzung/arbeitsrechtliche Fragen 235

**Dienstwagen-Leasingvertrag**

- AGB-Kontrolle 37

**Diskriminierung**

- Alter - innerbetriebliche Ausschreibung 399

**Districtmanagerin**

- mehrere regelmäßige Arbeitsstätten 266



STICHWORTVERZEICHNIS

Doppelbefristung

- Fortführung des Arbeitsverhältnisses nach Zweckerreichung

533

Doppelte Haushaltsführung

- Wegverlegungsfälle/BMF-Schreiben

53

E

EDV-Administratoren

- unbefugtes Lesen und Weiterleiten von E-Mails

103

Ehrenamt

- arbeitsrechtliche Fragen
- neue Steuerbefreiung?
- sozialrechtliche Aspekte

595620628

Ehrverletzende Äußerungen

- Kündigung

470

Eingliederungsmanagement

- krankheitsbedingte Kündigung

535

Einmalzahlungen

- Anwendung der März-Klausel

61

Einsatzwechseltätigkeit

- Abgrenzung zur weiträumigen Arbeitsstätte
- Verpflegungsmehraufwendungen

484119

Elterngeld

- Beschäftigungsverbot nach der Geburt
- neue Entscheidungen

565277

Elternzeit

- Beschäftigte in Leitungsfunktion

401

Entfernungspauschale

- verkehrsgünstigere Straßenverbindung

482

Entgelterhöhung

- Gleichbehandlung

471

Entgeltfortzahlung

- tarifvertragliche Abweichung von der gesetzlichen Berechnung

467

Erfindervergütungen

- Steuerpflicht

339

Erwerbsminderungsrenten

- Überblick

126

F

Familienheimfahrten

- steuerlicher Abzug sog. umgekehrt

623

Ferienwohnungen

- Einkünfteerzielungsabsicht

403

Fortbildungskosten

- Rückzahlung

249

Franchise-Nehmer

- Rentenversicherungspflicht

353

Fußball-WM

- arbeitsrechtliche Fragen

385

G

Gemischte Aufwendungen

- Aufteilungs- und Abzugsverbot

183

Geringfügige Beschäftigung

- mehrere
- Zusammenrechnung mehrerer Beschäftigungsverhältnisse

137208

Gesundheitsschutz

- Mitbestimmung des Betriebsrats

318

Gratifikation

- betriebliche Übung

250

I

Integrationskurs

- Aufwendungen steuerlich berücksichtigungsfähig

338

K

Karenzentschädigung

- überschießendes Wettbewerbsverbot

608

Kfz-Wertminderung

- Werbungskosten bei unfallverursachter -

196

Kündigung

- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
- unzureichende Deutschkenntnisse
- weiterer Arbeitsvertrag

531607254

Kündigung, betriebsbedingte

- Anrechnung der Abfindung auf tarifliche Abfindung

247

Kündigung, krankheitsbedingte

- Eingliederungsmanagement

535

Kündigungsfrist

- Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres

458

Kündigungsschutz

- Anwendbarkeit/Einbeziehung von im Ausland beschäftigten Mitarbeitern

318

Kündigungsschutzklage

- Abfindungsanspruch
- verspätete

3232

Kurzarbeitergeld

- Erholungsurlaub

282426

Kurzpausen

- Ruhepausen?

397

L

Leiharbeit

- Equal-pay-Grundsatz/Abweichung
- Fahrtkostenerstattung

177251

Lernen

- Wandel

377

Lohnabrechnung

- Zwangsvollstreckung mit Haftbefehl

248

Lohnabsenkung

- Eingruppierung - Mitbestimmung

400

Lohnkostenzuschüsse

- Förderungsinstrumente

205

Lohnsteuer

- rechtswidrig einbehaltene und abgeführte Lohnsteuer Arbeitslohn

332

Lohnsteueranmeldung und -abführung

- unzuständiges Finanzamt

481

Lohnsteuernachforderungsbescheid

- Verzinsung des Erstattungsbetrags nach Aufhebung?

477

Lohnsteuerpauschalierung

- Fahrtkostenzuschüsse

194

M

Management-Akademien

- Trends und Herausforderungen

301

Mindesturlaub

- Abgeltung

396

Mitarbeiterbeteiligungen

- Beitragsfreiheit bei Entgeltumwandlung?

635

Mitarbeiterbeteiligungsprogramm

- Rückübertragung von Aktien

47

Mitbestimmung

- Zustimmungersuchen

252

Mutterschutzfrist

- Beginn der Versicherungspflicht

637

N

Niedriglöhne

- Praktikanten
- Vertragsfreiheit und Lohnwucher

171169

O

Ostersonntag

- Feiertagszuschlag?

605

Outsourcing

- Fahrtkosten - steuerliche Beurteilung

408

P

Personalrestrukturierungen

- Risiken

15

Personalverkauf

- Rabattfreibetrag

44

Personalwirtschaft

- Berechnungsmodelle und -verfahren

519

STICHWORTVERZEICHNIS

<b>Pflegezeit</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- mehrmalige Inanspruchnahme bei mehreren pflegebürtigen Angehörigen</li></ul>	246	<b>Sozialplanabfindung</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Teilzeitbeschäftigte</li></ul>	104	<b>V</b>	
<b>Private Internetnutzung</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Beweisprobleme bei Kündigung</li></ul>	461	<b>Sozialversicherung</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- geänderte Werte</li></ul>	64	<b>Veräußerungsverlust</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Beteiligung am Unternehmen des Arbeitgebers</li></ul>	269
<b>Progressionsvorbehalt</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Zusammentreffen von Entschädigungen und Lohnersatzleistungen</li></ul>	123	<b>Sozialversicherungsbeiträge</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Bemessungsgrundlage für die Berechnung</li></ul>	200	<b>Verdachtskündigung</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- dringender Tatverdacht</li><li>- Falschinformation des Arbeitgebers</li><li>- nachträgliche Berücksichtigung einer Tat Kündigung</li></ul>	324 462 31
<b>R</b>		<b>Statusfeststellungsverfahren</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Aufwendungen Werbungskosten?</li></ul>	626	<b>Vergleich, gerichtlicher</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Anfechtung wegen arglistiger Täuschung</li></ul>	180
<b>Rentner</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Hinzuverdienstgrenzen</li></ul>	428	<b>Steuerberatungskosten</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Abzugsfähigkeit privater -</li><li>- Übernahme Arbeitslohn</li></ul>	410 341	<b>Vergütungshöhe</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- arbeitsvertragliche Klauseln zur Geheimhaltung</li></ul>	464
<b>Rufbereitschaft</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Zulage auch bei Arbeitsleistung?</li></ul>	602	<b>Studiengebühren</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- außergewöhnliche Belastungen?</li></ul>	413	<b>Verpflegungsgestellung</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Arbeitslohn bei Besatzung eines Flusskreuzfahrtschiffes?</li></ul>	478
<b>S</b>		<b>Suchtprobleme</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- arbeitsrechtliche Fragen</li></ul>	450	<b>Verpflegungsmehraufwand</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Linienbusfahrer</li></ul>	621
<b>Schichtzulagen</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Steuerfreiheit bei schwangerer Sterwardess?</li></ul>	543	<b>T</b>		<b>Verschwiegenheitserklärung</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Mitbestimmung</li></ul>	28
<b>Schwarzgeldabrede</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Nettolohnvereinbarung?</li></ul>	603	<b>Teilzeitantrag</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Teilbarkeit des Arbeitsplatzes</li></ul>	311	<b>Versetzung</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Unterlassungsanspruch des Betriebsrats?</li><li>- Unterlassungsanspruch des Betriebsrats</li></ul>	604 175
<b>Schwerbehinderte</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Einstellung zur Aus- und Weiterbildung</li><li>- Pflicht zum Vorstellungsgespräch</li><li>- Zusatzurlaub/Abgeltung bei Arbeitsunfähigkeit</li></ul>	101 99 242	<b>U</b>		<b>Vorteilsgewährung</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Dritte/Arbeitslohn</li></ul>	40
<b>Selbständige</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- erweiterter Schutz in Arbeitslosenversicherung</li></ul>	498	<b>Übungsleiter</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- versicherungsrechtliche Beurteilung</li></ul>	632	<b>Vorübergehender Bedarf</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Befristung?</li></ul>	606
<b>Sonderausgaben</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Verrechnung nur bei Gleichartigkeit</li></ul>	192	<b>Umgruppierung</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Mitbestimmung</li></ul>	174	<b>W</b>	
<b>Sonderzahlungen</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Gesamtzusage und betriebliche Übung</li></ul>	466	<b>Unfallversicherung</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- neue Rechtsprechung zur gesetzlichen -</li></ul>	55 560	<b>Werbungskosten</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Zahlung durch Vater</li></ul>	260
<b>Sonderzuwendungen</b>	19	<b>Unfallversicherungen, freiwillige</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- steuerliche Behandlung</li></ul>	48	<b>Wettbewerbsverbot</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- vertragliches und nachvertragliches - im Arbeitsrecht</li></ul>	523
<b>Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- neue Urteile zur Steuerfreiheit von Zuschlägen</li></ul>	545	<b>Unfallversicherungswertguthaben</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Beitragspflicht</li></ul>	638	<b>Z</b>	
<b>Sonn-und Feiertagsarbeit</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Direktionsrecht</li></ul>	26	<b>Urlaub</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Arbeitsunfähigkeit</li><li>- Arbeitsunfähigkeit - neue Rechtsprechung</li><li>- Erwerbstätigkeit</li><li>- Sozialversicherung</li><li>- Tätigkeit im Geschäft des Ehegatten</li></ul>	425 380 109 421 27	<b>Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit , steuerfreie</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Anrechnung auf Hartz-IV-Leistungen</li></ul>	186
<b>Sozialplan</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Abfindungsausschluss bei Vermittlung eines neuen Arbeitgebers</li></ul>	313	<b>Urlaubsabgeltung</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- Fälligkeit bei fortbestehender Arbeitsunfähigkeit</li></ul>	540		
		<b>Urlaubsanspruch</b> <ul style="list-style-type: none"><li>- einstweilige Verfügung</li></ul>	389		

## Sicher handeln bei Korruptionsverdacht

Leitfaden zur schnellen Aufklärung in der Praxis

Von Dr. Edgar Joussen

2010, 282 Seiten, mit zahlreichen Beispielen und Hinweisen für die Praxis, kart., 34,95 €, ISBN 978-3-503-12601-9, Erich Schmidt Verlag, Berlin

Der Autor bietet den Lesern umfassendes Know-how für die straf-, zivil- und arbeitsrechtliche Verfolgung in der Praxis. In Form eines Baukasten-Systems stellt er in insgesamt elf Bausteinen folgende Aspekte vor:

- Informationsgewinnung durch Ombudsmann und Vertrauensanwalt
- Interne Zuständigkeiten
- Grundsätze zur Aufklärung von Korruptionsverdachtsfällen
- Unternehmensinterne Voraufklärung von Korruptionssachverhalten
- Checklisten für unternehmensinterne Ermittler
- Daten- und Beweissicherung
- Weitergehende Beweissicherung: Videoüberwachung, Abhören von Telefonaten und Einsatz von Detekteien
- Befragung von Mitarbeitern
- Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden
- Zivilrechtlicher Regress
- Arbeitsrechtliches Vorgehen

Formulierungsvorschläge, Schritt-für-Schritt-Anleitungen sowie zahlreiche Charts und Checklisten unterstützen den Leser dabei, im Ernstfall sicher zu agieren. Es handelt sich um einen sehr verständlich und praxisnah geschriebenen Leitfaden, der eine ausgesprochen wertvolle Arbeitshilfe für Verantwortliche in Unternehmen und Behörden ist.

## Arbeitsrecht Kommentar

Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Hensler, RA Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, und Vizepräsident des LAG Köln Dr. Heinz-Jürgen Kalb; bearbeitet von 39 namhaften

Autoren aus Wissenschaft, Anwaltschaft und Rechtsprechung

4. neu bearbeitete Auflage 2010, 3273 Seiten, Lexikonformat, geb., 149 €, ISBN 978-3-504-42661-3, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln

Im bewährten Zwei-Jahres-Rhythmus ist die Neuauflage des „HWK“ erschienen. Diese Gesamtkommentierung des deutschen Arbeitsrechts in einem Band umfasst inhaltlich alle für die tägliche arbeitsrechtliche Praxis wichtigen Gesetze, die ihrer Bedeutung entsprechend teils vollumfänglich, teils in Auszügen kommentiert werden. Besonderer Wert wird dabei auf die europarechtlichen, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Bezüge gelegt, deren Kenntnis für den arbeitsrechtlichen Praktiker unerlässlich ist.

Inhaltlich befindet sich der Kommentar auf dem Gesetzesstand vom 1. 4. 2010. Neu hinzugekommen ist in dieser Auflage die Kommentierung des Pflegezeitgesetzes; berücksichtigt wurden außerdem die Umbenennung des EG-Vertrags in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ und die damit einhergegangene Neunummerierung der Vorschriften sowie die Änderungen, die sich für das internationale Arbeitsrecht durch die Ablösung der EGBGB-Vorschriften durch die Regelungen der Rom-I-Verordnung ergeben haben. Auch die Neuerungen beim Arbeitnehmerdatenschutz und Kurzarbeitergeld sind eingearbeitet.

Schwerpunkt der Neuauflage ist die Einarbeitung der umfangreichen neuen Rechtsprechung. Beispielhaft genannt seien hier nur die Grundsatzentscheidungen des EuGH, wie Schultz-Hoff zur Urlaubsabgeltung, Klarenberg zum Betriebsübergang, wie auch aus jüngster Zeit Küçükdeveci zur Kündigung jüngerer Arbeitnehmer, die die Fortentwicklung des deutschen Arbeitsrechts in den letzten beiden Jahren maßgeblich mitgeprägt haben. Entscheidungen werden durchgehend mit Datum und Aktenzeichen zitiert, was die Auffindbarkeit in elektronischen Datenbanken entscheidend erleichtert.

Auch mit dieser Neuauflage ist es den Autoren gelungen, den Nutzer sicher durch das zersplitterte Arbeitsrecht zu leiten und bei der täglichen Arbeit kompetente Unterstützung zu leisten.

## B + P

Zeitschrift für Betrieb und Personal

Nr. 9/September 2010

### Redaktion:

Dr. Jürgen Schmidt-Troje  
Rechtsanwalt und Steuerberater  
(verantwortlicher Redakteur)  
Christa Schmidt-Troje  
Steuerberaterin  
Jan-Wellem-Str. 8, 51491 Overath  
Tel.: (0 22 06) 88 15; Fax: (0 22 06) 8 40 35  
(Anfragen nur an diese Anschrift)

### Für das Lesermagazin:

Christa Schmidt-Troje  
Steuerberaterin, Overath

### Ständige Mitarbeiter:

#### Arbeitsrecht:

Dietmar Besgen (Be.),  
Richter am Arbeitsgericht a. D., Bonn  
Dr. Nicolai Besgen (Bn.),  
Rechtsanwalt u. Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Bonn  
Manfred Jüngst (Jü.),  
Vors. Richter am Landesarbeitsgericht, Köln

#### Lohnsteuer:

Klaus Mader (Ma.),  
Regierungsoberamtsrat im Niedersächsischen  
Finanzministerium, Hannover  
Detlef Perach (Pe.),  
Regierungsoberamtsrat im Niedersächsischen  
Finanzministerium, Hannover

#### Sozialrecht:

Rolf Altmann (A.),  
Leitender Verwaltungsdirektor a. D., Hildesheim  
Dr. Ulrich Freudenberg (Fr.),  
Vors. Richter am Landessozialgericht, Essen

### Verlag:

Stollfuß Medien GmbH & Co. KG  
Dechenstr. 7, 53115 Bonn,  
Fernruf (02 28) 7 24-0; Telefax (02 28) 72 49 11 81.  
Postgirokonto: Köln 76 1 83-502;  
Bankkonto Sparkasse KölnBonn 31 022 775.  
Satz: Meta Systems GmbH, Wustermark  
Druck: Bonner Universitäts-Buchdruckerei (bub)

### Manuskripte:

Für unverlangt eingesandte Manuskripte haftet der Verlag nicht. Sie werden nur bei Mitsendung des Rückports zurückgegeben. Ansonsten erfolgt die Annahme zur Veröffentlichung stets schriftlich. Mit der Annahme erwirbt der Verlag alle Rechte. Der Verfasser versichert dabei, dass er allein über das Urheberrecht verfügen kann, das Manuskript keinem anderen Verlag zur Veröffentlichung angeboten hat und nicht Befugnisse Dritter verletzt.

### Bezugsbedingungen:

Bestellungen beim Verlag oder beim Buchhandel. – Postverlagsort: Bonn. – erscheint monatlich. Bezugspreis (einschl. 7% Umsatzsteuer): halbjährlich 75,00 €, Preis der Einzelnummer: 14,70 €, jeweils zuzügl. Versandkosten. Alle Zahlungen für den laufenden Bezug sind im voraus fällig. Kündigung der Zeitschrift muss spätestens 6 Wochen vor Ende des Kalenderjahres erfolgen. – Erfüllungsort: Bonn. – Muss die Zeitschrift aus Gründen, die durch den Verlag nicht zu vertreten sind, ihr Erscheinen unterbrechen oder einstellen, so hat der Bezieher keinen Anspruch auf Lieferung oder Rückzahlung vorausbezahlter Bezugsgelder

### Anzeigen:

E-Mail: anzeigen@stollfuss.de; Anzeigenschluss: ca. 3 Wochen vor Erscheinen; Anzeigenpreise: zurzeit gelten die Preise und Bedingungen der Preisliste Nr. 30. – Verantwortlich für den Anzeigenteil: Carsten Priesel, Stollfuß Medien GmbH & Co. KG, Dechenstr. 7, 53115 Bonn.

ISSN 0341-1044